

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXIV • Julio-Agosto 2008 • Núm. 708

REVISTA BIMESTRAL

La Revista no se identifica necesariamente con
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y
Legislación

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.^a Cabello de los Cobos y
Mancha**
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Juan Luis Iglesias Prada
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Francisco Javier Gómez Gállego
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios del
Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el CUARTO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 5.000 euros.
- 2.º Se concederá un solo premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2007, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años.
- 3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La resolución de problemas jurídicos», por GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO	1477
«Estado, Propiedad, Mercado», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ .	1497
«La independencia del regulador hipotecario», por ENRIQUE RAJOY BREY	1591

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Régimen jurídico de las obras de accesibilidad en favor de mayores y discapacitados. Estudio de la reforma de la LPH por Ley 51/2003, de 2 de diciembre», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS ...	1621
--	------

DICTÁMENES Y NOTAS

«La dinámica del Derecho y su aplicación mecánica», por MANUEL FIGUEIRAS DACAL	1699
«Derecho y seguridad jurídica en el Renacimiento español», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	1727

DERECHO COMPARADO

«Requisitos de validez del contrato en el Derecho Uniforme», por MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA	1741
---	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	1783
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Libertad de expresión en el ámbito de las Fuerzas Armadas, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1793

1.2. Derecho de familia:

- Requisitos legales del adoptando mayor de edad, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1798

1.3. Derechos reales:

- Análisis jurisprudencial sobre la necesidad de expresar la causa en los títulos inscribibles, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1801

1.4. Sucesiones:

- Diferencia en el valor de los lotes dispuesta por el testador respetando la legítima estricta, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 1807

1.5. Obligaciones y contratos:

- El contenido real del contrato es el determinante de su calificación, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1810
- La enajenación de la vivienda arrendada y su relación con la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, por ROSANA PÉREZ GURREA 1820

1.6. Responsabilidad civil:

- Apuntes en torno a la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 1825

2. MERCANTIL

- «Breves reflexiones sobre las prendas sobre créditos sin desplazamiento posesorio tras la reforma de la Ley del Mercado Hipotecario», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 1834

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.
- «La comunidad de bienes y su adhesión a una Junta de Compensación», por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN 1844

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 1863

- REVISTA DE REVISTAS** 1893

ESTUDIOS

La resolución de problemas jurídicos (*)

por

GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad

Un problema es una cuestión a la que se busca una explicación o respuesta adecuada (1); una cuestión que se trata de aclarar o una dificultad de solución dudosa (2). Ahora bien, los problemas jurídicos presentan, además, características específicas:

- a) Son problemas mal estructurados o mal definidos, porque la situación inicial, las cuestiones que se suscitan y las normas o instituciones a considerar, se nos aparecen de una forma equívoca y confusa (3).
- b) Participan de las peculiaridades que presentan los problemas en el ámbito de las ciencias sociales: son problemas condicionados por las fuentes de información y su resolución comporta necesariamente la realización de juicios de valor (4).
- c) No existe un procedimiento generalmente aceptado ni un criterio seguro para saber si la solución es adecuada, y por ello no suele haber

(*) El presente estudio toma por base el Discurso de Ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, leído el 9 de noviembre de 2005.

(1) Diccionario del español actual. Santillana de Ediciones. Madrid, 1999.

(2) Diccionario de la Lengua Española. Real Academia. Madrid, 1992.

(3) Cfr. ROMO M., *Psicología de la creatividad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1997, págs. 119 y 120. Alan GARNHAM y Jane OAKHILL, *Manual de psicología del pensamiento*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1996, págs. 221 y 222. Para Manuel DE VEGA debe distinguirse «entre problemas bien definidos, cuya meta es bien conocida desde el comienzo, y problemas mal definidos, en los que la definición de los objetivos forma parte del problema» (*Introducción a la psicología cognitiva*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 494).

(4) Cfr. POZO MUNICIO, J. I. - PÉREZ ECHEVARRÍA, M. P. - DOMÍNGUEZ CASTILLO, J. - GÓMEZ CRESPO, M. A. - POSTIGO ANGÓN, Y., *La solución de problemas*, Santillana de Ediciones. Madrid, 1998, pág. 150.

consenso sobre la corrección de los resultados (5): las mismas sentencias del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional que pueden ser duramente criticadas por la doctrina, y los precedentes jurisprudenciales de hoy pueden ser abandonados en *overruling* (6) por la jurisprudencia de mañana.

- d) Y en fin, el mismo problema puede ser enfocado de forma diferente, según la función que desempeñe cada uno de los operadores jurídicos concernidos (7). El abogado propondrá la respuesta que resulte más favorable para los intereses de su cliente; el juez percibirá el problema desde su personal sentido de la justicia y decidirá como un legislador para el caso concreto, tratando de justificar después su decisión de forma congruente con el ordenamiento positivo (8); el notario, desde una relación de clientela (9), tenderá a maximizar el ámbito de la autonomía de la voluntad (10) y a flexibilizar la interpretación de las normas, en defensa de la libertad de los individuos en sus relaciones de Derecho Privado (11); el registrador, como custodio del orden público inmobiliario, deberá juzgar si la estrategia negocial de las partes es compatible con los límites que impone el sistema jurídico, y habrá de hacerlo con una prudencia que evite escrúpulos paralizadores del tráfico y, a la vez, con una cautela que impida intabulaciones erróneas de efectos irreversibles (12).

La resolución de problemas jurídicos puede estudiarse desde una doble perspectiva, que se corresponde con la tensión permanente del ser y el deber ser: *la perspectiva normativa*, es decir, el cómo deben resolverse los proble-

(5) Cfr. PUENTE FERRERAS, A., *Cognición y aprendizaje. Fundamentos psicológicos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1998, pág. 408. Manuel DE VEGA, *op. cit.*, pág. 495.

(6) Cuando el Tribunal rompe o se separa del precedente de una forma explícita y terminante.

(7) Sobre la heterogeneidad del trabajo jurídico, vid. COTTERRELL R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, págs. 155-161.

(8) Cfr. PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, págs. 188 y 189. Un interesante análisis de la decisión judicial puede encontrarse en DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

(9) Cfr. MEZQUITA DEL CACHO, J. L.-LÓPEZ MEDEL, J., *El Notariado y los Registros: orientación vocacional y de estudios*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, págs. 207-225.

(10) Cfr. PAZ ARES, C., *El sistema notarial: una aproximación económica*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, pág. 102.

(11) Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, P., *Estudios de Derecho Notarial*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 20.

(12) Cfr. GALLEGO DEL CAMPO, G., *Operadores jurídicos: el registrador de la propiedad español*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores, Madrid, 2005, pág. 81.

mas jurídicos y *la perspectiva descriptiva*, o sea, el cómo se resuelven de hecho, en la práctica y en la realidad. Ambos aspectos están, sin embargo, íntimamente entrelazados, porque todo impulso reformador hacia lo que debe ser ha de fundarse en una implacable observación de los hechos (13).

La *perspectiva normativa* —el cómo deben resolverse los problemas legales— tiene precedentes tan antiguos como el Derecho mismo y se apoya en tres aportaciones fundamentales:

- a) La Filosofía del Derecho que, en cuanto reflexión sobre los valores jurídicos, intenta suministrar reglas o criterios para decidir en justicia (14).
- b) La Teoría General del Derecho, que proporciona recursos técnicos de gran eficacia: solución de antinomias y lagunas legislativas, coordinación de ordenamientos en conflicto, métodos de aplicación analógica, pautas de interpretación de las normas (15).
- c) La Teoría prescriptiva de la argumentación, en cuanto intenta determinar las condiciones y requisitos que debe reunir el discurso jurídico para que pueda ser considerado como un discurso racional y fundado (16).

La *perspectiva descriptiva* —el cómo se resuelven de hecho los problemas legales— cuenta, a mi juicio, con cuatro aportaciones esenciales:

- a) La escuela del Derecho libre, para la cual la operación de juzgar no constituye un proceso estrictamente lógico: «el juez, por el contrario, tiene por misión emitir juicios de valor sobre las relaciones de la vida y aplicar la idea del Derecho en cada caso concreto, preocupándose más de la justicia del fallo que de su legalidad» (17).
- b) El movimiento realista norteamericano, para quien el Derecho es lo que realmente hacen los Tribunales y el resto de los operadores jurídicos; para esta corriente, la decisión judicial, a pesar de su apariencia, no se apoya en los textos legales, sino que se basa en intuiciones, actitudes y factores emocionales; el juez es el verdadero creador del

(13) Cfr. PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, págs. 27 y 28.

(14) Para un análisis de las distintas posiciones acerca del contenido de la Filosofía del Derecho, vid. Elías DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1974, págs. 245-263. Consúltase igualmente: RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs. 239-278.

(15) Cfr. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

(16) Así en Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Para una visión panorámica del tema, vid. Pedro SERNA (dir.): *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Editorial Comares. Granada, 2003.

(17) LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1979, pág. 148.

Derecho, cuya función real consiste precisamente en delimitar intereses y dirigir el comportamiento social (18).

- c) La Teoría de la argumentación, ahora en su vertiente descriptiva, al señalar que el discurso jurídico no puede concebirse en puros términos lógico-formales: la elección de la norma, la selección de los hechos significativos y la incardinación de los mismos en el supuesto fáctico del precepto, son el resultado de una auténtica decisión que intentará apoyarse en un proceso argumentativo (19).
- d) Y, en fin, la Hermenéutica moderna: el intérprete está dentro de la historia y al interpretar está vinculado a la tradición cultural de la que forma parte; todo su aparato conceptual depende del entorno histórico-social en el que participa, y esa tradición en la que está incardinado le suministra los pre-juicios a partir de los cuales intenta la comprensión del texto (20). En la hermenéutica jurídica no se trata tanto de entender al legislador, como de entenderse con los otros acerca del texto normativo; el intérprete no es un observador neutral, sino un participante en el diálogo; y, además, debe conectar la ley con el supuesto concreto que se le plantea, haciendo así que la aplicación forme parte integrante de la comprensión (21).

El comportamiento de los operadores jurídicos, y en especial de los jueces, ha sido objeto, hasta el presente, de numerosas investigaciones (22). Se han utilizado para ello diversas técnicas (23): la entrevista, el estudio sociológico de la jurisprudencia (24), la encuesta por sondeo, el análisis cuantitativo de la conducta judicial (25) e, incluso, los investigadores se han servido del intercambio de experiencias profesionales o de sus propios procesos de autoobservación (26). Ahora bien, aquí nos ocupamos de la resolución de

(18) Cfr. *ibídem*, págs. 225-230. TREVES, R., *La Sociología del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, págs. 96-98.

(19) Cfr. Pedro SERNA, *op. cit.*, págs. 9-12. Sobre Teoría de la argumentación deben consultarse: Robert ALEX, *op. cit.*, y PERELMAN, C. H - OLBRECHTS TYTECA, L., *Tratado de la argumentación*, Editorial Gredos, Madrid, 1994.

(20) Vid., OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *La hermenéutica jurídica de Hans - Georg Gadamer*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992, y *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995.

(21) Cfr. GALLEGO DEL CAMPO, G., «Derecho y Ciencia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, abril-mayo de 1997, pág. 539.

(22) Cfr. TREVES, R., *op. cit.*, págs. 173-190. COTTERRELL, R., *op. cit.*, págs. 161-208.

(23) Sobre la metodología utilizada por la Sociología jurídica, puede consultarse: CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, págs. 143-200. TREVES, R., *op. cit.*, págs. 147-160.

(24) Cfr. CARBONNIER, J., *op. cit.*, págs. 156-162.

(25) Cfr. COTTERRELL, R., *op. cit.*, págs. 187-190.

(26) Sobre la legitimidad científica de la autoobservación, vid. DUVERGER, M., *Métodos de las Ciencias Sociales*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, págs. 341-345. DELGA-

problemas jurídicos, y la resolución de problemas es un tema característico de la Psicología Cognitiva (27).

Lo que nos interesa, en realidad, es comprobar cómo resuelven los problemas concretos los juristas afectados por ellos —jueces, funcionarios, abogados— y conocer la evolución que siguen y las experiencias que atraviesan hasta llegar a la solución definitiva: pasos, tanteos, movimientos, aproximaciones, inquietudes, emociones, prejuicios. La dificultad estriba, sin embargo, en que esta secuencia resolutoria no es directamente observable, porque las operaciones mentales y las vivencias psíquicas pertenecen a la esfera interna del sujeto.

Para superar este obstáculo, los psicólogos acudieron a un recurso metodológico: la elaboración de un *protocolo verbal o protocolo de pensamiento en voz alta* (28). El investigador somete un problema a la consideración del sujeto y, a continuación, le pide que diga de viva voz todo lo que hace y todo lo que está pensando mientras intenta resolverlo. El resultado es una compilación verbal de los procesos mentales del sujeto, sobre los que se realiza después una labor de análisis e interpretación (29).

A mi juicio, esta misma técnica debe ser utilizada en el estudio de la resolución de problemas jurídicos porque, a pesar de sus limitaciones, constituye un poderoso instrumento para explorar la conducta y las experiencias de los profesionales del Derecho (30). No obstante, la complejidad de las cuestiones legales y el carácter público de alguna de las profesiones a investigar aconsejan que el protocolo —además de *anónimo*— sea *escrito* y se redacte de forma *retrospectiva*. El proceso —supongamos en el caso de un juez u otro decisor jurídico— sería el siguiente: se seleccionan los problemas a partir de un muestreo aleatorio y una vez que el decisor ha finalizado la fase de estudio y adoptado la resolución definitiva, se deja transcurrir un período de veinticuatro horas. A continuación, pediremos al juez o decisor que redacte un *protocolo escrito de comportamiento durante el problema* (31). En él procurará describir con la mayor exactitud posible los diversos pasos y movimientos que preceden a su toma de decisión, y reflejará su conducta mental y sus experiencias psicológicas: argumentación y razonamientos, desde luego, pero también temores, sentimientos, dudas, conflictos y prevenciones.

DO J. M. - GUTIÉRREZ, J. (Coords.): *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en Ciencias Sociales*, Editorial Síntesis, Madrid, 1995, págs. 154, 156, 163 y 167.

(27) Cfr. John B. BEST, *Psicología cognitiva*, Paraninfo, Thomson Learning, Madrid, 2001, págs. 391 y 392.

(28) Cfr. Alan GARNHAM y Jane OAKHILL, *op. cit.*, pág. 224.

(29) Cfr. Peter, H. LINDSAY y Donald, A. NORMAN, *Introducción a la psicología cognitiva*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, págs. 613-663. Richard E. MAYER, *Pensamiento, resolución de problemas y cognición*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1986, págs. 53-105.

(30) Cfr. Peter H. LINDSAY y Donald A. NORMAN, *op. cit.*, pág. 633.

(31) Una aplicación de esta técnica puede verse en GALLEGU DEL CAMPO, G., «Operadores jurídicos...», *op. cit.*, págs. 401-408.

Este procedimiento técnico presenta, sin embargo, dos inconvenientes: *a)* el contenido seguramente incompleto del protocolo, porque es prácticamente imposible reproducir con fidelidad y exactitud la totalidad de la secuencia resolutoria; *b)* la posible insinceridad del narrador, que no afecta tanto a la narración efectuada —es más fácil decir la verdad que inventar un proceso mental— cuanto a la previsible ocultación de estrategias, sentimientos o reacciones que no se desean explicitar. Porque los decisores jurídicos seguimos apegados al modelo tradicional de la teoría de la subsunción, y creemos que nuestra tarea es encajar los hechos en la norma, aplicando los preceptos de forma mecánica bajo un procedimiento deductivo, y, por ello, nos resistimos todavía a reconocer que nuestras decisiones pueden estar influenciadas por actitudes, fijaciones, preferencias o inclinaciones (32).

Pues bien, a pesar de estos inconvenientes, los protocolos de comportamiento constituyen, como decía, un poderoso instrumento de análisis, y pueden y deben ser utilizados en el estudio práctico de la resolución de problemas jurídicos.

Hechas estas consideraciones introductorias, y a la vista del estado de las investigaciones, trataré de sintetizar a continuación una serie de aspectos y observaciones que, en materia de resolución de cuestiones legales, me parecen relevantes o significativas. Y procuraré hacerlo de forma concisa y esquemática.

1. El proceso se inicia con la *detección del problema*, con la localización de la situación problemática que, en el caso del juez, se ve facilitada por el planteamiento dual que hacen las partes. En la pura detección de problemas no importan tanto las habilidades procedimentales, cuanto los saberes jurídicos: dominio del ordenamiento positivo, seguimiento de las directrices jurisprudenciales y capacidad para interrelacionar preceptos, categorías e instituciones. Cuanto más completa y organizada luzca esa información en la memoria del sujeto, más fácil será la percepción de situaciones potencialmente conflictivas (33).

Una vez detectado el problema, y antes de comenzar el estudio detenido de la cuestión, solemos tener una primera *impresión diagnóstica*. Pero esta diagnosis inicial, esta solución de partida, debe considerarse con cautela porque, en muchos casos, suele resultar equivocada. En la resolución de problemas jurídicos hay que tener muy presentes dos precauciones estratégicas: *desconfía de tus primeras impresiones; las cosas son más complejas de lo que parecen*. Precauciones que se corresponden, en cierta medida, con las

(32) Cfr. Pedro SERNA, *op. cit.*, págs. 214-218. GALLEGO DEL CAMPO, G., «Capitalismo, burguesía y Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 1990, págs. 1139-1142.

(33) Cfr. PUENTE FERRERAS, A., *Cognición y aprendizaje. Fundamentos psicológicos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1998, pág. 360.

reglas heurísticas sugeridas por RUBINSTEIN y colaboradores: *mantenga su objetividad, no se parcialice demasiado temprano; sea flexible, cuestione la credibilidad de sus premisas* (34).

2. En el hallazgo de una solución correcta es esencial la adecuada comprensión o representación del problema. En gran medida, *resolver un problema es llegar a su comprensión estructural* (35). Cuanto más acabado y exacto sea el conocimiento del entramado y los elementos del problema, cuanto más precisa y organizada sea la percepción de los factores problemáticos, en mejores condiciones estaremos para avanzar con rapidez, identificar la información eficiente y lograr una solución eficaz o apropiada.

Sin embargo, hay que hacer tres advertencias: *a)* Que la representación del problema es inadecuada si la solución a que nos conduce es solamente coyuntural, de tal modo que únicamente resuelve los problemas del presente, pero no resiste la prueba de acontecimientos o situaciones que puedan producirse eventualmente en el futuro. La decisión jurídica debe valorar siempre las consecuencias previsibles y contrastar la alternativa elegida con posibles supuestos que puedan poner en duda su consistencia. *b)* Que representación, comprensión e información son aspectos íntimamente entrelazados: la forma en que comprendemos y representamos el problema determina la dirección de nuestra búsqueda informativa —textos legales, doctrina, jurisprudencia—, pero, a su vez, la información que vamos adquiriendo puede modificar nuestra percepción inicial, obligándonos a considerar nuevas variables, cuestiones o dificultades. *c)* Y, en fin, que la obtención de información adecuada está en relación directa con la preparación jurídica del sujeto, porque sólo desde una formación teórica consistente, podemos saber dónde y acerca de qué debemos informarnos.

3. Los problemas jurídicos son problemas complejos (36). El proceso de resolución *no suele ser lineal ni escalonado*; es un proceso laborioso, lleno de idas y venidas mentales, intentos ensayo —error, tanteo de alternativas, retrocesos, revisiones y reformulaciones (37). Las propuestas teóricas que

(34) Cfr. PUENTE, A. - POGGIOLI, L. - NAVARRO, A., *Psicología cognitiva*, McGraw Hill, Caracas, 1989, pág. 261.

(35) Cfr. John B. BEST, *op. cit.*, págs. 398-401. PUENTE, A. - POGGIOLI, L. - NAVARRO, A., *op. cit.*, pág. 225.

(36) ATIENZA recoge la distinción entre casos fáciles, difíciles y trágicos. «Para los casos fáciles el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no es discutida; los segundos, por el contrario, se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes permitidos por el Derecho positivo». «Un caso puede considerarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema» (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 252).

(37) Cfr. LINDSAY, P. H. - NORMAN, D. A., *op. cit.*, pág. 624.

tratan de describir o predeterminar las fases o etapas que seguimos o debemos seguir en la resolución de problemas (38), son demasiado rígidas, esquemáticas y abstractas. Cada persona —como señala PUENTE— sigue secuencias o pasos diferentes, y muchas de esas secuencias no son precisamente progresivas, sino más bien circulares o recurrentes (39). No obstante, en las cuestiones jurídicas es imprescindible, a mi juicio, respetar cuatro reglas procedimentales: seleccionar y jerarquizar las fuentes de información; buscar y valorar soluciones alternativas; analizar las objeciones que puedan oponerse a la decisión adoptada y predecir y sopesar las consecuencias de esa decisión.

4. Los juristas, en ocasiones, suelen afrontar los problemas de *forma intermitente*. Se producen, entonces, las llamadas *fases de incubación*: se abandona temporalmente el problema y se interrumpe su estudio para retomarlo más tarde, estableciendo pausas o espacios muertos durante los cuales la mente se evade de la situación problemática. Se trata, a veces, de una estrategia deliberada que nos permite clarificar las ideas, replantear las cuestiones y eludir bloqueos paralizadores. La contribución positiva del proceso de *incubación* ha sido destacada con frecuencia por los psicólogos cognitivos, aunque su explicación dista de ser pacífica.

MAYER (40) considera que estos descansos o interludios dan lugar a paréntesis temporales que nos hacen olvidar las imágenes perturbadoras. Para ROMO (41), estos períodos de tiempo fuera permiten centrar la atención y aliviar la fatiga, facilitando la aparición de nuevos enfoques y aproximaciones que favorecen la resolución del problema.

SIMON sugiere que los efectos de la *incubación* podrían explicarse mejor a partir de una situación de «olvido selectivo». «Inicialmente trazamos un plan..., que ocupa solamente la memoria de trabajo». A medida que nos esforzamos por solucionar el problema «codificamos y almacenamos en la memoria permanente información adicional», que podría traducirse fácilmente en un plan certero con la sola condición de que nuestra atención se trasladara o liberara del plan inicial inserto en la memoria de trabajo. «Durante la incubación esto es precisamente lo que ocurre. Ubicamos nuestra atención en la memoria permanente (permitiendo que decaiga el contenido de la memoria de trabajo) y utilizamos el conocimiento allí representado» para el logro de una planificación eficaz (42).

ANDERSON parte del concepto de predisposición, de la «tendencia a percibir los acontecimientos y objetos, tal como nos llevan a esperarlos nuestras

(38) Un interesante resumen de las distintas propuestas teóricas al respecto puede verse en PUENTE, A. - POGGIOLI, L. - NAVARRO, A., *op. cit.*, págs. 240-244.

(39) Cfr. «Psicología cognitiva», *op. cit.*, pág. 240.

(40) Cfr. *op. cit.*, pág. 54.

(41) Cfr. *op. cit.*, pág. 39.

(42) BEST, J. B., *op. cit.*, pág. 394.

anteriores experiencias con ellos», puesto que las percepciones están en cierto modo predeterminadas por el pasado. Cuando nos aprestamos a resolver un problema acudimos a nuestro bagaje de conocimientos para que nos brinde ideas o nos sugiera cursos operativos. Si nuestra predisposición es la adecuada dispondremos de procedimientos eficaces. «Si sucede lo contrario, lo único que conseguiremos es aferrarnos a una lista de procedimientos inútiles». La *incubación* nos permite, por tanto, soslayar estrategias inapropiadas y apelar a otras que pudieran resultar más eficientes (43).

En cualquier caso, no debemos olvidar la observación de LINDSAY y NORMAN: el período de *incubación* solamente parece fecundo y puede llevar a soluciones pertinentes si «va precedido de una cantidad considerable de trabajo duro sobre el problema» (44).

5. Cuando afrontamos un problema legal, la solución, la idea resolutoria clave, parece surgir, a veces, de una intuición súbita, de una iluminación repentina que no responde a un proceso mental ordenado. Por tanto, también en el campo jurídico se confirma la presencia del *insight*, del relámpago mágico iluminador. Con el *insight* llega la sorpresa, la comprensión inesperada, la respuesta que se presenta sin saber realmente de dónde procede (45).

Para los psicólogos de la *Gestalt*, el *insight* no es una cuestión de ensayo—error, sino una evolución todo— nada: la resolución del problema vendrá con una repentina reorganización de sus elementos (46). Y, sin embargo, el *insight*, ese *flash* esclarecedor, no tiene su origen en un salto mental en el vacío o en una incubación inconsciente. Lo que hay, en realidad, es un acercamiento progresivo a la solución: en medio de retrocesos y altibajos, vamos acumulando información, enfoques, argumentos, opciones; y estos elementos van encajando, poco a poco, hasta que forman ese conjunto armonioso que nos da la solución, hasta que se presenta de repente el *insight* (47).

6. Desde muy antiguo, el razonamiento y el discurso jurídicos han sido caricaturizados y considerados, muchas veces, como un juego estéril de sofismas y un ejercicio de retorcimiento dialéctico (48). Y, sin embargo, la resolución de problemas jurídicos debe considerarse siempre como una actividad racional y creativa.

Es racional porque, al lado de los factores emocionales, hay un debate argumentativo que toma como guía la inteligencia crítica y reflexiva, usa de razones y juicios, pondera la fuerza de los argumentos y evalúa la suficiencia de

(43) *Ibidem*, pág. 395.

(44) *Op. cit.*, pág. 667.

(45) Cfr. ROMO, M., *op. cit.*, pág. 35.

(46) Cfr. *ibidem*, pág. 106.

(47) Cfr. *ibidem*, pág. 111. Para BEST, «el acto creativo consiste en encontrar organizaciones originales de experiencias acumuladas» (*op. cit.*, pág. 396).

(48) Cfr. GALLEGOS DEL CAMPO, G., «Derecho y Ciencia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, abril-mayo de 1997, pág. 506.

los procesos de información (49). Pero, sobre todo, es una actividad racional porque, cuando resolvemos problemas jurídicos, estamos garantizando que la interacción y las relaciones dentro de los grupos sociales, se desenvuelvan al margen de la violencia, y conseguimos, a la vez, que los conflictos socialmente relevantes se solucionen sobre la base de normas consensuadas (50).

Y también es una actividad creativa, porque, cuando se solventan cuestiones legales, se ponen en juego factores de *originalidad, fluencia y flexibilidad* y se maneja un *pensamiento divergente* capaz de moverse hacia el problema de forma innovadora y en direcciones novedosas (51). Si la creatividad es una forma de pensar cuyos resultados deben aportar *novedad y valor* (52), la resolución de problemas jurídicos comprende, obviamente, estas virtudes: valor porque se diluye la dificultad y se resuelve la duda; novedad, porque nos traslada de la incertidumbre a la respuesta.

7. Uno de los primeros pasos en la resolución de problemas jurídicos es la búsqueda de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso. Y esto no es extraño porque ya el juez HOLMES nos advertía de que el Derecho es el conjunto de profecías acerca de lo que harán efectivamente los tribunales (53). Por tanto, en los sistemas continentales, las citas jurisprudenciales constituyen también un recurso fundamental de la estrategia forense y, por eso, se equivocan gravemente autores como BERMAN, cuando señalan que en los países de Europa con Derecho codificado, la doctrina de los comentaristas «con ocasión de interpretar los códigos, tiene más autoridad que las decisiones judiciales» (54).

Ahora bien, la invocación de la jurisprudencia debe efectuarse con rigor. No cabe acudir a prontuarios, sinopsis o resúmenes imprecisos. Es necesario estudiar detenidamente cada sentencia, extraer con precisión sus conclusiones y comprobar la identidad o analogía que concurre entre los supuestos de hecho que se comparan. Paralelamente, el juez o tribunal que decide apartarse de los precedentes, pero quiere mantener, a la vez, la racionalidad de su discurso, debe hacer constar expresamente esta circunstancia y exponer, además, las razones de ese apartamiento (55).

Por otra parte, los méritos de la doctrina jurisprudencial —cuando los tiene— suelen atribuirse tradicionalmente al órgano superior a quien corresponde la decisión definitiva. Y sin embargo, esta atribución en exclusiva resulta manifiestamente injusta. En sede jurisdiccional, también los abogados

(49) Cfr. *ibídem*, pág. 520.

(50) Cfr. *ibídem*, págs. 533-536.

(51) Cfr. MAYER, R. E., *op. cit.*, págs. 376-378.

(52) Cfr. ROMO, M., *op. cit.*, pág. 53.

(53) Un interesante comentario acerca de esta idea, puede encontrarse en PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 23-25.

(54) Harold, J. BERMAN, Voz: “Razonamiento jurídico”, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Aguilar de Ediciones, Madrid, 1976, vol. IX, pág. 116.

(55) Cfr. ALEXANDER, R., *op. cit.*, pág. 287.

de las partes contribuyen decisivamente a la elaboración de la jurisprudencia. Son ellos los que delimitan los términos y variables del conflicto, y son sus razonamientos o alegaciones los que facilitan la comprensión o representación del problema y los que ofertan los argumentos o las vías que hacen posible la adopción de una resolución jurídicamente correcta.

En otro orden de cosas, la doctrina de los comentaristas a la que antes me refería, constituye una manifestación del argumento de autoridad, es un medio auxiliar para la valoración de las reglas legales (56) y sirve como elemento orientador de la tarea legislativa (57). Pero esta doctrina es también algo más, porque, en determinados supuestos, su invocación puede exonerar de responsabilidad a los operadores jurídicos. En aquellas materias que se hallan escasamente desarrolladas o carecen de precedentes jurisprudenciales, el jurista práctico que debe decidir, difícilmente podrá ser acusado de culpa, negligencia o ignorancia inexcusable, si apoya o justifica su decisión con dictámenes doctrinales. Y menos aún, cuando estos dictámenes aparecen reforzados por el número de citas, el crédito de sus autores o el prestigio de las publicaciones que los acogen.

8. Conviene también hacer referencia a las estrategias que se siguen en la resolución de problemas jurídicos. Entre los métodos o procedimientos utilizados —muchos de ellos comunes a la resolución de problemas en general— podemos destacar los siguientes:

- a) El *análisis medios-fines*. Consiste en fijar o definir el estado inicial de la cuestión y la solución final deseable y, a continuación, ir seleccionando caminos, vías u operadores que permitan reducir la distancia (58). En sentido amplio, es una estrategia característica de la actividad del notario, que debe encontrar los recursos jurídicos adecuados para satisfacer los fines económicos y negociales perseguidos por las partes.
- b) El procedimiento de *submetas* conviene a la complejidad de los problemas jurídicos, siempre que no se pierda la visión global de las cuestiones en debate. Con este heurístico se intenta reemplazar una dificultad mayor por otras más simples, dividiendo o descomponiendo la situación problemática en diferentes *subproblemas*, para facilitar, de este modo, el hallazgo de una solución (59).

(56) Cfr. LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1974, págs. 80-83.

(57) Cfr. Díez-PICAZO, L. - GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 6.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1988, pág. 171. DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 51.

(58) Cfr. BALLESTEROS JIMÉNEZ, S., *Psicología general: un enfoque cognitivo*, Editorial Universitat, Madrid, 2000, pág. 741.

(59) Cfr. PUENTE FERRERAS, A., «Cognición y aprendizaje», *op. cit.*, págs. 419 y 420.

- c) El *método ensayo-error* consistiría en aproximarnos a la solución, utilizando, de modo tentativo, distintas reglas, razones, principios, argumentos o criterios, que emplearemos de forma sucesiva desechando aquellos que se hayan demostrado ineficaces. Una traducción jurídica de este procedimiento puede encontrarse en el proceder o pensamiento tópico (60), que iría aplicando a los conflictos en presencia diferentes guías o directivas, hasta hallar el *topos* eficiente, capaz de identificar la respuesta correcta (61).
- d) En la estrategia de *búsqueda hacia atrás*, el jurista contempla la solución deseada y se pregunta por los pasos necesarios para llegar a ella (62). Es una postura parecida a la del juez que, resolviendo primero en equidad, selecciona después los hechos significativos y busca *a posteriori* en el ordenamiento positivo, aquellas normas o preceptos que pudieran justificar su decisión (63).
- e) El procedimiento de *simulación* es una estrategia utilizada con frecuencia por los registradores españoles. Consiste en trasladar mentalmente los defectos observados en la calificación de un caso concreto, a otro supuesto imaginario de extraordinaria relevancia social o económica, para calibrar así la entidad de las faltas advertidas y valorar las consecuencias de la decisión. De este modo, el defecto observado en la enajenación de una pequeña finca rústica se proyecta, por ejemplo, sobre la venta imaginaria de un gran complejo inmobiliario, y ello permite ponderar la magnitud de la falta y la conveniencia de la resolución adoptada (64).
- f) La complejidad de las cuestiones legales y sus largas horas de estudio obligarán también a la adopción de precauciones estratégicas de tipo organizativo. En muchas ocasiones será necesario detenerse, hacer un alto en el camino para *sintetizar* el estado de la cuestión, *replantear o reestructurar* el problema y *planificar*, a la vista de todo ello, los trabajos a realizar o los caminos a seguir en la búsqueda de soluciones.
- g) La *analogía* o el método de *aplicación analógica* se utiliza por los juristas más allá de los estrechos límites —identidad de razón— es-

(60) Como texto clásico: Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Editorial Taurus, Madrid, 1964.

(61) Sobre la extraordinaria amplitud y heterogeneidad de los *topoi*, pueden consultarse: Heinrich HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1968, págs. 679-683, y GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la Tópica Jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, págs. 135 y 136.

(62) Cfr. PUENTE FERRERAS, A., «Cognición y aprendizaje», *op. cit.*, págs. 421-423.

(63) Sobre el arbitrio judicial, puede consultarse: Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel Portal Derecho, Madrid, 2005.

(64) Cfr. GALLEGO DEL CAMPO, G., «Operadores jurídicos...», *op. cit.*, pág. 443.

tablecidos por el artículo 4.1 del Código Civil (65). Se trata de un heurístico general que se sirve de las vivencias previas del sujeto. «La idea básica sería que la experiencia con un determinado tipo de problemas ayuda a solucionar otros similares» (66). Se trata de una estrategia que busca, a modo de tanteo, la transferencia a un problema nuevo (problema objetivo) de una solución ideada anteriormente para una situación paralela o semejante (problema análogo).

Las subfases fundamentales que integran el razonamiento por analogía serían: el acceso a la fuente o recuperación del análogo relevante, el proceso de extrapolación, la evaluación de la correspondencia entre supuestos y la valoración de las inferencias obtenidas (67). El éxito del procedimiento analógico dependerá del grado de similitud entre las situaciones, vinculado, a su vez, a la semejanza de sus rasgos estructurales (68).

- h) Y, en fin, también debemos aludir al *sistema de consultas*, que es un recurso muy frecuente en profesiones jurídicas no competitivas y, por el contrario, desusado, en profesiones jerarquizadas como la judicatura, o claramente competitivas como el notariado.

Los juristas, en un contexto de duda o indecisión, pueden acudir en consulta a uno o varios compañeros al objeto de recabar información y obtener una perspectiva distinta acerca de los problemas en presencia. En realidad, el sujeto consultante es quien ha considerado detenidamente el asunto y quien dispone sobre él del más completo acervo informativo. Del jurista consultado no se demanda ni se pide un laborioso dictamen jurídico. Se pretende algo más simple: la confirmación de un criterio, el enfoque diferente del tema, la alternativa novedosa, la insinuación de soluciones o la ponderación de consecuencias; en suma, ideas, sugerencias y argumentos que aporten claridad a los planteamientos y ayuden a despejar las incertidumbres (69).

9. Uno de los procedimientos más relevantes para la resolución de conflictos jurídicos, y que merece, por ello, una atención específica, es la *negociación*, una actividad muy frecuente y característica en el ejercicio de la abogacía.

(65) Sobre el empleo jurídico de la analogía, vid. FALCÓN Y TELLA, M. J., *El argumento analógico en el Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

(66) BALLESTEROS JIMÉNEZ, S., *op. cit.*, pág. 743.

(67) Cfr. GONZÁLEZ LABRA, M. J., *Aprendizaje por analogía*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 24.

(68) Cfr. *ibidem*, págs. 30 y 36. Sobre la necesidad en las inferencias analógicas de fundamentar las premisas, vid. ALEXEY, R., *op. cit.*, págs. 268-270.

(69) Un análisis del sistema de consultas entre los registradores españoles puede encontrarse en GALLEGU DEL CAMPO, G., «Operadores jurídicos...», *op. cit.*, págs. 224-226.

La *negociación* —como señalan MUNDUATE y MARTÍNEZ RIQUELME (70)— implica una situación en la que dos o más partes interdependientes reconocen divergencias en sus respectivas posiciones y deciden, salvaguardando determinados límites, intentar la consecución de un acuerdo por medio de la avenencia y el diálogo (71), aunque no medie conformidad de principio en la relación de intercambio. Ambas partes reconocen que la transacción es más beneficiosa que la ruptura y están dispuestas por ello a ceder algo a cambio de algo. La base de toda estrategia negociadora está en presionar, exigir y competir para lograr el objetivo deseado, mostrando, a la vez, la intención de efectuar concesiones en aras del acuerdo. En toda negociación hay que estar tácticamente preparado: provisto de argumentos para defenderse en el aspecto competitivo y provisto de concesiones para el aspecto cooperativo (72).

Cabe distinguir, además, dos tipos de negociación (73): la *negociación distributiva*, donde las partes se hallan correlacionadas negativamente, de manera que lo que uno gana en el intercambio, lo pierde el otro y viceversa; y la *negociación integrativa*, en la que todos pueden salir ganando, si se realiza una adecuada distribución de beneficios y se buscan soluciones conjuntas y pertinentes (74).

En todo caso, una negociación exitosa reclama cumplimentar cinco requisitos fundamentales (75):

- a) Diseñar un plan estratégico que cree el espacio más ventajoso posible para nuestros propios intereses y en el que se integren con precisión los objetivos GPT: los objetivos que nos *gustaría* conseguir (G), los objetivos que *pretendemos* conseguir (P) y los objetivos que *tenemos* que conseguir (T).
- b) Prevenir todas las contingencias posibles en el desarrollo del proceso negociador.
- c) Lograr entre los interlocutores una comunicación efectiva y sin distorsiones, prestando, de un lado, una exquisita atención a las manifes-

(70) Cfr. *Conflicto y negociación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1998, pág. 51.

(71) Para un estudio predominantemente pragmático de la estrategia negociadora, puede consultarse: Ury, W., *De la negociación al acuerdo*, Parramón Ediciones, Barcelona, 1993.

(72) Cfr. MUNDUATE JACA, L., y MARTÍNEZ RIQUELME, J. M., *Conflicto y negociación*, Eudema, Madrid, 1994, pág. 41.

(73) Cfr. *ibídem*, pág. 42.

(74) Esta distinción guarda cierta relación con dos tipos de acuerdo: acuerdos cooperativos tipo *win-win* (gano yo-gana él) y acuerdos excluyentes del modelo *win-lose* (gano yo-pierde él) (cfr. DE MANUEL DASI, F.-MARTÍNEZ-VILANOVA MARTÍNEZ, R., *Técnicas de negociación*, Esic Editorial, Madrid, 1997, págs. 79-83 y 89-91).

(75) Cfr. MUNDUATE JACA, L., y MARTÍNEZ RIQUELME, J. M., *op. cit.*, Eudema, págs. 58, 62-66, 75-78, 84-87.

- taciones de la contraparte y emitiendo, de otro, mensajes claros, precisos, simples y comprensibles.
- d) Seleccionar, combinar y manejar adecuadamente los recursos tácticos, tanto los de naturaleza conciliadora como los de carácter coercitivo.
 - e) Y obtener, en fin, el cierre final de la negociación de forma clara, íntegra y completa, evitando que, en la redacción del acuerdo, surjan polémicas o discusiones que hagan retroceder el proceso negociador, enturbiando la labor realizada.

La *negociación*, cualitativa y cuantitativamente, es una actividad especialmente relevante en la práctica de la abogacía. Y, por eso, será cada vez más necesario que los abogados en ejercicio y los mismos estudiantes de Derecho, participen en cursos y programas formativos dedicados a la gestión de los conflictos jurídicos y al manejo de las técnicas negociadoras.

10. Finalmente, conviene hacer algunas reflexiones acerca de la decisión jurídica.

Bajo el nombre de teoría de la decisión —nos dice HÖFFE (76)— se alberga una corriente de investigación interdisciplinaria que trata de identificar y definir el concepto de *decisión racional*, a través de elementos formalizados y básicamente transformables en cálculo y que se apoya, principalmente, en la estadística matemática y la economía teórica. Se trata de un campo investigador donde se pueden distinguir también dos direcciones: las teorías *descriptivas*, que examinan, exploran y analizan comportamientos reales de decisión; y las teorías *normativas*, que intentan desarrollar reglas, técnicas y programas orientados a decidir correctamente (77).

Desde luego, no existe, hoy por hoy, una doctrina genuina o suficientemente estructurada acerca de la decisión jurídica; y me atrevo a pronosticar que los avances que eventualmente se produzcan en este campo, darán lugar a propuestas múltiples y contradictorias. Sin embargo, cabe apuntar ciertas sugerencias:

- a) La decisión jurídica se adopta *desde una racionalidad limitada*. Las observaciones psicológicas ponen de relieve la dificultad de describir las conductas decisorias desde paradigmas absolutos, y esto ha contribuido a moderar las propuestas, flexibilizar los axiomas y tener en cuenta la influencia de los factores ambientales (78). La psicología

(76) Otfried HÖFFE, *Estudios sobre teoría del Derecho*, Distribuciones Fontamara, México, 1992, págs. 153 y 154.

(77) Cfr. *ibídem*, pág. 154. En igual sentido: MACÍA ANTÓN, M. A. - BARBERO GARCÍA, M. I. - PÉREZ LLANTADA RUEDA, M. C. - VILA ABAD, E., *Psicología y teoría de la decisión: aplicaciones*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1990, pág. 8.

(78) Cfr. GODOY, A., *Toma de decisiones y juicio clínico: Una aproximación psicológica*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996, pág. 249.

nos ofrece una imagen del ser humano bastante distinta a la de los modelos normativos. El sujeto de capacidades ilimitadas desaparece de la escena y es, por contra, el hombre limitado e inseguro el que desempeña el papel de protagonista en las nuevas teorías psicológicas que intentan describir la toma de decisiones. Al criterio tradicional de *maximización*, NEWELL y SIMON oponen el principio de *satisfacción*, según el cual el individuo no puede prestar atención a todas las facetas o dimensiones de un problema y, por tanto, tenderá a simplificarlo: seleccionará solamente determinados aspectos y considerará *satisfactoria* cualquier alternativa con tal de que solucione o solviente los aspectos seleccionados (79).

Y así ha ocurrido en efecto. Al principio, numerosos estudios habían tomado como modelo para el análisis de decisiones, el perfil del *homo economicus*: un sujeto que actúa en su propio interés, posee información completa acerca del problema, conoce todas las alternativas posibles y las consecuencias de cada una de ellas, extrema la búsqueda de utilidad y es capaz de clasificar las opciones según su probabilidad de maximizar los resultados (80). Pero a partir de los planteamientos psicológicos de SIMON, se suele desechar el paradigma del hombre económico para admitir generalmente que todas las decisiones se adoptan desde *una racionalidad limitada*.

Y esto por dos razones: a) de un lado, porque no se decide sólo a partir de consideraciones estrictamente lógicas, sino que en los procesos de decisión intervienen también los sentimientos, los valores, los hábitos, los condicionamientos de la interacción social o las restricciones institucionales de los cuerpos u organizaciones donde se decide. b) y de otro, porque el propio sistema es incapaz de suministrar en cada caso información completa o siquiera adecuada; y quien toma las decisiones es también incapaz de captar todas las dimensiones del problema y coordinar al máximo la información de que dispone (81).

- b) Las decisiones jurídicas se adoptan *con tasas de confianza variables*. Llamo tasa de confianza (82) a la sensación de convicción o seguridad que nos producen las alternativas que elegimos o las resoluciones que adoptamos. Pues bien, los decisores jurídicos se enfrentan en

(79) Cfr. *ibídem*, págs. 249 y 250.

(80) Cfr. HALL, R. H., *Organizaciones: estructuras, procesos y resultados*, Prentice Hall Hispanoamericana, México, 1996, pág. 174.

(81) Cfr. *ibídem*, págs. 174-176.

(82) Cfr. LINDSAY, P. H. - NORMAN, D. A., *op. cit.*, págs. 812-815. Dentro de los estudios organizacionales se denomina *autoeficacia* a la seguridad que tiene el individuo de realizar algo correctamente en una situación determinada. Vid. al respecto, GIBSON-IVANCEVICH-DONNELLY, *Las organizaciones*, Irwin, Madrid, 1996, págs. 148-150.

muchas ocasiones a la ausencia de precedentes, a la existencia de lagunas legales, a la indefinición o complejidad de los hechos y, a la vez, se ven en la necesidad de dictar la resolución en un plazo legalmente tasado. En esta tesitura, el decisor jurídico —a pesar de la firmeza aparente de sus argumentos— se verá obligado a resolver con tasas de confianza de nivel medio-bajo del tipo «tengo muchas dudas», «no estoy demasiado seguro».

- c) La decisión jurídica se adopta *desde percepciones subjetivas y dentro de un contexto social*. Una resolución o decisión jurídica —señala GARCÍA CALVO (83)— no es, en modo alguno, una acción arbitraria: está predeterminada por el marco general del ordenamiento legal, por la exigencia de motivación fundada y por la aplicación de reglas interpretativas basadas en una tradición consolidada. Pero esto no excluye que, entre los factores que coadyuvan a la decisión, figuren elementos ajenos al discurso jurídico propiamente dicho (84).

En realidad, el juez o cualquier decisor en Derecho no forja su criterio en un aséptico aislamiento, sino *desde sus condicionamientos internos y a partir de un contexto social* (85). El decisor no es ajeno a la negociación, la amenaza, el conflicto, la sumisión, los modelos y las actitudes (86). Y entre los factores subjetivos o contextuales que influyen en su conducta decisoria habrá que contar con las exigencias del sentido común, su percepción personal de lo que es justo, los argumentos de autoridad, las expectativas públicas, la advertencia de posible recursos, las consecuencias de la decisión o las eventuales repercusiones mediáticas del caso.

- d) La decisión jurídica atiende más a *los resultados* que a los razonamientos. A pesar de que toda decisión legal reviste siempre una apariencia lógica, la vida del Derecho —como apuntaba el juez HOLMES— no consiste en lógica sino en experiencia (87). El Derecho está en continuo desarrollo, en permanente evolución, porque los juristas

(83) Cfr. «Interpretación y argumentación jurídica», en *Interpretación y argumentación jurídica*, vol. I. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1995, pág. 10.

(84) TOHARIA recoge la medida (1-5) en que, en opinión de jueces y abogados, determinados factores influyen sobre el ánimo del juez a la hora de formular sus sentencias y decisiones. En relación a los jueces españoles, al lado de la ley escrita (4,64) o la jurisprudencia del Tribunal Supremo (4,10), aparece el sentido común (4,44) o su propia percepción de lo que es justo en el caso concreto (4,42) (cfr. *¡Pleitos tengas!*, Centro de Investigaciones Sociológicas y Editorial Siglo XXI, Madrid, 1987, pág. 133).

(85) Entre los factores contextuales que afectan a la decisión jurídica, SORIA señala «los informes profesionales legales, los periciales, la influencia social de la decisión, el contexto social, el tipo de proceso decisor, la tendencia del decisor y la interpretación personal de la ley y la jurisprudencia» (*op. cit.*, pág. 62).

(86) Cfr. LINDSAY y NORMAN, *op. cit.*, pág. 275.

(87) Cfr. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 186.

prácticos lo adaptan a las necesidades de cada momento (88). La interpretación no consiste sólo en descifrar lo que ha querido decir el legislador, sino en intuir lo que hubiera dicho si hubiese tenido que afrontar el caso concreto que se juzga (89).

Ante realidades jurídicas dinámicas y novedosas, *solvitur ambulando*, se resuelve sobre la marcha, superando la literalidad de las normas mediante la aplicación de los principios generales del Derecho, o seleccionando determinados rasgos de los hechos para situarlos en la categoría jurídica que nos parece más conveniente (90). Pero, aún así, el juez no es un decisor arbitrario, porque no es libre de acoger o inventar cualquier solución para el caso. Deberá actuar, sí, como un legislador ocasional, como un legislador para el supuesto concreto que se le plantea, pero, a la vez, deberá mantener su resolución dentro del conjunto armónico del Derecho vigente (91).

El realidad —como sugiere KAUFMANN— no necesitamos jueces autómatas que subsuman mecánicamente los hechos en el tenor literal de las normas. Lo que desean, de verdad, los justiciables, son juzgadores que, además de conocer las leyes, posean aptitudes, ponderación, experiencia, sentido común y buen criterio (92).

RESUMEN

ABSTRACT

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

LEGAL INTERPRETATION

La resolución de problemas jurídicos puede estudiarse desde una doble perspectiva: la perspectiva normativa, es decir, la de cómo deben resolverse y la perspectiva descriptiva, o sea, el cómo se resuelven de hecho en la práctica y en la realidad.

Para comprobar cómo afrontan los problemas concretos los juristas concernidos por ellos, el estudio propone la redacción de protocolos escritos de com-

The resolution of juridical problems can be studied from two points of view: the regulatory point of view, that is to say, the way juridical problems have to be solved and the descriptive point of view, i.e. the way they are actually solved, in practice and in reality.

To check how specific problems are faced up to by the jurists who are concerned with them, the study proposes the drawing up of written protocols of beha-

(88) Cfr. *ibídem*, pág. 188.

(89) Cfr. *ibídem*, pág. 187.

(90) Cfr. *ibídem*, pág. 190.

(91) Cfr. *ibídem*, pág. 189.

(92) Cfr. Pedro SERNA, *op. cit.*, págs. 217 y 218. De hecho sería muy conveniente que las pruebas de acceso a la judicatura permitieran comprobar «la idoneidad caracteriológica exigible al desempeño de la función judicial» (*Desmesura*. Editorial de *El País*, 20 de enero de 2005).

portamiento durante el problema, que ofrecen compilaciones de los procesos mentales y psicológicos del sujeto, susceptibles de análisis e interpretación.

El proceso de resolución se inicia con la detección de la situación problemática, que precisa más de conocimientos jurídicos que de habilidades procedimentales. A esto subsigue una primera impresión diagnóstica que debe considerarse con cautela porque, al ser generalmente simplificada, suele revelarse equivocada.

En la búsqueda de soluciones, para las que es esencial la comprensión estructural del problema, las secuencias no son siempre progresivas, sino más bien circulares o recurrentes. Se producen, a veces, fases de incubación y, en ocasiones, aparece sorpresivamente el insight y con él, la comprensión inesperada y la respuesta iluminadora.

Entre las estrategias utilizadas en la resolución de problemas legales se destacan: el análisis medios-fines, el procedimiento de submetas, el método ensayo-error, la analogía, el replanteamiento organizativo o el sistema de búsqueda hacia atrás.

La resolución de problemas implica también procesos de decisión. El estudio sugiere que la decisión jurídica: a) se adopta desde una racionalidad limitada; b) atiende más a los resultados que a los razonamientos; c) se toma con tasas de confianza variables, y d) se forja dentro de un contexto social y desde percepciones subjetivas.

viour when dealing with the problem, which offer compilations of the mental and psychological processes of the individual, which can be analyzed and interpreted.

The process of resolution starts with identifying what the problem is, which needs juridical knowledge rather than procedural skills. This is followed by a first diagnostic impression which has to be considered cautiously/with caution because, being generally simplifying, it usually proves wrong.

When searching for solutions, for which the structural understanding of the problem is essential, the sequence is not always progressive, but rather, circular or recurrent. Phases of incubation are sometimes produced, and on some occasions, surprisingly, insight appears, and with it the unexpected understanding and an inspired answer.

Among the strategies used in the resolution of legal problems the following stand out: the analysis of the relationship between the means and the end, the achieving of secondary goals, the trial-error method, the analogy, the going back to scratch and working backwards.

The resolution of problems also implies processes of taking decisions. The study suggests that the juridical decision: a) is based on a limited rationality; b) it considers the results rather than the reasoning; c) some steps are more reliable than others and d) it is reached within a social context and from subjective standpoints.

(Trabajo presentado el 04-10-07 y aceptado para su publicación el 14-05-08)

Estado, Propiedad, Mercado

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO:

1. PRESENTACIÓN.
2. LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES ESCASOS Y DE GENERALIZACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA:
 - 2.1. LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD.
 - 2.2. DE LA APROPIACIÓN A LA PROPIEDAD. LA NECESIDAD DEL ESTADO.
 - 2.3. LA PROPIEDAD PRIVADA COMO CONSENSO SOCIAL RESPALDADO POR EL ESTADO.
3. LAS DIFICULTADES PARA QUE EL ESTADO PROMUEVA DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES. LA NECESIDAD DE UN MERCADO POLÍTICO EFICIENTE:
 - 3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 3.2. EL CASO DE ESPAÑA O CÓMO UNOS DERECHOS DE PROPIEDAD INEFICIENTES MANTENIDOS POR LA CORONA POR RAZONES FISCALES CONVIRTIERON AL MAYOR IMPERIO DESDE ROMA EN UNA POTENCIA DE SEGUNDO ORDEN.
 - 3.3. LAS URGENCIAS FISCALES DEL ESTADO MODERNO COMO OBSTÁCULO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNOS DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES.
4. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR EL ESTADO. LA SEGURIDAD —O PROTECCIÓN— JURÍDICA DE LA PROPIEDAD:
 - 4.1. PLANTEAMIENTO.
 - 4.2. DEL CONFLICTO A LA CONTROVERSIA.
 - 4.3. LA NECESIDAD DE QUE EL ESTADO RECONOZCA SOLAMENTE LA PROPIEDAD ADQUIRIDA CON PLENO RESPETO A LAS NORMAS COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA EL MANTENIMIENTO DEL CONSENSO SOCIAL SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS EN QUE LA PROPIEDAD CONSISTE:
 - 4.3.1. *Planteamiento general.*
 - 4.3.2. *La eficacia de la función protectora del Estado de la propiedad legalmente adquirida como factor creador de capital. La distinción entre fuerza y alcance del Estado.*

5. PROPIEDAD Y MERCADO. LA NECESIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN EFICIENTE DE DERECHOS DE PROPIEDAD PARA QUE HAYA CRECIMIENTO ECONÓMICO:
 - 5.1. PROPIEDAD Y MERCADO.
 - 5.2. PROPIEDAD PRIVADA Y CRECIMIENTO ECONÓMICO.
6. LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA FÁCIL Y SEGURA DE LOS MISMOS:
 - 6.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 6.2. LAS VENTAJAS DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES MEDIANTE DERECHOS REALES (*PROPERTY RIGHTS*).
 - 6.3. DERECHOS PERSONALES O DE CRÉDITO Y DERECHOS REALES. REGLAS DE RESPONSABILIDAD (*LIABILITY RULES*) Y REGLAS DE PROPIEDAD (*PROPERTY RULES*).
 - 6.4. LA ORGANIZACIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO. PROBLEMÁTICA GENERAL. LA CONFLUENCIA DE EXIGENCIAS APARENTEMENTE CONTRADICTORIAS:
 - 6.4.1. *Problemática general.*
 - 6.4.2. *La creación de las instituciones necesarias para la optimización del valor de los bienes y derechos —para la creación de capital— como misión del Estado.*
 - 6.4.3. *La confluencia de exigencias aparentemente antagónicas.*
 - 6.4.4. *Protección de las titularidades sobre derechos reales mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad.*
7. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO JURÍDICO MEDIANTE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES A TRAVÉS DE UNA REGLA DE PROPIEDAD:
 - 7.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 7.2. LAS ASIMETRÍAS INFORMATIVAS COMO OBSTÁCULO PARA LA CONTRATACIÓN. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO RECURSO TÉCNICO ANTE LAS INSUFICIENCIAS DEL DERECHO COMÚN PARA NEUTRALIZAR SUS EFECTOS.
 - 7.3. LOS REGISTROS DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO:
 - 7.3.1. *Consideraciones generales.*
 - 7.3.2. *La Lex Mercatoria como precedente.*
8. LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO DE DERECHOS:
 - 8.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 8.2. CARACTERIZACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.
 - 8.3. LA ABSTRACCIÓN REGISTRAL.
9. LA INCORPORACIÓN REGISTRAL COMO TÉCNICA DE IMPOSICIÓN DE LA *SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL* ENTRE LOS CONTRATANTES.
10. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO NO SACRIFICA EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO SINO QUE LO REFUERZA.

11. BREVE RECAPITULACIÓN. EL REGISTRO DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTO A TRAVÉS DEL CUAL EL ESTADO CUMPLE SUS FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD Y EL MERCADO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO.
12. EL REGISTRO: FUNCIÓN DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE SU NECESARIA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y DEL CARACTER COACTIVO DE SUS RESOLUCIONES:
 - 12.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 12.2. LOS INTENTOS DE APROPIACIÓN DE LAS FUNCIONES REGISTRALES POR PARTE DE ALGUNOS OPERADORES ECONÓMICOS.
13. RAZONES POR LAS CUALES NO PUEDEN ATRIBUIRSE FUNCIONES CALIFICADORAS A LOS NOTARIOS NI A NINGÚN OTRO OPERADOR ECONÓMICO:
 - 13.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 - 13.2. LA NECESIDAD DE PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO COMO CONSECUENCIA DE LA CONCURRENCIA DE DIFERENTES FACTORES:
 - 13.2.1. *Los efectos externos de la inscripción.*
 - 13.2.2. *La naturaleza jurídica de los derechos de propiedad.*
 - 13.2.3. *La concurrencia de intereses divergentes.*
 - 13.2.4. *La insuficiencia del contrato como título como consecuencia de su eficacia relativa.*
 - 13.2.5. *La proliferación de normas imperativas en relación a la propiedad inmobiliaria y el recurso progresivo al Registro de la Propiedad para garantizar su cumplimiento.*
 - 13.2.6. *La naturaleza imperativa —y, en última instancia, coactiva— de las resoluciones registrales.*
 - 13.3. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVARÍAN DE TAL ATRIBUCIÓN: LA REGRESIÓN DEL SISTEMA.
 - 13.4. RAZONES POR LAS CUALES LA ATRIBUCIÓN DE UN *MONOPOLIO DE ELECCIÓN* DE REGISTRADOR POR EL INTERESADO EN CONSEGUIR LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO A SU FAVOR PRODUCIRÍA TAN GRAVES CONSECUENCIAS.
14. LAS RAZONES POR LAS CUALES SE HA PLANTEADO LA CONVENIENCIA BIEN DE ATRIBUIR LA FUNCIÓN CALIFICADORA A LOS NOTARIOS, BIEN DE PODER ELEGIR LIBREMENTE AL CALIFICADOR, BIEN DE RESTRINGIR EL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN, OPCIONES TODAS ELLAS SUSTANCIALMENTE IDÉNTICAS:
 - 14.1. EL CONTEXTO: LA PREFERENCIA DEL PROCESO PRIVATIZADOR SOBRE EL DE CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL EN LOS PAÍSES CON ECONOMÍAS EMERGENTES Y EN TRANSICIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE CONOCIMIENTO SUFICIENTE SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO.
 - 14.2. LA MALA INTELIGENCIA DE LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL PROCESO DE ADELGAZAMIENTO DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA.
 - 14.3. LA DENOMINADA CRISIS DEL NOTARIADO.
15. CONSIDERACIÓN FINAL.

1. PRESENTACIÓN

El suelo, tanto rústico como urbano, es un bien progresivamente escaso, dada la creciente presión demográfica que ejercemos sobre el planeta y, de otro lado, la industrialización creciente de diferentes áreas del globo.

Ello impone considerar el planeta que habitamos como una nave espacial dotada de recursos escasos y no renovables (1), cuya explotación requiere respetar escrupulosamente las exigencias de la eficiencia como condición necesaria no sólo de nuestro bienestar sino, incluso, de nuestra supervivencia. En esta tarea, como en otras, todas las cuestiones referentes a los derechos de propiedad devienen capitales.

En las páginas que siguen, en lugar de utilizar la expresión *derechos reales*, que en español suele excluir el derecho de propiedad y referirse únicamente a los *derechos reales limitados* que el propietario puede conceder a terceros mediante la atribución de una o varias de las facultades que integran su dominio, utilizaré la expresión *derechos de propiedad* con un sentido semejante al que tiene la expresión anglosajona *property rights* en el ámbito del análisis económico del derecho, que incluye no solamente el derecho de propiedad, tal y como suelen definirlo los Códigos Civiles, sino también los derechos reales limitados.

El concepto de *property rights* abarca todos los derechos que conllevan, en algún grado, además de un poder directo e inmediato sobre la cosa, la facultad de *exclusión* (2) y, por tanto, de *exclusividad*, si bien *derechos exclusivos* no quiere decir *derechos irrestrictos*. Por el contrario, la exclusividad significa que el derecho de propiedad sólo está limitado por las restricciones explícitamente establecidas por la ley, lo que pone de manifiesto la estrecha

(1) Véase BOULDING, K. E., «La economía futura de la tierra como un navío espacial», en DALY, H. E. (Comp.), *Economía, ecología, ética. Ensayos hacia una economía en estado estacionario*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, págs. 262. y sigs.

(2) Utilizo aquí la expresión *derechos de propiedad*, o su equivalente en inglés, *property rights*, en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no solamente para referirme a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en los que se pueda aplicar la idea de exclusión. Incluye, por tanto, no solamente la propiedad, tal y como la define el Código Civil, sino también el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo, hipotecas, patentes, etc. Por el contrario, los bienes considerados de libre acceso son aquellos sobre los que no se aplica exclusión alguna. Ahora bien, que un derecho sea exclusivo no quiere decir que no posea limitaciones, sino que tan sólo se halla limitado por aquellas restricciones explícitamente establecidas por la ley. Véase, al respecto, el excelente trabajo de SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, pág. 32 y sigs. Ed. Tecnos, Madrid, 2005. Véase también ACKERMAN, B., *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown and Company. Igualmente, FURUBOTN, E. G. y RICHTER, R., *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, The University of Michigan Press, Second Edition, 2008.

conexión existente entre los conceptos de propiedad y Estado, hasta el punto de que si bien puede haber Estado sin propiedad privada, no es posible, sin embargo, la propiedad privada sin el Estado, cuya principal función es la de generar las infraestructuras institucionales necesarias para que la economía de mercado —es decir, la contratación entre extraños— pueda desarrollarse, lo que requiere el reconocimiento del derecho de propiedad privada, el de libertad contractual —que implica el de transferencia— y la seguridad de que los contratos serán cumplidos coactivamente en caso necesario.

2. LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONSERVACIÓN DE LOS BIENES ESCASOS Y DE GENERALIZACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA

2.1. LA FORMACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Si solamente hubiese un ser humano sobre la tierra o si los recursos no fueran escasos (3), o si en las economías reales la información fuese completa (4) y, por tanto, intercambiar no fuese costoso, no tendría sentido hablar de propiedad privada tal y como la entendemos.

(3) La idea de que la escasez de recursos se halla en el origen de la propiedad está muy extendida entre los autores. En este sentido, FURUBOTN, E. G. y RICHTER, R. sostienen que la regulación de la conducta es indispensable en un mundo de escasez. La relacionan también con la existencia de costes transaccionales. Véase *Institutions & Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, págs. 79-80. Second Edition. University of Michigan Press, 2005. Desde otro punto de vista, LAMSDORFF-GALAGANE, V. —partiendo de las ideas expuestas por HARDING, G.— pone de manifiesto que la propiedad privada es nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque éstos, sin dueño, desaparecen. Esta y no otra es la función social de la propiedad, pues permite optimizar el aprovechamiento de los recursos escasos de nuestro planeta. Véase *Teoría económica del Derecho*, págs. 11-12, Edición personal. Madrid, 2007. Fundamental sobre la material, ACKERMAN, B., *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown & Company.

(4) El modelo perfectamente competitivo —modelo walrasiano estándar neoclásico— parte de la premisa básica de información plena —cada uno elige como si conociese el resultado de todas sus posibles acciones— y de racionalidad paramétrica —cada uno elige como si sus acciones fueran el único factor variable, tomando las acciones de los demás como circunstancias fijas—. En el mundo real, sin embargo, hay imperfecciones en la información. El mercado opera bajo condiciones de incertidumbre y, precisamente por eso, falla. De hecho, si a los modelos teóricos les agregamos información imperfecta nos acercamos muy deprisa a los mercados reales, que se caracterizan porque el mercado resulta muy costoso. El hecho de que realizar transacciones sea costoso, hace que sea primordial la asignación de derechos de propiedad, introduce la cuestión de la organización económica y hace que la estructura de las instituciones políticas sea clave para la comprensión del crecimiento económico. Para el desarrollo de estas ideas, véase COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed., Madrid, 1994. ACKERMAN, B. A., *Economics Foundations of Property Law*, Little Brown and Company.

Por el momento, centraré mi atención en los dos primeros factores. Son la escasez de recursos, de un lado, y la ley de eterna replicación de los genes —instinto de supervivencia— que gobierna nuestras vidas, de otro, las que determinan la lucha por la subsistencia y, en consecuencia, por la apropiación de los recursos necesarios para la supervivencia (5).

En este contexto de escasez de los recursos necesarios para sobrevivir, cada individuo atesora y posee los bienes que puede defender frente a los intentos de los demás por apropiárselos. Y los posee tan sólo en la medida y por el tiempo en que sea capaz de defenderlos (6).

Ninguna de estas situaciones son situaciones de *propiedad*, según nuestra concepción: son meras situaciones *de facto* que se mantienen mientras perduran las relaciones de poder de las que surgieron. Cada uno aplica *su propia ley* en la medida en que puede imponerla a los demás, pero no existe una *ley común* que se imponga a todos.

En tal situación, la lucha por la apropiación de bienes escasos derivada de la ley de la supervivencia genera una situación de *conflicto* entre individuos y grupos. Frente a la situación de *controversia* o de *competencia*, la de *conflicto* se caracteriza porque carece de reglas (7).

En situación de conflicto no hay propiedad, sino tan sólo *apropiación* o *detención*, caracterizada por la incertidumbre sobre su perdurabilidad, porque, a diferencia de lo que sucede con la propiedad, el detentador, al igual que adquiere sus posesiones mediante un acto de fuerza, puede ser privado de las mismas mediante otro acto de fuerza. Del mismo modo que, en su momento, no solicitó ningún consentimiento para apropiarse de los bienes, nadie solicitará su consentimiento para privarle de ellos.

Esta situación ha sido definida por algunos autores como *derechos de propiedad en sentido económico* o *derechos económicos* (8) en contraposi-

(5) SHERMER, M., *The mind of the market*, Times Books, New York, 2008.

(6) Es esta necesidad de explotación y defensa de los recursos necesarios para sobrevivir la que determina que los individuos se agrupen para disminuir riesgos, estableciendo mecanismos de defensa *ad extra* y de distribución *ad intra* de los recursos escasos. Quien más aporta a la defensa común —el jefe— es quien más se apropia y quien decide, en gran medida, cómo se distribuye el resto entre los demás, de forma desigual para garantizarse lealtades, pero no excesivamente para evitar que se organicen coaliciones que le sean adversas.

(7) Véase Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Citando a MERRYLL —*Introducción a la Sociología*, Madrid, 1967, pág. 40— distingue entre competencia y conflicto. El conflicto es una competencia desarrollada con olvido de las reglas, en la que los contendientes buscan el perjuicio del otro o incluso su destrucción. Según Díez-PICAZO, si así fuera, podríamos considerar como beneficiosos socialmente determinados niveles de competencia y perjudicial la transformación de la competencia en conflicto.

(8) Entre otros, ALCHIAN, A., «Some Economics of Property Rights», en *Il Politico*, 30, núm. 4, 1965, 816-29. Reimpreso posteriormente en ALCHIAN, A., *Economic Forces at Work*, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1977. BARZEL, Y., *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, págs. 3-4, Cambridge University Press, 2003.

ción a los *derechos de propiedad en sentido jurídico*, a los que posteriormente me referiré. Estos derechos de propiedad, en sentido económico, son inestables: valen lo que vale la confianza que despierte su detentador —o líder— en cuanto a su capacidad de vencer cualquier desafío que se le presente; su estabilidad se halla en función de los esfuerzos directos de protección desplegados por sus detentadores, de los intentos de apropiación de otros y, ocasionalmente, de la protección no gubernamental que puedan obtener, formal o informalmente (9).

No obstante, probablemente, los derechos de propiedad privada sobre la tierra comenzaron a surgir de esta forma: cuando los individuos protegieron las áreas de tierra que deseaban mediante el uso de la fuerza, o apropiándose de las tierras detentadas por otros, también mediante el uso de la fuerza, o de la negociación, en su caso, cuando los costes de hacerlo eran inferiores a los beneficios esperados (10).

2.2. DE LA APROPIACIÓN A LA PROPIEDAD. LA NECESIDAD DEL ESTADO

La defensa individual y personal de los bienes detentados es muy costosa, tanto que no está al alcance de la mayoría de los individuos ni sería rentable en relación a la mayor parte de los bienes, por lo que se impone la asociación entre detentadores o entre individuos que deseen detentar, ya que permite conseguir grandes economías de escala en los necesarios servicios de protección, lo que hizo conveniente la creación de alguna forma de Gobierno para salvaguardar los derechos de propiedad privada, una vez que habían sido más o menos establecidos, esto es, una vez que se habían estabilizado porque se había conseguido un cierto *consenso* sobre las apropiaciones efectuadas y el aprovechamiento de los recursos.

Como argumentan NORTH y THOMAS (11), aunque, ciertamente, algunos grupos voluntarios pueden proteger derechos de propiedad en una escala reducida, resulta casi inimaginable que se pueda obligar a que sean respetados de forma general sin la autoridad del Gobierno.

En efecto, desde que el nomadismo dejó paso a los asentamientos agrícolas, el hombre encontró dos maneras de adquirir bienes y servicios: podía producirlos o podía robarlos a los demás.

Ante la amenaza de los bandoleros, la respuesta de los productores de bienes y servicios fue invertir en defensa militar. Pero la construcción de

(9) BARZEL, Y., *op. cit.*, pág. 4.

(10) Véase DNES, A. W., *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Thomson-SouthWestern, Canada, 2005, pág. 16.

(11) NORTH, D. C., THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, pág. 14.

fortalezas y el aislamiento de los soldados hizo surgir inmediatamente el problema del *free rider*. Como realmente resultaba difícil establecer fortalezas y tropas para proteger a algunos vecinos sin protegerlos a todos, si las contribuciones se establecían sobre una base voluntaria, todos encontrarían más ventajoso dejar que pagase el vecino.

Así pues, la defensa como caso clásico de un *bien público* (12), implicaba el problema de excluir de los beneficios a terceros que no pagaban por ellos. Dadas las ventajas de las economías de escala, la solución más eficaz fue y continúa siendo la creación de una autoridad gubernamental y la contribución obligatoria por parte de todos los beneficiarios.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan sólo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarraría y la supervivencia estaría al alcance de un menor número.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergería enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia (13).

2.3. LA PROPIEDAD PRIVADA COMO CONSENSO SOCIAL RESPALDADO POR EL ESTADO

Así pues y conforme a lo expuesto, la propiedad privada no habría surgido tanto como una *creación de la ley* —en el sentido de estructura impuesta a la sociedad civil por una autoridad civil exógena—, cuanto como una forma espontánea de orden conformada, en última instancia, por el autointerés (14),

(12) Como es sabido, un bien público es aquel de cuyo disfrute, una vez producido, nadie puede quedar excluido. Por ejemplo, si protegemos un pueblo, no podemos evitar proteger a todos sus habitantes. Conscientes de ello, todos los vecinos tendrán un incentivo para evitar pagar por la defensa del pueblo. Esta situación se conoce como el problema del *free rider*.

(13) Véase DEMSETZ, H., «Hacia una teoría general de los derechos de propiedad», en *Información Comercial Española*, 1980, págs. 59-66. También ALCHIAN, A. A., y DEMSETZ, H., «El paradigma de los derechos de apropiación», en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, págs. 318-324, y ALCHIAN, A. A., «Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad», en *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981, págs. 325-334. También DNES, A. W., *op. cit.*, pág. 16.

(14) SUGDEN, R., «Spontaneous Order», en *Journal of Economic Perspectives*, 3, núm. 4, 1989, págs. 85-97.

que requeriría para su desarrollo la existencia de una autoridad pública, singularmente el Estado.

En este contexto general se suele enfatizar el carácter consensual de los derechos. Así, suele afirmarse que los derechos son asignados sobre la base de un amplio consenso, hasta el punto de que ningún derecho puede existir, a menos (15) que exista un consenso en el grupo al respecto.

De acuerdo con este enfoque, el origen de la propiedad en sus diversas formas no sería un fenómeno originariamente gubernamental sino, más bien, un fenómeno de origen social y de posterior sanción gubernamental. Ulteriormente, la institución de la propiedad se habría ido modulando lentamente a través del tiempo mediante un proceso en el cual el Estado ha intentado clarificarlo y regularlo. Bajo el Estado, los derechos de propiedad serían, pues, convenciones sociales respaldadas por el propio Estado.

3. LAS DIFICULTADES PARA QUE EL ESTADO PROMUEVA DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES. LA NECESIDAD DE UN MERCADO POLÍTICO EFICIENTE

Llegados a este punto, ya podemos referirnos a los *derechos de propiedad en sentido jurídico o legal* que, en un sentido muy general, hacen referencia a todo aquello que el Estado asigna a una persona o, si se prefiere, a los derechos reconocidos y protegidos por el Gobierno (16). El concepto de propiedad se halla estrechamente vinculado con la idea de exclusividad en el uso y aprovechamiento de los recursos. En este sentido, POSNER define los derechos de propiedad como *derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos* (17).

3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Ciertamente, como observa SUGDEN (18), el hecho de que los derechos de propiedad sean convenciones, no favorece necesariamente que generen reglas eficientes en el sentido de PARETO (19). De hecho, observa, es raro que así

(15) FRANK, R. H., «Meldin Sociology and Economics: Janes Coleman's Foundations of Social Theory», en *Journal of Economic Literature*, 30, 1992, págs. 147-170.

(16) BARZEL, Y., *op. cit.*, pág. 4.

(17) POSNER, R., *El análisis económico del Derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 37. Traducción de la obra original *Economics Analysis of Law*. Little Brown & Company, Boston & Toronto, 2.^a ed., 1977.

(18) SUGDEN, R., *op. cit.*, pág. 96.

(19) La noción de eficiencia en el sentido de PARETO hace referencia a aquella situación en la que, al menos, mejora una persona, sin que ninguna otra empeore. Véase POSNER, R., *op. cit.*, pág. 21.

sea, lo cual obedece a diferentes razones, entre otras, a la monopolización de la propiedad privada por quienes toman las decisiones o por ciertos cuerpos gubernamentales.

Ahora bien, para entender el papel que juega la propiedad privada en la promoción de la eficiencia, es necesario tener muy presente que la misma es condición necesaria, pero no suficiente para que haya competencia. Para ello, tiene que haber, además, libertad contractual, libertad de transferencia y un tercero imparcial que imponga coactivamente el cumplimiento de las normas (20).

Por otro lado, es necesario recordar que, como observó HARDIN (21), los bienes comunes, es decir, los recursos escasos sin dueño, tienen un destino trágico, cual es su extinción como consecuencia de la sobreexplotación, de modo que, como ha observado LAMSDORF-GALAGANE (22), la propiedad privada vendría a ser nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque un bien escaso sin dueño desaparece.

Además, la intervención del Estado, si bien es necesaria para reducir costes transaccionales, no deja de ser ambigua, y no resulta claro cómo se puede conseguir que el Estado se comporte como un tercero imparcial, pues, como afirma NORTH, si partimos de la hipótesis conductual que maximiza la riqueza, resulta difícil crear el modelo, incluso de manera abstracta. Dicho de otro modo: si el Estado posee fuerza coercitiva, entonces quienes rijan el Estado usarán esa fuerza en su propio interés a expensas del resto de la sociedad. De ahí la necesidad de establecer sistemas efectivos de controles y contrapesos al poder político (23).

Pero por muchos contrapesos y controles que se establezcan, no es nada fácil conseguir que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes, como lo acredita el hecho de la pervivencia de reglas y de derechos de propiedad ineficientes a lo largo de la historia. Que la estructura de los derechos de propiedad sea más o menos eficiente se halla en función del grado de eficiencia del sistema político.

Según NORTH (24), las reglas y los derechos de propiedad ineficientes se mantienen porque los gobernantes no deben antagonizar con electores poderosos mediante reglas eficientes y opuestas a sus intereses o porque los costos

(20) Véase DNES, A. W., *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Ed. Thomson-South-Western, Canada, 2005, pág. 16 y sigs. Asimismo, LEPAHE, H., *Por qué la propiedad*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1986, págs. 85 y sigs. También NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 53 y sigs.

(21) HARDIN, G., «The Tragedy of the Commons», en *Economics Foundations on Property Law*, op. cit., págs. 2-12.

(22) Op. cit., pág. 12.

(23) NORTH, D. C., *Instituciones...*, págs. 82-83.

(24) NORTH, D. C., op. cit., pág. 73.

de establecer, medir y cobrar impuestos pueden desembocar fácilmente en una situación en la que derechos de propiedad ineficientes produzcan ingresos más cuantiosos que los derechos de propiedad eficientes.

En general puede afirmarse que el grado de eficiencia de la estructura de los derechos de propiedad —esencial para que la organización económica sea eficaz y, por tanto, haya crecimiento económico— depende de la eficiencia del sistema político. En este sentido, la evolución de la política desde gobernantes individuales absolutos hacia gobiernos democráticos es concebida típicamente como un paso hacia una mayor eficiencia política, aunque sólo sea porque la existencia de cuerpos representativos poderosos limita la capacidad de comportamiento depredatorio de los Gobiernos. Ponen a España —junto con Francia—, durante los siglos XVI y XVII, como ejemplo de derechos de propiedad ineficientes por razones fiscales, frente a Holanda o Inglaterra.

3.2. EL CASO DE ESPAÑA O CÓMO UNOS DERECHOS DE PROPIEDAD INEFICIENTES MANTENIDOS POR LA CORONA POR RAZONES FISCALES CONVIRTIERON AL MAYOR IMPERIO DESDE ROMA EN UNA POTENCIA DE SEGUNDO ORDEN

En efecto, NORTH y THOMAS se plantean la cuestión de por qué los Reyes Católicos no siguieron la política de desarrollo a largo plazo de la agricultura que se habría conseguido si hubieran recortado los privilegios monopolísticos de la Mesta y fomentado el desarrollo del derecho de propiedad sobre las tierras susceptibles de ser cultivadas (25).

Aceptan la respuesta de VICENS VIVES: la urgente necesidad de ingresos les dificultaba esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, por lo que los Reyes Católicos prefirieron seguir la vía cómoda de sus predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas (26).

(25) NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., *op. cit.*, pág. 203.

(26) Los siguientes párrafos de VICENS resultan iluminadores: «¿Cuáles fueron las causas de la política de los Reyes Católicos respecto a la Mesta? El primer motivo es clarísimo: *La regulación monopolística del comercio de la lana*. Sobre cualquier otra consideración imperó la necesidad de obtener “grandes cantidades de oro y otras ventajas del extranjero”» (J. KLEIN). Y ello porque el principal beneficiario de la Mesta era la misma monarquía. En efecto, desde 1466, indirectamente, y desde 1493, directamente, la Corona controló los grandes maestrazgos de las Órdenes Militares. Eso quiere decir que recibía, íntegro, a través de la Orden de Santiago, el *servicio y montazgo* que constituía el principal ingreso financiero de la Corona. Por lo tanto, en lugar de esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, los reyes prefirieron seguir la vía cómoda de sus predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas. Ello nos conduce al segundo motivo: *la crisis financiera porque pasó la Corona desde 1484*, a causa de la expansión inquisitorial y la huida de capitales de los conversos, y subsiguientemente, desde 1492, a causa de la expulsión de los judíos. Se

Esta explicación confirma el análisis teórico realizado por NORTH y THOMAS sobre la relación existente entre el Estado, la protección de los derechos de propiedad y los ingresos fiscales.

Según tal análisis teórico (27), en un contexto más amplio que el feudal —y ése era, si duda, el de la España de los Reyes Católicos— el Gobierno es, ante todo, un acuerdo institucional que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos.

Dado que las economías de escala en la aportación de protección y justicia hacen que esta transacción sea potencialmente deseable para los ciudadanos, ello constituye la base de un intercambio mutuamente beneficioso entre gobernantes y gobernados. En la medida en que continúan aplicándose economías de escala, la ampliación de la protección y aplicación de los derechos de propiedad por parte del Estado hace que se incremente la renta de todos y, de alguna manera, estos ahorros se distribuyen entre los ciudadanos y el Estado.

Esta distribución varía en función del poder relativo de negociación de los diferentes grupos de interés: dadas sus necesidades fiscales, el Estado puede proporcionar servicios especiales a grupos con un especial poder negociador, lo que puede dar lugar a una estructura ineficiente de derechos de propiedad (28), tal y como sucedió en España. De acuerdo con la misma, los agricultores carecían de facultades de exclusión como consecuencia de los privilegios concedidos a la Mesta.

En relación a las titularidades sobre derechos de propiedad sobre la tierra, éstas se hallaban sujetas a las incertidumbres propias del Derecho Común, y el Estado no había arbitrado ningún modo de protección de los adquirentes. La inscripción en los Registros de Censos y Tributos, creados por la Pragmática de 1539, nada garantizaba a acreedores ni a adquirentes —pues no garantizaba que el censo o la adquisición procediesen del *verus dominus* ni de persona especialmente legitimada para disponer—; tan sólo era un requisito

necesitaban remedios rápidos y ninguno más a mano que la lana que se exportaba. De aquí la protección a la Mesta. De aquí también que, desde la época de los Reyes Católicos, pudiera decirse que «la explotación y conservación de la ganadería es el principal sustento de estos reinos». VICENS VIVES, J., *op. cit.*, págs. 276-277. Como observan NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., de las tres fuentes de ingresos más importantes para la economía española —la Mesta, los pagos procedentes de los Países Bajos y otras posesiones y los tesoros del Nuevo Mundo— dos eran externas. Este hecho configuró el destino de España, *op. cit.*, pág. 202.

(27) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, págs. 157-160.

(28) Esta idea la desarrolla NORTH, D. C. en *Instituciones...* La eficiencia de los derechos de propiedad depende, por ello, de la eficiencia del mercado político.

necesario para poder alegar el documento como prueba en juicio, previo pago de los correspondientes impuestos (29).

De modo que había unas titularidades inseguras sobre los derechos de propiedad de escaso contenido y valor, unas cargas que aun no siendo susceptibles de posesión no requerían inscripción (v.gr.: hipotecas generales tácitas), otras que sí requerían inscripción para que el documento en el que se formalizaban pudiese ser utilizado como prueba en juicio, incluso *inter partes* (censos consignativos constituidos tras la entrada en vigor de la Pragmática de 1539), y un incumplimiento generalizado de la norma aceptado por los Tribunales (30).

Es difícil imaginar un escenario más desfavorable para que el crecimiento económico fuera posible, al menos en la agricultura, y difícil encontrar un ejemplo más ilustrativo de cómo las urgencias fiscales pueden llevar a acuerdos con grupos influyentes, con gran poder de negociación —Mesta— en detrimento del establecimiento de una estructura eficaz de derechos de propiedad —agricultura—, lo que resultó ser decisivo para la futura decadencia española y el atraso económico de España.

Este esquema se mantuvo durante el siglo XVII, si bien los términos de la transacción —impuestos a cambio de no dificultar la prueba de determinados derechos (31)— se encareció muy notablemente para los súbditos. Como afirma VICENS VIVES, acuciada la monarquía por necesidades financieras, siempre en aumento, la política fiscal fue cercando cada vez más estrechamente las arcas de los contribuyentes hasta el punto de sacrificar la economía a la Hacienda y los intereses de sus súbditos a sus propios intereses (32).

(29) Véase SERNA VALLEJO, M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario histórico español*, Ed. CRPME, Madrid, 1996, pág. 134.

(30) Esta es la interpretación más probable, a pesar de lo que dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: «Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por esto se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse». En mi opinión, lo que la Pragmática venía a establecer era que los documentos inscribibles no inscritos no perjudicarían a tercero, y que, además, carecían de valor probatorio *inter partes*, lo que no excluía que la imposición de la hipoteca censal no inscrita, por ejemplo, pudiera ser probada *inter partes* por medios probatorios distintos (v.gr.: testigos).

(31) El hecho de no poder alegar en juicio como prueba del derecho el documento si no se había tomado razón en el Registro de Censos y Tributos significaba eso precisamente, pues la inscripción, sin embargo, nada garantizaba, a pesar de que para la toma de razón era necesario satisfacer los correspondientes impuestos. Esta norma afectaba en realidad únicamente a las escrituras de hipoteca censal y fue ampliamente desconocida por los tribunales.

(32) VICENS VIVES, J., *op. cit.*, págs. 403 y 414.

Como ha resaltado NORTH, todos los detalles de la economía, así como de la política, se estructuraron con el objetivo de promover los intereses de la Corona en la creación del Imperio más poderoso desde Roma. Pero con la rebelión de Holanda y la declinación del flujo de tesoros del nuevo mundo, las demandas fiscales sobrepasaron con mucho a los ingresos y el resultado fue la quiebra, el aumento en los impuestos internos, las confiscaciones y los derechos de propiedad inseguros. Como consecuencia de ello, en un solo siglo, el XVII, España dejó de ser la nación más poderosa del mundo occidental desde el imperio romano para convertirse en una potencia de segundo orden (33).

3.3. LAS URGENCIAS FISCALES DEL ESTADO MODERNO COMO OBSTÁCULO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNOS DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES

Ahora bien, los beneficios netos que suponen para el Estado la alteración y protección de los derechos de propiedad en cualquier sector se determinan no sólo por los beneficios sociales, sino también por los costos de transacción que implica el proceso. Los beneficios que derivan para el Estado del establecimiento de nuevos derechos de propiedad dependen de los beneficios o ahorros reales generados, de los que hay que descontar los costos de la creación del nuevo marco institucional (34).

Todas las nuevas naciones-estado que se encontraban bajo las fuertes tensiones de los primeros tiempos de la Edad Moderna estaban interesadas en establecer nuevos marcos institucionales que les permitieran incrementar al máximo sus ingresos inmediatos (35). Las necesidades fiscales del gobierno eran siempre extraordinariamente elevadas y pocas veces —quizá nunca— podía un monarca permitirse el lujo de evaluar las consecuencias de una reforma y los ingresos derivados de ella con varios años de anticipación.

El problema esencial era asegurarse la supervivencia. En el contexto de un horizonte temporal tan limitado, no es sorprendente que el deseo de aumentar al máximo los ingresos fiscales condujera muchas veces a la creación de derechos de propiedad que, en realidad, sofocaban la expansión económica (36).

(33) NORTH, D. C., *Instituciones*, págs. 148-150.

(34) Entre ellos enumeran el costo de negociar y establecer los nuevos acuerdos, cuantificar los beneficios, recaudar los impuestos y aplicar los nuevos derechos de propiedad, que deben deducirse del ahorro social para obtener los beneficios conseguidos directamente por el Estado. NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, pág. 159.

(35) NORTH tiende a focalizar la razón de las necesidades fiscales del Estado en el surgimiento de nuevas armas que reclamaban ejércitos más amplios y costosos. NORTH, D. C., «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 146. Para FONTANA, sin embargo, no se trata sólo de los ejércitos y de la guerra. En su opinión, el desarrollo del Estado moderno se halla estrechamente asociado a un aumento de sus dimensiones, de su campo de actuación. FONTANA, J., *La quiebra de la monarquía absoluta*, pág. 12. Ed. Crítica, Barcelona, 2002.

(36) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, pág. 163.

En consecuencia, ante tan apremiantes presiones, los nuevos acuerdos institucionales no sirvieron, en muchas ocasiones, para garantizar a la sociedad en su conjunto los máximos beneficios.

A título de ejemplo, sostienen que el Estado tanto podía continuar otorgando y/o protegiendo derechos de propiedad ineficaces —el caso de los gremios y monopolios—, como crear derechos más eficaces, de lo cual constituiría un buen ejemplo la garantía del funcionamiento de un mercado abierto. En el caso del monopolio, resultaba fácil identificar a sus beneficiarios, así como cuantificar los beneficios privados y negociar los impuestos.

La concesión de privilegios constituía para el Estado una fuente de beneficios potencialmente lucrativa y relativamente barata. En cambio, la creación de un mercado abierto implica notables dificultades para identificar a los beneficiarios y negociar con ellos, al tiempo que se multiplican las incertidumbres y dificultades a la hora de establecer y recaudar el impuesto.

Con todo —concluyen NORTH y THOMAS— si debido a las limitaciones con las que se debe enfrentar el Estado, la creación e imposición de este tipo de derecho de propiedad se manifiesta como la fuente más lucrativa de beneficios, en tal caso se procederá a su implantación.

En mi opinión, este modelo teórico sirve para explicar la evolución de los derechos de propiedad inmobiliarios en España —y no sólo en España— y por qué no se arbitraron antes mecanismos eficaces —entre los cuales los registrales— para la protección de dichos derechos.

4. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR EL ESTADO. LA SEGURIDAD —O PROTECCIÓN— JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

4.1. PLANTEAMIENTO

En cualquier caso, el concepto de propiedad privada —especialmente sobre la tierra y, en general, sobre los bienes inmuebles— se halla estrechamente relacionado con la idea y la realidad del Estado, hasta tal punto que, como ha afirmado NORTH, es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad (37).

Puede afirmarse, por ello, que la propiedad privada, tal y como la conocemos, no es posible sin el Estado. Como ha afirmado OLSON, no hay propiedad privada sin gobierno (38). Ciertamente, puede haber Estado sin propiedad

(37) NORTH, D. C., *Estructura y cambio en la historia económica*, Alianza Ed., Madrid, 1994, pág. 22.

(38) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

privada, pero no propiedad privada sin Estado. Como he expuesto, ello es así porque los altos costes transaccionales en los que sería necesario incurrir para transferir, capturar y proteger los derechos de propiedad, haría inviable el establecimiento de tales derechos sobre la mayor parte de los bienes.

Por el contrario, la existencia del Estado posibilita que esa misma seguridad cuyo logro no es económicamente factible a través de los esfuerzos privados, pueda lograrse, afortunadamente, por una vía menos costosa: a través del sistema jurídico. Pasamos, entonces, al dominio de la *seguridad jurídica*, un tipo de seguridad que únicamente puede proporcionar el Estado. De su producción, por ello, se encarga el ordenamiento jurídico.

Esto es lo que hace el ordenamiento cuando, por ejemplo, la Constitución proclama el derecho de propiedad privada, la ley penal tipifica como delitos el robo, el hurto o el allanamiento de morada, etc., o cuando la ley civil concede al propietario, además de los remedios posesorios, las acciones reivindicatoria o negatoria o lo protege mediante el sistema registral.

Este tipo de seguridad únicamente la puede proporcionar el Estado y, además, libera economías de escala en la medida en que, al asumir la protección de todas las propiedades, disminuye el coste medio de la misma, en tanto mayor medida, además, cuanto más crezca el volumen de producción, esto es cuanto más propietarios haya y más valiosas sean sus propiedades, lo que es, en gran parte, una función de la efectividad de la protección estatal de los derechos.

El ahorro posibilitado por las economías de escala es el que posibilita que la propiedad privada, o, si se prefiere, el sistema de derechos de propiedad, se haga extensible a toda una serie de bienes a los que de otro modo no sería extensible, con las pérdidas consiguientes en términos de productividad y de crecimiento.

La expansión de este proceso, a su vez, interesa sobremanera al Estado en la medida en que posibilita un incremento de sus ingresos fiscales. Ahora bien, por diversos factores, el Estado puede optar por la vía opuesta: la de ser un Estado depredador que limite los derechos de propiedad y asfixie la economía, como demuestran los análisis históricos de NORTH y THOMAS y la teoría neoclásica del Estado desarrollada por NORTH (39).

(39) Véase NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, especialmente capítulo 8, y NORTH, D. C., *Structure and Change in Economic History*, Nueva York, W. W. NORTON, 1981. Especialmente el capítulo 3: «A Neoclassical Theory of the State». El poder del soberano está limitado por los costes de agencia y sometido a las restricciones de la competencia. Si el soberano suministra el orden público y otros servicios a precios desorbitados, lo más probable es que su comportamiento provoque el que otros agentes del poder de dentro o de fuera del Estado ofrezcan un sistema de impuestos más favorable. La capacidad impositiva se halla también limitada por el problema de los costes de agencia y de medición. Para recaudar impuestos se debe definir y medir la base imponible y se deben liquidar y recaudar los impuestos. Para acometer esta tarea, el soberano deberá

4.2. DEL CONFLICTO A LA CONTROVERSIA

La intervención del Estado, además, en la medida en que sea efectiva e imparcial, hace que el enfrentamiento entre individuos por la captura de recursos escasos necesarios para la supervivencia deje de ser un *conflicto* —enfrentamiento sin sujeción a reglas— y se convierta en una *controversia* —enfrentamiento con sujeción a reglas—, que, en parte es económica y, en parte, es jurídica.

DÍEZ-PICAZO (40) define la *controversia económica* como aquella en la que el ordenamiento —vale decir el Estado— se limita a definir las reglas del juego sin tomar partido por ninguno de los contendientes y manteniéndose neutral en relación a la sustancia del conflicto. En la *controversia jurídica*, por el contrario, el ordenamiento jurídico, además, anticipa por cuál de los intereses en juego se inclinará en caso de conflicto, lo que es una eficaz método de evitación de los mismos y de estructurar incentivos de la conducta humana.

El crecimiento económico consiste, esencialmente, en la adecuada estructuración de tales incentivos, mediante una adecuada estructuración de los derechos de propiedad, pues, básicamente, en eso consiste una organización económica eficaz, de cuya consecución depende que haya crecimiento económico, así como el grado relativo del mismo (41).

Esta distinción es útil en el tema que nos ocupa porque, en relación al propietario, en un moderno Estado de Derecho, la naturaleza de la controversia es jurídica, siempre que el propietario sea tal, es decir, haya cumplido todas las condiciones que el ordenamiento —es decir, el Estado— le exige para reconocer su derecho. En tal situación, si alguien perturba *su* derecho de propiedad, el Estado no permanece neutral sino que anticipa que protegerá al propietario. O, en el caso de que dos personas se disputen la propiedad de un bien, el ordenamiento suele establecer un sistema de criterios de admisibilidad y preferencia de pruebas.

delegar en un gran número de agentes, y si es un gobernante racional, tratará de establecer acuerdos que minimicen el coste de agencia. Si los gobernantes no incurrieran en costes de transacción positivos al proceder a la recaudación de impuestos, preferirían una estructura de derechos de propiedad que maximizara la base imponible. Cuando los costes de transacción son elevados, es frecuente que, por su propio interés, los gobernantes diseñen estructuras adecuadas de derechos de propiedad para que la economía crezca rápidamente.

(40) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, págs. 12-13.

(41) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, pág. 5. Sostienen que la clave del crecimiento reside en una organización económica eficaz. Una organización económica eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de los derechos de propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios. La razón del desarrollo de Occidente radica, por tanto, en la construcción de una organización económica eficaz en Europa occidental

Ahora bien, si un individuo negocia con el propietario la transferencia de su propiedad, el Estado no interviene para anticipar el resultado de la negociación, sino sólo para garantizar que el propietario pueda decidir libremente si transfiere o no; que, si hay acuerdo, tal acuerdo no viola normas imperativas que, precisamente por serlo, establecen derechos a favor de terceros —sean terceros concretos o la comunidad en su conjunto—, haciendo depender de tal ausencia de violación el reconocimiento de la nueva titularidad sobre el derecho; y, finalmente, para imponer el cumplimiento obligatorio en caso de incumplimiento, bien *in natura* cuando es posible, bien en el *id quod interest* cuando no lo es.

El respeto a las normas imperativas, en la medida en que fijan los límites del marco institucional, que define lo que a los individuos les está permitido hacer, y, por tanto, en la medida en que estructuran incentivos de la conducta humana, es una cuestión crítica, pues de ello dependerá, por un lado, que el sistema de incentivos, si es acertado, produzca los resultados deseados, y, de otro, que se mantenga el consenso social en torno al aprovechamiento de bienes y recursos en que la propiedad consiste. La presencia del Estado convierte el conflicto en controversia. La controversia es económica cuando la conducta de los individuos se mueve dentro de lo que el sistema institucional les permite hacer y es jurídica cuando intentan traspasar los límites del marco institucional. En el primer caso hay competencia; en el segundo, transgresión de las reglas que la regulan.

4.3. LA NECESIDAD DE QUE EL ESTADO RECONOZCA SOLAMENTE LA PROPIEDAD ADQUIRIDA CON PLENO RESPETO A LAS NORMAS COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA EL MANTENIMIENTO DEL CONSENSO SOCIAL SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS EN QUE LA PROPIEDAD CONSISTE

4.3.1. *Planteamiento general*

De acuerdo con todo lo expuesto, puede afirmarse, siguiendo a SJAASTAD, E. y BEMBLEY, E. D. (42), que los derechos de propiedad, especialmente sobre inmuebles, no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado —mediante la ley— que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier modo en la corriente de beneficios procedente del bien. Se trata, por tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y

(42) SJAASTAD, E., y BEOMLEY, E. D., «The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes», en *Development Policy Review*, 18 (4): 365-89.

excluyente de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho. Y los recursos, como sabemos, son escasos por definición. Y su adjudicación, en régimen de exclusividad o de monopolio, si tal monopolio —tal derecho— se ha adquirido mediante el libre juego de la autonomía privada y con pleno respeto a las normas imperativas que la enmarcan.

Por ello, el Estado, antes de comprometer el uso de su fuerza coercitiva en el caso de que el derecho adquirido sea perturbado, debe asegurarse de que la adquisición del derecho no ha sido fruto de un despojo o de cualquier otro comportamiento contrario a una norma imperativa.

De no ser así, existe el riesgo de que se quiebre el consenso acerca de cómo los recursos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que define la esencia del derecho de propiedad, lo cual sería gravísimo porque, como observa DE SOTO (43), la propiedad no es tanto una cualidad primaria de los activos cuanto la expresión legal de un consenso económicamente significativo acerca de ellos.

4.3.2. *La eficacia de la función protectora del Estado de la propiedad legalmente adquirida como factor creador de capital. La distinción entre fuerza y alcance del Estado*

Cuanto más amplio sea ese consenso y mayor y más eficaz la protección del Estado, en mayor medida se incentivará un uso eficiente de los recursos, y, por tanto, más valiosos serán los bienes, o, dicho de otro modo, en mayor medida podrán ser utilizados como activos económicos, o, en palabras de DE SOTO, generarán capital (44).

(43) DE SOTO, H., *El misterio del capital*. Ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 184. Observa DE SOTO que es la ley la que fija y realiza el capital. En Occidente la ley no se preocupa tanto por representar la realidad física de las edificaciones o de la propiedad raíz, sino más bien por establecer un proceso de reglas que permitan a la sociedad extraer el potencial excedente de esos activos. La propiedad no es los activos mismos, sino el consenso entre personas sobre cómo estos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados. Hoy, en la mayor parte de los países del tercer mundo, el desafío no consiste en poner todas las edificaciones y la tierra sobre el mismo mapa —algo que probablemente ya se ha hecho—, sino en integrar las convenciones legales formales con las extralegales.

(44) Según DE SOTO, no sabemos dónde encontrar el proceso clave que convierte el potencial económico de una casa en capital. Esto se debe a que ese proceso clave no fue deliberadamente establecido para crear capital, sino con el propósito más sencillo de proteger la propiedad inmueble. A medida que los sistemas de propiedad de los países occidentales fueron creciendo, imperceptiblemente fueron desarrollando diversos mecanismos cuya combinación en un proceso empezó a producir más capital que nunca. En Occidente, estos mecanismos se usan todo el tiempo, pero la gente no advierte sus funciones generadoras de capital, pues ellos no llevan esa etiqueta. Los percibimos como parte del sistema que protege la propiedad, no como mecanismos entrelazados para la fijación

Antes de analizar cómo realiza el Estado esta función protectora de los derechos de propiedad y, por ello, *creadora de capital*, es preciso partir de la distinción realizada por FUKUJAMA entre *fuerza* y *alcance* del Estado.

Para FUKUJAMA —al igual que para la economía institucional en general— ha sido el surgimiento del Estado moderno y su capacidad para proporcionar orden, seguridad, leyes y derechos de propiedad, lo que ha hecho posible (45) el crecimiento económico moderno.

También, al igual que los autores especializados en economía institucional, reconoce que, no obstante, el papel del Estado es ambigüo, ya que posee una amplia variedad de funciones tanto para lo bueno como para lo malo.

El mismo poder coactivo que permite al Estado defender los derechos de propiedad y procurar seguridad pública, le permite también confiscar la propiedad privada y vulnerar los derechos de los ciudadanos. La labor de la política moderna ha consistido, por ello, en domar el poder del Estado, orientar su actividad hacia propósitos considerados legítimos por las personas a las que sirve y regular el ejercicio del poder mediante el Estado de Derecho.

La esencia de la *estatalidad* es, así, la capacidad de hacer cumplir las leyes, o, en otros términos, en última instancia, la capacidad de enviar a alguien con uniforme y pistola para que imponga el cumplimiento de las leyes del Estado. En la medida en que un Estado es eficaz en esta función es un Estado fuerte (46).

El *alcance* del Estado se refiere a las diferentes funciones y objetivos que asumen los gobiernos, lo cual es objeto de discusión permanente, no a la capacidad del Estado para cumplir con dichas funciones: a ella se refiere, como he expuesto, la noción de *fuerza* del Estado.

Sin embargo, se puede ordenar el alcance de las actividades estatales a lo largo de un continuo que comprende desde las actividades necesarias e importantes a las meramente deseables u opcionales y, en determinados casos, a las contraproducentes e, incluso, destructivas.

Ciertamente no hay consenso acerca de la jerarquía de las funciones del Estado, especialmente en lo que se refiere a la redistribución y a la política social. A pesar de ello, sí hay un cierto acuerdo en que hay un cierto grado de jerarquía: v.gr.: los Estados necesitan garantizar el orden público y la defensa ante invasiones externas antes que proporcionar un seguro de enfermedad universal. En este sentido, el *Informe sobre Desarrollo Mundial* de 1997 del Banco Mundial contiene una posible lista de funciones estatales dividida en tres categorías que equivalen a funciones mínimas, intermedias y

del potencial económico de un activo de modo que pueda ser convertido en capital. DE SOTO, H., *op. cit.*, pág. 65.

(45) FUKUJAMA, F., *La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Ediciones B. Barcelona, 2004, pág. 15.

(46) FUKUJAMA, F., *op. cit.*, pág. 22.

dinámicas. Pues bien, entre las funciones mínimas, se hallan las relacionadas con los derechos de propiedad (47).

Lo ideal es que todos los estados los protejan (*alcance*) y que en esa protección sean eficaces (*fuerza*). Sobre esta idea sí parece haber un amplio consenso. Queda fuera de nuestro objeto de análisis cuál debe ser el alcance de las demás funciones del Estado.

5. PROPIEDAD Y MERCADO. LA NECESIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN EFICIENTE DE DERECHOS DE PROPIEDAD PARA QUE HAYA CRECIMIENTO ECONÓMICO

5.1. PROPIEDAD Y MERCADO

Analizada la cuestión de por qué el Estado es necesario para el derecho de propiedad, procede ahora referirse brevemente a la cuestión de por qué es necesario tal derecho. Ya hemos dicho que porque en esa misma medida se genera capital. Para comprender esta cuestión es necesario abordarla tanto desde una perspectiva estática como desde una perspectiva dinámica (48).

Desde una *perspectiva dinámica*, una propiedad con facultades suficientes de exclusión —y, por tanto, de aprovechamiento exclusivo—, bien definida y bien protegida por el Estado, es una condición necesaria para generar incentivos para la inversión y, en consecuencia, para un uso eficiente de los recursos a largo plazo —recuérdese lo que sucede en caso contrario como ilustra el ejemplo español de la Mesta—.

La *exclusividad* de aprovechamiento de los recursos que la propiedad confiere a su titular, no es, sin embargo, condición suficiente para el uso eficiente de los mismos. Para ello, la nota de exclusividad debe ir acompañada, inescindiblemente, de la de libre *transferibilidad*. En efecto, en la medida en que dicha propiedad sea *transferible voluntariamente con facilidad y seguridad* será reasignada a sus lugares de uso más eficientes, a través de los mecanismos de mercado, los más eficaces de los desarrollados por la humanidad —hasta el momento— para la creación de riqueza.

Ello permite un uso más especializado de los recursos y, por tanto, más productivo, lo que genera crecimiento y bienestar, en tanta mayor medida cuanto menos costosos sean los intercambios. Y estos serán tanto menos costosos cuanto más claros y seguros sean los derechos de propiedad.

Exclusividad y libre transferibilidad son pues, ambos, rasgos propios del moderno concepto de propiedad privada.

(47) FUKUJAMA, F., *op. cit.*, págs. 17-32.

(48) Véase DNES, A. W., *op. cit.*, págs. 16 y 17.

Desde una *perspectiva estática*, resulta clara la superioridad de la propiedad privada sobre el régimen de bienes comunes, ya que, en tales casos, es inevitable la sobreexplotación y, en consecuencia, la extinción del recurso.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos.

Propiedad y mercado son, pues, dos conceptos inescindibles, si se desea que la propiedad cumpla la función que le es propia. Como afirma OLSON, si una sociedad tiene derechos individuales claros y seguros, hay poderosos incentivos para producir, invertir y embarcarse en un comercio mutuamente ventajoso y, como consecuencia, se produce, al menos, un cierto grado de avance económico.

El hecho de que la economía neoclásica se haya centrado tradicionalmente en el análisis de la oferta y la demanda con absoluto olvido de las instituciones en las que descansa el sistema, se debe al hecho de que en los países en los que se desarrolló el pensamiento económico —desde la Inglaterra de SMITH, pasando por Europa occidental y Norteamérica—, se habían asentado en cierta medida las instituciones necesarias, por lo que sus economistas daban por supuesto que, para que sus construcciones teóricas funcionaran, debía existir un sistema legal que garantizara los derechos de propiedad de sus súbditos (49).

5.2. PROPIEDAD PRIVADA Y CRECIMIENTO ECONÓMICO

Todo ello explica, también, por qué todas las cuestiones relativas a los derechos de propiedad constituyen el núcleo esencial del sistema económico.

También explica por qué los diferentes grados de desarrollo y de bienestar que se observan a lo largo de la historia entre países con niveles similares de recursos se hallan íntimamente relacionados con los diferentes modos de organización de la propiedad en los diferentes países (50).

En efecto, como han observado, NORTH, D. C. y THOMAS, R. P., las causas por las que se produce este fenómeno en las diversas sociedades hay que buscarlas en una organización social eficiente y, más concretamente, en el establecimiento de un sistema eficiente de derechos de propiedad, que hacen que valga la pena emprender actividades socialmente productivas (51).

(49) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, págs. 230 y sigs.

(50) LIBECAP, G. D., *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989, pág. 2.

(51) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 5-7.

En este sentido afirman que una organización eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios.

Los beneficios o costos privados son las ganancias o pérdidas de quien participa individualmente en cualquier transacción económica. Los costos o beneficios sociales son los que afectan al conjunto de la sociedad. La discrepancia entre los beneficios o costos sociales significa que un tercero, sin su consentimiento, recibe parte de los beneficios o incurre en parte de los costos. Esta diferencia ocurre siempre que el derecho de propiedad no está suficientemente definido o no se hace respetar. Si los costos privados exceden de los beneficios privados, los individuos no estarán dispuestos a emprender esa actividad, aun cuando sea socialmente provechosa (52), pero sí lo estarán en caso contrario.

En efecto, aun admitiendo que los miembros de una sociedad pueden ignorar tales estímulos positivos y que en todas las sociedades algunos se contentan con su situación actual, la experiencia demuestra que la mayoría prefiere tener más bienes a tener menos y que actúa de acuerdo con esta premisa.

Por ello, para que se produzca el crecimiento bastará con que una parte de la sociedad sea ambiciosa y que la organización económica sea eficaz, es

(52) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *ibídem*. Dan, además, muy sólidos argumentos al respecto desde la perspectiva de la historia económica. Entre otros exhiben el ejemplo español de los privilegios de la Mesta sobre los agricultores como ejemplo de derechos —los de los agricultores, que, por no ser exclusivos dificultaron el desarrollo económico en España—. En efecto, los agricultores de diversas zonas no tenían la seguridad de recoger su cosecha —es decir, de apropiarse de sus ganancias— puesto que no podían evitar que los ganaderos llevaran sus ovejas a pastar a sus tierras. Los efectos del privilegio dado a la Mesta —e inversamente la falta de propiedad exclusiva de los agricultores— tuvieron efectos muy perniciosos, no sólo sobre la voluntad de los agricultores de plantar sus cosechas cada año, sino sobre las inversiones en equipo capital —semillas, abancalamientos, drenajes— que aumentan la productividad y son la base del crecimiento a largo plazo.

Los derechos de propiedad los concedió el Rey a cambio de unos ingresos fiscales. De esta forma se estipularon unos derechos de propiedad que impidieron que el aumento de la tasa social de beneficios, derivada de los aumentos potenciales de la productividad de la tierra, los llevaran a cabo los agricultores, porque no se podían apropiar de estos beneficios potenciales.

En conclusión, el sistema ineficiente de derechos de propiedad —la falta de derechos exclusivos— frenó el desarrollo en España. Algo parecido sucedió en Francia con los privilegios de ciertos monopolios locales. Por el contrario, en Inglaterra y Países Bajos, donde los intereses comerciales eran políticamente más fuertes, y la sociedad tenía cuerpos representativos más poderosos, el sistema institucional de derechos de propiedad permitió un uso más ágil de los recursos que, de un lado, promovía y, de otro, respondía a las necesidades crecientes de los mercados. Véase capítulo 8 de la citada obra.

decir, que los derechos de propiedad estén adecuadamente estructurados, en el sentido de que incentiven adecuadamente la conducta de los individuos, o, expuesto de otro modo, en el sentido de que, por un lado, ofrezcan incentivos suficientes para que a los individuos les merezca la pena iniciar actividades y, por otro, dichas actividades sean socialmente rentables (53).

6. LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA FÁCIL Y SEGURA DE LOS MISMOS

6.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La moderna doctrina sobre la propiedad privada se inicia, aproximadamente, en el siglo XVI. Como afirma SAN EMETERIO (54), fue un momento delicado, pues toda la tradición escolástica en torno a la propiedad que había sido recogida durante siglos por generaciones de teólogos, se enfrentaba a fuertes cambios. En efecto, por un lado, la ampliación del mundo obligaba a plantearse los fundamentos para la apropiación de nuevos territorios; por otro, el avance de una economía precapitalista con mercados y mercaderes que negociaban, con un cierto grado de complejidad en sus operaciones, impulsó la discusión sobre los límites de la propiedad privada y sus garantías.

El derecho de propiedad privada sobre la tierra y sobre los inmuebles en general surge con el Estado Moderno, la derogación del antiguo régimen, la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la derogación de los privilegios feudales, así como de las vinculaciones y diversos sistemas de amortización de los bienes y la proclamación de la propiedad privada individual y libremente transferible, lo que, en Francia sucede con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional en su sesión de 26 de agosto de 1789 y en España, de un modo formal, con la Constitución de 1812, si bien su consolidación llevará mucho tiempo —en España ocupó más de la mitad del siglo XIX—.

A partir de ese momento, el Estado reconoce ese derecho, lo define, deroga progresivamente las normas que se oponen a su plena efectividad, y se compromete expresamente en su defensa activa.

El reconocimiento de tal derecho era condición necesaria, pero no suficiente, para posibilitar la economía de mercado. Para ello era necesario, imprescindible, que el derecho de propiedad, que formalmente era libremente transferible, pudiese ser transferido de forma fácil y segura. Mientras no se

(53) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, págs. 7-9.

(54) SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad privada en la Edad Moderna*. Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 2.

solventaran las dificultades que lo impedían, de poco iba a servir el reconocimiento abstracto del Derecho de propiedad, pues no sería posible la constante asignación de recursos hacia sus lugares de uso más eficientes, ni su utilización como garantía para obtener capital.

La organización de todo ello, una de las funciones esenciales del Estado, requiere un complejo entramado institucional de cuya calidad depende el grado el crecimiento de la economía.

6.2. LAS VENTAJAS DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES MEDIANTE DERECHOS REALES

En general, en la medida en que los derechos sobre bienes inmuebles sean más seguros, es posible una utilización más especializada y, por tanto, más productiva de los mismos, lo que es un factor decisivo para incrementar su valor, o, en otras palabras, para crear capital.

En el caso de los bienes inmuebles, como ha observado ARUÑADA (55), sus características propias —ser inmóviles, duraderos y poco deteriorables— facilitan que sus diversos usos productivos —especialmente como depósito de valor y como garantía de otras obligaciones— puedan contratarse mediante derechos reales, en lugar de mediante derechos puramente personales, lo que, a su vez, favorece la especialización productiva y el crecimiento económico. Ello implica partir del supuesto de que tales características permiten la coexistencia simultánea de diversos derechos reales —y no sólo reales— sobre el mismo bien.

Para comprender adecuadamente el alcance de esta afirmación es necesario formular adecuadamente la distinción entre derechos reales y derechos personales.

6.3. DERECHOS PERSONALES O DE CRÉDITO Y DERECHOS REALES. REGLAS DE RESPONSABILIDAD (*LIABILITY RULES*) Y REGLAS DE PROPIEDAD (*PROPERTY RULES*)

La distinción entre derechos personales y derechos reales es clásica en el ámbito del Derecho Civil patrimonial. Como afirma Díez-PICAZO, constituye una especie de columna vertebral de todo el sistema (56) y ciertamente lo es.

No se trata ahora, sin embargo, de exponer las diferentes concepciones sobre los mismos. A los efectos de este trabajo, basta con saber que los

(55) ARUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, Ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, pág. 46.

(56) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción y Teoría del contrato*, Aranzadi. Cizur Menor, 2007, pág. 86 y sigs.

derechos reales indican aquella categoría de derechos patrimoniales que se caracterizan, según la opinión común, por consistir en un poder inmediato del titular sobre la cosa. Por el contrario, los derechos personales o de crédito son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión.

El paradigma de los derechos reales sería, según la opinión común, el derecho de propiedad. El paradigma de los derechos personales, por el contrario, sería el derecho del acreedor a reclamar, por ejemplo, una suma de dinero (57).

Ahora bien, junto a estas ideas clásicas, me parece conveniente traer a colación una nueva idea derivada de una observación formulada por ARRUÑADA (58). Según este autor, una de las características de atribuir a un derecho carácter real es que garantiza la eficacia del mismo porque se requiere el consentimiento de su titular para poder ser afectado por actos de un tercero. De donde se deduce —*a contrario sensu*— que el derecho personal sí podría verse afectado sin el consentimiento de su titular por actos de un tercero y que ésta sería, precisamente, su característica diferencial con los derechos reales —*property rights*—.

En definitiva, la diferencia esencial entre un derecho personal o de crédito y un derecho real estribaría en su diferente grado de protección: mientras —siguiendo la terminología de CALABRESI y MELAMED (59)— el primero estaría protegido por una *regla de responsabilidad*, el segundo lo estaría por una *regla de propiedad*.

Se trata de una idea sugerente que debe ser, sin embargo, muy matizada por varias razones.

En primer lugar, el hecho de que el ordenamiento opte por proteger un derecho con uno u otro tipo de regla no es, en principio, arbitrario, sino que depende, en gran medida, del contenido del propio derecho: hay derechos difícilmente protegibles mediante una regla de propiedad —v.gr.: el derecho consistente en obtener una prestación de no hacer del deudor— e, inversamente, los hay difícilmente protegibles mediante una regla de responsabilidad —v.gr.: el derecho de propiedad; si solamente estuviera protegido por una regla de responsabilidad, difícilmente podríamos seguir hablando de tal derecho—; otros supuestos dan mayor libertad de opción al legislador —v.gr.: el arrendamiento.

(57) DÍEZ-PICAZO, L., *ibid.*, pág. 75.

(58) ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 71.

(59) CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 85 (1972), págs. 1089-1120. Según estos autores, el ordenamiento puede proteger los derechos de dos modos distintos, bien mediante una regla de propiedad, bien mediante una de responsabilidad, y ello depende del coste de la protección. Si no hay costes apreciables, lo procedente es la protección mediante una regla de propiedad; pero si generan costes que perturban el funcionamiento del mercado, resulta preferible la regla de responsabilidad,

En segundo lugar, en el plano normativo, ambos tipos de derechos —reales y personales— se hallan protegidos por una regla de propiedad y solo subsidiariamente por una regla de responsabilidad (60). Por ello, desde una perspectiva analítica, tal criterio no sirve para distinguir entre ambos tipos de derechos. Estos se diferencian, en realidad, porque, tal y como he expuesto, tienen un contenido diferente.

Ahora bien, dadas las características de cada uno de ellos, sin duda, en el ámbito de los derechos personales o de crédito le es más fácil al deudor impedir al titular el ejercicio *in natura* de su derecho que en el ámbito de los derechos reales, por lo que, desde una perspectiva *funcional*, sí resulta aceptable tal criterio.

En efecto, de hecho, en el ámbito de los derechos personales o de crédito el deudor sí puede, en gran medida, afectar el derecho del titular sin el consentimiento de éste, lo que es mucho más difícil que suceda en el ámbito de los derechos reales. De ahí la utilidad de la observación, como veremos.

6.4. LA ORGANIZACIÓN DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO. PROBLEMÁTICA GENERAL. LA CONFLUENCIA DE EXIGENCIAS APARENTEMENTE CONTRADICTORIAS

6.4.1. *Problemática general*

Solamente tiene sentido hablar de un *derecho*, sea real, sea personal, en la medida en la que pertenece a un titular: si un derecho carece de titular sencillamente no existe, al menos desde una perspectiva funcional. Hemos visto, además, que los bienes inmuebles presentan unas características ideales para que confluyan sobre los mismos, simultáneamente, diversos derechos —y, por tanto, *diversas titularidades*— lo que posibilita una mayor especialización en sus usos productivos.

Ahora bien, para ser titular de un derecho —sea real, sea personal, aunque me centraré en el caso de los derechos reales— es necesario haber adquirido previamente la *titularidad* sobre el mismo, bien originaria bien derivativamente. Por razones obvias, este segundo caso es el que nos interesa.

Supuesto el reconocimiento y protección del derecho de propiedad como tal por parte del Estado, la cuestión clave estriba en la protección de las titularidades sobre los derechos y en la organización más eficiente y eficaz posible del sistema de transferencia o circulación de las mismas, buscando la mejor solución de compromiso entre diferentes exigencias.

(60) Véase nota 43 donde se argumenta por extenso sobre esta cuestión.

6.4.2. *La creación de las instituciones necesarias para la optimización del valor de los bienes y derechos —para la creación de capital— como misión del Estado*

Con carácter general, el valor de un cambio para las partes es el valor de los diferentes atributos que componen el bien o servicio. Y es misión del ordenamiento —del Estado— que ese valor sea el mayor posible. En otros términos, es misión del Estado la creación de la infraestructura institucional necesaria para que pueda crearse la mayor cantidad posible de *capital*.

Para analizar esta cuestión en relación al objeto de estudio examinaremos el caso de la transmisión onerosa de un bien inmueble.

Dicha transacción implica la transmisión de un conjunto de atributos, tanto físicos como legales —derechos— sobre el mismo a cambio de una contraprestación, una suma de dinero en el caso de la compraventa, tipo negocial en el que nos centraremos para simplificar la cuestión.

La medición de tales atributos tiene un coste y, además, el adquirente aplicará un descuento por incertidumbre, descuento que revela el grado de imperfección en la medición de tales atributos, todo lo cual se reflejará en el precio que está dispuesto a pagar —en el valor que para él tiene el bien—. *Coeteris paribus*, a mayor incertidumbre estará dispuesto a pagar menos e, inversamente, a menor incertidumbre estará dispuesto a pagar más. Así pues, en la medida en la que se eliminen las incertidumbres, aumentará el valor del bien, esto es, se creará capital.

Algunos de estos atributos, como la superficie o las características generales del inmueble, pueden ser relativamente fáciles de determinar. Pero otros, tales como la *titularidad* de la propiedad adquirida, especialmente en la dimensión de hallarse protegida contra posibles fallos en el título del transmitente, que fundamenten reclamaciones de terceros, tanto en concepto de titulares de dominio como de otro tipo de *iura in rem*, son más difíciles de determinar, por lo tanto de calibrar su probabilidad y, en consecuencia, su importancia (61).

6.4.3. *La confluencia de exigencias aparentemente antagónicas*

En la consecución de este objetivo, el Estado debe atender, imprescindiblemente, dos exigencias que son, al menos aparentemente, contradictorias y que, de serlo, constituirían un juego de suma cero.

(61) Ciertamente no son éstos los únicos atributos ni las únicas incertidumbres que inciden sobre el precio que se está dispuesto a pagar: ejemplo, el nivel de delincuencia de la zona, de contaminación ambiental, los planes de las autoridades en relación a la misma, el nivel de servicios, de cercanía al lugar de trabajo, calidad de transporte, etc., son factores que inciden decisivamente sobre el precio que se está dispuesto a pagar o, incluso, sobre la realización misma de la transacción.

En efecto, por un lado, puede afirmarse —como observa NORTH (62)— que el descuento por incertidumbre será mayor —es decir, el bien será menos valioso— en la medida en la que la estructura institucional permita que terceras partes influyan en el valor de los atributos que son una función de utilidad para el comprador. Puede citarse aquí la conducta de los vecinos, o, también, la probabilidad de robo, pero también la posibilidad de que la adquisición realizada pueda ser anulada por un tercero. Por ejemplo, porque se adquirió de quien, pese a las apariencias, no era el titular del derecho y, en consecuencia, se corre el riesgo de que el *verus dominus* reclame su propiedad.

Mientras mayor sea la incertidumbre del comprador, menor será el valor del bien, y menor será también la posibilidad de un uso más especializado y, por tanto, más productivo del mismo. Ciertamente, el nivel de las tasas de interés en los mercados de capitales es, probablemente, la dimensión cuantitativa más evidente de la eficacia del marco institucional (63).

Por otro lado, en el ámbito del mercado, en el que nos centraremos, la adquisición derivativa requiere un *acuerdo de voluntades* que dé lugar a una *transferencia voluntaria* en ejercicio de la libertad contractual por parte de su titular a la persona con la que ha llegado al acuerdo. *Inter privatos* no puede haber transmisión eficiente alguna sin consentimiento del titular.

Como afirma COASE (64), el intercambio no existe tanto para realizar la transferencia de bienes como para permitir la transferencia de *derechos* para hacer cosas —las permitidas por el sistema institucional— con los bienes.

Con mayor rigor aún se puede afirmar que no se intercambian derechos, sino las *titularidades* sobre los mismos. Es la *voluntariedad* de la transferencia la que garantiza que el intercambio no sea un juego de suma nula, sino de suma positiva: en una sociedad de hombres libres y bajo el único impulso de los intereses individuales, el intercambio permite que los recursos, a medida que cambian las necesidades y evolucionan las técnicas, sean constantemente reorientados hacia sus lugares de uso más eficiente.

El hecho de que la transferencia deba ser necesariamente voluntaria es una consecuencia, también necesaria, del derecho de exclusión en el que la propiedad consiste, lo hace creíble e incentiva la inversión a largo plazo. Por

(62) NORTH, D. C., «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 88.

(63) NORTH, D. C., «Instituciones...», *op. cit.*, pág. 95. Para una constatación empírica de esta afirmación, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», en *RCDI*, núm. 700, pág. 571 y sigs. En dicho trabajo se demuestra que los países con Registros de derechos tienen menores tipos de interés hipotecarios, mercados hipotecarios más amplios y tiempos de ejecución de la hipoteca en caso de impago menores que los países con Registros de documentos, precisamente por la mayor seguridad jurídica que ofrecen los primeros a los propietarios y en consecuencia, a los acreedores.

(64) COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed., Madrid, 1994, págs. 17-20.

ello, el Derecho Común se halla gobernado por las máximas *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat, id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest, res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest, ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc.

Obviamente, no puede obtenerse el consentimiento necesario si no se identifica previamente a quien, en su caso, ha de prestarlo, esto es, al titular del derecho, lo cual no siempre es fácil. Y si el titular no presta su consentimiento, no puede verificarse transferencia alguna. Así pues, organizar los intercambios de titularidades es costoso y cuanto menos costoso sea, mayor eficiencia se conseguirá en el uso de los recursos escasos necesarios para la supervivencia.

Por otro lado, para que la propiedad circule, se requiere no sólo el consentimiento del propietario, sino también el del potencial adquirente. Del mismo modo que nadie puede ser privado —en el ámbito del mercado— de sus derechos de propiedad sin su consentimiento, nadie puede ser obligado a adquirir una propiedad sin el suyo.

Y para que el eventual adquirente consienta, es necesario que se despejen todos sus recelos derivados de las incertidumbres que le embargan en relación a determinados atributos jurídica y económicamente relevantes del bien que, *a priori*, está interesado en adquirir. Tales incertidumbres se erigen en una firme fuente desconfianza porque el adquirente sabe que el transmitente —como él mismo— ajustará su comportamiento al modelo conductual del autointerés y, en consecuencia, ocultará al adquirente toda la información jurídica y económicamente relevante si cree que, de revelarla, se frustraría el intercambio o tendrá lugar en condiciones menos ventajosas para él. La presencia de tales *asimetrías informativas* entre los potenciales transmitente y adquirente son la principal dificultad para que coordinen sus intereses y, por tanto, para que contraten.

Como hemos visto, el potencial adquirente puede despejar por sí solo determinadas incertidumbres fácilmente, pero otras no. Y entre las que no puede despejar por sí solo con absoluta certeza se hallan dos esenciales: si quien se presenta como vendedor es el *verus dominus* y si el estado de cargas es el que manifiesta quién se presenta como tal *verus dominus*.

Poder despejar estas dos incertidumbres es, en efecto, decisivo para contratar, porque, conforme a las reglas del Derecho Común, si quien se presenta como *verus dominus*, resulta no serlo, éste —el *verus dominus*— puede reclamar su derecho de quien lo posea —porque cree haberlo adquirido— sin su consentimiento, aun cuando sea un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe. Y si el estado de cargas manifestado no se corresponde con el real, tales cargas se anteponen al derecho adquirido.

La adecuada satisfacción de ambas exigencias —consentimiento del dueño para que pueda haber transferencia y eliminación de las incertidumbres básicas del potencial adquirente— son esenciales para que *el sistema de derechos de propiedad* pueda cumplir su función de creación de riqueza.

Ahora bien, la satisfacción simultánea de ambas exigencias no resulta nada fácil, porque parecen ser contradictorias. En efecto, la regla del *consentimiento necesario del propietario* implica que nadie distinto del dueño puede transmitir la propiedad de aquel, salvo que el dueño le haya concedido poder para ello. La protección del adquirente, a su vez, implicaría que si ha actuado con diligencia y de buena fe y ha adquirido de quien, según todas las apariencias, imputables al *verus dominus*, era dueño, debería ser protegido en su adquisición, al menos cuando tal adquisición haya a título oneroso (65).

Sin embargo, este antagonismo entre ambas exigencias es sólo aparente, como veremos.

6.4.3. *Protección de las titularidades sobre derechos reales mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad*

Identificar al titular del derecho real que se desea adquirir es una *conditio sine qua non* para poder obtener su consentimiento. Por otro lado, dado que suele ser provechoso que muchas personas ostenten derechos sobre el mismo bien, con el fin de alcanzar las ventajas de la especialización, la cuestión tiende a complicarse.

Y puede complicarse hasta tal punto —puede hacerse tan costosa— que no resulte rentable la explotación de los bienes mediante titularidades de derechos reales protegidas con una regla de propiedad y sea más rentable su explotación mediante titularidades de derechos reales protegidas solamente mediante una regla de responsabilidad, con lo cual se perderían parte de las ventajas derivadas de la mayor eficacia de los derechos reales.

Parafraseando a ARRUÑADA, se puede afirmar que este argumento se basa en la vieja idea de que, si se dota de efectos reales —es decir, si se protege con una regla de propiedad— a la adquisición derivativa de la titularidad sobre un derecho real, ello puede generar costes de transacción elevados.

Proteger la titularidad derivativa sobre un derecho real con una regla de propiedad significa impedir que terceras partes —incluido, en el límite, el *verus dominus*— puedan anular la titularidad adquirida, lo cual aumenta

(65) La exigencia de la onerosidad parte de la premisa de que la protección de la confianza generada por la apariencia es un *instrumento de mercado*. La debida ponderación de los intereses en juego exige proteger al confiante para que no sufra un daño patrimonial en perjuicio del deudor que ha generado la situación aparente. Ahora bien, si el negocio lo ha sido a título gratuito, el adquirente no sufre ningún perjuicio si no se le protege, pero sí el transmitente, y conforme al principio *qui certat de damno evitando abteponendus est qui certat lucro captando*, ha de preferirse a aquel que trata de evitar un daño —el dueño— frente a quien trata de conseguir un lucro —el adquirente a título lucrativo—, consideración esta a la que hay que añadir la débil protección que el legislador dispensa, en general, a las transmisiones gratuitas.

el valor del bien o derecho, siempre que el *verus dominus* pueda evitar con un coste mínimo que, hipotéticamente, se pueda producir tal transmisión sin su consentimiento (66). Pero ello exige, en principio, identificar y obtener todos los consentimientos necesarios, es decir, los consentimientos de todos los titulares de derechos reales que existan sobre el bien, en su caso, así como articular un instrumento de defensa de los derechos del *verus dominus* que le aseguren que no habrá transmisiones sin su consentimiento, a cambio de proteger las adquisiciones efectuadas mediante actos de tráfico —esto es, a título oneroso y de buena fe— con una regla de propiedad. Todo ello puede generar costes que no compensen el aumento de valor del bien.

Estos costes pueden minimizarse si se protege menos la titularidad así adquirida sobre el derecho, empleando reglas de responsabilidad. El conflicto se da, por tanto, entre la fortaleza o seguridad con que se proteja la titularidad sobre el derecho y el coste de transmitir dicha titularidad (67).

En el caso de adquisición derivativa de una titularidad, cabe la posibilidad de que se haya adquirido de buena fe de quien se ha presentado como titular sin serlo —bien de mala fe, bien porque creía serlo—, incluso después de haber desplegado la diligencia ordinariamente exigible para asegurarse de que se estaba adquiriendo del *verus dominus* o, al menos, de persona con poder de disposición sobre el mismo. Cabe también la posibilidad de que existan derechos reales invisibles —hipoteca—. A falta de consentimiento del titular del *ius in re aliena* carente de visibilidad, el bien adquirido permanecerá gravado por dicho derecho y el adquirente obtendrá solamente un derecho de crédito contra el vendedor en el orden civil.

Como observa ARRUÑADA, este aumento en los costes de transacción puede, a su vez, obstaculizar la inversión, el comercio y, en suma, la especialización de todos los recursos productivos afectados tanto directa como indirectamente (68).

Dado que esta es una posibilidad *realmente existente*, los ordenamientos pueden optar por articular un procedimiento —una *hoja de ruta*— de adquisición que, de seguirlo, inmunice al adquirente, blinde su adquisición frente a la posible falta de titularidad de su transmitente o frente a las posibles

(66) Si no fuera así, es decir, si el *verus dominus* no pudiese anular una transmisión efectuada sin su consentimiento y, al mismo tiempo, no pudiese evitarla, el sistema no aumentaría el valor de los bienes sino que los devaluaría.

(67) ARRUÑADA plantea la cuestión referida a los derechos —según sean reales o personales— en lugar de a la titularidad sobre los mismos. Sin duda, tal cuestión tiene importancia, pero, a mi juicio, por las razones expuestas anteriormente, es mucho más relevante aplicar tal distinción a la regla de protección de la titularidad derivativa sobre los derechos que a los derechos mismos, pues éstos son reales o personales con independencia de la regla de protección que, en ambos casos, es, en primer lugar, una regla de propiedad, sin perjuicio de que, en el ámbito de los derechos personales, tal regla pueda resultar inoperante de hecho en numerosos supuestos. Véase ARRUÑADA, B., *op. cit.*, págs. 67-68.

(68) ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 71.

causas de anulación o resolución del derecho de su transmitente derivadas de contratos anteriores —Derecho de la seguridad del tráfico— o pueden optar por prescindir de dicha *hoja de ruta*, manteniendo los principios *nemo dat quod non habet* y *ubi rem meam invenit ibi vindico*, en todo caso —Derecho Común— y dejando que el mercado articule mecanismos que suministren al adquirente una mayor o menor *certidumbre* —nunca certeza, por pura imposibilidad— acerca de estar adquiriendo del *verus dominus*.

En este segundo caso, se plantea inmediatamente una cuestión de la mayor importancia teórica y práctica: si se adquiere un Derecho comúnmente considerado real —para simplificar nos centraremos en su paradigma, el derecho de propiedad— mediante un sistema de transmisión que no garantiza al adquirente la conservación de la titularidad del derecho en el caso de no haber adquirido del *verus dominus*, a pesar de haber desplegado la diligencia exigible, entonces, conforme a lo expuesto, el derecho adquirido no sería propiamente real, sino personal, ya que el adquirente podría ver afectada su adquisición sin su consentimiento por actos de un tercero. En efecto, en caso de colisión con el *verus dominus*, la titularidad del adquirente únicamente quedaría protegida —en el orden civil— por una regla de responsabilidad, no de propiedad (69).

(69) En realidad esta distinción entre reglas de propiedad y de responsabilidad no nos serviría como criterio para distinguir entre derechos reales y derechos personales en un plano analítico o conceptual, aunque sí en un plano o desde una perspectiva funcional. En nuestro Derecho, en el ámbito de los derechos de crédito, en el caso de que el deudor incumpla la prestación debida, se concede al acreedor —titular del derecho de crédito— la denominada *acción de cumplimiento*, que es una acción de condena, que entraña la pretensión, formulada ante el órgano jurisdiccional, de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido. Naturalmente, la viabilidad de la acción de cumplimiento presupone que se haya conservado la posibilidad de la prestación.

La llamada *acción de cumplimiento*, si bien no aparece consignada de una forma categórica por el Código Civil, se encuentra recogida en múltiples preceptos del mismo, formando, por así decirlo, el centro de gravedad del sistema. El ejercicio de la pretensión de cumplimiento y la posterior condena no agotan, sin embargo, los mecanismos necesarios para facilitar o hacer posible la satisfacción del acreedor (ver Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, I, pág. 734). Es preciso la ejecución forzosa, la cual tiene lugar *in natura*, si ello es posible, y, de no serlo, la prestación es sustituida por el *id quod interest*. El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación viene regulado por los artículos 1.094 a 1.099 del Código Civil, y artículos 526 y sigs. (especialmente arts. 699 y 703) de la LEC. Tratándose de una obligación de entrega de un bien inmueble, la regla general es la condena a entregarlo y, salvo que fuere imposible (ejemplo: destrucción de un piso en propiedad horizontal, transmisión a tercer protegido por el art. 34 LH), la entrega forzosa al acreedor (titular del derecho de crédito) de la entrega. Sólo en el caso de que no fuera posible la entrega procedería su sustitución por el equivalente económico. Dicho de otro modo, los derechos de crédito están protegidos por una regla de propiedad, salvo que sólo sea posible su protección por una regla de responsabilidad.

En realidad, lo mismo sucede en el ámbito del derecho de propiedad. Se halla protegido por una regla de propiedad, salvo que ésta haya fallado y sólo sea posible protegerlo mediante una regla de responsabilidad (ejemplo: alguien quema un piso).

Frente a ello, podría argumentarse que tal razonamiento es falaz, pues lo que habría sucedido es que el supuesto adquirente, en realidad, no sería tal porque no habría adquirido nada, ya que en Derecho Común rige la regla *nemo dat quod non habet*, de donde resulta que el propietario que ha sido privado de su derecho sin su consentimiento puede reivindicarlo de quien lo posea, aun cuando sea un adquirente a título oneroso y de buena fe, conforme al principio *ubi rem meam invenit, ibi vindico*.

El contratante que a través del contrato pretendía adquirir del transmitente únicamente tiene, en el orden civil, un derecho de crédito frente a la otra parte contratante por haber incumplido la obligación adquirida de transmitirle la propiedad.

Nada que objetar a este argumento, pero si en una sociedad su ordenamiento jurídico se halla gobernado por el principio *nemo dat quod non habet* con todas sus consecuencias y, al propio tiempo, no instrumenta técnicas para saber quién es —de manera indubitada— el *verus dominus* de quien se ha de adquirir, entonces, en esa sociedad ningún adquirente podría saber con seguridad si ha adquirido un derecho real con efectos reales. Y tal incertidumbre disminuiría el valor del derecho así adquirido, en rigor de la *titularidad* del derecho real así adquirido, hasta aproximarlos al de un derecho personal equivalente.

Por ello, podría afirmarse que en tal sociedad no habría, en términos funcionales, derechos reales, sino tan sólo derechos personales, o si se prefiere, una expresión menos drástica, el mercado operaría *como si no hubiese* adquisiciones de derechos reales con efectos reales, sino sólo con efectos personales lo que, a fin de cuentas, vendría a significar lo mismo: los bienes serían menos valiosos porque no existiría la seguridad de que un tercero pudiera anular la adquisición o alterar algunos de los atributos jurídicos del

Estaríamos, pues, ante una cuestión de grado de protección del derecho, derivado sobre todo de lo que podríamos denominar la *protegibilidad* del derecho en función de su contenido u objeto. Cuando el contenido u objeto de un derecho consiste en obtener una determinada conducta del deudor —*prestación*—, las posibilidades que tiene éste de evitar la ejecución *in natura* son mayores que —en principio— las que tiene alguien de impedir que un propietario ejerza su derecho de propiedad —especialmente sobre un inmueble, supuesto que funcione el Estado, esto es, los tribunales y la policía—. Solamente en este sentido y desde esta perspectiva puede aceptarse que derecho real es aquel que requiere el consentimiento de su titular para poder verse afectado por actos de un tercero, y derecho personal aquel que no requiere tal consentimiento para poder verse afectado por tales actos.

La distinción, sin embargo, cobra toda su importancia cuando se contempla no como mecanismo de protección del derecho, sino de la *titularidad* sobre el mismo frente a reivindicaciones formuladas por quienes dicen ser los verdaderos dueños o por quienes pretenden anular o resolver actos o negocios a través de los que el transmitente adquirió el derecho transmitido. En este caso, el ordenamiento puede decidir si el adquirente de buena fe ve protegida la titularidad adquirida mediante una regla de propiedad o mediante una regla de responsabilidad.

bien adquirido que representan funciones de utilidad para el comprador, por lo que disminuirían sus posibilidades de uso especializado y, por tanto, más productivo.

Una sociedad así, en la que las *titularidades* sobre los derechos adquiridos —sean de la clase que sean según la opinión común— nunca son suficientemente seguras, se ve afectada por todo un conjunto de consecuencias negativas para sus propias posibilidades de crecimiento: la falta de seguridad de las *titularidades* de derechos sobre bienes inmuebles dificulta las transacciones con los mismos, su utilización como garantía de otras obligaciones y, en general, el desarrollo constante de una mayor especialización en su utilización.

7. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO PARA EL DESARROLLO DEL COMERCIO JURÍDICO MEDIANTE LA PROTECCIÓN DE LAS TITULARIDADES A TRAVÉS DE UNA REGLA DE PROPIEDAD

7.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Por ello, conforme las necesidades del comercio lo van exigiendo, se van desarrollando técnicas o, si se prefiere, *sistemas transmisivos* que, al menos en parte, van dirigidas a asegurar, en la medida de lo posible, que se está adquiriendo del *verus dominus*, o, de un modo más general, que se están identificando y obteniendo todos los consentimientos necesarios para adquirir, con eficacia real, la titularidad sobre el derecho.

Se trata, por tanto, de buscar procedimientos que permitan proteger las titularidades adquiridas conforme a los mismos con una *regla de propiedad*, sin que ello suponga incrementar los riesgos de pérdida del derecho para sus propietarios ni los costes de transacción derivados de la búsqueda y obtención, en su caso, de los diferentes consentimientos necesarios.

A tales exigencias obedece el denominado Derecho de la seguridad del tráfico que en Europa occidental se originó con la denominada *Lex Mercatoria*, creada por los propios comerciantes para vencer los obstáculos que el Derecho Común presentaba para la circulación de créditos y mercaderías y cuyos principios se extenderían posteriormente al ámbito inmobiliario, cuando se intentó extender la economía de mercado a dicho ámbito, siendo el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de derechos o Registro de tráfico, el instrumento a través del cual se vertebra el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario.

Dicho Derecho disipa incertidumbres y, por lo tanto, genera confianza, lo cual permite un nivel más elevado y complejo de cooperación —y, por tanto, de especialización— que el Derecho Común al que viene a sustituir y el cual

responde a un estadio de cooperación más rudimentario. Significa también un compromiso activo por parte del Estado en la conversión de los bienes inmuebles en capital, o si se prefiere, en la protección y defensa de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles y en la eliminación de los obstáculos —incertidumbres— que dificultan que las titularidades sobre tales derechos se intercambien, o, en otros términos, en la creación y desarrollo del mercado inmobiliario.

7.2. LAS ASIMETRÍAS INFORMATIVAS COMO OBSTÁCULO PARA LA CONTRATACIÓN.
EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO COMO RECURSO TÉCNICO ANTE
LAS INSUFICIENCIAS DEL DERECHO COMÚN PARA NEUTRALIZAR SUS EFECTOS

Como hemos visto, las asimetrías informativas existentes entre transmitente y adquirente son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar. Por ello, para facilitar las transacciones se requieren instituciones que suministren a la parte peor informada —usualmente la interesada en adquirir— toda la información relevante y que la parte mejor informada —usualmente la interesada en transmitir— le ocultaría si pudiera, en el caso de que esperase obtener de tal comportamiento mayores beneficios que del contrario, esto es, de la comunicación a la parte peor informada de toda la información relevante. La reducción —idealmente la eliminación— de las asimetrías informativas existentes entre los potenciales contratantes se revela como un requisito necesario para facilitar la coordinación de los intereses de las partes, esto es, para contratar.

Para conseguir esta finalidad, se han ensayado históricamente diferentes procedimientos, que, en realidad, pueden reducirse a dos:

1. Sistema de Derecho Común complementado con el recurso a diferentes soluciones dirigidas a minimizar los riesgos del comprador, pero sin alterar ninguna de las reglas del propio sistema, tales como: formas notorias de contratación, responsabilidad por evicción, responsabilidad de los testigos en el caso de que el vendedor o transmitente no fuera el *verus dominus*, registros publicadores de documentos con efectos de prioridad e inoponibilidad de los documentos no inscritos —o, dicho de otro modo, con prohibición de utilizar el documento no inscrito como prueba contra quien funda su derecho en un documento inscrito—, compañías de seguros de títulos, etc.

Tales recursos complementarios no suponen la alteración de las reglas del Derecho Común. Por el contrario, se muestran necesarios debido, precisamente, a la existencia de tales reglas, con la finalidad de disminuir los riesgos que el tráfico inmobiliario suponía, en tales circunstancias, tanto para el *verus dominus* como para acreedores y adquirentes de bienes inmuebles.

En el caso de que los riesgos potenciales se hiciesen efectivos, acreedores y adquirentes quedaban protegidos por una regla de responsabilidad, no de propiedad, pues en caso de conflicto con el *verus dominus* o con el titular de una carga real, el Derecho Común los protegía frente a adquirentes y acreedores posteriores.

2. Sistema de Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, el cual se articula a través del Registro de derechos, e implica la derogación de las reglas *ubi rem invenio...* y concordantes del Derecho Común si el adquirente ha seguido el procedimiento de adquisición establecido y es un adquirente a título oneroso y de buena fe.

Como observa PAZ-ARES (70), las reglas de seguridad del tráfico pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho tal y como es deseado sin que pueda frustrarse por circunstancias que son desconocidas al adquirente.

Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas del Derecho Común, le harían perder el derecho que desea obtener y que cree haber obtenido. Las reglas de seguridad del tráfico, consiguientemente, tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes.

Por otro lado —y aunque parezca paradójico— a quien, en realidad, protegen y de manera inmediata las normas de seguridad del tráfico es *al titular del derecho* y no al tercer adquirente, o si se prefiere, la tutela de las titularidades adquiridas derivativamente, mediante actos de tráfico, se revela el medio más adecuado para proteger al titular del derecho.

Es precisamente la protección de este titular la que se busca —y la que se obtiene— mediante la protección de las adquisiciones derivativas, y no debe olvidarse que la inmensa mayoría de los titulares lo son mediante adquisición derivativa.

7.3. LOS REGISTROS DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO

7.3.1. Consideraciones generales

Dichos registros no son ya *sistemas de publicidad*, sino *sistemas de transmisión* sustitutivos de los propios del Derecho Común con la finalidad de

(70) PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, págs. 18-22.

estimular la circulación de la propiedad mediante un incremento en la protección de los derechos del propietario.

Ya no se trata de *publicar contratos* para poder utilizar los documentos en los que se formalizan como prueba ante los tribunales —a cambio del pago de impuestos— sino de *generar titularidades seguras respaldadas por el Estado y mecanismos de transmisión fáciles y seguros de tales titularidades* en un entorno, además, mucho más complejo, de modo que resulte rentable la explotación de bienes inmuebles mediante derechos reales cuya titularidad quede protegida por una regla de propiedad, lo cual, como hemos visto, permite un uso más especializado de los mismos y, por tanto, una mayor productividad.

7.3.2. *La Lex Mercatoria como precedente*

Por otro lado, resulta muy iluminador comprobar cómo, ante el mismo tipo de problemas, las soluciones alumbradas suelen ser muy parecidas.

En efecto, cuando el Estado se ve en la necesidad de organizar el mercado inmobiliario —en España, en el siglo XIX como consecuencia del reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre la tierra, de la salida a mercado de numerosas propiedades amortizadas y vinculadas y de la necesidad de atraer capitales para el desarrollo de la agricultura— recurre a soluciones jurídicas que incorporan los mismos principios jurídicos que las elaboradas por los comerciantes en las postrimerías de la Edad Media para solventar los problemas planteados por la organización del mercado de bienes muebles y mercaderías, soluciones que integraron desde fines del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del siglo XIII un cuerpo integrado de conceptos, principios, reglas y procedimientos conocido bajo el nombre de *Lex Mercatoria*, la cual incluía, entre otras, las siguientes características (71): 1. La marcada separación entre el régimen jurídico de bienes muebles e inmuebles. 2. El reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles de derechos superiores a los del *verus dominus* (72). Esto último posibilitó el desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés y su transformación en los llamados contratos abstractos, en los que el documento no sólo era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el derecho y se le podía demandar independientemente.

(71) BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, págs. 355 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

(72) Así, en los Derechos alemán y francés, el derecho del comprador —de buena fe— de bienes muebles contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Meubles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés la doctrina queda limitada a las operaciones en el *open market*. BERMAN, H. J., *op. cit.*, pág. 355.

El efecto de este conjunto de normas fue especialmente alentador para la expansión del comercio. Las leyes preexistentes del Derecho romano y germánico no dotaban a las transacciones de la seguridad y certeza que necesitaban los comerciantes, porque ninguna ley los protegía contra las eventuales reclamaciones del propietario original de mercancías robadas o perdidas que el comerciante hubiera adquirido de buena fe.

Como observa NORTH, los señores feudales reconocían el valor de las ferias y mercados como fuentes de ingresos y de ahí la importancia de proteger al adquirente de buena fe. Elemento decisivo en esta evolución fue el Estado; hubo un intercambio continuo entre las necesidades fiscales del Estado y su credibilidad en las relaciones con los comerciantes y la ciudadanía en general, de modo que la evolución de los mercados de capital fue influida fuertemente por las políticas del Estado, porque en la medida en la que estaba ligado por compromisos que le obligaban a no confiscar bienes ni usar su poder coercitivo para aumentar la incertidumbre, ello permitió el desarrollo del comercio y de las instituciones financieras y la creación de mercados de capitales más eficientes (73).

Pues bien, en España y otros países —v.gr.: Alemania—, cuando el Estado, por las razones expuestas, se ve en la necesidad de organizar el mercado inmobiliario, recurre a soluciones de idéntica arquitectura jurídica, si bien adaptadas a las características de los bienes inmuebles y al carácter real de los derechos sobre los mismos (74). Por ello, crea el Registro de la Propiedad y atribuye a la inscripción determinadas *propiedades normativas*, en cuya virtud se trasladan al ámbito inmobiliario los principios básicos que venían gobernando el comercio de bienes muebles, específicamente letras de cambio y mercaderías, privilegiando la posición del adquirente de buena fe, previa organización de un régimen institucional en el que dependía del *verus dominus* el hecho de que no pudiera privarle de su derecho un tercero de buena fe. Para evitarlo, le bastaba con inscribir previamente su derecho, es decir, con obtener una resolución favorable en el procedimiento necesario para que el Estado reconociera su derecho y comprometiera toda su fuerza coercitiva en su defensa (75).

(73) NORTH, D. C., «Instituciones...», *op. cit.*, págs. 165-166.

(74) Las diferencias básicas entre España y Alemania radican en que en Alemania la inscripción es constitutiva *inter partes* y son independientes el negocio de disposición del derecho, por un lado, y el de disposición del asiento, de otro.

(75) Explico este proceso por extenso en «La inscripción como título valor...», *op. cit.*

8. LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO DE DERECHOS

8.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las propiedades normativas de la inscripción —o, si se prefiere, los efectos de la inscripción— tienen su origen en el contraste entre las exigencias de la transmisión de bienes inmuebles y la aptitud de los mismos como garantía crediticia en una economía de mercado, de un lado, y las reglas del Derecho Común, de otro, y constituyen una respuesta a las incertidumbres de adquirentes y acreedores, mediante el robustecimiento de la posición del propietario —y como consecuencia, de adquirentes y acreedores— y la simplificación de la transmisión.

Tales propiedades normativas coinciden sustancialmente con las que el Derecho cartular atribuye a los títulos-valores cualificados o de fe pública, especialmente a su paradigma, la letra de cambio, las cuales determinan la *incorporación* del derecho al documento. Así, al igual que en el ámbito del Derecho cartular se habla de *incorporación cambiaria*, en el ámbito del Derecho registral puede hablarse de *incorporación tabular* o *registral*. En virtud de tal incorporación, la inscripción deviene un *título-valor*, con todas sus consecuencias: no hay más derecho ni más titular que los que constan en la inscripción y en los términos en los que constan en la misma, lo que limita la información necesaria para contratar de la que debe disponer el adquirente.

La adecuada inteligencia de las propiedades normativas de la inscripción a las que, para abreviar, me referiré con la expresión de *incorporación* o *intabulación*, requiere ser conscientes de que las mismas únicamente operan en las relaciones *inter tertios* —como siempre sucede en el Derecho de la seguridad del tráfico— y no en las relaciones *inter partes*, las cuales aparecen gobernadas por los principios del Derecho contractual y, en tales relaciones: «*La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*» —tal y como establece el art. 33 de la Ley Hipotecaria española—, por lo que el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir no queda protegido frente a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo pero sí frente a las de cualquier otro negocio.

8.2. CARACTERIZACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN

De todo ello, resulta que la inscripción es un documento investido de efectos en relación al titular de la inscripción en cuanto tal y en cuanto adquirente. Tomando como base las referencias normativas del Registro es-

pañol, propias, por lo demás, de un Registro de derechos, se puede afirmar lo que sigue. En cuanto tal titular de la inscripción, ésta lo equipara, en todo caso, al titular del derecho, salvo prueba en contrario (art. 38 LH), por lo que, en caso de conflicto entre el titular del derecho y el de la inscripción, prevalece éste en principio, y prevalece el titular de la inscripción en todo caso, si adquirió el derecho a título oneroso y de buena fe del anterior titular de la inscripción —o, lo que es lo mismo, del anterior titular del derecho, según la inscripción—; en cuanto adquirente, la inscripción de la adquisición determina que le sean inoponibles las excepciones fundadas en hechos o circunstancias *ex contractu* que pueden afectar al derecho inscrito pero que no constan en la inscripción (arts. 32, 38 y 97 LH), y, si es adquirente a título oneroso y de buena fe, la inscripción le protege, *iuris et de iure*, incluso frente a la falta de inscripción de una adquisición previamente efectuada por un tercero del titular registral, así como de las causas de nulidad o resolución del derecho del mismo que no consten en la propia inscripción (art. 34 LH), protección que no se extiende a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo (art. 33 LH), en virtud del principio de irreivindicabilidad diferida o *deferred indefeasibility*. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1-3 LH) e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho así adquirido frente a cualquier que lo perturbe (art. 41 LH).

Las propiedades normativas de la inscripción a las que acabo de referirme —que son esencialmente las mismas que el Derecho cartular atribuye a los títulos-valores cualificados o de fe pública y, particularmente, a su paradigma, la letra de cambio— pueden explicarse afirmando que la inscripción incorpora el derecho al folio registral. Así, del mismo modo que en el ámbito de los derechos de crédito puede hablarse —en el sentido expuesto— de *incorporación cambiaria*, en el ámbito de los derechos reales sobre bienes inmuebles y, especialmente en el de su paradigma, el derecho de propiedad, puede hablarse de *incorporación tabular o registral*, la cual hace que el centro de gravedad jurídica se desplace, en el ámbito del tráfico jurídico, desde el ámbito del contrato originario al de la inscripción.

En efecto, la *incorporación tabular* del derecho —o, si se prefiere, las propiedades normativas de la inscripción— hace que las relaciones *ex tabula* se conviertan en la referencia principal y que las relaciones derivadas del contrato originario únicamente operen entre las mismas partes originarias, sobreponiéndose, incluso, a las tabulares, en caso de coincidencia, al igual que sucede en el ámbito cambiario (76).

(76) Así, si Ticio, titular registral, vende a Cayo que inscribe su derecho y reúne todos los requisitos de protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y, posteriormente Cayo vende a Sempronio, que reúne igualmente los requisitos de protección del artículo 34 LH, las relaciones entre Ticio y Cayo se rigen por el contrato entre ambos; del

8.3. LA ABSTRACCIÓN REGISTRAL

En el ámbito registral, en efecto, las cosas se desarrollan de un modo muy similar a como se desarrollan en el cambiario.

Así, si Primus vende a Secundus un inmueble, las relaciones entre ambos se rigen por el contrato —que en el sistema español es siempre causal (77)— celebrado entre ambos. Si Secundus vende a Tertius, las relaciones entre ellos se rigen por el contrato celebrado entre ambos; pero, en ausencia de Registro, Tertius queda expuesto a buen número de acciones personales y a todas las reales que Primus pueda dirigir contra Secundus. Ahora bien, en presencia de Registro, si la circulación del derecho ha sido registral (es decir, Primus es un titular inscrito del que adquiere Secundus, que inscribe su derecho, y vende a Tertius, que también inscribe), articulada mediante negocios de tráfico, y Tertius ha actuado de buena fe, entonces, si bien las relaciones *inter partes* se siguen rigiendo por los correspondientes contratos, sin que en ese ámbito la inscripción produzca la menor alteración —y ese es el sentido del art. 33 LH— sin embargo, las relaciones *inter tertios*, se rigen exclusivamente por lo que resulte del *tenor literal* del Registro (78), como hemos expuesto, de donde resulta que la inscripción, en tales condiciones, del derecho a favor de Tertius, independiza tal derecho de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente entre Primus y Secundus, y, en este sentido, la inscripción produce una abstracción del derecho en las relaciones *inter tertios*, en el sentido de que, en ese ámbito, no son oponibles las excepciones causales *inter partes*.

Lo mismo sucede en el ámbito del Derecho cambiario: la relación cambiaria es causal *inter partes* —por lo que son oponibles las excepciones causales que consagran los arts. 20 y 67 de la LCCh— y goza de abstrac-

mismo modo, las relaciones entre Cayo y Sempronio; las relaciones entre Ticio y Sempronio, sin embargo, se rigen exclusivamente por lo que resulte *ex tabula*. Ahora bien, si Sempronio vende a Cayo, las relaciones entre Ticio y Cayo ya no se regirán *ex tabula* sino *ex contractu*, al igual que sucede en el ámbito del Derecho cambiario cuando las figuras del librador y tomador coinciden con las de los contratantes originarios, pues desaparecen las razones de imposición de simetría informativa funcional que fundamentan las reglas de la seguridad del tráfico.

(77) Como observa DE CASTRO, en nuestro sistema, la exigencia de la causa es un requisito para que haya contrato —arts. 1.261, 1.262 y 1.275 del Código Civil—, lo que constituye un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 del Código Civil. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, pág. 297, Ed. Civitas, 1985, Madrid.

(78) Naturalmente con las excepciones al efecto de fe pública registral formuladas por normas de rango legal. Pero, cumplidas las condiciones del artículo 34 LH, la posición del adquirente no es atacable con fundamento en actos o negocios jurídicos previos a su adquisición. En este sentido, puede afirmarse que la literalidad de la inscripción es completa.

ción personal *inter tertios* (79) porque en ese ámbito no son oponibles tales excepciones (80).

En ambos casos (81), si los vicios y vicisitudes de la relación causal no reflejados en el título-valor cualificado o en la inscripción, carecen de eficacia frente a tercero, no es porque el ordenamiento considere irrelevante la causa dentro de la estructura del negocio —*abstracción material*—, sino porque en tales hipótesis la causa constituye para el tercero una circunstancia externa al negocio fundamental en virtud del cual ha adquirido su derecho —*abstracción personal*—. Por ello, la *abstracción personal* puede concebirse como una adaptación del principio causalista a la estructura de una operación compleja, en la que por lo menos se concatenan dos operaciones simples u operaciones *inter partes* que son necesariamente causales.

En el ámbito registral se adquiere el derecho según el Registro (arts. 32 y 34 LH española), por lo que todo lo que, constando en el negocio jurídico subyacente previo, no haya accedido al Registro, respecto de tercero de buena fe es *res inter alios acta*.

9. LA INCORPORACIÓN REGISTRAL COMO TÉCNICA DE IMPOSICIÓN DE LA SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL ENTRE LOS CONTRATANTES

Mediante la técnica de la incorporación tabular, por tanto, que implica la *abstracción registral* del derecho inscrito, se consigue la *simetría informativa funcional* entre los contratantes en el ámbito inmobiliario, lo que contribuye a fundamentar la confianza, dota de seguridad a la adquisición de los derechos, facilita y agiliza la contratación en el mercado y permite la conversión de la propiedad inmobiliaria en garantía crediticia y, por tanto, en un activo económico.

La simetría informativa funcional que permite la técnica de la incorporación tabular limita la información necesaria para contratar en relación a de-

(79) Vid. PAZ ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág. 212 y sigs. Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 2005.

(80) En su acepción más habitual entre nosotros, la expresión «abstracción cambiaria» se debe a que, antes de la entrada en vigor de la LCCh, el artículo 480 CdC prohibía que el aceptante invocara la falta de provisión de fondos, aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaban restrictivamente el precepto, permitiendo que *inter partes* se opusiera tal excepción y no frente a terceros. Se decía por eso que la obligación cambiaria era causal *inter partes* y abstracta frente a *terceros*. Con el término «abstracción» se hacía por tanto referencia a la imposibilidad de que en principio se pudieran alegar contra terceros las excepciones derivadas de la relación casual. ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles del Derecho Cambiario*, pág. 324, Ed. Comares, Granada, 2004.

(81) Hacemos extensiva la posición de PAZ-ARES en el ámbito cambiario al ámbito registral. PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 214 y sigs.

terminados atributos esenciales y, en relación a los mismos, impide al transmitente utilizar las *asimetrías informativas residuales* en beneficio propio y en perjuicio de quien adquiera mediante un *acto de tráfico*, es decir, a título oneroso y de buena fe, pues el mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe (82).

Esta *neutralización de los efectos* que podrían derivarse de las *asimetrías informativas residuales* hace que las partes, de hecho, se encuentren en una situación equivalente a la de igualdad o simetría informativa, lo cual garantiza al comprador que el vendedor no puede valerse de más información que la que él mismo tiene.

Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* —porque la imposición que hemos descrito genera una situación que funciona *como si* ambos tuviesen la misma información—, es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extraños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.

Ciñéndonos al objeto de estudio, esto es, al ámbito inmobiliario y registral, obviamente, para que la *simetría informativa funcional* produzca los efectos deseados, se requiere que la información producida por el Registro sea *veraz* y, si no lo fuere, *se reputa como tal*, de modo que el potencial adquirente pueda tener seguridad en el carácter *irrevocable*, en relación a él, de la información ofrecida por el Registro en relación a los extremos que le son propios.

Ello solamente es posible si el procedimiento registral garantiza que la información producida por el Registro es veraz en la práctica totalidad de los casos y que, cuando no lo es, se debe a que el *verus dominus* ha preferido no asumir los costes de conservación de su derecho —esto es, los derivados del procedimiento registral— que deben ser inferiores a los de cualquier solución alternativa, para que la institución registral quede justificada. Y ésta es precisamente la razón de ser del Registro de la Propiedad.

En otro caso, la supuesta seguridad del tráfico se conseguiría a costa de aumentar la inseguridad de los propietarios, lo cual no estaría justificado en términos de eficiencia, por dos razones esenciales: en primer lugar porque ésta exige que la constante reasignación de recursos en que consiste el mer-

(82) Como observó PAZ-ARES, C., desde la perspectiva de los costes, las reglas de seguridad del tráfico pueden ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho. Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas de la seguridad jurídica, le harían perder el derecho que deseaba obtener, por lo que, según este autor, las reglas de la seguridad del tráfico tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes. PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, pág. 7.

cado se realice voluntariamente (83) —por cuya razón nadie puede ser privado de su derecho sin su consentimiento—; en segundo lugar, porque el incremento de la inseguridad de las titularidades incrementaría, a su vez, los costes necesarios para contratar y disminuiría el valor de los derechos.

Ello pone de manifiesto que la seguridad del tráfico no se consigue —como se ha argumentado— a costa de la seguridad de los derechos, sino, inversamente, reforzando la seguridad de los mismos (84). Y eso es, pre-

(83) Ello es así porque, por hipótesis, el mercado es un sistema eficiente de asignación de recursos escasos susceptibles de usos alternativos. Mercado significa intercambios voluntarios. Serán, por tanto, más eficientes aquellos mercados cuya infraestructura legal mejor defina y asegure los derechos que se intercambian y requiera menos costes transaccionales.

(84) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La inscripción como título valor...», *op. cit.*, pág. 2133 y sigs. En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho Común —por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios *nemo dat quod non habet*, *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, *ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc., desde una perspectiva dinámica, esto es, en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido de alguien; y, en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho Común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños —incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño— y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, *paradójicamente*, lo que los dueños consideran su *principal arma de defensa* —la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe— se convierte en su *principal flanco vulnerable* —pues tal norma actúa *bidireccionalmente*— sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho, puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la *irrevindicabilidad ilimitada* impide al Derecho Común no sólo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garantice la irrevindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente. En esa misma vulnerabilidad se subrogan el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan sólo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no sólo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

Pero, si esa sociedad que hemos detenido imaginariamente, se halla gobernada por el Derecho de la seguridad del tráfico, el dueño que sea privado de su derecho de propiedad sin su consentimiento ciertamente no puede reivindicarlo de quien lo ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien creía dueño y, además, ha inscrito su derecho; pero este flanco aparentemente débil del *verus dominus* es, sin embargo, su principal punto fuerte, porque si él es dueño porque ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, queda inmunizado frente a las eventuales reclamaciones del hipotético *verus dominus*, mediante la inscripción, la cual también impide que pueda surgir un tercero protegido, salvo con su consentimiento.

De hecho, la inscripción es la única carga que ha de asumir para asegurarse la conservación de su derecho y representa el único coste de conservación del mismo.

Las inscripciones registrales informan así a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad dispositiva y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así eliminar, idealmente, las asimetrías informativas de carácter jurídico.

cisamente lo que hace el Registro de la Propiedad: frente a los costes de conservación exigidos por el Derecho Común —bajo cuya égida ningún propietario podía estar seguro de no sufrir una reivindicatoria hasta tanto no hubiese transcurrido el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, cuya declaración exige, además, una sentencia, previo procedimiento judicial— el nuevo Derecho de la seguridad del tráfico que el Registro vertebraba en el ámbito inmobiliario, tan sólo exige la inscripción en el Registro de la Propiedad (85).

Pero todo ello es fruto de un proceso evolutivo en el que se han ido imponiendo, poco a poco y con muchas dificultades, aquellas soluciones que, en cada sociedad, han ido alumbrando la historia, en función de las necesidades de los intereses en juego y del nivel de eficiencia y de eficacia del mercado político de cada una de las sociedades en cada momento.

Del mismo modo, la estructura institucional determinará el riesgo en el que incurre el vendedor de que el contrato sea incumplido por el comprador. El Registro de la Propiedad también colabora a despejar este tipo de incertidumbres, si bien de una manera indirecta, al facilitar la prueba del tenor exacto de determinados extremos contractuales, o facilitar la ejecución de

Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz.

(85) *Ibidem*. No dedico más espacio a argumentar por extenso en este trabajo porque no es el objeto del mismo, sino demostrar que el Registro no es esencialmente un instrumento de publicidad sino de generación de titularidades seguras. Sí parece conveniente, sin embargo, traer a colación la siguiente reflexión. En economía, la noción de eficiencia tiene, básicamente dos acepciones: 1. La eficiencia en el sentido de PARETO. La asignación de recursos es superior en el sentido de Pareto cuando mejora la posición de, al menos, una persona sin empeorar la posición de nadie. Esta noción parte del supuesto de información completa, voluntariedad de la transacción y ausencia de efectos externos. En otras palabras, el criterio de la superioridad en el sentido de PARETO requiere la unanimidad de todas las personas afectadas. Se trata, por tanto, de una concepción de la eficiencia válida para el modelo perfectamente competitivo, pero con pocas aplicaciones en el mundo real. 2. Criterio de KALDOR-HICKS o de maximización de la riqueza. Si A valora un bien en 5 y B en 12 con un precio de venta de 10 —de hecho con cualquier precio de venta entre 5 y 12— la transacción generará un beneficio total de 7. Con un precio de 10, por ejemplo, A se considerará 5 mejor y B 2 mejor. Habría una transacción eficiente siempre que el daño causado —si hay alguno— a terceros —menos los beneficios que se les confieran— no excedan de 7. La transacción sólo sería superior en el sentido de PARETO si A y B compensaran efectivamente a los terceros por los daños que les inflinjan. El concepto de KALDOR-HICKS también recibe el nombre de superioridad potencial de PARETO: los ganadores podrían compensar a los perdedores aunque no lo hicieran efectivamente.

Dado que, en el mundo real, casi nunca se dan las condiciones para la superioridad en el sentido de PARETO, pero los economistas hablan constantemente de la eficiencia —de hecho, es el nervio de la economía— está claro que la noción de eficiencia comúnmente aceptada no es la superioridad en el sentido de PARETO, sino en el sentido de KALDOR-HICKS. Véase POSNER, R., *El análisis económico del derecho*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 21.

ciertas garantías en caso de incumplimiento, todo lo cual constituye un importante estímulo para el cumplimiento, y, en consecuencia, contribuye también a la disminución de uno de los componentes fundamentales de los costes totales de transacción, cuales son los denominados *costes de agencia* (86).

En todo caso, es necesario recalcar que todas estas incertidumbres, en relación a la seguridad de los derechos, constituyen una de las diferencias fundamentales entre los mercados relativamente eficientes de países con altos ingresos y las economías de tiempos pasados o las economías contemporáneas del tercer mundo, lo que pone de manifiesto que las diferencias institucionales son la clave del éxito relativo de las economías (87).

10. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO NO SACRIFICA EL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO SINO QUE LO REFUERZA

La disminución de costes de información que se consigue gracias a la arquitectura jurídica diseñada para conseguir la seguridad del tráfico —y con ello una mayor circulabilidad y, por tanto, un mayor volumen de circulación de los derechos— puede implicar, se afirma, la imposición de una transacción forzosa a su titular, que, precisamente por serlo, es ineficiente (88).

Así, se afirma, en el *modelo* (89) perfectamente competitivo, sólo el intercambio voluntario asegura un resultado eficiente, por lo que la libertad contractual se erige en presupuesto básico de la eficiencia económica.

(86) La relación de agencia se establece cuando un principal delega ciertos derechos en un agente que está obligado por contrato —formal o informal— a defender los intereses del principal como contrapartida al cobro de una retribución bajo la forma que sea. En una relación de agencia, el agente tiene por regla general más información que el principal —porque le cuesta relativamente menos adquirirla— sobre los detalles de sus cometidos específicos y, desde luego, sobre sus propias actuaciones, cualificaciones y preferencias, por lo que la información se distribuye de forma asimétrica entre los dos, con lo cual los agentes tienen tendencia al incumplimiento o, al menos, a comportarse de forma oportunista. Véanse JENSEN, M. C., y MECKLING, W. H., «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», en *Journal of Financial Economics* 3 (núm. 4, octubre de 1976): 305-306. También ROSS, S., «The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem», en *American Economic Review*, 62 (mayo), págs. 134-136.

(87) NORTH, D. C., *ibídem*, pág. 88.

(88) En este sentido, PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 1987, págs. 21-23, afirma que «la reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita a través de la imposición forzosa de la transacción a su titular. Por lo tanto, no basta reducir los costes para justificar esas reglas, sino que es necesario reducirlos precisamente respecto de aquellas y sólo de aquellas transacciones típicamente eficientes», es decir, las voluntarias.

(89) En el *modelo* neoclásico de mercado perfectamente competitivo, se parte de la hipótesis de plena información y, en consecuencia, de ausencia completa de costes tran-

Si del modelo perfectamente competitivo, caracterizado por la suposición de información completa, descendemos a la economía real, caracterizada por la información incompleta, en todas las economías reales, los derechos de propiedad requieren unos costes de conservación, protección o vigilancia.

Se trata, por tanto, de saber si la introducción de sistemas registrales —que, como sabemos, disminuyen extraordinariamente los costes de información— incrementa o disminuye los costes de vigilancia. Si los disminuye, habrá que admitir, además, que, en presencia de tales sistemas, el número de transacciones inconsentidas será menor que en ausencia de los mismos.

Dado, además, que no todos los sistemas registrales disminuyen en igual medida los costes de información, conviene saber si aquellos que los disminuyen en mayor medida son también los que ahorran más costes de vigilancia.

Pues bien, tanto la experiencia histórica, como el análisis interinstitucional, como la propia doctrina económica (90), nos llevan a la conclusión de que los costes de información disminuyen en presencia de sistemas registrales de seguridad del tráfico y que, además, también disminuyen los de vigilancia. Es más, los sistemas registrales de seguridad del tráfico son los que más costes alternativos ahorran, ya que, por sí solos, son los que más seguridad *ex contractu* proporcionan al adquirente, al no ser oponibles a éste las excepciones personales derivadas de contratos precedentes, ni las cargas de origen negocial que no consten en la inscripción, por lo que no es necesario ningún seguro para cubrirse frente a ellas —mecanismo que, por otro lado, no impediría el siniestro, sino que, simplemente, lo indemnizaría—.

Precisamente por ello, la arquitectura jurídica de la seguridad del tráfico facilita la contratación entre extraños —sin duda una de las funciones principales del Estado— y, por tanto, el crecimiento y la expansión de los mercados, y, en consecuencia, los intercambios, la especialización, el crecimiento y el bienestar.

En el ámbito inmobiliario, aumenta, en consecuencia, la aptitud de los bienes como soporte del crédito (91), y la mayor protección que dispensa a los derechos, facilita las inversiones a largo plazo en los mismos.

saccionales, y, por tanto, también de información y/o de vigilancia. Pero, como sabemos, conforme al teorema de Coase, en el *modelo* la eficiencia económica es independiente de la estructura de los derechos de propiedad. Resulta irrelevante, por tanto, cualquier tipo de arreglo institucional dirigido a la reducción de unos costes inexistentes, por definición. Ver MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, pág. 4050.

(90) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, pág. 4050 y sigs., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

(91) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», en *RCDI*, núm. 700, especialmente pág. 596 y sigs., en

Dicho de otro modo, el Derecho de la seguridad del tráfico inmobiliario —necesario en un entorno de alta transaccionalidad entre desconocidos—, es una solución tecnológica de suma positiva en la que ganan todos y no solamente unos a costa de otros, pues todos mejoran su situación en relación a la que tenían en el Derecho de la seguridad jurídica —propio de un contexto de baja transaccionalidad entre individuos conocidos o fácilmente cognoscibles—. Ganan todos porque incorpora una tecnología jurídica más elaborada: el progreso evolutivo consiste en un creciente grado de complejidad en la colaboración que reclama una tecnología jurídica progresivamente sofisticada; a su vez, la solución tecnológica, una vez operativa, permite y potencia una colaboración crecientemente compleja.

En efecto, veamos. Conforme a lo expuesto, ¿quién gana y quién pierde en la nueva situación? Como hemos visto, suele afirmarse que en el Derecho Común, gobernado por el principio de la seguridad jurídica, se protege, sobre todo, al propietario, en perjuicio de adquirentes y acreedores; tal afirmación se basa en que, en él, el propietario que ha sido privado de su derecho sin su consentimiento puede reivindicarlo de quien lo posea —*ubi rem meam invenio ibi vindico*— incluso aunque sea un tercer adquirente de buena fe y a título oneroso. En cambio, en el Derecho presidido por la seguridad del tráfico, se afirma, se protege a adquirentes y acreedores, pero a costa de sacrificar, en el límite, los derechos del propietario, que puede verse privado de su derecho sin su consentimiento, por lo que, en el nuevo paradigma, disminuye la seguridad de su derecho de propiedad.

Pero, a poco que reflexionemos, incluso aunque concentremos nuestro análisis en un nivel estrictamente jurídico, caeremos en la cuenta de que, en el ámbito inmobiliario (92), eso es pura apariencia, una ilusión del sentido común.

En efecto, imaginemos una sociedad gobernada por el Derecho Común —por tanto, sin Registro de derechos y bajo los principios *nemo dat quod non habet*, *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, *ubi rem meam invenio ibi vindico*, etc.— desde una perspectiva dinámica, esto es, en movimiento, e imaginemos, por un momento y como recurso analítico, que la detenemos.

donde se aportan, además, evidencias empíricas sobre la relación existente entre sistemas registrales y mercado hipotecario, concluyendo que en los países con registros de tráfico, hay más volumen de crédito hipotecario en relación al PIB, los tipos de intereses son más bajos y los periodos de ejecución de la hipoteca menores que en los países con registros de documentos.

(92) En sede de cesión de créditos, con la introducción del régimen cambiario, ciertamente el deudor pierde del derecho de compensación, pero a cambio obtiene más crédito y en mejores condiciones. En todo caso, sin su consentimiento, la deuda no nace ni puede convertirse en cambiaria.

En ese momento todos los propietarios lo son porque han adquirido su derecho de alguien; y, en esa sociedad, bajo el gobierno del Derecho Común, todos ellos se encuentran eventualmente expuestos ante posibles reclamaciones de quienes se consideren verdaderos dueños —incluso aunque hayan adquirido a título oneroso y de buena fe de quien creían dueño— y, también, de anteriores transmitentes, por lo que, *paradójicamente*, lo que los dueños consideran su *principal arma de defensa* —la posibilidad de reivindicar su derecho de quien lo posea, aun cuando lo hayan adquirido a título oneroso y de buena fe— se convierte en su *principal flanco vulnerable* —pues tal norma actúa *bidireccionalmente*— sin que, por tanto, una vez adquirido el derecho puedan hacer nada por evitar tales reclamaciones, ya que la regla de la *irreivindicabilidad ilimitada* impide al Derecho Común no sólo garantizar a un adquirente el verdadero dueño de quien ha de adquirir, sino que ni siquiera puede ofrecerle un legitimado para disponer que garantice la irreivindicabilidad a quien adquiera del mismo, por lo que la defensa del derecho puede suponer un coste muy elevado para el adquirente.

En esa misma vulnerabilidad se subroga el adquirente y, eventualmente, el acreedor hipotecario. El sistema no fomenta las transacciones ni los créditos y, tan sólo por esa vía, facilita la retención de la propiedad en manos del dueño. Tal sistema dificulta, así pues, no sólo la realización de transacciones eficientes, sino también, por las razones expuestas, la seguridad jurídica subjetiva.

Pero, si esa sociedad que hemos detenido imaginariamente, se halla gobernada por el Derecho de la seguridad del tráfico, el dueño que sea privado de su derecho de propiedad sin su consentimiento, ciertamente no puede reivindicarlo de quien lo ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien creía dueño y, además, ha inscrito su derecho; pero este flanco aparentemente débil del *verus dominus* es, sin embargo, su principal punto fuerte, porque si él es dueño porque ha adquirido de buena fe y a título oneroso de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir, queda inmunizado frente a las eventuales reclamaciones del hipotético *verus dominus*, mediante la inscripción, la cual también impide que pueda surgir un tercero protegido, salvo con su consentimiento.

De hecho, la inscripción es la única carga que ha de asumir para asegurarse la conservación de su derecho y representa el único coste de conservación del mismo.

Las inscripciones registrales informan así a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad dispositiva y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así eliminar, idealmente, las asimetrías informativas de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente iden-

tificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz (93).

Es, además, el que corresponde con una economía de mercado, es decir, con una sociedad en la que los principios que gobiernan el mercado se han erigido en los principios básicos de organización económica y social.

Por todo ello, puede sostenerse que —como afirma PAZ-ARES— la seguridad del tráfico no es más que una modalidad de actuación de la seguridad jurídica subjetiva y, por consiguiente, con su misma finalidad: garantizar al titular el disfrute —la extracción del valor de uso y del valor de cambio— de su derecho.

El Registro de la Propiedad español es, sin duda, una institución inspirada en los principios de la seguridad del tráfico. Sin embargo, en sentido estricto, no puede decirse que en el límite provoque transacciones forzosas —y, por tanto, ineficientes—. Tales transacciones sólo son posibles si el *verus dominus* no asume el único coste de conservación de su derecho que le impone el sistema: la inscripción de su adquisición, coste muy inferior a los necesarios en ausencia de Registro de derechos. Si no lo asume, está pues asumiendo el riesgo —y en este sentido, consintiendo— que tales transacciones puedan producirse, en cuyo caso, además, el sistema no le desprotege. Simplemente, según la terminología acuñada por CALABRESI y MELAMED, deja de protegerlo con una regla de propiedad para protegerlo con otra de responsabilidad (94), o, según la terminología más usual entre nosotros, deja de protegerlo con una regla de naturaleza real para protegerlo con otra de naturaleza indemnizatoria.

(93) Es ésta una cuestión clave, dado el efecto potencialmente expropiatorio de la inscripción en caso de error registral. En efecto, el Registro de derechos o de tráfico crea y extingue derechos con efectos *erga omnes*. Y este efecto se produce tanto cuando funciona correcta como incorrectamente. En este último caso, el efecto lo consigue a costa de expropiar al *verus dominus* o titular registral sin su consentimiento, pues en el límite, el efecto fe pública impone la protección del adquirente frente a los mismos. Naturalmente este efecto puede preverlo la ley a condición de que no suponga una expropiación nunca o casi nunca (salvo que se deba a que el *verus dominus* no quiso inscribir su adquisición y, por tanto, aceptó los posibles riesgos derivados), pues, en caso contrario, el sistema se colapsaría, ya que los propietarios, en ese caso, en vez de sentirse protegidos por el Registro, se sentirían amenazados por el mismo. Ello exige que el procedimiento registral ofrezca garantías suficientes para que tales errores no se produzcan, comenzando porque el encargado de autorizar la inscripción se halle en posición objetiva de neutralidad en relación a los diferentes intereses confluyentes en el procedimiento registral, lo que exige su independencia y responsabilidad efectiva y con fuertes incentivos para ser estricto. Además, en una economía de mercado con un Registro de derechos, éste suministra al mercado los derechos con los que opera, y debe hacerlo no sólo con la seguridad, sino también con la velocidad exigida por el mercado. Ambas exigencias hacen que todas las cuestiones referentes a la organización y gestión de tales registros sean capitales.

(94) CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 85, 1972, págs. 1089-1120.

Por todo ello, tampoco puede afirmarse que el Registro de la Propiedad reduzca costes transaccionales y facilite las transacciones voluntarias a cambio de aumentar los costes en los que deben incurrir los titulares originarios para reducir el riesgo —abierto por la seguridad del tráfico— de que sus bienes sean objeto de transferencias o perturbaciones no consentidas; por el contrario, disminuye drásticamente los costes en los que es necesario incurrir para reducir tales riesgos: tan sólo la inscripción de la adquisición, lo que, a su vez, justifica la protección de los derechos inscritos mediante reglas de propiedad.

11. BREVE RECAPITULACIÓN. EL REGISTRO DE DERECHOS O DE TRÁFICO COMO INSTRUMENTO A TRAVÉS DEL CUAL EL ESTADO CUMPLE SUS FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD Y EL MERCADO EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO

Hemos visto que la propiedad privada es una institución necesaria para la conservación y el aprovechamiento productivo de bienes escasos necesarios para la supervivencia. Si todos los bienes fuesen comunes, su destino trágico sería su extinción o agotamiento como consecuencia de la sobreexplotación.

Hemos visto también que el Estado es necesario porque libera grandes economías de escala en los servicios de protección que la propiedad requiere, lo que permite la extensión del sistema de derechos de propiedad en un doble sentido: por un lado, hace también rentable la apropiación de bienes menos valiosos y, por tanto, de más bienes y, por otro lado, permite que haya un mayor número de propietarios. Cuanto más eficaz sea el Estado en esta tarea y más economías de escala libere, en mayor medida se extenderá el sistema de derechos de propiedad y, en esa misma medida se optimizará el aprovechamiento de recursos escasos. En otros términos, cuanto más eficiente y eficaz sea el Estado en esta tarea, más valiosos serán los bienes inmuebles, esto es, en esa misma medida los bienes inmuebles podrán ser utilizados como *capital*.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan sólo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarrarían y la supervivencia estaría al alcance de un menor número. No debe olvidarse que la finalidad del sistema institucional no es la protección de los propietarios como clase social, sino la optimización y extensión —idealmente universalización— del sistema de derechos de propiedad.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergería enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia.

La propiedad privada, sin embargo, no es propiamente una creación del Estado, sino que tiene su origen en un amplio consenso social sobre el aprovechamiento de los bienes y recursos sancionado por el Estado. Sin un amplio consenso, los derechos de propiedad no son posibles, porque no sería posible su sanción gubernamental.

El Estado sustituye la necesidad de que cada individuo proteja físicamente su propiedad, por un sistema de protección o de seguridad *jurídica*, un tipo de protección que solamente el Estado puede proporcionar. La seguridad jurídica consiste en un conjunto de reglas —y de instituciones encargadas de aplicarlas— que declaran la determinación del Estado de utilizar toda su fuerza en la protección del propietario si alguien pretende privarle de su derecho contra su voluntad o perturbarle en su ejercicio.

La necesidad del Estado genera un difícil equilibrio entre lo que el Estado da —en términos de derechos de propiedad— y lo que el Estado cobra por sus servicios —en términos fiscales—. Naturalmente cabe que el Estado tenga lo que OLSON (95) denomina un *comportamiento depredatorio*, que mine los derechos de propiedad y cobre altos impuestos, minando así la base institucional de la economía y haciendo que el edificio social se derrumbe.

No forma parte de nuestro objeto de estudio el análisis de los requisitos que deben darse para que el Estado promueva un sistema eficiente de derechos de propiedad. NORTH, entre otros, ha dedicado notables esfuerzos al desarrollo de una teoría del Estado desde este punto de vista (96).

A los efectos de este trabajo, baste señalar que la base institucional óptima sería aquella en la que no solamente se ha establecido un conjunto de derechos de propiedad claros y garantizados, sino también la que ha limitado la capacidad depredatoria de los gobernantes. Ello explicaría por qué las democracias representativas duraderas, al defender mejor los derechos de propiedad de los súbditos, propiciaron el crecimiento económico antes que las autarquías, en las que los súbditos pueden ser expropiados arbitrariamente. Los casos de España y Francia, por un lado, y los de Inglaterra y Holanda,

(95) OLSON, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, págs. 201-202.

(96) Véase NORTH, D. C., *Instituciones...*, pág. 73 y sigs.

por otro, durante los siglos XVI y XVII, son sumamente elocuentes, como han demostrado NORTH y THOMAS (97).

Todo ello concuerda también con el énfasis que otorga SEN (98) a la libertad individual para conseguir el desarrollo económico. Según esta tesis, las libertades políticas, es decir, la capacidad de las personas para decidir quién las debe gobernar y sobre qué principios, se convierte también en una variable que condiciona las posibilidades de crecimiento de las economías.

Si, como afirma SAN EMETERIO (99), ampliamos de esta manera los requisitos necesarios para obtener del mercado la máxima ganancia, entonces ya no nos referiremos tanto a la necesidad de un Estado que garantice y defienda la propiedad de los individuos como a la necesidad de un Estado que garantice los llamados derechos humanos (100).

Dado que no puede haber propiedad sin un amplio consenso social, ni tampoco puede haber propiedad sin propietario y dado que para ser propietario es necesario haber adquirido la titularidad sobre el derecho de propiedad de un titular anterior, es necesario, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico, que el Registro vertebrado en el ámbito inmobiliario, que el Estado compruebe, antes de reconocer al nuevo propietario, es decir, antes de comprometer toda su fuerza en la defensa del mismo, que se han respetado escrupulosamente las normas imperativas que conforman la convención social en que la propiedad consiste, pues, en caso contrario, dicho consenso podría quebrarse.

Por otra parte, desde el punto de vista de su contribución al crecimiento económico, el derecho de exclusión en que la propiedad consiste se justifica no sólo porque estimula las inversiones a largo plazo, sino porque, al ser libremente transferible, permite que los recursos escasos se asignen a sus lugares de uso más eficiente, lo cual se potencia porque los derechos de exclusividad y de libre transferencia que forman parte del derecho de propiedad, van acompañados por el de libertad contractual, en cuya virtud las diferentes facultades en que la propiedad consiste pueden transmitirse unitariamente —como tal derecho de propiedad— o separadamente, lo cual permite múltiples combinaciones de aprovechamiento de los recursos y, por lo tanto, un uso especializado y más productivo de los mismos.

Ahora bien, organizar las transferencias de titularidades sobre derechos —reales— ampliamente divisibles y recombinables entre personas desconocidas entre sí, poseídas por el autointerés y la desconfianza, con información

(97) NORTH, D. C., y THOMAS, R. P., *op. cit.*, especialmente el capítulo ocho.

(98) SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Ed. Planeta, Barcelona, 2000, pág. 57.

(99) SAN EMETERIO MARTÍN, N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*. Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 34.

(100) En este mismo sentido, CHENEVAL, F., *Property Rights as Human Rights*. PALLI, J. M., *Property Rights and Human Rights in the Americas*, así como WILLIAMS, J., «Human Rights, Property Rights, and Human Security», en DE SOTO, H., y CHENEVAL, F., *Realizing Property Rights*, Ruffer and Rub, 2006.

incompleta y asimétricamente distribuida, es una tarea sumamente compleja. Pero es justamente la razón de ser del Estado, lo que constituye su justificación. Sin él no puede haber propiedad ni mercado, ni por tanto crecimiento ni bienestar.

Si las titularidades sobre los derechos de propiedad no son seguras, si tampoco lo es su ejercicio, si no es posible la contratación entre extraños —en eso consiste el mercado—, entonces el mecanismo esencial de asignación permanente de recursos hacia sus usos más eficientes en que el mercado consiste falla, por lo que no es posible tampoco la expansión de los mercados, ni el incremento progresivo de la especialización, ni en consecuencia de la productividad, ni tampoco del crecimiento ni del bienestar.

Supuesto el reconocimiento en *abstracto* del Derecho de propiedad privada por la inmensa mayoría de los estados, lo que significa su compromiso en defensa del mismo, sin embargo tal grado de compromiso en la organización de la transferencia de titularidades y en la defensa de las mismas es muy diverso. Ello significa, en realidad, que, de hecho, es muy diferente el grado de compromiso efectivo de cada Estado en la defensa efectiva del derecho de propiedad.

Puede decirse que hay un *grado mínimo de compromiso* cuando se limita al reconocimiento abstracto del derecho de propiedad, confiando todos los problemas relacionados con la transferencia y circulación del mismo a las reglas del Derecho Común, dejando que sean los propios agentes económicos los que generen soluciones que minimicen, en la medida de lo posible, los riesgos que tal sistema implica para el adquirente y, por tanto, para todo aquel que cree haber adquirido la titularidad sobre un derecho de propiedad derivativamente, modo habitual y generalizado de adquisición de los derechos de propiedad. Tales soluciones han revestido históricamente una gran variedad. Pueden citarse aquí las diferentes formas notorias de contratación, de publicación de los contratos, el recurso a testigos, incluso responsabilizándolos en caso de evicción, etc.

Este sistema tiene el inconveniente para el Estado de que no le genera ingresos fiscales. Por ello, algunos Estados, sobre todo en los momentos iniciales de su formación, normalmente impelidos, además, por urgencias fiscales, han sabido dar un paso más e implantar registros que tenían por objeto la publicación de contratos relativos a actos con finalidad transmisiva de inmuebles o a la constitución de cargas sobre los mismos. Tales registros significan un nivel de compromiso por parte del Estado que podemos calificar de *intermedio* porque no alteran las reglas del Derecho Común, pero sí contienen reglas probatorias y criterios de preferencia en caso de conflicto.

Así, en el caso de que dos o más individuos se disputasen el derecho sobre un bien, quien fundase su derecho en un documento no inscrito no podía utilizar tal documento como prueba en ningún caso, o no podía ser

utilizarlo como prueba contra quien presentase un documento inscrito, o, si ambos estaban inscritos, se otorgaba preferencia en función de la prioridad, que no la fijaba la fecha del documento sino la fecha de ingreso del mismo en el Registro, sin que ésta fuese, por lo demás, una regla definitiva para la solución de la controversia, en todo caso.

La lógica de este sistema es, en realidad, exclusivamente fiscal: a cambio del pago de los correspondientes impuestos, el Estado no dificulta la utilización del documento en el que conste la transacción como prueba, si bien su publicación en el Registro no garantiza al potencial adquirente haber adquirido el derecho de propiedad, porque la inscripción no altera las reglas del Derecho Común, entre ellas, la regla *ubi rem meam invenit ibi vindico*. Esta es la lógica en la que se inspiran los registros de documentos o de mera oponibilidad, y, por ello, suelen depender de los Ministerios de Finanzas.

Por último, el *grado más alto de compromiso* o de implicación del Estado en la defensa del derecho de propiedad y de la economía de mercado se da en aquellos casos en los que se sustituye el Derecho Común por el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, creando Registros de derechos o de tráfico que son las instituciones que vertebran tal Derecho en el ámbito inmobiliario. Tales registros significan un compromiso activo del Estado en la defensa del derecho de propiedad en todas sus dimensiones, tanto estática como dinámica.

Los principios en los que se inspiran forman parte del conjunto que conforma el Derecho de la seguridad del tráfico —cuyos orígenes en Europa Occidental podemos encontrar, al menos, en la denominada *Lex Mercatoria* o *Merchant Law*— el cual permite un nivel más elevado y complejo de cooperación —y, por tanto de especialización— que el Derecho Común —Derecho de la seguridad jurídica— al que viene a sustituir y el cual responde a un estadio de cooperación más rudimentario.

En este paradigma, frente a lo que se ha venido afirmando, ganan todos, no solamente unos a costa de otros. No salen ganando, como hemos visto, adquirentes y acreedores frente a propietarios; antes al contrario, adquirentes y acreedores ganan porque en el nuevo paradigma el propietario ve robustecida su posición y tanto más cuanto más intensamente actúen los principios del derecho de la seguridad del tráfico.

El nuevo paradigma limita la información necesaria para contratar con seguridad en dos aspectos relevantes —titularidad y cargas preferentes de origen negocial— mediante la técnica de la incorporación del derecho a la inscripción y la conversión de ésta en un título valor cualificado o de fe pública similar al cambiario.

Mediante esta técnica, y en relación a los atributos referidos, la inscripción impone una simetría informativa funcional entre las partes, porque, en relación al adquirente, la inscripción le suministra toda la información que

necesita, y en relación al transmitente, hace irrelevante la información que posea y que no conste en la inscripción, lo que contribuye a fundamentar la confianza, dota de seguridad a la adquisición de los derechos, facilita y agiliza la contratación en el mercado y permite la conversión de la propiedad inmobiliaria de garantía crediticia y, por tanto, en un activo económico.

Tal sistema transmisivo permite, además, proteger la titularidad adquirida conforme al mismo mediante una regla de propiedad. Ya no se trata de publicar contratos para poder utilizar los documentos en los que se formalizan como prueba ante los tribunales —a cambio del pago de impuestos— sino de generar titularidades seguras respaldadas por el Estado y mecanismos de transmisión fáciles y seguros de tales titularidades en un entorno, además, mucho más complejo, de modo que resulte rentable la explotación de bienes inmuebles mediante derechos reales cuya titularidad quede protegida por una regla de propiedad, lo cual, como hemos visto permite un uso más especializado de los mismos y, por tanto, una mayor productividad.

Como consecuencia, en los países dotados de tales sistemas, sus costes transaccionales, en el ámbito inmobiliario, son más bajos y su mercado hipotecario mucho más eficiente, porque permite, *coeteris paribus*, tipos hipotecarios más bajos y un mayor diferencial de los mismos en relación a los préstamos o créditos personales.

En un Registro de derechos, la inscripción significa el reconocimiento por parte del Estado del derecho de propiedad sobre un inmueble a favor de una determinada persona, lo que constituye una suerte de adjudicación en régimen de monopolio de los beneficios reales o potenciales generados por el recurso a favor de una persona con exclusión de los demás. El Estado sólo puede realizar tal reconocimiento previa comprobación de que quien solicita la inscripción ha respetado, en la adquisición del derecho cuyo reconocimiento postula, los límites marcados por las normas imperativas.

12. EL REGISTRO: FUNCIÓN DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE SU NECESARIA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES Y DEL CARÁCTER COACTIVO DE SUS RESOLUCIONES

12.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Esta es una función que solamente puede realizar el Estado. Es más, constituye una de sus funciones esenciales porque exige neutralidad e imparcialidad en la aplicación del Derecho y recurso a la coacción, en su caso. No forma parte del mercado sino de la infraestructura legal o institucional que el Estado debe proveer para que el mercado sea posible.

Siendo la propiedad, como hemos visto, un monopolio de aprovechamiento de un bien escaso reconocido por el Estado en favor de una persona, con exclusión de todas las demás, cuyo reconocimiento por el Estado requiere que en el proceso adquisitivo se hayan respetado todas las normas legales emanadas del propio Estado, sería una burla admitir que la persona contratada por quienes articulan el negocio con finalidad transmisiva y, en su caso, por el potencial adquirente del aprovechamiento exclusivo en beneficio propio y con exclusión de los demás, pudiese decidir, en nombre del Estado, sobre la *legalidad* y *efectividad* del proceso transmissivo, en beneficio de sus propios clientes y en perjuicio de todos los demás, vinculando con su decisión al propio Estado, cuyo aparato coactivo quedaría, a partir de ese momento, al servicio de los intereses del cliente del decisor.

No debe olvidarse que una de las condiciones necesarias para que la economía de mercado —que implica la contratación entre extraños— pueda funcionar es que el Estado actúe como *tercero imparcial*, imparcialidad que se erige en una condición de legitimidad de sus decisiones, la cual fundamenta no sólo la imposición coactiva de sus decisiones, en caso necesario, sino también la atribución al Estado de tal monopolio de coacción.

12.2. LOS INTENTOS DE APROPIACIÓN DE LAS FUNCIONES REGISTRALES POR PARTE DE ALGUNOS OPERADORES ECONÓMICOS

Resulta por ello más que sorprendente que desde algunos sectores se haya postulado que tal actividad se preste recurriendo a mecanismos de mercado, o, *in claris*, que forme parte del mercado. O, mejor dicho, no tan sorprendente; se trata de una vieja cuestión.

La posición del Notariado en relación con el nacimiento y desarrollo de los modernos sistemas registrales ha sido, en el mejor de los casos, ambigua. De hecho, la Ley Hipotecaria española de 1861 contó con la oposición de los escribanos, a pesar de que la nueva Ley Hipotecaria fue la causa directa de su renovación, mediante la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862. Tal oposición se produjo por varias razones. En primer lugar, porque la nueva Ley Hipotecaria les privaba de la competencia para la llevanza de los nuevos Registros (101). En segundo lugar, porque el nuevo sistema

(101) Una Real Orden Circular de 7 de octubre de 1836 ordenó que en los Ayuntamientos donde los Secretarios no fuesen Escribanos Reales debería encargarse del Oficio de Hipotecas el Escribano más antiguo de la Cabeza del Partido. La nueva Ley preveía la creación de un cuerpo especial, lo que hizo que todos cuantos estaban a la cabeza de los Oficios por un título u otro, reaccionaran, hasta el punto de que se creó en el Senado una Comisión Especial encargada de las pretensiones de este colectivo. Gonzalo de las Casas quien, entonces, ocupaba el cargo de Director de la Gaceta el Notariado, solicitó que

registral, basado en la fe pública registral, una vez se consolidara, les haría perder protagonismo (102). Por lo demás —como ha demostrado NOGUEROLES PEIRÓ— esa fue la tónica general en Inglaterra, Francia y otros países, básicamente por la pérdida de protagonismo que, en mayor o menor medida, implicaba para el Notariado la evolución de los sistemas registrales (103).

La nueva Ley, sin embargo, establecía, como regla general, la necesidad de que los actos y negocios con finalidad transmisiva constasen en escritura pública para que los derechos resultantes pudiesen ser inscritos, previa

se encargase la gestión de los registros a los depositarios de la fe pública, y en los casos en que no fuera posible que, al menos se respetasen los derechos adquiridos de aquellos que hasta la fecha habían estado al frente de las Contadurías de Hipotecas, bien de modo natural, bien legalmente mediante la correspondiente indemnización a los propietarios que, por juro de heredad o mediante un usufructo vitalicio venían disfrutando del cargo. La Comisión rechazó tales pretensiones, si bien entendió que, respecto de aquellos que habían comprado el derecho a la Corona, es decir, en relación a los Contadores de Hipotecas, debía proceder la correspondiente indemnización. Sin duda, la organización del Notariado mediante la Ley del año siguiente, 1862, permitió una mejor organización del Notariado para articular su oposición al nuevo sistema. Véase SERNA VALLEJO, M., *op. cit.*, págs. 477-479.

(102) Con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861, los notarios, según RODRÍGUEZ ADRADOS, examinaban toda la cadena de títulos de propiedad durante todo el periodo de la prescripción adquisitiva. Esta afirmación —por otro lado, imposible, pues ni el notario ni nadie podía ni puede seguir de ningún modo ninguna cadena de títulos— pone de relieve el mayor protagonismo del Notariado cuanto más oscuridad pese sobre la situación jurídica de los inmuebles, su nostalgia de una antigua e idealizada actuación y sus resistencias a la implantación de ningún sistema que clarifique absolutamente la situación jurídica de los inmuebles en favor de adquirentes y acreedores. Véase RODRÍGUEZ ADRADOS, A., en *Comentario del Código Civil*, T. II, pág. 336. Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. Sobre el diferente papel de notarios y *solicitors* en general en un registro de documentos y en uno de derechos, véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, pág. 93, Ed. Palestra, Perú, 2004.

(103) NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista», págs. 857-859, en *Historia de la Propiedad (Crédito y garantía)*. DE DIOS, S.; INFANTE, J.; ROBLEDO, R., y TORIJANO, E. (coords.), Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007. Según NOGUEROLES, el establecimiento del Registro en Inglaterra y Gales contó desde el principio con la oposición de los *solicitors* y de la aristocracia terrateniente. Sin embargo, la oposición de la aristocracia se fue mitigando en la medida en que el Registro se desligó de las leyes que pretendían reformar la primogenitura, se conservó el carácter secreto del contenido del Registro y las clases medias fueron adquiriendo una mayor influencia. En cambio, la oposición de los *solicitors* se articuló alrededor de la *Law Society* y adoptó distintas formas: unas veces la oposición fue frontal, en otras pretendía simplificar los títulos como alternativa a la implantación del Registro y, finalmente, cuando la implantación del Registro parecía inminente propugnaron un *Register of Deeds* o Registro de documentos. La situación era muy parecida en Francia, donde Mazeaud señala cómo el Notariado y la nobleza se opusieron a la publicidad inmobiliaria. GUILLOUARD escribió que el primer obstáculo para la creación del *libre foncier* era la hostilidad de todas las personas que, en el mundo de los negocios «vivent des obscurités de notre régime hypothécaire, et ces personnes s'appellent légion». Lo mismo sucedió en Italia, así como en Australia y Tasmania.

superación del correspondiente procedimiento. Este privilegio de acceso de la documentación notarial al Registro, junto con el carácter ejecutivo de la misma, ha sido determinante en la demanda de servicios notariales y gran parte de la actuación notarial ha ido dirigida al mantenimiento y aun reforzamiento de dicho privilegio, porque constituía y constituye uno de los principales valores añadidos de la intervención notarial.

Ahora bien, diversos factores relacionados con el desarrollo de la economía de mercado, con el desarrollo de la abogacía y con la aparición de nuevas tecnologías de autenticación documental —especialmente la denominada *firma electrónica*— han determinado una gradual liberalización y heterogeneización de las diferentes vías de acceso al Registro, rompiendo el tradicional monopolio notarial al respecto (104). Esta es la tendencia general que se va imponiendo, no solamente en Europa, sino en la mayor parte de los países desarrollados. Un reciente informe realizado por el *Centre of European Law and Politics* de la Universidad de Bremen, coordinado por C. U. SCHMID y realizado por encargo de la Comisión Europea, es definitivo a este respecto (105).

(104) Véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Análisis de su realidad organizativa*, Ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, págs. 112 y 175 y sigs. También NOGUEROLES PEIRÓ, N., «La evolución de los sistemas registrales en Europa», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265.

(105) El informe recibe el nombre de *Conveyancing Services Market*. Ha sido coordinado por C. U. SCHMID del Centre of European Law and Politics (ZERP) de la Universidad de Bremen. Véase el fundamental trabajo de ARRUÑADA, B., «Market and institutional determinants in the regulation of conveyancers», en *European Journal of Law and Economics* (2007). El nudo de la argumentación del informe puede resumirse del siguiente modo:

En relación con la intervención obligatoria del notario en el proceso de transmisión inmobiliaria y sucesivo registro, las ideas-fuerza fundamentales del informe comunitario son las siguientes:

1.º El ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del «Notariado Latino» (Latin Notary System), no constituye ejercicio de autoridad pública («public authority»). Aunque la regulación doméstica califique al titular como «autoridad pública» (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia), aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es «esencialmente económica en cuanto a su naturaleza». Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia a los efectos de los artículos 45, 55 EC. Sobre la postura de la Comisión, se explica en las páginas 48 y siguientes con cierto detenimiento.

2.º La Comisión estaría dispuesta a admitir excepciones a los principios de libertad de establecimiento y de libre provisión de servicios profesionales, siempre que esas restricciones sean legítimas (respondan a atendibles «policy objectives») y, en cualquier caso, sean proporcionales.

3.º La justificación aducida por el Notariado Latino de la intervención obligatoria del profesional («mandatory intervention») se resume en: (i) El suministro de información legal y consejo específico a quienes contratan, incluso en el caso de que el documento sea redactado por otros (abogados, gestores); (ii) Protección del consumidor y en general de la parte más débil del contrato; (iii) Control de legalidad previo al registro de los documentos («Pre-control Land Register»); (iv) Prevención de conflictos (nuestra «seguridad jurídica preventiva»); (v) Colaboración con las autoridades estatales y fiscales en la prevención de fraudes, etc.

En algunos países —España, por ejemplo—, la reacción notarial ha sido la de intentar bloquear dicha liberalización, por un lado, y, por otro, la de intentar modificaciones legales que impidan a la Administración supervisar la legalidad de la actuación notarial, algo que quedaría reservado en exclusiva a jueces y tribunales (106), por lo que la actuación notarial, es decir, la escritura pública, vincularía a la propia Administración.

4.º No obstante lo anterior, se afirma resueltamente que todas esas justificaciones, aunque presentan algún aspecto atendible de legitimidad, no convencen suficientemente, puesto que no pasan el «test» de «proporcionalidad».

5.º En cuanto al argumento de protección a la parte débil del contrato y de los consumidores, la cosa tiene difícil justificación cuando la minuta es redactada («drafting») por las partes o por un tercero (abogado o no) y el fedatario se limita a su elevación a público. El control posterior del documento ya redactado a estos fines es ineficiente. Más aún, la intervención notarial puede llevar a engaño al consumidor si le hace creer que su juicio es definitivo cuando existe un control posterior. Todas estas razones «minan sustancialmente» el argumento de defensa del consumidor.

6.º En contratación estandarizada no se comprenden las razones de impedir que un consumidor informado no pueda manejar por sí mismo todo el proceso de formalización documental y registro. Sobre todo, habida cuenta de las experiencias ya existentes en materia de formularios directamente registrables.

7.º En los contratos «comerciales» en que existe paridad de condición de partes, la protección del consumidor no está justificada. Sólo añade burocracia que entorpece la libre contratación.

8.º No es necesaria la intervención profesional en los supuestos del preceptivo control de legalidad previo al registro de documentos, dado que a lo largo de Europa el Land Registry está provisto de profesionales cualificados a estos fines (sean funcionarios, profesionales o jueces). En España, incluso, la existencia de un control adicional al del Registrador es causa de la ralentización de todo el proceso. La posible ganancia en la celeridad del consejo especializado de un profesional no es suficiente argumento. Debería al menos dejarse la intervención del notario como opción del usuario como se ha hecho en Portugal, en donde la legislación simplificadora contempla la posible intervención del Registrador como sustituto de la tradicional del notario en la redacción y registro de documentos.

9.º El argumento de la oportunidad de un control de la regularidad formal, sobre todo en lo que hace a la identificación de los sujetos, no es suficiente. No sólo porque el mismo staff del registro puede cumplir esta función, sino porque el servicio de la legalización de las firmas puede hacerse por otros profesionales —jueces, autoridades, abogados con funciones notariales— o emplearse la tecnología de firma electrónica.

10.º En cuanto al control de la legalidad sustantiva (substantive legality), el interés público general puede ser adecuadamente protegido a través de la publicidad registral.

11.º La cosa del control preventivo de los conflictos y el consiguiente ahorro de costes de transacción no puede tampoco sostenerse. No sólo porque esa eficacia preventiva se consigue a través del sistema registral, sino porque, de un lado, poca seguridad preventiva se añade en la contratación estandarizada y, de otro, la que se gana con la intervención notarial no es muy eficiente ni suficiente.

12.º En cuanto, por fin, a la colaboración con las autoridades tributarias, para eso existen los mecanismos previstos en la inspección y recaudación.

Resumen realizado por FERNÁNDEZ DEL POZO para la Asociación de Registradores Bienvenido Oliver (www.arbo.org.es)

(106) Así constaba en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria publicado por el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 25 de octubre de 2006, aprobado por el Congreso y del que el Gobierno desistió en el Senado. Así resultaba también del artículo 143

En ese contexto, el Notariado ha postulado la limitación de las competencias calificadoras de los registradores, o, directamente, la transferencia de dichas competencias al Notariado, que actúa en régimen de libre elección, es decir, en régimen de mercado. Para hacerlo posible se ha llegado a demandar del Gobierno la libre elección de registrador por parte del notario o de sus clientes, con absoluto olvido de todos los demás intereses en juego. Y, evidentemente, si fuera posible ejercer la función calificadora en régimen de libre concurrencia, no habría inconveniente alguno para atribuirla al notario o a cualquier otro operador jurídico que actúe en régimen de mercado tal competencia.

En ocasiones, a estas propuestas notariales se han sumado otros agentes. Las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos requieren la superación de un procedimiento que ofrezca unas garantías mínimas. Entre ellas, la necesidad de que la supervisión legal la realice un órgano independiente con facultades suficientes. Y ello suele ser molesto para las empresas y demás agentes que operan en el mercado y, en ocasiones, han utilizado su capacidad de interlocución política para intentar suprimir o eliminar la supervisión legal sin ser conscientes de las graves distorsiones que pueden producirse, comenzando por la disminución de los efectos jurídicos de los registros, es decir, por la disminución de su valor legal (pérdida o disminución de valor probatorio).

La experiencia demuestra que el valor de semejantes reformas suele ser muy limitado e incluso negativo para las propias empresas, por mucho que puedan reducir sus costes —explícitos e implícitos— de tramitación. El motivo: la disminución del valor legal y judicial de la información registral impide que el Registro pueda prestar su mayor utilidad: servir de *input* prácticamente incuestionable en la práctica contractual y judicial reduciendo costes de transacción futuros a las propias empresas y agentes en general. Como consecuencia, se hace necesaria la contratación de servicios complementarios, innecesarios antes de las reformas. Tales reformas, pues, acaban suponiendo una elevación de costes transaccionales explícitos e implícitos para las propias empresas que los propiciaron.

Por ello, aumentar el valor legal y judicial de los pronunciamientos registrales siempre es eficiente. Ello requerirá exigir controles rigurosos, que no pueden ni deben ser suprimidos, a la vez que no deben exigirse más de los necesarios y, además, deben ser instrumentados del modo menos gravoso posible. Para que tales controles produzcan los efectos deseados se requiere una institución pública independiente, competente y eficientemente estructurada.

del Proyecto de Reglamento Notarial, aprobado por el Ministerio de Justicia, si bien en la versión aprobada por el Consejo de Ministros se salvan expresamente las competencias de jueces, administraciones públicas y funcionarios.

13. RAZONES POR LAS CUALES NO PUEDEN ATRIBUIRSE FUNCIONES CALIFICADORAS A LOS NOTARIOS NI A NINGÚN OTRO OPERADOR ECONÓMICO

13.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

No obstante, dado que tales propuestas se han producido, y que la posición notarial no parece haber cambiado, al menos en España, parece necesario volver a traer a colación las razones por las cuales los notarios no pueden calificar, o si se prefiere, las razones por las cuales son incompatibles el hecho de atribuir al notario o a cualquier otro operador que actúe en régimen de libre elección la función calificadora y el mantenimiento de un sistema registral, sea de derechos, sea de documentos.

Ciertamente, el notario es un operador económico porque ésta es la naturaleza de su actividad, incluso en aquellos países en los que la legislación interna los califica de funcionarios. Es algo, además, que no ofrece duda alguna a quienes han estudiado esta materia. Un reciente informe realizado por el *Centre of European Law and Politics* de la Universidad de Bremen por encargo de la Comisión Europea y al que anteriormente me he referido, concluye, en este sentido, que el ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del *Notariado Latino* (*Latin Notary System*), no constituye ejercicio de autoridad pública (*public authority*), ni siquiera aunque la regulación doméstica califique al titular como *autoridad pública* (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia); aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es *esencialmente económica en cuanto a su naturaleza*. Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia (107). La idea de la dependencia

(107) Véase ARRUÑADA, B., «Markets and institutional determinants in the regulation of conveyancers», en *European Journal of Law and Economics*, 2007, pág. 98 y sigs. Asimismo el reciente (2007) informe sobre *Conveyancing Services Market*, coordinado por C. U. SCHMID del Centre of European Law and Politics (ZERP) de la Universidad de Bremen, y realizado por encargo de la Comisión Europea, argumenta, en relación a este punto, lo siguiente: 1.º El ejercicio de la profesión notarial, incluso en el sistema del «Notariado Latino» (*Latin Notary System*), no constituye ejercicio de autoridad pública («public authority»). Aunque la regulación doméstica califique al titular como «autoridad pública» (por ejemplo, sujeta a supervisión del Ministerio de Justicia), aunque realice funciones de control de legalidad o del cumplimiento de requisitos fiscales, su función es «esencialmente económica en cuanto a su naturaleza». Lo que significa que está sujeta a las leyes del mercado y de la competencia a los efectos de los artículos 45, 55 EC. Sobre la postura de la Comisión, se explica en las páginas 48 y siguientes con cierto detenimiento. En España, curiosamente, la legislación califica al notario, simultáneamente de funcionario y de profesional. Así, la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, dispone en su artículo 1: «El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y de más actos extrajudiciales. Habrá en todo el reino una sola clase de estos funcionarios». El Reglamento Notarial, no obstante, da un paso más y lo

de la actuación notarial de las relaciones de clientela y de su especial complacencia con los intereses de los clientes con poder de mercado es, por otro lado, recurrente en la propia literatura notarial (108).

Por esta razón, como veremos, si se atribuyesen al notario o a cualquier otro operador económico tales funciones, sería necesario regresar al viejo Derecho Común, completado, como era habitual, con medidas complementarias de publicidad y aseguramiento, es decir, sería necesario regresar precisamente al Derecho ante cuyas insuficiencias fue preciso generar soluciones tecnológicas más sofisticadas. En efecto, las insuficiencias del Derecho Común aún completado con un Registro de documentos, complementado todo ello, a su vez, con algún tipo de aseguramiento económico, aconsejó el recurso al Derecho de la seguridad del tráfico, surgido precisamente como consecuencia de las insuficiencias del sistema anterior, y vertebrado en el ámbito inmobiliario por el Registro de derechos, algo que parece haberse olvidado y

caracteriza, también, como profesional. Así, el artículo 1 del Reglamento Notarial —modificado por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero— dispone: «Los notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar...». Esta caracterización pretendidamente híbrida viene a significar que el notario es, a la vez, autoridad pública, encargada de controlar que la legalidad no sea violada y, a la vez profesional, que desarrolla una ingeniería transaccional dirigida a sortear la ley cuya defensa, por otro lado, le competiría. Quien lo elige y retribuye es, sin embargo, el cliente, y no para que vigile y censure lo que hace, sino para que idee la manera de poder hacer lo que desea. Le contrata, pues, como asesor jurídico o ingeniero transaccional, no como controlador, y le retribuye como tal, no como controlador. El problema se plantea cuando tal servicio lo prestan otros ingenieros transaccionales —abogados— y, sin embargo, los clientes deben seguir utilizando los servicios notariales porque la ley los impone como obligatorios para que el documento correspondiente pueda acceder al registro. Este es otro problema que no abordamos por no formar parte de nuestro objeto de estudio. Baste dejar constancia de que, con independencia de la denominación que se dé a su actividad, el notario es un operador económico. Y si a un operador económico se le conceden facultades públicas, es obvio, que se le está dando la posibilidad de que las use en beneficio de sus clientes; además se le está incentivando a hacerlo cuando quien le retribuye por sus servicios es el cliente, y ese llega a ser el mayor valor añadido de sus servicios en aquellos casos en los que el notario es sustituido en su función de ingeniería por los abogados.

(108) Véase, por ejemplo, COSTA, J., *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*. Obras completas. Vol. XIII, 2.ª Ed., Biblioteca Costa, Madrid, 1917. BERNÁ, J., y CREHUET, E., *A l'infern de dos en dos: Cartes entre Joan Bernà i Eladi Crehuet, notaries*, Lérida, Pagès. LÓPEZ BURNIOL, J. J., «Entre el servicio y el control: Contribución de la fe pública a la ordenación del mercado», en *Iuris, Cuaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, págs. 113-149.

que constituye una solución tecnológica más sofisticada, como hemos visto, y, por ello, permite un mayor grado de protección de los derechos y de cooperación —contratación— entre los agentes económicos. Y, como sabemos, cuando se olvida la historia se está condenado a repetirla. Me referiré especialmente a este segundo tipo de registros, no sin antes advertir que tampoco los atributos esenciales de un Registro de documentos podrían quedar en manos de ningún operador económico (109).

13.2. LA NECESIDAD DE PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO COMO CONSECUENCIA DE LA CONCURRENCIA DE DIFERENTES FACTORES

Las razones por las cuales se requiere un procedimiento para obtener la inscripción del derecho y ésta se articula, a su vez, de hecho, como un derecho del adquirente radican en los efectos externos que produce la inscripción —de diferente intensidad según se trate de un Registro de derechos o de documentos— en la naturaleza del derecho de propiedad, en la confluencia de los diferentes intereses en juego, en la insuficiencia del contrato para garantizar a quien desea adquirir que, en efecto, ha adquirido el derecho deseado, tal y como deseaba adquirirlo, así como en la proliferación de normas imperativas en relación con la propiedad inmobiliaria y el progresivo recurso al Registro de la Propiedad para asegurar su cumplimiento. Naturalmente, sobre todo ello se proyecta la naturaleza imperativa —y coactiva, por tanto— de la resolución registral admitiendo o denegando la inscripción solicitada.

13.2.1. *La producción de efectos externos*

En cuanto a los efectos externos, ya hemos visto cuáles son las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos. En virtud de ellas, *inter tertios*, esto es, en relación al mercado, la inscripción es el título;

(109) En efecto, al igual que en los Registros de derechos, en los de documentos la fecha relevante respecto de terceros no es la del título, sino la de ingreso en el Registro, que es el que establece su prioridad respecto de terceros; tales registros incorporan normalmente, también, el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos.

Por estas razones, no se dejan tales registros en poder de los notarios, ni siquiera en los Estados Unidos. Considerando que cada notario sirve profesionalmente a sus clientes y que la organización colegial es notarial, dejar tales registros en manos del Notariado, o dotar de tales efectos a un archivo notarial, sería contrario a lo exigido por las cautelas más elementales. A ninguna compañía de *title insurance*, por ejemplo, se le ocurriría aceptar las pólizas expedidas por sus agentes sin haber sido previamente evaluadas por los jefes de riesgos porque saben que esa política les conduciría directamente a la quiebra.

es más, es un *título valor*, por cuanto, al mercado, esto es, al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe —pues el mercado desconoce los actos gratuitos y repele la mala fe— únicamente le afecta el *tenor literal* de la inscripción: ningún otro derecho o carga de origen negocial puede afectarle, así como ninguna causa de anulación o de resolución derivada de un negocio anterior que no conste inscrita, del mismo modo que al endosatario de una letra de cambio únicamente le afecta el tenor literal de la letra, pero no las vicisitudes que afecten, en su caso, al negocio causal, las cuales operan únicamente *inter partes*.

Que la inscripción es el título, *inter tertios*, es decir, *erga omnes* con la excepción, en su caso, del *tradens* del titular registral, quiere decir que, por virtud de ella, el Estado compromete el uso de su fuerza coactiva en favor de su titular —es decir, del titular de la inscripción o del titular del derecho según la inscripción, pues son términos equivalentes—, mientras la inscripción no sea anulada en el procedimiento judicial correspondiente, pues, al no producir la inscripción efecto de cosa juzgada, puede ser impugnada en el pertinente procedimiento judicial, en el que todo el *onus probandi* recae sobre quien impugne.

Ello significa, en esencia, que, *inter tertios*, que es su ámbito propio, la inscripción protege al adquirente mediante un acto de tráfico con una regla de propiedad (*property rule*), en cuya virtud, en caso de conflicto entre el *verus dominus* y el adquirente, el juez no puede devolver la cosa al primero, sino que debe proteger la adquisición efectuada. *Inter partes*, sin embargo, sigue vigente la regla de responsabilidad (*liability rule*) propia del Derecho Común.

Ciertamente, en el ámbito de los derechos de crédito, para su incorporación a una letra, esto es, para sustraer su circulación del régimen del Derecho Común y someterla al régimen del Derecho de la seguridad del tráfico, se requiere un acuerdo de voluntades entre las partes. Por un lado, no constituye un derecho de ninguna de ellas; por otro lado, no se requiere ninguna voluntad más.

En el ámbito de los Derechos reales, sin embargo, para la inscripción, esto es, para sustituir el régimen de circulación de los derechos sobre inmuebles propio del Derecho Común por el propio del Derecho de la seguridad del tráfico, no se requiere un acuerdo de voluntades entre las partes contractuales. Es un derecho de cualquiera de ellas, normalmente ejercitado por el adquirente, que es a quien más interesa, por cuya razón lo podemos considerar un derecho del mismo. Y para que ese derecho se haga efectivo, no basta con su voluntad. Es necesario que supere un procedimiento antes de obtener la inscripción del derecho a su favor, con todo lo que ello implica.

Ello es consecuencia no solamente de los efectos externos de la inscripción —esencialmente la protección mediante una *regla de propiedad* de la titularidad adquirida a través de un acto de tráfico y con sujeción al régimen registral— sino, también, de la naturaleza de los derechos de propiedad.

13.2.2. *La naturaleza jurídica de los derechos de propiedad*

En cuanto a la naturaleza de los derechos de propiedad, resulta oportuno recordar que (110) los derechos de propiedad —especialmente sobre inmuebles— no son otra cosa que convenciones sociales respaldadas por el Estado —mediante la ley— que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta, mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier forma en la corriente de beneficios procedentes del bien. Se trata, por tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y excluyente de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho. Y los recursos, como sabemos, son escasos por definición. Y su adjudicación, en régimen de monopolio, sólo es tolerable si tal monopolio se ha adquirido mediante el libre juego de la autonomía privada y con pleno respeto a las normas imperativas que la enmarcan. Si no es así, existe el riesgo —gravísimo— de que se quiebre el consenso acerca de cómo los recursos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados, consenso que define la esencia del derecho de propiedad (111).

Por ello, el Estado, antes de comprometer el uso de su fuerza coercitiva en el caso de que el derecho adquirido sea perturbado, debe asegurarse que la adquisición del derecho no ha sido fruto de un comportamiento *free-rider*.

Y eso, precisamente, justifica *la existencia del procedimiento registral y sus exigencias de unas garantías mínimas inderogables*: la necesidad de comprobar que la configuración del derecho adquirido, así como su mecanismo de adquisición, no violan norma imperativa alguna —que, precisamente por serlo, configura derechos a favor de los demás—, antes de conceder al adquirente un documento —la inscripción registral— del que deriva una intensa protección jurídico-obligacional y jurídico-real frente a las pretensiones de terceros y el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho adquirido frente a cualquiera que lo perturbe (arts. 1-3, 38 y 41 de la LH española).

(110) SJAASTAD, E., y BEOMLEY, E. D., «The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes». *Development Policy Review*, 18 (4): 365-89.

(111) DE SOTO, H., *El misterio del capital*, pág. 184, Ed. Península, Barcelona, 2001. La idea de la propiedad como consenso es esencial en el pensamiento de DE SOTO.

13.2.3. *La concurrencia de intereses divergentes*

En cuanto a los intereses concurrentes en *el procedimiento registral*, se pueden sintetizar del siguiente modo (112).

En primer lugar, el *interés del titular registral* —que, en las hipótesis normales coincidirá con el verdadero titular, porque el comportamiento racional impone asumir la carga de la inscripción como mejor medio de defender el derecho adquirido—, cuya tutela corresponde al Registro, lo que exige rechazar cualquier acto o negocio de transmisión —y, en general, de naturaleza real— referente a *su derecho*, si no media su consentimiento prestado directamente o a través de representante con facultades suficientes (113).

En segundo lugar, el *interés del adquirente* en inscribir su derecho, interés que se explica por la protección jurídico-obligacional y jurídico-real que la misma despliega a su favor. Este interés puede ser defendido ante el Registro por el propio adquirente, su abogado, o su notario que, a estos efectos es, además de su fedatario, su abogado ante el Registro (114).

En tercer lugar, el *interés de los terceros*, es decir, de todos los que no han formado parte del acto o negocio del cual deriva la adquisición, en que la misma no se haya realizado violando ninguna norma imperativa, que, por ser tal, establece derechos a su favor, que deben ser respetados en el proceso de configuración y adquisición del derecho. Estos terceros pueden ser personas físicas o jurídicas concretas cuya identificación resulta del propio procedimiento, o terceros genéricos. La defensa de los intereses de los terceros corresponde también al Registro, aunque con un grado diferente de intensidad. En efecto, en relación a los primeros, debe limitarse a notificarles y recabar su presencia en el procedimiento, a fin de que hagan valer sus derechos si lo consideran oportuno —este es el sentido de lo dispuesto por el art. 34 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones

(112) Durante los últimos tiempos ha surgido una importante producción bibliográfica sobre el procedimiento registral. Pueden verse, entre otros: BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La protección de los interesados en los procedimientos registrales*, Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Director), *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*. Dos tomos. Ed. Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. Con carácter más general, MENÉNDEZ REXACH, A.; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, CHINCHILLA PEINADO, J. A., *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*, Ed. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

(113) A no ser que medie sentencia firme que le prive del derecho, obviamente (art. 82 LH), en cuyo caso no será necesario su consentimiento, sino el del nuevo titular proclamado por la sentencia. Este es el sentido de lo dispuesto por los artículos 20 —tracto sucesivo— y 17—prioridad— de la LH.

(114) Esta es la razón por la que esta figura, en algunos países, recibe el nombre de *solicitor*.

Públicas y Procedimiento Administrativo Común, plenamente aplicable al procedimiento registral (115)—. En relación a los segundos es, en palabras de Jerónimo GONZÁLEZ, el «fiscal que representa a los ausentes» (116).

Estos intereses no son coincidentes, sino divergentes y hasta antagónicos, especialmente los intereses del adquirente y de los terceros: el primero tiene interés en eludir las restricciones conductuales derivadas de las normas imperativas; los segundos en que no se sobrepasen los límites marcados por las mismas (117).

(115) Este precepto, de enorme trascendencia, es plenamente aplicable al procedimiento registral, un procedimiento de naturaleza administrativa, según opinión de la mayoría de la doctrina, dado lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 1 y 3 de la LRJAPPAC, precepto este que desarrolla lo dispuesto por el artículo 105.c) de la Constitución, a cuyo tenor: «*La ley regulará... c) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*». Y el artículo 34 de la LRJAPPAC regula cuándo procede la audiencia de los interesados en los procedimientos administrativos, incluido, por tanto, el registral. De lo contrario, se podría alegar indefensión, prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución.

(116) GONZÁLEZ, J., *Principios Hipotecarios*, pág. 274. Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931.

(117) Esta idea aparece perfectamente recogida en el preámbulo del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención del Registrador sustituto: «*La razón de esta tensión entre la agilidad y la seguridad, que son los dos principios que han de presidir el tráfico inmobiliario y mercantil, obedece a la existencia de intereses distintos, incluso antagónicos, entre las partes que intervienen en los negocios jurídicos y los terceros que pueden verse afectados —y perjudicados— por ellos cuando a su través se crean, declaran, reconocen, modifican o extinguen derechos reales inmobiliarios que, por definición, afectan a toda la comunidad.*

El primero de ellos está representado por el de quienes directamente los otorgan. Confiados en el asesoramiento de que han sido objeto, ya sea por los servicios jurídicos que han contratado, ya por el notario, al que, de común acuerdo, han decidido encomendar esta función, su único interés se centra en obtener cuanto antes la protección jurídica que el Registro le confiere a través de las presunciones de legalidad, de legitimación y de fe pública registral, entre otras, que proporcionan los pronunciamientos registrales.

El segundo grupo de intereses potencialmente afectados por la realización de un negocio jurídico inmobiliario o mercantil es el de los denominados terceros, pues, a través de los asientos registrales, se impone a la comunidad entera un determinado statu quo jurídico-real inmobiliario. Por ello, bajo esta expresión se engloba con carácter general a toda la comunidad. Además, no en vano, el incumplimiento por las partes de una norma, ya sea una disposición legal o reglamentaria, ya una ordenanza municipal o cualquier otra de carácter vinculante, perjudica a todos y, con carácter específico, a los terceros, que son aquellas personas, muchas veces desconocidas e indeterminadas, que como acreedoras, titulares de derechos, inscritos o no, o de expectativas sobre ellos, están interesadas en la suerte de tales derechos. Si las partes consiguiesen eludir normas imperativas con éxito, obtendrían ventaja competitiva sobre el resto, lo que incrementaría los costes transaccionales y la ineficiencia del sistema económico».

13.2.4. *La insuficiencia del contrato como título como consecuencia de su eficacia relativa*

En cuanto a la insuficiencia del contrato por sí solo como título para garantizar a la parte que pretende comprar la adquisición del derecho que desea, tal y como lo desea, resulta obvia. El contrato no garantiza por sí solo que quien se presenta como dueño, alegando como única prueba de su derecho el hecho de aparecer en dicho contrato como adquirente, lo sea; el contrato, además, no produce efectos frente a terceros —en relación a ellos es *res inter alios acta*—, mientras que para ser dueño, o se ostenta un título —documento— esgrimible frente a todos o no se es dueño y, por tanto, no se es reconocido como tal por el mercado.

Sin Registro de derechos, las únicas alternativas posibles serían obtener una sentencia judicial firme en un procedimiento universal, o bien la adquisición por usucapión, cuyo reconocimiento también requiere una sentencia judicial firme. No parece que sean procedimientos compatibles con las exigencias del mercado, por lo que éste, en ausencia de tal tipo de registros, se provee su propia certidumbre —nunca seguridad— mediante procedimientos de mercado: usualmente seguros privados que indemnicen en caso de evicción y otras eventualidades.

13.2.5. *La proliferación de normas imperativas en relación a la propiedad inmobiliaria y el recurso progresivo al Registro de la Propiedad para garantizar su cumplimiento*

Por ello, el modelo organizativo de cualquier sistema registral y en tanta mayor medida cuantos más efectos externos produzca —por tanto, de un modo especial, en el caso del registro de derechos— exige la independencia del calificador con respecto a todas las partes implicadas (118), como garantía de su imparcialidad.

Su imparcialidad es necesaria, no tanto respecto de las partes que celebran el contrato privado y entre ellas, sino fundamentalmente, entre las mismas y los terceros, esto es, entre las partes del contrato y los terceros potencialmente afectados, en tanta mayor medida, además, cuanto mayor sea la proliferación de normas imperativas, sean o no intervencionistas, las cuales, precisamente por serlo, configuran derechos a favor de terceros, individualmente determinados, o terceros genéricos.

Y estamos asistiendo a una progresiva limitación de la propiedad privada por razones medioambientales y de ordenación del territorio, lo cual está

(118) ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, pág. 113.

ampliando la función calificadoradora del registro hasta aproximarlos a la de un *gatekeeper* (119).

En efecto, si bien, inicialmente, el Registro controlaba esencialmente la legalidad privada de las transacciones entre particulares —de la legalidad pública, únicamente la fiscal involucrada en la transacción concreta de que se tratara—, paulatinamente se le ha ido atribuyendo la función de controlar la legalidad pública implicada en todo tipo de operaciones susceptibles de inscripción.

Como observa ARRUÑADA, los gobiernos suelen considerar útil emplear unos registros eficaces como filtro o *gatekeeper* que asegure el cumplimiento de todo tipo de obligaciones públicas. En efecto, resulta tentador para los gobiernos exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones legales, aunque sean menores, antes de otorgar reconocimiento y protección a un derecho, otorgándoles así, implícitamente, un *status* real (120). De este modo, además, el Estado se asegura el cumplimiento de las normas, sin necesidad de crear agencia alguna, ni incurrir en gastos complementarios de *enforcement* de las mismas. Ciertamente, la utilización del Registro por el Estado como *gatekeeper* presenta ventajas —posibilidad de incrementar la tasa social de beneficio mediante una estructuración más ajustada de los derechos de propiedad— e inconvenientes —utilización intervencionista del Registro—, en cuya consideración no procede entrar ahora por quedar al margen del objeto de este trabajo (121).

En todo caso, por estas razones, el calificador ha de ser un órgano del Estado, independiente como garantía de su imparcialidad y, sólo puede adoptar la decisión tras un procedimiento que ofrezca las garantías mínimas necesarias reclamadas por la protección de los diferentes intereses en juego.

El desarrollo de la economía de mercado exige que el Derecho suministre soluciones que fundamenten la confianza, suministrando al adquirente la se-

(119) Fue KRAAKMAN, R. H. quien construyó la figura del *gatekeeper* en «Gatekeeper's: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy», en *J. L. Econ. & Org.*, 2 (1986). Posteriormente, PAZ-ARES, C., y ARRUÑADA, B., han recurrido a esta figura para intentar explicar el limitado papel del notario como productor de organización pública en nuestro sistema, en sus respectivos trabajos sobre análisis económico del Notariado. Posteriormente utilicé esta figura para explicar la función registral a la que, en mi opinión, se adapta mucho mejor. Ciertamente, el registro, a diferencia del *gatekeeper*, no es una parte privada, sino una institución pública, pero el hecho de que la inscripción sea, ordinariamente, voluntaria, permite aproximar ambas figuras. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Los sistemas registrales como reductores de costes de información y de conservación*, Comunicación presentada en la reunión del WPLA de la ONU, celebrada en Madrid en septiembre de 2000. Asimismo, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función calificadoradora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho», en *La calificación registral*, T. I, Ed. GÓMEZ GALLIGO, F. J., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

(120) ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 139.

(121) Para un desarrollo de esta idea en relación al Registro español, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 698, pág. 2315 y sigs.

guridad que necesita y con la agilidad que reclama: el adquirente necesita saber quién es el dueño, si puede transmitir, cuáles son las cargas preferentes. Idealmente necesitaría saberlo con la seguridad que proporciona una sentencia firme, con efectos *erga omnes* y obtenida en un plazo y con un coste compatible con las exigencias del mercado. Pero las garantías mínimas exigidas por el procedimiento necesario para obtener una sentencia de estas características hace inviable esta solución. Se hace necesario, pues, buscar una solución institucional que proporcione el nivel de seguridad más próximo posible a una sentencia firme con el coste explícito —dinero— e implícito —tiempo— compatible con las exigencias del mercado, suministrando al propio mercado la solución de compromiso entre ambas exigencias que éste considere óptima: a ese problema es al que responde el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de derechos o registro de tráfico.

La solución de compromiso, por las razones expuestas, no puede incluir la supresión de la independencia del calificador y la atribución de su poder a uno de los intereses en juego, mediante la concesión al mismo de un monopolio de elección.

13.2.6. *La naturaleza imperativa —y, en última instancia, coactiva— de las resoluciones registrales*

Me he referido anteriormente a las propiedades normativas de la inscripción en un Registro de derechos como el español. En virtud de las mismas, la inscripción —y, por lo tanto, el derecho tal y como consta en la misma— se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1.3 LH) e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho inscrito frente a cualquiera que lo perturbe (art. 41 LH).

Un Registro de derechos significa la creación por parte del Estado de un sistema de seguridad jurídica de las titularidades de derechos reales sobre bienes inmuebles lo que permite simplificar su transmisión. Los derechos de propiedad implican exclusividad y, por tanto, exclusión de los demás. El Estado, titular del monopolio del uso legítimo de la violencia, antes de comprometerse en la defensa de una titularidad, debe asegurarse de que se ha respetado escrupulosamente la ley, es decir, los derechos de todos los demás, porque, a partir del momento en el que reconozca la nueva titularidad mediante el Registro, la misma se impondrá a todos ellos, mientras la inscripción no sea revocada por una resolución judicial firme.

Es necesario recordar que una de las razones fundamentales para el nacimiento del Estado estriba en la liberación de economías de escala en los necesarios servicios de protección de la propiedad: la defensa individual queda sustituida por la defensa proporcionada por el Estado, el cual sanciona las reglas y vela por su cumplimiento.

Ello significa que el Estado está al servicio del cumplimiento de las reglas que rigen la propiedad, lo que exige su actuación conforme a las mismas, y, en consecuencia, su independencia en relación a los intereses en conflicto. El Estado se justifica en tanto que *tercero imparcial*, es decir, en tanto que independiente de los intereses de parte en la aplicación de las reglas.

13.3. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVARÍAN DE TAL ATRIBUCIÓN: LA REGRESIÓN DEL SISTEMA

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, es fácil predecir lo que sucedería si se permitiese que quien tuviese que decidir, en nombre del Estado, sobre el reconocimiento y protección de un derecho de propiedad inmueble, pudiese ser elegido y retribuido por uno de los intereses en juego, concretamente por quien pretende la adjudicación del derecho a su favor, con exclusión de todos los demás, precisamente aquellos frente a quienes, en su momento, el adjudicatario hará valer su derecho.

En ese contexto, la libertad de elección otorgada solamente a *uno* de los intereses en juego significaría, sencillamente, la atribución al mismo de un *monopolio de elección* y, en consecuencia, la *sobreprotección* de ese interés y la *desprotección* de los demás. En tales circunstancias, se incentivarían los comportamientos oportunistas por parte de los operadores elegidos, pues las pérdidas derivadas no las sufrirían sus clientes sino los terceros. Considérese, por un momento, lo insensato que sería conceder al representante elegido por un acreedor la competencia para ser él quien pudiese decidir sobre la prioridad de la hipoteca de su cliente en relación a otras muchas que pesasen sobre el mismo inmueble.

En tal situación, si el Registro fuese de derechos o de tráfico, los terceros no solamente estarían desprotegidos, sino menos protegidos que si se suprimiese tal Registro, pues el efecto fe pública registral —o, si se prefiere, la incorporación registral— opera también en caso de *error*, si bien en este caso a costa de la vulneración —más o menos directa, más o menos encubierta— de normas imperativas, las cuales, precisamente por serlo, establecen derechos en favor de tercero, e, incluso, en el límite de expropiar al dueño de su derecho.

Los terceros estarían, pues, mucho más seguros si uno de los intereses en juego no tuviese la posibilidad de utilizar en beneficio propio un instrumento de eficacia potencialmente expropiatoria, pero dado que la libertad de elección le daría esa posibilidad sólo a uno, la única defensa posible de los demás frente a los riesgos de uso oportunista sería que el instrumento fuera lo más débil posible, e incluso, idealmente, inocuo, es decir, que no produjera efecto

alguno, tampoco de prioridad ni de oponibilidad. En esencia, que no existiera Registro o, de existir, no produjera efecto jurídico alguno. Sin embargo, a quien tiene el poder *exclusivo* de elegir, le interesa exactamente lo contrario: que el Registro tenga los mayores efectos externos posibles.

«En realidad, si se quiere ser coherente y se desea admitir la libre elección de calificador habría que exigir que participasen en la elección del mismo todos los afectados por su decisión, es decir, *todos*, pues la inscripción se caracteriza porque protege *erga omnes* la titularidad adquirida mediante una regla de propiedad.

La libre elección de calificador no deja más alternativa que la de *extender* el *poder de elección* a todos los afectados por la decisión registral —por la inscripción— a todos los ciudadanos del país, o a algunos menos, pues solamente se reconocería derecho de elección a los mayores de edad. Ello equivaldría a organizar un sistema de elección universal y a ponerlo en práctica cada vez que se solicitase una inscripción. De este modo se neutralizaría la posibilidad de que quien pretendiese la adjudicación del derecho utilizase su poder —antes exclusivo— de elección de manera oportunista. Mediante la extensión del poder de elección a todos los afectados, los terceros siempre serían mayoría».

Si reflexionamos un momento, esto es exactamente lo que sucede, si bien de una forma indirecta. Las partes y los terceros —todos ciudadanos— eligen a sus gobernantes, los cuales, en nombre de todos, organizan los registros de modo que el calificador no pueda ser influido por ninguno de los intereses en juego, para lo cual recurren a sistemas que garanticen la independencia del calificador —exclusividad territorial—, imprescindible para su actuación imparcial.

«La atribución de un poder de elección a uno solo de los intereses en juego —a las partes o a una de ellas— es, en realidad, un ardid para poder burlar los derechos de la mayoría en algo, además, tan esencial y de un consenso tan delicado como el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, los cuales son recursos especialmente escasos y extremadamente valiosos».

Son precisamente los que desean evitar el control de los terceros —de la comunidad— sobre el proceso adquisitivo los que reclaman que el calificador sea elegible y se les atribuya a ellos el monopolio de elección, lo que equivaldría a la privatización de la función calificadora, pero reclamando al mismo tiempo e incurriendo con ello en notable paradoja que los efectos de la función no se privaticen (es decir, que la seguridad derivada no sea sólo económica en lugar de jurídica) sino que sigan siendo públicos (es decir, que la seguridad derivada siga siendo jurídica, la cual conlleva, además, la económica) y lo más intensos posibles frente a los terceros; al propio tiempo se oponen a que los demás afectados por la decisión del calificador puedan participar en su elección.

«En realidad, cuando se reclaman facultades calificadoras para los notarios, es decir, cuando se pretende que sean los notarios quienes tengan la autoridad para decidir si se autoriza o no la inscripción solicitada —supuesto esencialmente idéntico al de “libre” elección de Registrador—, lo que se pretende, en realidad, no es que califiquen los notarios sino que *no puedan calificar los registradores*. En otros términos, se pretende atribuir la función a quien no ha sido concebido para ejercerla ni se halla en condiciones de ejercerla debido a su sumisión a las relaciones de clientela para impedir que pueda ejercerla quien ha sido concebido para ello y se halla en condiciones de hacerlo debido a su posición de independiencia en relación a los intereses de parte; se trata, en definitiva, de una coartada para garantizar a los intereses de parte —especialmente de los agentes económicos más poderosos— que el camino hacia la protección registral ha quedado franco y a su plena disposición, con absoluto olvido de los intereses de todos los demás, que somos todos, nada menos».

Para ilustrar cuanto expongo, resulta pedagógico el siguiente pasaje escrito por un significado notario:

«En este caso, el quehacer del notario aislado se ha de limitar necesariamente a la “lectura explicativa” de la escritura redactada con arreglo a minuta, ya que ello constituye el único resquicio a través del que puede penetrar y desarrollarse la función notarial, entendida en su amplia concepción tradicional. Pues, en todos aquellos numerosísimos supuestos en los que las escrituras se redactan con arreglo a minutas “impuestas” por una de las partes —generalmente un gran agente financiero— tratándose como se trata de auténticos contratos de adhesión (en ocasiones redactados de forma deliberadamente “kafkiana”), lo único que puede hacer el Notario, para ser fiel a su condición de tal, es hacer explícito y diáfano al contratante débil el contenido del contrato que se dispone a firmar. Parece tarea modesta, y efectivamente, lo es; pero no de escasa trascendencia, si el Notario la desarrolla con la pulcritud que exigen al mismo tiempo su obligación y su propio sentido de autoestima, que lo libere de la condición de paniaguado de un cliente poderoso» (121bis).

Si se atribuyeran facultades calificadoras a los notarios —o se disminuyesen o suprimiesen las facultades calificadoras de los registradores, supuestos esencialmente idénticos—, en lugar de «minutas impuestas por las partes —generalmente un agente financiero—», habría que hablar de «*calificaciones*

(121bis) Véase LÓPEZ BURNIOL, J. J., «Entre el servicio y el control: contribución de la fe pública a la ordenación del mercado», en *Iuris. Quaderns de política jurídica*, núm. 1, pág. 142, Barcelona, 1994. En este mismo sentido, E. CREHUET explica cómo un asesor jurídico de una importante entidad financiera le comunica que las relaciones entre dicha entidad —y, por extensión, de todas las demás— y los notarios no son ya profesionales sino comerciales. Véase BERNÁ, J. y CREHUET, E., *A l'infern de dons en dos*, pág. 43. Pagès editors, Lleida, 2001. Imaginemos ahora lo que significaría que calificación e inscripción quedasen sometidas a la lógica de las «relaciones comerciales».

impuestas», es decir, de «*inscripciones impuestas*» y, por tanto, de «*adjudicaciones de derechos impuestas*» por una de las partes frente a todos los demás, con lo que el asunto adquiriría tintes realmente tenebrosos.

Es difícil resistirse, además, a señalar la sorprendente paradoja que con ello se produciría: la intervención notarial, *la intervención del notario elegido por las partes* o, más bien, por una de ellas, *produciría mayores efectos en relación a terceros que en relación a las propias partes*. En efecto, la escritura se limita a documentar un contrato, por lo que no puede ir más allá, entre partes, de allí a donde llega el contrato y un contrato no puede convertir en dueño a quien no lo es porque lo veda, como es inevitable, el principio de eficacia relativa del contrato. Pero si el notario califica y decide si se practica o no la inscripción —a salvo problemas de prioridad y tracto—, entonces su intervención sí puede convertir en dueño al adquirente como consecuencia de las propiedades normativas de la inscripción, las cuales operan únicamente en las relaciones *inter tertios*. La intervención notarial, por tanto, estaría dotada de la enigmática característica de ser capaz de producir *inter tertios* lo que no es capaz de producir *inter partes*. En este escenario los incentivos reales de las partes —especialmente de las más poderosas— para instar la intervención notarial serían los de imponer su particular composición de intereses sobre bienes y derechos escasos y valiosos a los terceros, es decir, a todos los demás, a través de la inscripción».

«De consumarse esta pretensión, el interés público se vería gravemente perjudicado pues, por las razones expuestas, los terceros no podrían percibir el sistema registral como un instrumento protector de sus derechos sino como una grave amenaza —de eficacia potencialmente expropiatoria— para los mismos, tal y como, en efecto, sucedería, por lo que sería preciso regresar desde el sistema registral de derechos —Derecho de la seguridad del tráfico— al de documentos —Derecho común complementado con la publicidad de los documentos contractuales—, es decir, sería preciso regresar a aquel sistema ante cuyas deficiencias para la organización de una economía de mercado fue preciso articular el Registro de derechos, para cuyo establecimiento fue preciso sobreponerse a los intereses que lo impedían —entre otros, los de los escribanos—, los cuales, sin embargo, al cabo del tiempo, habrían acabado imponiéndose ante la debilidad del Estado».

El interés del Estado se vería gravemente perjudicado, pues al carecer de un Registro que acreditase, al menos frente a terceros, la titularidad y cargas de la propiedad inmueble, debería contratar y pagar los servicios de compañías privadas para que facilitasen —sin seguridad— tales extremos.

El nuevo sistema registral —en realidad, tan viejo que era el propio del antiguo régimen, de haberlo, pues tampoco la prioridad y la oponibilidad podría quedar al albur de la elección— no podría prestar las funciones de contribuir preventivamente a garantizar la efectividad de las resoluciones

dictadas en procedimientos administrativos —especialmente económico-administrativos ni urbanísticos—, civiles y penales, pues al carecer del efecto fe pública, no se podría recurrir a la técnica de las anotaciones preventivas.

Es éste un asunto muy serio sobre el que pocas veces se reflexiona. El Registro de derechos no solamente es un formidable instrumento de evitación de conflictos, sino, además, un eficaz instrumento para garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas, mediante la técnica de las anotaciones preventivas, no utilizable en ningún otro sistema.

El interés de los particulares saldría también gravemente perjudicado, pues el nuevo sistema no podría ofrecerles seguridad jurídica —únicamente conseguible mediante el efecto fe pública de los asientos registrales— sino tan sólo seguridad económica. Obsérvese que la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, pero la igualdad en sentido contrario, por la que el aseguramiento económico incorpora seguridad jurídica, es imposible por definición, pues el adquirente desposeído recibe una compensación pero pierde el bien. Todo ello, además, a un coste superior al requerido por un sistema registral de derechos, lo que dificulta la extensión del sistema de derechos de propiedad en relación a los bienes menos valiosos, y en relación a los ciudadanos con menos recursos. Un sistema registral menos eficiente es un freno a la extensión del sistema de derechos de propiedad, y, por tanto, a la extensión de la economía de mercado.

13.4. RAZONES POR LAS CUALES LA ATRIBUCIÓN DE UN *MONOPOLIO DE ELECCIÓN* DE REGISTRADOR AL INTERESADO EN CONSEGUIR LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO A SU FAVOR PRODUCIRÍA TAN GRAVES CONSECUENCIAS

La razón de que la atribución de tal monopolio, presentado *ad extra* como libertad de elección del calificador, produzca efectos tan definitivos es la siguiente.

En general, la libertad de elección en el *mercado* de servicios es altamente deseable porque sitúa al cliente en posición de controlar el valor y la calidad de lo que adquiere, y, por tanto, de presionar a los proveedores para reducir precios y costes y, como consecuencia, sólo sobreviven los más eficientes, al menos idealmente. La libertad de elección es, pues, un factor de eficiencia del mercado de servicios porque es un instrumento de asignación eficiente de recursos.

Ahora bien, para que este mecanismo funcione, es preciso que haya una *identidad*, no sólo física, sino también de *intereses*, entre quien elige al proveedor —en este caso registrador— del servicio —consistente, en este caso, en la adjudicación de derechos exclusivos sobre bienes escasos y valiosos— y el beneficiario y, en general, el afectado por la actuación —registral en este

caso— del proveedor del servicio, identidad que no se da *nunca* en el servicio registral, cuya característica esencial consiste en que las decisiones registrales producen siempre efectos externos decisivos, es decir, sobre terceros, en un contexto en el que los intereses de quien ha elegido al proveedor —es decir, registrador en nuestro caso—, y los de los terceros afectados son siempre y por definición antagónicos, dado el carácter exclusivo de los derechos que se pretenden y el carácter escaso y valioso de los bienes sobre los que recaen —lo cual justifica, precisamente, su explotación mediante la adjudicación de derechos exclusivos—.

La libertad de elección protege a quien puede elegir, pero no a quien no puede elegir. Y si quien puede elegir tiene un interés opuesto a quien no puede elegir, utilizará su poder de elección en beneficio propio y en perjuicio de quien no tiene ese poder y cuyos intereses son opuestos a los suyos. El modelo conductual dominado por el autointerés se impone.

14. LAS RAZONES POR LAS CUALES SE HA PLANTEADO LA CONVENIENCIA BIEN DE ATRIBUIR LA FUNCIÓN CALIFICADORA A LOS NOTARIOS, BIEN DE PODER ELEGIR LIBREMENTE AL CALIFICADOR, BIEN DE RESTRINGIR EL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN, OPCIONES TODAS ELLAS SUSTANCIALMENTE SIMILARES

Se impone, por último, realizar una breve reflexión sobre las razones por las cuales se han considerado —y aún se consideran, si bien ya con menos convicción— todas estas opciones.

Me referiré especialmente a algunas de estas razones, tales como el contexto internacional durante el proceso de transición de las antiguas economías de planificación central hacia economías de mercado, el proceso de construcción del Estado en economías emergentes, la mala inteligencia —entonces y aún ahora— de la función de las instituciones en la economía de mercado, a la que se consideraba como una interacción entre la oferta y la demanda de bienes y servicios con un olvido completo de las instituciones necesarias para que dicha interacción pudiera tener lugar, por cuya razón se dio preferencia al proceso privatizador sobre el de construcción del Estado de Derecho y a la denominada crisis del Notariado.

14.1. EL CONTEXTO: LA PREFERENCIA DEL PROCESO PRIVATIZADOR SOBRE EL DE CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL EN LOS PAÍSES CON ECONOMÍAS EMERGENTES Y EN TRANSICIÓN Y LA FALTA DE CONOCIMIENTO SUFICIENTE SOBRE IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO

Con independencia de que estas propuestas hayan sido impulsadas por ciertos grupos profesionales, lo cierto es que se han producido en un contexto determinado, sin el cual difícilmente podrían haber sido consideradas.

Tal contexto es el conformado por el denominado *consenso de Washington* (122) y por el desconocimiento de la función de las instituciones en el sistema económico, singularmente la de alguna de ellas, como el Registro de la Propiedad, especialmente en aquellos países que disfrutaban del mismo desde antiguo, y, acostumbrados a sus beneficios —que consideran un hecho de la naturaleza— se olvidan de las exigencias necesarias para que tales servicios sean posibles.

Como escribió OLSON, la economía neoclásica es como un taburete que se asienta sobre dos patas: la oferta y la demanda. La tercera pata, imprescindible para el equilibrio, ha permanecido oculta durante mucho tiempo a los ojos de los economistas, y ésta no es otra que el sistema institucional sobre el que descansa la economía de mercado y que es el que permite que la interacción humana sea un juego de suma positiva. Tal entramado institucional requiere un sistema legal y un orden político capaces de imponer el cumplimiento de los contratos y de proteger los derechos de propiedad. Si, en tales circunstancias, los derechos de propiedad están eficazmente estructurados, es decir, si incentivan adecuadamente la acción humana, se producirá crecimiento económico, como han demostrado NORTH y THOMAS, y he expuesto a lo largo de estas páginas.

Según OLSON (123), la razón por la cual la economía neoclásica no prestó atención a la importancia de las instituciones estriba en que el pensamiento económico se desarrolló en países que habían alcanzado un cierto grado de madurez institucional y, en consecuencia, las instituciones existentes —tales como la propiedad privada y su protección por el Estado— constituían *prius* del que partía la nueva ciencia.

(122) El denominado *consenso de Washington* hace referencia a un conjunto de políticas económicas formuladas por J. WILLIAMSON en un documento de trabajo en 1989 —*What Washington Means by Policy Reform*— elaborado para una conferencia organizada por el Institute for Institutional Economics. Originalmente, ese paquete de medidas económicas estaba concedido para los países de América Latina, pero con los años se convirtió en un programa general. Se refería a: 1) Disciplina fiscal; 2) Reordenación de las prioridades del gasto público; 3) Reforma impositiva; 4) Liberalización de las tasas de interés; 5) Una tasa de cambio competitivo; 6) Liberalización del comercio internacional; 7) Liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas; 8) Privatización; 9) Desregulación; 10) Derechos de propiedad.

(123) OLSON, M., *op. cit.*, págs. 201-202.

Paradójicamente, la tarea de construcción del Estado en las economías en transición y en las economías emergentes ha permitido a los occidentales redescubrir la *función* de su *ingeniería institucional*, a saber, la *creación de capital*, mediante la protección de los derechos de propiedad y la imposición de una simetría informativa funcional entre los contratantes, de modo que resulte fácil intercambiar los *derechos* sobre los bienes y, de este modo, pueda funcionar el mecanismo básico de reasignación constante de los recursos hacia sus lugares de uso más eficientes y, así, crear riqueza. Este redescubrimiento permite hacer un ejercicio de *ingeniería inversa* (124) y, median-

(124) Esta expresión ha hecho fortuna en el ámbito de la psicología evolutiva, basada en las ideas darwinistas y que ha alcanzado notables éxitos en la explicación de la conducta humana o del funcionamiento de la mente. Vid., por todos, PINKER, Steven, *Cómo funciona la mente*, págs. 39, 40, 66. Ed. Destino, 2000, Barcelona.

Esta idea también es básica en el ámbito de la economía institucional. Como señala S. PINKER en *op. cit.* Fue DARWIN quien dio la justificación lógica de la ingeniería inversa, al señalar, en su conocida obra cómo los «órganos de una perfección y complejidad extremas, que justamente exaltan nuestra admiración» surgen no de la previsión divina sino de la evolución de replicantes durante un periodo de tiempo inmenso. Señala también el ejemplo de W. HARVEY quien en el siglo XVII descubrió que las venas tenían válvulas, y de ello dedujo que las válvulas debían estar allí para permitir la circulación de la sangre. Desde entonces hemos avanzado en la comprensión del cuerpo como una máquina maravillosamente compleja... ¿Por qué tenemos, por ejemplo, orejas asimétricas y llenas de pliegues cartilaginosos? Para filtrar las ondas del sonido que provienen de direcciones diferentes y de modos también distintos. Los matices de la zona de sombra del sonido permiten al cerebro saber si la fuente emisora se halla arriba o abajo, delante o detrás de nosotros. Es la estrategia de la *ingeniería inversa* la que nos permite alcanzar esta comprensión.

De hecho es lo que hacen los científicos industriales de la Sony cuando la Panasonic anuncia el lanzamiento de un nuevo producto, o viceversa. Compran uno, lo llevan al laboratorio, lo desmontan e intentan averiguar cuál es la finalidad que cumplen todas las piezas y de qué modo se combinan para hacer que el aparato funcione.

Es, además, el procedimiento que nosotros cuando nos encontramos ante un nuevo artilugio. Al rebuscar en un viejo almacén, por ejemplo, damos con un ingenio que resulta impenetrable hasta que averiguamos para qué fue diseñado. Cuando caemos en la cuenta de que se trata de, v.gr.: un deshuesador de aceitunas, de pronto comprendemos que el anillo de metal está diseñado para ceñir la aceituna y que la palanca baja una cuchilla en forma de x por un extremo, de modo que el hueso salga por el otro. Las formas y la disposición de los resortes y de los muelles, bisagras, charnelas, hojas y cuchillas, palancas y anillos cobran sentido cuando se comprende la función y entonces llegamos a comprender, además, por qué las aceitunas envasadas tienen una incisión en forma de x en uno de sus extremos. Vid. S. PINKER, *op. cit.*

Es también la estrategia característica de la economía institucional que exige entender previamente la racionalidad subyacente —función— de las instituciones —y de cada una de sus partes— antes de proponer reformas. De lo contrario, se corre el riesgo cierto de que no se sepa valorar adecuadamente una determinada institución y de que los *resultados* de las reformas sean muy distintos de los *deseados*. Este es el sentido de un refrán español, según el cual «el camino del infierno se halla empedrado de buenas intenciones». Aunque solamente, claro está, cuando hay buenas intenciones, pues también puede suceder algo muy distinto, que el desconocimiento de la función que cumple una determinada institución —y, por tanto, qué costes alternativos y superiores ahorra— sea utilizado por deter-

te él, reconstruir los planos de dicha ingeniería institucional, planos que, según DE SOTO (125), Occidente había perdido; permite, asimismo, redescubrir la importancia de las instituciones en general y el carácter esencial de muchas de ellas, ser conscientes de las dificultades de su implantación, y de las dificultades no sólo para su desarrollo, sino, a veces, para su conservación, dados los poderosos intereses en juego, como he expuesto.

Este redescubrimiento se ha producido, a veces, justo a tiempo para evitar la destrucción de algunas de estas instituciones esenciales, a manos de quienes, exhibiendo el señuelo de la libre competencia, no buscan sino impedir que el Estado tenga los instrumentos necesarios para imponerla. Si no hubiéramos olvidado a SMITH, no habríamos cometido estos errores. SMITH ya advirtió que lo último que quiere un empresario es competencia y, mucho menos, libre. Lo que busca el empresario es su beneficio. Es el Estado el que está interesado en la competencia, a fin de que la búsqueda incesante de ganancias por los diferentes agentes económicos produzca la mayor rentabilidad social posible. Y son los agentes económicos los que están interesados en capturar el poder del Estado en su propio beneficio y en perjuicio de sus competidores.

Tras la caída del muro de Berlín, en los antiguos países de la Europa del Este se inició un doble proceso en paralelo: en el ámbito político, la transición desde sistemas totalitarios hacia sistemas democráticos, y, en el ámbito económico, la transición desde sistemas de economía planificada y propietario único hacia economías de mercado y multiplicidad de propietarios no solamente de bienes de consumo sino también de bienes de producción.

Este proceso puso de manifiesto que el mercado no es un fenómeno espontáneo sino una sofisticada creación humana que requiere una infraestructura institucional compleja y eficaz para poder existir, asignar eficientemente los recursos y generar rentabilidad social. En otras palabras, sin las instituciones adecuadas no puede haber mercados eficientes. Sin un Estado que defina y reconozca la propiedad privada, la libertad contractual, o que obligue a cumplir lo pactado, no hay mercado (126). Como ha afirmado FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, puede haber Estado sin mercado, pero no mercado sin Estado. Sin Estado no hay economía de mercado, sino *economía de mafias* (127).

En efecto, muchos creyeron que, para que se produjera el crecimiento económico y el bienestar, bastaba con que el Estado se retirara, y, ese hecho, por sí solo, haría que la iniciativa individual, conducida por la mano invisible,

minados grupos de interés para, en connivencia o no con el poder político, proponer reformas que fueren un coste social mayor y de ese modo poder obtener mayores beneficios privados. Vid. v.gr.: POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho*, pág. 502 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1998.

(125) DE SOTO, H., *op. cit.*, págs. 18-19.

(126) FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A., *La competencia*, Alianza Editorial.

(127) *Ibidem*, pág. 29.

alumbrase el maná de la prosperidad. Esta actitud condujo a lo que cualquier conocedor de las razones de la existencia del Estado podía predecir: la retirada del Estado hace que reaparezca el *estado de naturaleza*, a que en lugar de competencia y mercado, reaparezca la lucha depredatoria —*homo homini lupus*— por apropiarse de los esfuerzos del trabajo ajeno (128).

Como sostiene FUKUJAMA (129), a pesar de que muchos de los defensores del denominado consenso de Washington no dudan en afirmar *ahora* que habían comprendido *entonces* la importancia de las instituciones, el marco legal y el orden correcto de aplicación de las reformas, la cuestión es que desde finales de los ochenta hasta principios de los noventa —y, en realidad, mucho más allá— las cuestiones referentes a la capacidad del Estado y a la construcción del mismo brillaron por su ausencia del debate político. Hubo muy pocas advertencias desde Washington acerca de los peligros que suponía impulsar la liberalización —y, en ocasiones, la privatización sin liberalización— sin las instituciones adecuadas.

Al analizar con perspectiva dicho consenso puede afirmarse que no había ningún error conceptual en el mismo. Ciertamente, los sectores estatales de los países en desarrollo constituían, en multitud de casos, un obstáculo para el crecimiento y, ante eso, la solución a largo plazo pasaba por la liberalización económica.

El problema residía más bien, como observa FUKUJAMA (130), en que, a pesar de que los estados requerían recortes en ciertas áreas, necesitaban ser, simultáneamente, fortalecidos en otras, cosa que, en teoría, los economistas que impulsaron la reforma económica entendían a la perfección. Sin embargo, durante este periodo, el énfasis recayó, de forma contundente, sobre la reducción de la actividad estatal, lo que podría confundirse o malinterpretarse deliberadamente como una tentativa de disminuir la capacidad estatal a todos los niveles.

A pesar de que el programa de construcción del Estado revestía, como mínimo, la misma importancia que el de reducción del Estado, el peso y la relevancia que se le atribuyeron fueron muy inferiores. Como consecuencia, en muchos países, la liberalización económica —en realidad, privatización— produjo unos resultados muy diferentes a los esperados, hasta el punto de que, en algunos de ellos, de hecho, la ausencia de un marco institucional adecuado

(128) Esta lucha expropiatoria derrocha recursos de forma directa e indirecta. Directamente porque requiere dedicar medios valiosos tanto para efectuar el fraude o engaño como para evitarlo. Indirectamente, porque al darse cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización. Véase HIRSCHLEIFER, J., «The Dark Side of the Force», *Economic Inquiry*, 32 (enero), 1-10-94.

(129) FUKUJAMA, F., *op. cit.*, pág. 36.

(130) FUKUJAMA, F., *op. cit.*, págs. 20-21.

dio lugar, tras la liberalización, a una situación más grave que la que se habría producido sin la reforma.

El problema residió en un error básico consistente en no distinguir entre *fuerza* y *alcance* del Estado. Así, durante el proceso de reducción del alcance estatal, muchos países disminuyeron también la fuerza del Estado y, además, excluyeron del Estado funciones básicas que son las que justifican la existencia del propio Estado y son imprescindibles para que los mercados puedan funcionar.

A ello, sin duda, se refería M. FRIEDMAN cuando en una entrevista en 2001, afirmaba que, diez años antes, él habría aconsejado tres cosas a los países que vivían una transición hacia el socialismo: «*Privatizar, privatizar y privatizar*», «*pero me equivoqué*», añadió, «*seguramente el Estado de Derecho sea más importante que la privatización*» (131).

Ciertamente, el punto diez del consenso de Washington se refería a los derechos de propiedad que debían estar reconocidos, y ser, además, claros y seguros, lo que dio lugar a que se desarrollaran multitud de programas al respecto. En relación a los derechos de propiedad sobre la tierra, al menos en teoría, se distinguía claramente entre Catastro y Registro, y dentro de éste, entre Registro de documentos y Registro de títulos —posteriormente denominados de derechos—, recomendándose claramente este último modelo y sin cuestionar, en ningún momento, que ésta era una función del Estado (132).

Los programas llevados a cabo se han saldado, sin embargo, con resultados ambiguos, cuando no con claros fracasos, debido a la presión de los *lobbies*, nacionales e internacionales, al alto grado de corrupción reinante y a la mala inteligencia de la función del Registro. Así, la presión de notarios, *solicitors*, agrimensores, tasadores, catastros físicos, etc., ha dado como resultado que el camino para conseguir la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad se haya convertido en algo muy lento e innecesariamente

(131) Entrevista realizada por GWARTNEY y LAWSON, 2002. Citada por FUKUJAMA, F. en *op. cit.*, pág. 38.

(132) Así, por ejemplo, el Banco Mundial, en su Informe de 1996 «*From Plan To Market, World Development Report*», al explicar las razones por las que el Banco Mundial respalda financieramente diversos proyectos para la implantación y modernización de sistemas registrales, afirmaba taxativamente:

«*Todas las economías de mercado cuentan con un sistema formal para registrar la propiedad y los bienes, con el fin de asegurar la titularidad de la propiedad, las inversiones y otros derechos públicos y privados sobre los bienes inmuebles. Un sistema que permita registrar la titularidad de la propiedad y de los bienes inmuebles... y otros datos relacionados con la propiedad es una herramienta esencial para el funcionamiento adecuado de una economía de mercado*». Y más adelante: «*Un Registro de la Propiedad resulta fundamental y esencial para el desarrollo de una economía de mercado que funcione. Mejora la seguridad de la titularidad y de la tenencia, disminuye los costes de las transferencias de bienes y proporciona un mecanismo de bajo coste para resolver las eventuales disputas sobre los bienes*».

costoso, pleno de requisitos obligatoriamente impuestos en único beneficio, en muchos casos, de los *lobbies*, lo que, finalmente, acaba deteriorando la imagen del Registro y puede acabar cuestionando la utilidad económica y social del propio modelo registral elegido.

14.2. LA MALA INTELIGENCIA DE LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL PROCESO DE ADELGAZAMIENTO DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

A ello ha contribuido, como he reiterado, la mala inteligencia de la función del Registro de la Propiedad, al que no acaba de concebirse como un instrumento para facilitar la protección de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, así como de sus titularidades, y de este modo estimular el comercio inmobiliario y la aptitud de los mismos como activos económicos —*secure transaction system*—, sino como parte de un sistema de administración del territorio —*land administration system*— y como instrumento para la obtención de ingresos fiscales.

La concepción del Registro como instrumento de poder al servicio de la Administración, en lugar de como un servicio esencial del Estado para que el mercado pueda funcionar eficientemente y, por tanto, la subordinación de las necesidades del mercado para que haya crecimiento económico, a las urgencias fiscales del Estado y, en general, a la sed de poder de los gobernantes, constituyen así el factor crítico para la organización eficiente de los mercados inmobiliarios e hipotecario de buen número de países.

Merece la pena, por ello, traer a colación el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, la más famosa y reputada Exposición de Motivos de un texto legal español, no en vano conocida por el nombre de *luminosa*:

«...Sin negar que los Registros de la Propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir al auxilio de la Administración en las árduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo acesorio».

Por otra parte, el fenómeno conocido como *globalización*, propiciado por el desarrollo sin precedentes de las nuevas tecnologías de la comunicación

—singularmente *internet*— y por la libertad del capital financiero para moverse por la mayor parte del planeta, ha dado lugar a una fuerte competencia entre estados para atraer dicho capital, lo que dio lugar a un proceso de reformas dirigidas esencialmente al *adelgazamiento* del Estado, proceso en el que se cometieron errores parecidos.

Ciertamente era necesario recortar la actividad estatal en ciertas áreas, pero, al tiempo, había que incrementar, en lugar de debilitar, la actividad del Estado en aquellas otras áreas esenciales para que la economía de mercado pudiese rendir los frutos deseados: derechos de propiedad, cumplimiento de los contratos, etc. En este nuevo contexto, el auténtico capital con el que cuenta un Estado es la confianza que suscite para atraer inversiones, lo cual depende de diferentes factores, entre otros, de que se garanticen la igualdad de trato para todos, que los derechos se respetan y los contratos se cumplen. De ahí, también, la importancia de las instituciones.

Este proceso de adelgazamiento del Estado para pasar al sector privado ciertas actividades que no debe desempeñar el Estado sino el mercado, junto con la falta de consenso acerca de cuál debe ser el alcance las funciones del Estado y la falta de entendimiento adecuado de la función de ciertas instituciones, propició que ciertos *lobbies* aprovecharan todo ello para intentar evitar la modernización del Estado en el sector de su actividad y poder, así, proteger mejor sus intereses sin verse constreñidos por el Estado e, incluso, patrimonializándolo en su propio beneficio. Cuando este fenómeno es general dentro de un Estado, se le denomina Estado neopatrimonial —fenómeno frecuente en África—, pero no se han librado de él ni siquiera países desarrollados de la Unión Europea, en alguna medida.

España y otros países desarrollados no han sido ajenos a este conjunto de fenómenos. Ciertamente, el proceso de construcción del Estado, o, si se prefiere, de las instituciones necesarias para que el Estado pueda suministrar los servicios necesarios para que la economía de mercado funcione eficientemente en los países en vías de desarrollo así como en los países en transición hacia economías de mercado, ha permitido que los países occidentales *redescubrieran* para qué sirven ciertas instituciones a las que están acostumbrados y cuyos servicios dan por supuesto, sin darse cuenta de que, lo que para ellos es casi un hecho de la naturaleza, para la mayor parte de los ciudadanos del mundo es una quimera todavía. Tal es el caso del Registro de la Propiedad.

En España, las empresas están acostumbradas a disponer de toda la información relevante sobre sociedades mercantiles mediante la consulta *on line* al Registro Mercantil; igualmente, en pocos minutos, como máximo unas horas, se obtiene la información solicitada al Registro de la Propiedad, también por internet, sobre la titularidad y estado de cargas de cualquier finca del territorio nacional. Nadie duda de que la información facilitada es exacta y de que, en caso de error, el Registro responderá inmediatamente. Todo el mundo

está acostumbrado a estos servicios, por otro lado, a un precio excesivamente bajo, lo que hace que se sobreutilicen y no se valoren adecuadamente.

Para que estos servicios sean posibles, es necesario organizar todo un sistema registral que exige controles rigurosos —aunque ágiles—, imprescindibles para que la información sea fiable. Debe serlo, además, porque el Registro informa de lo que él mismo produce: los derechos de propiedad con los que opera el mercado en el ámbito inmobiliario. Eso es exactamente el Registro de derechos o de tráfico: un sistema de producción de derechos de propiedad para el mercado en forma de inscripciones que son los documentos que incorporan tales derechos, como consecuencia de las propiedades normativas que el ordenamiento les asigna y que permiten, parafraseando a De Soto (133), que los inmuebles no sólo sirvan como refugio frente al frío o la lluvia, sino que lleven una vida paralela como capital.

No es, como a veces se suele creer, un sistema de archivo y publicación de procesos transmisivos completados extrarregistralmente y documentados notarialmente. Sin embargo, la caracterización de la función del Registro de la Propiedad, por referencia a la idea de publicidad, es usual en la doctrina española y buena parte de la doctrina europea (134).

Esta caracterización puede ser adecuada, en el mejor de los casos, para un Registro de documentos o de mera oponibilidad, pero no para un Registro de derechos o de tráfico. Caracterizar a un Registro de este tipo como sistema de publicidad de los derechos reales supone partir de la hipótesis —usualmente no explicitada— de que al Registro llegan procesos transmisivos completados extrarregistralmente, esto es, consumados antes de la inscripción, de modo que la única función del Registro sería, así, la de dar publicidad a tales

(133) DE SOTO, H., *op. cit.*, pág. 71.

(134) AMORÓS GUARDIOLA, después de afirmar que «la publicidad registral es la actividad de un registro público que tiende a manifestar un hecho, acto o situación jurídica y crea la posibilidad de que el objeto publicado sea conocido por todos», caracteriza al Registro de la Propiedad como «aquella institución destinada a dotar de publicidad a las situaciones jurídicas relativas a bienes inmuebles para conseguir la seguridad jurídica en el tráfico de dichos bienes», llegando a afirmar, al tratar del principio de publicidad formulado por Jerónimo GONZÁLEZ —principio que este ilustre hipotecarista no definió y que descompuso en los de legitimación y fe pública registral— que «la publicidad no es uno de los criterios básicos de organización de nuestro Registro de la Propiedad, más bien constituye la finalidad misma, la función esencial que el Registro cumple. No hace falta repetir que el Registro de la Propiedad es una institución destinada a dotar de publicidad (publicidad jurídica en sentido técnico, a que ahora nos estamos refiriendo) a determinadas situaciones o derechos. La publicidad es la esencia misma del Registro, su función típica y no un mero principio organizador». AMORÓS GUARDIOLA, M., *La teoría de la publicidad registral y su evolución*. Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, págs. 31, 32 y 68, respectivamente. Se trata de su discurso de ingreso, leído el 30 de noviembre de 1998. En él se da un completo repaso a las principales concepciones sobre la publicidad registral desde la elaboración misma de la primera Ley Hipotecaria de 1861. En la misma también se hace una amplia referencia a la doctrina europea sobre el particular.

procesos, sin que el Registro forme parte del propio proceso transmisivo, lo que, como he dicho, conviene, sin duda, a un Registro de documentos, pero no a uno de derechos como el español.

Parafraseando a POTTAGE (135), en relación al sistema inglés, la inscripción supone una ruptura decisiva con el modelo tradicional de titulación de la propiedad inmobiliaria; no es un instrumento de *enforcement* o de perfeccionamiento del sistema tradicional —Derecho Común— de titulación de la propiedad inmobiliaria, sino un sistema enteramente nuevo de titulación de la propiedad sobre inmuebles, que elimina la necesidad de investigaciones retrospectivas —no siempre seguras— o el recurso al transcurso del tiempo para posibilitar la adquisición por usucapión.

De ahí las resistencias generalizadas de notarios y *solicitors* a aceptar la lógica del Registro de derechos: supone una pérdida de protagonismo al disminuir los servicios que pueden ofrecer y al existir el riesgo de que no se atribuya a sus documentos la exclusividad autenticadora ante el Registro (136).

En este nuevo paradigma, la calificación registral es una pieza esencial, dada la función de la inscripción en el nuevo sistema transmisivo y el respaldo por el Estado a las titularidades adquiridas conforme a la misma (137).

Como consecuencia, sin embargo, de la concepción del Registro como un sistema de publicidad al servicio de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, parece existir una creencia bastante extendida entre la población y —sorprendentemente— también entre ciertos sectores jurídicos consistente en que la propiedad sobre un inmueble se adquiere por el contrato, siendo la inscripción un requisito añadido, exigido por el Estado, pero del que el comprador puede no sentir espontáneamente una necesidad real, pues, una vez

(135) POTTAGE, A., *The Originality of Registration*, según el cual: «Registration made a decisive break with this model of titles and transfer. Registration did not reinforce or perfect the traditional style of manufacturing titles. Rather it constructed an entirely new foundation for property in land». Oxford Journal of Legal Studies, 1995, Vol. 15, núm. 3, pág. 385. Citado por NOGUEROLES PEIRÓ en *op. cit.*, pág. 863.

(136) Obviamente, la evolución desde el sistema del Derecho Común hacia el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario supone una redefinición del papel de los notarios, los cuales pierden protagonismo. De ahí las resistencias que se observan en todos los países. Véase ARRUÑADA, B., *op. cit.*, pág. 138 y sigs. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica...», *op. cit.*, pág. 871 y sigs. NOGUEROLES PEIRÓ, N., en *op. cit.*, pág. 857 y sigs.

(137) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *La inscripción como título valor...* Allí se argumenta sobre la necesidad de la calificación registral en el Derecho de la seguridad del tráfico. Nada que afecte al derecho de propiedad puede ser considerado un exclusivo asunto entre partes. Tampoco los mecanismos jurídicos a cuyo través una persona adquiere el derecho a ser reconocida como dueña por todos, máxime cuando el Estado adquiere la obligación de proteger tal derecho, y éste es el fruto de un consenso social, respaldado por el propio Estado, sobre la forma en que los bienes son poseídos y utilizados por los individuos con carácter excluyente.

firmado el contrato —especialmente si se formaliza en escritura pública— el comprador se siente dueño.

La pervivencia de esta idea contribuye a una percepción altamente inadecuada del Registro, pues conlleva la consideración del mismo como un trámite que tiende a consumir tiempo y recursos, sin aportar una utilidad real, e impide considerar el Registro como lo que es: una institución que vertebra un sistema transmisivo adaptado a las necesidades de la economía de mercado, que simplifica las transacciones, elimina multitud de trámites y de costes alternativos en los que necesariamente habría que incurrir si careciésemos de Registro y, finalmente, dota de seguridad y certeza al derecho adquirido hasta el punto de convertirlo en un valioso activo económico. Eso es precisamente lo que justifica su existencia, como la de cualquier otra institución.

Ciertamente se trata de una creencia en rápida y progresiva regresión, muy probablemente como consecuencia de la progresiva extensión —en realidad *cuasi universalización*— de los derechos de propiedad sobre inmuebles en nuestro país, especialmente sobre la propia vivienda (138), de la generalización del recurso al préstamo con garantía hipotecaria para financiar la adquisición de la misma (139), de la incipiente utilización de los inmuebles así adquiridos como activos económicos para obtener recursos con los que financiar otras actividades —empresariales, profesionales o de consumo— y de la —en consecuencia— progresiva asimilación, intelectual y psicológica, por parte de la generalidad de la población, de la *lógica del mercado* también en el ámbito inmobiliario, todo lo cual ha contribuido —o, al menos, está contribuyendo— a una mejor inteligencia de la función de la inscripción en el proceso adquisitivo y, por tanto, a colocarla en el lugar que le corresponde dentro del mismo.

En mi opinión, han contribuido a la pervivencia de la creencia a la que me estoy refiriendo varios factores. Entre ellos, destacaré las dos siguientes.

Las instituciones estatales o derivadas de la autoridad suelen ser percibidas como *contraintuitivas* por no parecer fruto directo de un proceso evolutivo desde abajo hacia arriba, sino producto de un diseñador que actúa desde arriba hacia abajo, sin caer en la cuenta de que el Estado es una forma evolutiva exigida por el aumento del tamaño de los grupos y las necesidades de intercambio y de división del trabajo, algo que suele quedar fuera del horizonte individual (140).

(138) Así, año tras año, España —junto con Irlanda— figura en primer o segundo lugar en la lista de países por porcentaje de propietarios de su hogar, según las estadísticas de la Asociación Hipotecaria Española.

(139) Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», *op. cit.*

(140) Véase, en esta línea, SHERMER, M., *op. cit.*, pág. 38.

En segundo lugar, como observa NORTH —y expuse al principio de este trabajo—, la evolución desde el intercambio personal al impersonal —eso es, el mercado— exige instituciones que fundamenten la confianza —para lo que, como he expuesto, se requiere nivelar asimetrías informativas entre los jugadores—. Ello incrementa los costes transaccionales totales, pero la consecuencia es una drástica reducción de los costes de producción en mucha mayor medida que el incremento de costes transaccionales, lo cual es responsable del dramático crecimiento de las economías modernas (141).

Dicho aumento de costes transaccionales se produce *en relación con la situación precedente*, menos evolucionada y a la que bastaban instituciones más simples, pero las instituciones se crean precisamente para disminuirlos *en relación a las distintas posibilidades alternativas en la nueva situación*, más evolucionada y que exige, por tanto, instituciones más complejas, lo cual es muy difícilmente percibido, pues exige personal experto y razonamiento en términos de costes de oportunidad. Dicho de otro modo, a la población les resultan *visibles* los costes de las nuevas instituciones, pero sus beneficios pueden permanecer *invisibles* por falta de conocimiento acerca de cuáles serían los costes de todas las demás alternativas.

Además, en un horizonte individual, ese incremento de costes transaccionales puede no ser percibido como necesario, sobre todo si se vive en núcleos de población pequeños, lo que se compra es tierra de labranza de poco valor y, además, no se piensa comerciar con ella ni hipotecarla (142). Pero éste ya no es el caso habitual.

14.3. LA DENOMINADA CRISIS DEL NOTARIADO

En este estado de cosas se agudiza la denominada *crisis del Notariado*, cuya relación con el Registro de la Propiedad ha sido, ya desde su creación, más bien ambigua, como hemos visto. Ciertamente, por un lado, el Registro de derechos hace perder protagonismo al Notariado en relación a cualquier

(141) NORTH, D. C., *Understanding...*, pág. 91. Pone de manifiesto cómo los servicios que más han crecido son los relacionados con las transacciones. Los costes transaccionales son los costes relacionados con el intercambio, dado que la especialización y la división del trabajo han crecido, y con ello el número de intercambios, cada uno de los cuales reclama servicios para poder ser realizado. Servicios bancarios, de seguros, financieros, comercio al mayor y al detall, así como una buena parte de la actividad gubernamental son parte del sector transaccional. Y dentro de las firmas, a su vez, hay un número siempre creciente de contables, abogados y de otros profesionales dedicados a facilitar el intercambio en el complejo mundo económico del intercambio impersonal.

(142) Todo ello demuestra el acierto del legislador hipotecario español de 1861 al optar por la convivencia de sistemas, el propio del Derecho Común y el nuevo de la seguridad del tráfico, con norma de conflicto favorable a este último, lo que arroja un sistema flexible y, por tanto, fácilmente adaptable a las distintas necesidades.

otro sistema registral, pero, por otro, ha sido tradicional la exigencia de documentación notarial, en el ámbito transaccional privado, de los actos y contratos transmisivos para que los derechos correspondientes pudiesen ser reconocidos y protegidos por el Registro.

Sin duda alguna, junto con el valor ejecutivo de la documentación notarial a efectos judiciales, el privilegio del monopolio de acceso al Registro del que goza la documentación notarial se ha convertido en el principal valor añadido de la intervención notarial en el ámbito inmobiliario, quedando relegada su función como ingeniero transaccional a un segundo plano, como consecuencia del desarrollo de operadores económicos de gran tamaño y del desarrollo y especialización de la abogacía (143).

Sin embargo, la corriente liberalizadora ha tenido también efectos en este terreno: en los diferentes países se han ido liberalizando las diferentes formas documentales de acceso al Registro de la Propiedad, siendo ésta la línea dominante en los ámbitos doctrinales y legislativos.

No se trata ahora de juzgar sobre el acierto de estas medidas, sino tan sólo de constatarlas como hechos y de constatar también cuál ha sido la reacción de gran parte del Notariado ante las mismas.

La reacción ha consistido en intentar trasladar a la escritura pública los efectos propios de la inscripción y al notario las competencias calificadoras propias de los registradores, lo que no era posible si previamente no se generaba la convicción que se podía calificar en régimen de libre competencia. Solamente si se conseguía generar semejante convicción sería posible capturar la función calificadora propia de los registradores (144). Dicho de otro modo, que la función del Registro era propia del mercado y no del Estado, con lo que incurrían en una notable paradoja: por un lado, querían adelgazar el Estado incluso más que el propio HAYEK (145), para quien el Registro de la Propiedad es una de las escasas instituciones que deben formar parte del Estado, por las razones que hemos expuesto; por otro, sin embargo, las formas documentales no se podían liberalizar en ningún

(143) Para un análisis pormenorizado de este asunto, véase ARRUÑADA, B., «Sistemas de titulación...», *op. cit.*, pág. 178 y sigs. Del mismo autor, «Markets and institutional determinants...», *op. cit.*

(144) Para conseguir este objetivo se han seguido todo tipo de estratagemas: desde intentar persuadir a los registradores ofreciéndoles, con una mano, una fusión de cuerpos —que posibilitara una apropiación de funciones— y, con otra, presionando sobre el poder político con el arma ideológica de que el Estado debía ser adelgazado y desburocratizado.

(145) Decía HAYEK: «La más importante función, dentro de tal orden de actividades, es el mantenimiento de un sistema monetario eficiente y seguro. Otras funciones de una significación, escasamente menor, son el establecimiento de pesas y medidas, el suministro de información en material catastral, los registros de la propiedad, las estadísticas, etc., y la financiación y también la organización de cierto grado de instrucción pública». Véase HAYEK, F., *Los fundamentos de la libertad*, págs. 306-307. Unión Editorial, 7.^a ed., Madrid, 2006.

caso, justamente lo único que puede liberalizarse y, aun así, muy relativamente, a mi juicio.

15. CONSIDERACIÓN FINAL

Tras las malas experiencias habidas, por fin hay consenso hoy sobre la importancia de las instituciones dentro de un Estado de Derecho, sobre la imposibilidad de que exista mercado sin Estado y sobre el hecho de que la calidad institucional es la clave del éxito relativo de las economías.

Los daños producidos, sin embargo, por los errores de apreciación, por la mala inteligencia acerca de la función de algunas instituciones esenciales como el Registro y, en consecuencia, de sus requisitos estructurales, por la falta de experiencia y por los múltiples intereses que intentan utilizar todos estos factores en su propio beneficio serán difíciles de reparar y los peligros no han sido conjurados.

La lección está siendo dura y no debe ser olvidada. Como afirma NORTH, la construcción de una infraestructura institucional adecuada se revela, pues, como parte esencial del edificio de la civilización (146).

RESUMEN

REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y MERCADO

La escasez de los recursos necesarios para sobrevivir impone su uso eficiente. La propiedad exclusiva y libremente transferible es el mejor modo de conservarlos y de usarlos eficientemente. Pero la propiedad no es posible sin el Estado, el cual surge por razones de economías de escala en los necesarios servicios de protección que la propiedad requiere. Cuanto más eficiente y eficazmente desempeñe el Estado esta función, en mayor medida se extenderá el sistema de derechos de propiedad, por lo que se conservará y usarán eficientemente más bienes y por mayor número de personas.

ABSTRACT

THE PROPERTY REGISTRATION SYSTEM AND THE MARKET

The resources needed for survival are scarce and therefore have got to be used efficiently. Exclusive, freely transferable ownership is the best way to preserve scarce yet needed resources and use them efficiently. But ownership cannot exist without the state, which in turn comes into being as a means of using economies of scale to provide the necessary protection services that property ownership requires. The more efficiently and effectively the state performs its function, the farther the system of property rights will spread, so more goods will be preserved and used efficiently by a greater number of people.

(146) NORTH, D. C., *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005, pág. 14.

Para cumplir su función, la propiedad no sólo ha de conferir derechos exclusivos sino que, además, debe poder ser transferida con facilidad y seguridad, pues de lo contrario el mercado no podrá cumplir su misión, esto es, reasignar constantemente los recursos hacia sus usos más eficientes.

Por ello el Estado debe organizar un sistema de transferencia fácil y seguro de titularidades. Y no es fácil. Por un lado, la explotación de bienes mediante derechos reales posibilita un uso más productivo y, por tanto, más especializado de los mismos, pero, por otro, dificulta la organización de un sistema de transferencia fácil y seguro. El Derecho de la seguridad del tráfico soluciona este dilema y, en el ámbito inmobiliario, el Registro de la Propiedad es el instrumento a través del cual se vertebra.

En este Registro, la inscripción es un título-valor, es decir, es el título del derecho inter tertios, y encierra, en sí misma, toda la información necesaria para adquirir un derecho, tal y como es deseado sin que la adquisición pueda frustrarse por circunstancias que son desconocidas al adquirente.

Que la inscripción sea el título inter tertios significa que el Estado compromete el uso de su fuerza coactiva contra quien perturbe el ejercicio del derecho por parte del titular según la inscripción.

Ello requiere que, antes de sancionar un derecho con la inscripción, se siga un procedimiento, en el que se tutelen todos los intereses en juego, dado los efectos externos de la inscripción y la naturaleza del derecho de propiedad, entre otras razones, lo que exige la independencia del Registro como garantía de su neutralidad.

Por ello, el Registro ha de estar integrado en el Estado y no puede formar parte del mercado.

No obstante algunos operadores económicos han pretendido apropiarse de

In order to fulfil its function, ownership has not only got to grant exclusive rights; it has also got to be easily and securely transferred, because otherwise the market cannot perform its own mission, which is to reassign resources constantly to wherever they can be used most efficiently.

For that reason the state must organise a system of easy, secure ownership transferral. And that is not easy. On one side, the exploitation of goods by means of real rights make more-productive and therefore more-specialised use of goods possible, but, on the other side, it hampers the organisation of an easy, secure transferral system. Secure trade law solves this dilemma, and the property registration system is the instrument through which secure trade law is implemented for real estate.

In the property registration system, registration is a kind of security. That is, it is the title to the right inter tertios, and it encloses within itself all the necessary information for acquiring a right as desired without the possibility of the acquisition's being frustrated by circumstances unknown to the acquirer.

That registration is the title inter tertios means that the state commits itself to use its coercive power against anybody who disturbs the registered holder's exercise of the right.

That requires a procedure to be followed before a right can be sanctioned by registration. In the procedure, all the interests in play are safeguarded, given the external effects of registration and the nature of property rights, among other reasons. The registry has therefore got to be independent to guarantee its neutrality.

For that reason the registry has to be part of the state and not form part of the market.

Nevertheless, some economic operators have attempted to appropriate regis-

las funciones registrales. El artículo explica por qué ello no es aceptable, cuáles serían las consecuencias —una regresión de gran magnitud—, las razones de estos intentos, y el contexto en el que se producen, del cual forma parte el desconocimiento, hasta muy recientemente, en el ámbito de la teoría económica, del papel fundamental de las instituciones en general y de algunas de ellas en particular, cual es el caso del Registro de la Propiedad.

tration functions. The article explains why that is unacceptable, what the consequences would be (a steep decline), what reasons lurk behind these attempts and what context they occur in. Part of the context is ignorance on the part of economic theory circles, until very recently, about the fundamental role of institutions in general and some institutions in particular, such as the property registration system.

(Trabajo recibido el 07-05-08 y aceptado para su publicación el 14-05-08)

La independencia del regulador hipotecario

por

ENRIQUE RAJOY BREY
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO HIPOTECARIO.

LA NECESIDAD DE LA INDEPENDENCIA DEL REGULADOR.

EL DILEMA DEL PRISIONERO Y LA CAPTURA DEL REGULADOR.

ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS DE CAPTURA DEL REGULADOR.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Como sucede con cualquier sector de la economía, los peligros que amenazan al mercado hipotecario son dos: el dominio de la Administración o de los grandes operadores en el proceso de atribución, definición y ordenación de derechos reales. En el primer caso, la actuación de la Administración busca obtener un poder sobre la sociedad que, por un lado, le facilite su control y, por otro, favorezca la primacía de los afines. En el segundo, los agentes intentan forzar la interpretación de las normas en su propio beneficio.

Todos conocemos los efectos perniciosos que una y otra práctica producen. El manejo de los derechos reales, de la propiedad, por la Administración acaba en el clientelismo y el temor de la sociedad hasta el punto de que, llegado un determinado nivel, es posible que ésta renuncie al ejercicio de ciertos derechos civiles y sociales cuya titularidad nominal le está atribuida

por las leyes y tolere prácticas contrarias a las mismas (1). El control de la situación jurídica de los bienes por los agentes que intervienen habitualmente en el mercado hipotecario implica su abuso sobre los operadores ocasionales, la desprotección de los terceros que, a pesar de que ostentan algún derecho sobre esos bienes, no comparecen ni, por tanto, consienten en ciertos contratos que recaen sobre ellos, la flexibilización e incluso el incumplimiento de las limitaciones administrativas que afectan al ejercicio de los derechos reales (2) y la ocultación, el falseamiento o la disimulación de algunos hechos imponderables para evitar el pago de impuestos (3).

La consecución del primer fin, el control del ejercicio de la función de que hablamos por la Administración, exige la reducción del Registro a un apéndice de ésta, de manera que, en lugar de ser autónomas, las decisiones de sus responsables obedezcan o se sujeten a los criterios que se les dé. La inobservancia de estas pautas conduciría a su remoción o separación (4). Y, al contrario, la promoción iría ligada a la subordinación y la colaboración en la ejecución de los fines que esa Administración persiga. La materialización del segundo ries-

(1) El origen de esta reacción está en el miedo. Por regla general, la gente prefiere mantener su nivel de vida y, como vulgarmente se dice, no meterse en líos, que arriesgar su bienestar para ejercer los derechos sociales o políticos que la Ley le atribuye. Esta actitud es a menudo la que permite el establecimiento de una dictadura y la que explica el interés que muchas de ellas tienen en controlar la función de que hablamos. Conviene no olvidar que los regímenes democráticos sólo se desarrollaron cuando la tutela del derecho de propiedad se atribuyó a reguladores independientes. Es más, cabe incluso apuntar que el progreso, que la revolución económica que se inició a mediados/finales del siglo XIX, se sustentó, entre otros pilares, en la posibilidad que la institución del Registro de la Propiedad propició de fraccionar la propiedad y generalizar el préstamo hipotecario. Obsérvese que, además, en tanto que titular de derechos privados, puede plantearse una colisión de intereses entre la propia Administración y los ciudadanos lo que, cuando hablamos de un Estado de Derecho, excluye la existencia de una situación de jerarquía entre esa misma Administración y los funcionarios encargados de atribuir los derechos reales ya que, como todos sabemos, nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo.

(2) En la actualidad, nadie duda de que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto. La propia Constitución recoge su dimensión social en el artículo 33.2. Esta concepción justifica la existencia de ciertas limitaciones administrativas que el titular del derecho pretende a menudo burlar al objeto de obtener el máximo beneficio de su propiedad, aunque ello perjudique a la comunidad.

(3) Incluso hoy en día, pueden verse prácticas como la de utilizar conceptos jurídicamente inexistentes, cual es el de independizar un elemento en lugar de segregarlo, la de extinguir un usufructo como acto previo de una compraventa sin solicitarlo expresamente sino mediante la aportación del certificado de defunción o la de omitir en el título o encabezamiento de la escritura alguno de los actos documentados: por ejemplo, un exceso de cabida. Véase sobre el particular, la sentencia de 17 de junio de 2008, de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

(4) Venezuela representa uno de los ejemplos de esta política. Así, el artículo 16 de la nueva Ley de Registro de Venezuela dice: «Los registradores..., así como los funcionarios de sus dependencias, ocupan cargos de confianza y, por lo tanto, son de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo establecido en el presente DL y en el reglamento correspondiente».

go, la preeminencia de los operadores más fuertes en el mercado, presupone su posibilidad de atrapar al regulador. Ahora bien, esta opción sólo existirá en la medida en que puedan elegirlo, en que su determinación no dependa de un criterio objetivo o, lo que es igual, en la medida en que no exista una regla que delimite la competencia de cada uno de ellos, sino que varios lo sean indistintamente de manera que la propia voluntad de esos operadores sea el único factor que fije la intervención de uno u otro regulador.

La gravedad de los daños que las dos prácticas causan irremediablemente ha motivado que, en los países en que una de ellas se da, la atribución de los derechos reales nunca tenga un carácter definitivo (5). Este resultado introduce un factor de inseguridad en el tráfico, pues lo dificulta, ralentiza y encarece si bien, por este mismo motivo, también genera beneficios para ciertos agentes cuya actuación, en otro caso, si esa inseguridad no se produjera, carecería de sentido (6).

Durante los últimos años, en España, hemos asistido a una progresiva reducción de la independencia en el proceso de asignación, definición y ordenación de los derechos reales. Los Registradores que, por ley, tienen encomendada esta función han visto cómo la Administración ha pretendido cercenar su competencia para ejercer el control de legalidad de los actos o contratos que se presentan a inscripción. Esta pretensión se ha tratado de ejecutar por una doble vía: mediante la creación de una inexistente relación de jerarquía entre la DGRN y los Registradores y el trasvase de las funciones de control cuyo ejercicio se ha prohibido al Registrador a favor de otros funcionarios que actúan en régimen de libre competencia y, a su través y en virtud de la situación de dependencia en que este régimen les sitúa, de los grandes operadores que intervienen en el mercado hipotecario. Esta atribución, este control sobre la legalidad de los negocios jurídicos y, por ende, sobre la titularidad, extensión y preferencia de los derechos reales que, en última instancia, se confiere a los agentes que ostentan una posición dominante en el mercado constituye la primera paradoja de las medidas adoptadas, ya que tal fin no se produce mediante una reducción de las competencias de la Administración o de la eficacia de los asientos del Registro, según cabría suponer, sino a través de la imposición por esa Administración a los funcionarios que operan con un criterio objetivo de competencia (los Registradores) de una férrea sujeción a sus interpretaciones

(5) La fijación de la titularidad tiene siempre un carácter provisional. Se realiza *ex-post*, o sea, no mediante la inscripción, sino en un momento posterior, cuando el conflicto se plantea. Pero, esta atribución vincula únicamente a las partes que han litigado, pues la excepción de cosa juzgada no puede hacerse valer frente a los terceros que no han sido parte en el pleito. Por ello, cuando en estos países alguien pretende adquirir una titularidad definitiva, una titularidad libre de amenazas, ha de acudir al procedimiento de purga. Para un estudio más detallado de esta cuestión, véase Celestino PARDO, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», incluido en el libro *Homenaje a José María Chico Ortiz*, CRPME, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, págs. 711-736.

(6) Por ejemplo, las compañías de seguro de títulos.

normativas y la atribución a éstas de un valor que, en última instancia, contradice el principio de tutela judicial efectiva que recoge nuestra Constitución.

Para el cumplimiento de estos fines, la DGRN ha utilizado un doble artilugio. Así, en primer lugar, ha concluido que, en la aplicación de las normas, los Registradores están sujetos a su interpretación, aún en el caso de que la resolución que la ha fijado esté recurrida ante los Tribunales o una o dos instancias judiciales hayan decretado su nulidad o improcedencia. Este criterio ha sido unánimemente contestado por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la sentencia 29/2008, de 22 de enero, de la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, afirma: «A mayor abundamiento, ha de recordarse que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria señala que los registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se suscitan. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede, con arreglo a nuestra legislación política, estar subordinado a la autoridad del orden administrativo, principio de salvaguardia judicial que acoge el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, y por tanto la doctrina de la DGRN no puede ser de rango superior a la jurisprudencia dictada por la Sala 1.^a del TS, por lo cual, si el asunto de fondo debatido se encuentra pendiente de resolución firme por los Tribunales y sujeta al control jurisdiccional hasta tanto no se pronuncien definitivamente los Tribunales, su vinculación no resulta pertinente». Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de febrero de 2004, sostiene que: «si estas instrucciones (las que supuestamente tienen carácter vinculante y que han sido dictadas por la DGRN) se inmiscuyeran en funciones de calificación registral que son propias de los Registradores bajo su única responsabilidad, ello supondría la inmisión de un órgano administrativo en la calificación atribuida por Ley a los mismos y no a la DGRN... Además, la DGRN reconoce que puede analizar la calificación registral pero en vía de recurso gubernativo y no por vía de instrucción previa, adelantándose y saltándose así todos los trámites y normas sobre calificación registral y recurso gubernativo». Por último, la sentencia de 14 de marzo de 2007, del Juzgado de Primera Instancia número 53 de Barcelona, estima improcedente la doctrina de la DGRN sobre el alcance vinculante de las resoluciones singulares que deciden recursos gubernativos, pues la vinculación de las resoluciones estimatorias de los recursos es la misma que la de un acto administrativo singular, aclarando, acto seguido, que «la vinculación para todos los Registradores» debe entenderse en el sentido de vincular al Registrador calificador y a los demás Registradores que hayan de calificar el mismo documento por afectar a varios registros (7).

(7) Este unánime criterio jurisprudencial tiene su correlativa manifestación en la doctrina. Véase, por todos, el trabajo del Magistrado del Tribunal Supremo, Ernesto PECES MORATE, «La Resolución de la DG, estimatoria del recurso: efectos» publicado en la

El segundo artificio de que la DGRN se ha valido para imponer su interpretación y vulnerar el principio de tutela judicial efectiva consiste en decretar la obligación del Registrador de inscribir sus resoluciones aún cuando las mismas estén judicialmente recurridas (8). Esta actitud choca nuevamente con el criterio jurisprudencial. La razón es bien sencilla, ya que el privilegio de que la Administración disfruta para ejecutar sus actos y resoluciones, una vez que sean firmes en vía administrativa, aunque hayan sido objeto de recurso judicial (arts. 94 y 111.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) se funda en la necesidad de tutelar el interés público que representa. La finalidad es evitar que los recursos judiciales interpuestos por la otra parte, que defiende un interés privado y se enfrenta a la Administración, puedan lesionar ese interés público. Sin embargo, en este caso, no existe esta colisión entre un interés público y otro privado. Así se afirma en la citada sentencia de 22 de enero de 2008, de la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que explica lo que, aunque la DGRN no se dé por enterada, parece obvio: «En los recursos gubernativos no existe un derecho subjetivo como subyace en el procedimiento administrativo común, sino que tanto el Registrador como la propia DGRN, como sanciona la mejor doctrina, actúan en defensa de la legalidad y de unos presuntos terceros que no se encuentran presentes, pero pueden ver alcanzados sus derechos».

Consecuentemente con esta interpretación, hay que concluir que el régimen a aplicar no es el que marca la LRJAPYAC, sino la LEC, que atribuye a la autoridad judicial la competencia para decretar esa ejecución provisional (art. 526 y sigs.). La propia autoridad judicial será la que, en su caso, deter-

RCDI, marzo/abril de 2003, núm. 676, donde afirma: «no me parece que la literalidad del precepto en cuestión, ni menos su interpretación sistemática o teleológica, confiera una fuerza vinculante a las declaraciones o doctrina de la DGRN, que ni siquiera tiene la jurisprudencia emanada de reiteradas sentencias del TS, de la que pueden separarse los jueces y tribunales, siempre que la justicia del caso lo requiera y se razone de forma lógica y suficiente». Y más adelante: «Por otra parte, idéntica eficacia ha de tener la resolución estimatoria del recurso que la desestimatoria, con la única diferencia de que ésta no es necesario publicarla en el *BOE* porque, lógicamente, no cambia ni altera la situación registral a diferencia de la estimatoria, razón por la que, a partir de su publicación, vincula a los Registros y a cualquier interesado, quien, de no haber sido notificado, podrá, a partir de dicha publicación, deducir el correspondiente recurso jurisdiccional pretendiendo su anulación». Por otro lado, para evitar que esa vinculación, que ella misma atribuye a sus resoluciones, deje de operar, desde el 3 de julio de 2006 no ha publicado una sola sentencia entre las varias que han anulado diferentes Resoluciones, práctica que pone de manifiesto su interés por el buen funcionamiento de la seguridad jurídica preventiva. La interpretación de la DGRN conduce a resultados tan absurdos como el de suponer que si, como ocurre con su interpretación sobre la inscripción de los contratos documentados en escrituras autorizadas por un notario extranjero, todas las resoluciones que sostienen su doctrina han sido anuladas por los Tribunales, los registradores deben seguir aplicándola.

(8) Véase la Resolución de 10/11/2006, *BOE* del 30 de ese mismo mes y año.

mine si procede o no la prestación de fianza. Es más, hay que recordar que el artículo 524 del mismo cuerpo legal apunta que, «mientras no sean firmes (por ser susceptibles de recurso judicial)... sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos». Resulta pues evidente que, pese al proceder la DGRN, resulta contrario al ordenamiento jurídico atribuir a una resolución administrativa una eficacia mayor de la que la ley reconoce a las sentencias judiciales. Y éste es el fin a que conduce la interpretación de la DG, tal y como resulta del análisis de los distintos efectos que se derivarían según que el recurso se interpusiera en vía administrativa o judicial, opción que la Ley 24/2005 otorgó a los interesados (art. 324.1 LH). De acuerdo con el parecer de la DGRN, si el interesado interpusiera directamente el recurso judicial, la sentencia no podría ejecutarse en tanto que no se hubiera resuelto el último de los recursos posibles (vid. arts. 524 LEC y 3, 82-1 y 83 de la Ley Hipotecaria, y 165, 174-3, 198, 206-1 y 207 de su Reglamento); por el contrario, si acudiera a la vía administrativa, la Resolución de la DGRN, aunque sea recurrida judicialmente, debe inscribirse, hecho que, tal y como se acaba de señalar, significaría en la práctica atribuir a sus actos una eficacia mayor que la atribuida por el legislador a las sentencias judiciales (9).

(9) Por lo demás, como algunos autores han indicado, la interpretación que la DG propone es incongruente con la legislación hipotecaria. Valgan de ejemplo los siguientes artículos:

- A) El artículo 66 LH, que ha sido modificado por la citada Ley 24/2005, y que extiende la prórroga del asiento de presentación no sólo hasta la resolución definitiva del recurso gubernativo, como ocurría en la anterior redacción del precepto, sino hasta que finalice la revisión judicial de la calificación posterior a la resolución de la DGRN, lo que es absolutamente incompatible con su inmediata ejecutividad. Esta modificación demuestra que la finalidad de la reforma ha sido precisamente la contraria que la DGRN defiende; en concreto, la de impedir en todo caso la ejecución de sus resoluciones. Es por ello muy importante destacar la sutil pero decisiva variación del artículo 66 LH, ya que, mientras anteriormente hablaba de que la caducidad del asiento de presentación quedaba en suspenso «desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva», hoy se dice que tales plazos quedarán en suspenso «desde el día en que se interponga la demanda o el recurso hasta el de su resolución definitiva». Por tanto, la continuidad del asiento de presentación, incompatible con la inscripción inmediata, se ordena no sólo hasta la finalización de la vía administrativa, como antes ocurría, sino hasta la culminación de la vía judicial a través de una sentencia definitiva y firme.
- B) El artículo 327.11 que señala que, para practicar la inscripción, es necesario «que no conste al registrador la interposición del recurso judicial a que se refiere el artículo siguiente», lo que permite deducir, sin mayor dificultad, la absoluta incompatibilidad entre inscripción y puesta en cuestión judicial de la resolución que provisionalmente la acuerde.
- C) El párrafo 4 del artículo 328 LH, modificado por la Ley 24/2005, que ha introducido expresamente la posibilidad de exigir fianza al recurrente en vía judicial «para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya

Permitir la ejecución de las Resoluciones de la Dirección General cuando aún no se ha obtenido una decisión firme acerca de la calificación del Registrador puede convertir además el ulterior juicio verbal en absolutamente inservible. Si la sentencia resuelve el litigio del mismo modo a como lo hizo la DGRN, entendiendo que el negocio jurídico es inscribible, como ya se habrá practicado previamente la inscripción en ejecución de la Resolución del órgano administrativo, no será posible ni necesario ejecutar la sentencia. Pero, y aquí radica la verdadera gravedad del asunto, si el Juez entiende que el documento no es inscribible, su decisión no sería directamente ejecutable, en primer lugar porque, a través del juicio verbal, no es posible ordenar la cancelación de una inscripción sino que debe acudir al correspondiente procedimiento declarativo y, en segundo lugar, porque existe el riesgo de que ya no sea posible la inscripción, ni siquiera acudiendo al procedimiento judicial correspondiente por el juego del artículo 34 LH (10).

sido calificado negativamente». Hay que recordar que el antiguo párrafo sexto del artículo 328 LH concedía al Juez la facultad de solicitar la prestación de fianza al que solicitara la ejecución provisional de las Resoluciones de la DGRN. Este traslado del deber de prestar fianza, de quien solicita la ejecución provisional a quien recurre judicialmente y, eventualmente, retrasa con ello el momento en que se obtiene la resolución definitiva, sólo se explica por la correlativa desaparición de la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de la Resolución de la Dirección General, en tanto no haya una decisión firme (verdadera finalidad de la supresión de ese párrafo sexto), y por tanto, la imposibilidad de practicar en estos supuestos la inscripción que ordenó la DGRN hasta que se dicte sentencia que, en su caso, así lo confirme.

- D) El párrafo penúltimo del artículo 327 LH que dice: «el plazo para practicar los asientos procedentes, si la resolución es estimatoria... empezará a contarse desde que hayan transcurrido dos meses desde su publicación en el *BOE*». Resulta evidente que esta cautela tiene como finalidad permitir que, antes de extenderse un asiento, expire el plazo que la ley establece para recurrir judicialmente la resolución recaída (art. 328.2 LH) y que el fundamento de la misma es el hecho de que el recurso suspende la ejecución de la resolución. En otro caso, si el Registrador tuviera necesariamente que extender el asiento, carecería de sentido demorar su práctica dos meses.
 - E) Los artículos 3, 82-1 y 83 de la Ley Hipotecaria, y 165, 174-3, 198, 206-1 y 207 de su Reglamento, que establecen que los actos administrativos y las sentencias que no son firmes tampoco son susceptibles de causar asientos de inscripción o cancelación.
 - F) El artículo 328.1 de la Ley Hipotecaria, que establece que atribuye la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones a la jurisdicción civil y no a la contencioso-administrativa.
- (10) Aunque cabría interpretar que la constancia de la interposición del recurso evitaría la aparición de un tercero protegido, no hay que olvidar que es posible, sino frecuente, que se presenten correlativamente dos títulos (en los que, por ejemplo, se documente una venta y una hipoteca). Si admitimos la inscripción de la primera en virtud de una resolución de la DG que así lo admita, el segundo contrato no quedaría afectado (en virtud del juego del principio de prioridad) por el recurso que, en vía judicial, se interpusiera y su inscripción podría propiciar la aparición de un tercero protegido que, como ya se ha señalado, haría inviable la ejecución de la sentencia que se dictara posteriormente.

La DGRN ha defendido que su proceder está avalado por la administrativización del procedimiento registral. Sin embargo, como hemos comprobado, este criterio no se sostiene. Es más, resulta evidente que el legislador no ha buscado este fin, pues sólo así cabe entender el hecho de que la mayoría de las garantías que existen en el administrativo sigan sin estar presentes en el hipotecario (11) y que, incluso, algunas que sí lo estaban hayan sido suprimidas; por ejemplo, la obligación de notificar a los terceros (12). Una vez más nos encontramos con que la propia jurisprudencia ha desdicho esta interpretación, por ejemplo, en cuanto al plazo que la DGRN tiene para dictar sus resoluciones. Contrariamente a la tesis que ésta defiende, los Tribunales han considerado mayoritariamente que, transcurrido el plazo de tres meses fijado en el artículo 327.9 LH, la Administración no puede dictar una resolución expresa contradictoria con la presunta recaída a pesar de lo dispuesto en los artícu-

(11) Las Resoluciones de 14 y 17-VII-2006 (*BOE* de 25-VIII-2006) afirman que «las modificaciones introducidas en la normativa hipotecaria desde la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, hasta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, han tenido como objeto administrativizar el proceso de calificación». Y más adelante insiste en que «la actuación calificador de los Registradores... participa de los caracteres propios de una función pública cuyo ejercicio ha de sujetarse al régimen jurídico propio de la actuación de las Administraciones públicas»; para concluir que «(la calificación) es un acto administrativo... sujeto a las reglas de elaboración de cualquier acto administrativo». Sin embargo, como acabo de apuntar, las leyes citadas no han incorporado una sola de las garantías esenciales del procedimiento administrativo al registral. Ni el derecho a no presentar los documentos que ya obran en poder de la Administración actuante (art. 35.f de la LRJPAC), ni el de audiencia (art. 84), ni el de libre proposición de pruebas (art. 80), ni el de motivación de los actos administrativos (art. 54) se han introducido en él. Es más, la DGRN ni siquiera ha respetado la obligación de la Administración de no dictar una resolución tardía que no sea confirmatoria de la producida por silencio (art. 43.4.a). Esta contradicción, resaltada aún más por el carácter civil de los Tribunales que conocen de los recursos contra la calificación de los Registradores y la posibilidad, introducida por la última de las leyes citadas, de acudir directamente a la vía judicial en esta vía de recurso, revela que, más que administrativizar el procedimiento, la finalidad de las citadas reformas legales ha sido la de agilizarlo.

(12) Así, el párrafo quinto del artículo 327 LH decía: «Igualmente lo trasladará (el recurso) a los titulares cuyos derechos consten presentados, inscritos, anotados o por nota al margen en el Registro y que puedan resultar perjudicados por la resolución que recaiga en su día. Cuando la nota desestimatoria se funde en la falta u omisión de una licencia o autorización de cualquier autoridad u organismo público o de la falta u omisión del consentimiento de una persona física o jurídica, el Registrador les notificará la interposición, en su caso, del recurso». La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, suprimió esta obligación en un intento por volver a un oscurantismo cuyo origen permanece todavía hoy ignoto. Si unimos esta supresión a la interpretación que la DGRN ha hecho de la reforma del párrafo tercero del artículo 328 en el sentido de considerar que el Registrador carece de legitimación para recurrir sus resoluciones ante los Tribunales, nos encontramos con el absurdo de que un ciudadano puede ser privado definitivamente de su derecho sin haber sido notificado de esta circunstancia y sin que su defensor natural («el fiscal de los ausentes», llamaba Jerónimo GONZÁLEZ a los Registradores) pueda recurrir contra la decisión que sanciona esa «confiscación» de su derecho. La realidad de esta posibilidad, que choca frontalmente con el artículo 33.3 de nuestra Constitución, resulta de la interpretación que el TS ha realizado del artículo 34 de la Ley Hipotecaria a la que más adelante nos referiremos.

los 42 y 43 de la LRJAPYAC. Como resumen, baste citar la repetida sentencia de la sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que afirma: «Sin embargo, esta tesis formalista (la de la DGRN que sostiene la aplicabilidad de los artículos citados) es contraria a la protección del interesado e incluso de los terceros, pues no tiene en cuenta que la reserva de prioridad que se produce con el asiento de presentación tiene un plazo temporal de vigencia fuera del cual, y con independencia de la regulación de la LRYAPYAC que no ha podido tener presentes estos efectos perversos, lo que al final comporta es todo lo contrario a lo perseguido por nuestro sistema registral como sería la inaplicación del principio de seguridad jurídica y dar origen a su propia desnaturalización si apoderáramos a la Administración para que, en tiempo indefinido, pueda dictar resoluciones tardías (sin sujeción temporal) en los recursos gubernativos». Se puede decir más alto pero no más claro. El argumento de la DGRN (que tanto recuerda al que ha utilizado en materia de calificación de poderes) de que, caso de que se generen perjuicios, su resarcimiento podrá efectuarse por la vía de la exigencia de responsabilidad ignora el fin del sistema (la seguridad jurídica preventiva) sin reparar, al menos aparentemente, que puede ocurrir que el interesado quede definitivamente privado de su derecho de propiedad, o sea, de su casa o local como consecuencia de la mala praxis y/o negligencia de la propia Dirección (13).

Además de la indicada, en este proceso, llaman especialmente la atención dos circunstancias: la primera, que la Administración haya optado tan alegremente por asumir la responsabilidad de múltiples inscripciones pues, de seguirse su criterio, lo sería de los perjuicios causados por cualquiera que haya sido extendida en base a su interpretación, y la segunda, que, frente a lo que constituye la regla no ya general sino unánime en el derecho comparado, el trasvase de competencias para efectuar el control de legalidad de los actos y contratos que se pretenden inscribir se haya querido conciliar con el mantenimiento de las presunciones de legalidad y legitimación que se derivan de los asientos del Registro, de modo que, como veremos, se ha preservado la fortísima protección al tercer adquirente que establece el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria con la falta de control de ciertos aspectos de la validez de los negocios jurídicos que se inscriben por un regulador independiente, o sea, por un regulador con competencia objetiva (14).

(13) Los dos artilugios de que la DGRN se ha servido para el cumplimiento de sus fines encuentran su colofón en la práctica de abrir expedientes disciplinarios a los registradores que no califiquen según su criterio aún cuando se trate de cuestiones que están *sub iudice* o que algunos jueces han interpretado en un sentido contrario al que ella sostiene o consideran que no cabe la inscripción de una resolución que no es firme y que no sólo no lo es sino que, asómbrense, ha sido declarada judicialmente nula.

(14) Hasta la reforma de noviembre de 2005, los aspectos cuyo control escapaban al control del Registrador se referían a hechos (fecha de documentación del contrato y realidad de esta circunstancia) o a apreciaciones concernientes a las partes (capacidad natural,

CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO HIPOTECARIO

1.^a La exclusividad de los bienes a que se refieren los derechos reales (15). Esta nota viene impuesta por su naturaleza, ya que es evidente que, salvo en el

conformidad entre lo querido y lo firmado, falta de violencia o coacción e identidad). Desde entonces, la DGRN ha interpretado que también quedan excluidos ciertos aspectos, como la suficiencia o vigencia de las facultades de representación, que afectan directamente a los terceros que no concurren al otorgamiento. Además de a las transformaciones del mercado hipotecario, a las que seguidamente nos referiremos, quizá no sea extraña a este cambio de criterio, la sentencia de la Sección 3.^a de la Sala 3.^a del TS, de 2 de julio de 2001 que, frente a la impugnación del Consejo General del Notariado, sancionó la legalidad del artículo 3 del Real Decreto 1290/1999, que determina que «los servicios técnicos y administrativos destinados a garantizar la validez de los actos y documentos emitidos o recibidos a través de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos son los que permiten: a) acreditar la identidad del emisor y del receptor de la comunicación, así como la autenticidad de la voluntad; b) garantizar la integridad y conservación del contenido del documento en su emisión y recepción; c) acreditar su presentación o, en su caso, la recepción por el destinatario, de notificaciones, comunicaciones o documentación». Resulta difícil suponer que la entidad de firma electrónica que se responsabiliza de estos aspectos no lo hará también de la capacidad natural de la persona a favor de la que la expide lo que, caso de desarrollarse estas entidades, privaría prácticamente al notariado del control de los aspectos que, hasta la fecha, quedaban fuera de la calificación del Registrador. Esta pérdida, así como la estandarización de la documentación y el aumento de la dependencia del notariado respecto de su clientela (aspectos a los que seguidamente me referiré), explican la profunda transformación que esta institución ha experimentado en la mayoría de los países de la UE (con la notable excepción de España) y también, su insistencia y agresividad en orden a ganar nuevas competencias que, no sólo nunca ha ejercido, sino que son radicalmente incompatibles con la manera en que cumple su función. El celo de la DGRN en su intento de ampliar estas competencias ha llegado tan lejos que la sentencia (firme) de 4 de julio de 2005, dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 6 de Pamplona, anuló la Resolución de 6 de octubre de 2004 que, por la vía de hecho, confería al notario algunas de las que son propias de los secretarios de los Ayuntamientos. Dice la sentencia que la legitimación de la firma del Alcalde por el notario no supone (art. 256 del Reglamento Notarial), sino un testimonio de que la firma ha sido puesta en presencia del notario o el juicio de éste sobre su pertenencia a una persona determinada, pero sin asumir responsabilidad alguna por el contenido del documento y sin ejercer ningún control sobre la validez, legitimidad y vigencia, control que corresponde al secretario del Ayuntamiento, por lo que su firma en la correspondiente certificación es la única hábil no sólo para dar fe de la validez de dicho acto administrativo, según establece el artículo 162.13 del Real Decreto Legislativo 78/1986, sino también de la validez, legitimidad y vigencia en el cargo de la persona que comparece como Alcalde.

(15) Exclusividad que, como dice Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, págs. 14-16, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, implica: a) un poder o señoría inmediato sobre la cosa, y b) la protección *erga omnes* de ese poder. En consecuencia, no cabe hablar de derecho real si, a pesar de haber adquirido con los requisitos del artículo 34 LH, el titular puede ser privado de él. Como apunta Fernando MÉNDEZ («La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *RCDI*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007): «Sin un título esgrimible *erga omnes*, difícilmente puede sostenerse que se tiene un derecho de propiedad; en el mejor de los casos, sólo se disfrutará de la posesión del bien a título de dueño; dicha posesión

caso de que exista una cotitularidad, no cabe que un derecho real pertenezca simultáneamente a dos personas. Del mismo modo, y salvo pacto expreso en el que se estipule la igualdad de rango cuando ésta sea posible, los derechos reales de garantía se ordenan con arreglo a una jerarquía que el Registrador fija y que determina la preferencia de los acreedores para el cobro de sus créditos. La aplicación del principio de especialidad impone que esta determinación no sólo sea cualitativa sino también cuantitativa (16) y, por otro lado, que el elenco de facultades que cada derecho atribuye a su titular esté perfectamente delimitado en el caso de que varios recaigan sobre un único objeto.

2.^a La irreversibilidad de las adjudicaciones de derechos reales realizadas por el Registrador a favor de los titulares que reúnan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En efecto, aún cuando algunas sentencias del TS (17) han fallado que, si en el momento de trabarse un embargo, el titular registral había enajenado la finca, la protección del artículo 34 no podía atribuirse a la persona que la había adquirido en el procedimiento de ejecución, aunque el comprador no hubiera inscrito el contrato y, por tanto, los asientos del registro no le adjudicaran el derecho, la mayoría de ellas ha entendido que el artículo 34 protege al adquirente del titular registral aunque, de conformidad con las normas del Código Civil, éste haya dejado de ser dueño por haber transmitido su derecho si el segundo adquirente, primero en el tiempo, no había inscrito su contrato de adquisición (18). La reciente sentencia de 5 de marzo de 2007, adoptada unánimemente por la totalidad de los miembros de la Sala 1.^a del citado Tribunal, ha zanjado esta contradicción al afirmar que: «La doctrina sobre el artículo 34 LH, que procede dejar sentada, comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca; y segundo, que el mismo artículo no su-

puede fundamentar la adquisición de la propiedad por usucapión y, de ese modo, obtener una sentencia, que sería un título oponible *erga omnes*».

(16) La preferencia que un asiento atribuye a un acreedor para el cobro de su crédito se limita al importe que figura garantizado en el mismo con la única excepción de las anotaciones de embargo en las que la garantía se extiende también en perjuicio de tercero a los intereses, costas y vencimientos periódicos posteriores de la deuda asegurada (art. 613 de la LEC en relación con el 662 y el 659.3 del mismo cuerpo legal). Por el contrario, en materia de hipotecas, diferentes Resoluciones de la DGRN (26 de mayo de 2001, 17 de enero y 8 de junio de 2002) han confirmado que la ampliación del importe garantizado no puede perjudicar los derechos de los terceros que hayan inscrito su derecho después de la hipoteca pero antes de la ampliación.

(17) Véanse, por ejemplo, las de 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 10 y 16 de junio de 2003 y 25 de mayo de 2006.

(18) Véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de octubre de 1998, 22 de junio de 2001, 6 de mayo de 2004, 24 de junio de 2004, 25 de octubre de 2004, 30 de diciembre de 2005 y 21 de julio de 2006.

pone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro» (19).

3.^a Consecuencia de estas dos notas son los efectos externos que la práctica de un asiento produce. Estos efectos externos implican la vinculación de una pluralidad de terceros a la adjudicación de un derecho realizada por ese asiento. La denominación «terceros» alude a su falta de intervención en el otorgamiento y documentación del negocio jurídico que se inscribe (20). Estos terceros pueden ser el propio titular (21),

(19) La atribución a los Tribunales de lo Civil de la última palabra en materia de recursos contra la calificación del Registrador, ratifica esta interpretación de que la calificación constituye de facto un acto de atribución de derechos. En este sentido, puede verse la introducción de Antonio PAU al libro «Prontuario de Jurisprudencia Registral» de Juan Carlos CASAS ROJO, Cuadernos de Derecho Registral. Señala el citado autor: «La entrada de los Tribunales en la esfera de la calificación ha producido un giro de importancia. El juez civil no se limita a revisar la calificación. Lo que se entabla en el lugar del viejo recurso gubernativo es un juicio plenario. Las partes pueden hacer cuantas alegaciones consideren oportunas y aportar cuantas pruebas estimen adecuadas para orientar la decisión judicial. Una decisión que no se limitará a decidir sobre la inscribibilidad, sino que abordará la validez del título y la eficacia del negocio subyacente». Estos pronunciamientos demuestran, frente a la opinión de la DGRN, que la inscripción conlleva la adjudicación de un derecho de un modo que, como se acaba de advertir, puede ser definitivo o sea, no revisable ni siquiera por los Tribunales que habrán de limitarse a constatar la concurrencia en el tercer adquirente de los requisitos fijados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La definitiva confirmación de esta interpretación por el TS obliga a replantear el problema de la prueba en el procedimiento registral y, más concretamente, su circunscripción al documento notarial. El propio TS, en la sentencia antes citada de 5 de marzo de 2007, apunta en esta dirección al señalar en el último párrafo del octavo fundamento de derecho: «cierto es que esas razones de justicia pueden aparecer especialmente poderosas cuando se considera la situación de los compradores de viviendas en documento privado, impedidos por ello de inscribir su adquisición, que se vean privados de su propiedad, pese a haber entrado en posesión de las viviendas compradas, cuando se sigue un procedimiento de apremio contra la entidad vendedora, titular registral, y tal procedimiento culmina con la venta judicial o administrativa a un tercero que inscribe su adquisición. Pero no lo es menos que tal situación es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral».

(20) Como indica José Manuel GARCÍA GARCÍA (vid. pág. 48, nota 1 al párrafo primero del art. 1 de la Ley Hipotecaria, de su obra *Código de legislación hipotecaria, inmobiliaria y del Registro Mercantil*, Editorial Civitas) para entender el proceso de atribución de los derechos reales o la fijación de su preferencia hay que distinguir entre el acto o contrato que es la causa de la inscripción; el documento o título formal, que es la prueba de ese acto o contrato; y el derecho real o asimilado, que constituye propiamente el objeto de la inscripción.

(21) En el supuesto de que no haya contratado personalmente. A tenor de la jurisprudencia antes citada, su condición de perjudicado resulta obvia cuando su adquirente ha dispuesto a favor de otra persona que ha inscrito el derecho a su favor. Pero la interpretación que el TS ha realizado del artículo 34 en la última de sus sentencias, plantea una nueva interrogante: si, aunque las facultades por él conferidas no hubieran sido suficientes para el otorgamiento de ese negocio jurídico, el adquirente debería ser mantenido en su titularidad. Más que al caso de suplantación de identidad, me refiero al de error en la valoración de dichas facultades. Si la respuesta es afirmativa, la última interpretación que

una pluralidad determinada de personas (22) o la comunidad en su conjunto (23).

4.^a Otro aspecto muy importante del mercado hipotecario lo constituye su estructura, ya que unos pocos operadores intervienen en un porcentaje muy alto de la contratación. En concreto, cinco entidades conceden más del 50 por 100 de los préstamos hipotecarios y, aproximadamente, el 15 por 100 de las empresas del sector desarrollan el 90 por 100 de las construcciones (24).

la DGRN ha realizado del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, supondría una amenaza para el sistema, ya que se admitiría que el control jurídico llevado a cabo por un funcionario elegido por las partes perjudicara a ese tercero (el poderdante). El problema existe en todo caso ya que, si media una nueva transmisión, este vicio no obstaría a que el nuevo adquirente fuera mantenido en la titularidad del derecho. De ahí, que no se entienda el cambio de criterio de la DGRN respecto de la interpretación que inicialmente realizó de esta norma en la resolución vinculante conforme al artículo 103 de la citada Ley 24/2001, de 12 de abril de 2002. Más difícil de entender resulta todavía la opinión que sostiene en las Resoluciones de 30 de noviembre (4) y 14 de diciembre de 2005, así como la de 10 de enero de 2006, en las que considera que el Registrador no puede apreciar la extinción de un poder aunque el Registro Mercantil la haya dispuesto y el BORME publicado. En un desesperado intento por lavar su imagen y ocultar el interés que subyace a esta interpretación, cita el artículo 1.738 del Código Civil, pero oculta tanto el 1.219 del mismo cuerpo legal como el 21 del Código de Comercio. Este desparramo llama especialmente la atención porque, además de contradecir la ley, su interpretación desprecia también la opinión de los Tribunales. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 10 de junio de 2004 (que revoca la Resolución de 22 de abril de 2003; *BOE* de 9 de mayo de 2003) señala que la vigencia del cargo de Consejero-Delegado ha de acreditarse a través de la inscripción en el Registro Mercantil, «no bastando la mera afirmación de la existencia, inscripción y vigencia del cargo». Por su parte, la sentencia, ya citada, de la Sala 1.^a del TS de 7 de septiembre de 2007, apunta que la notoria negligencia del segundo adquirente le priva de la protección del artículo 34 LH y resulta evidente que, con arreglo a este criterio, no puede protegerse en perjuicio del poderdante al comprador que, antes de la firma del contrato, no ha consultado al Registro Mercantil ni tenido en cuenta lo publicado en el BORME. A la vista de estos antecedentes no sorprende que la sentencia de 6 de febrero de 2008, dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 48 de Madrid, haya declarado la nulidad de las Resoluciones citadas; lo que sorprende y mucho, es que se hayan dictado.

(22) Por ejemplo, los dueños de los diferentes elementos privativos de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal.

(23) Por ejemplo, cuando se inmatricula una finca situada en la zona de servidumbre de protección a que se refiere el artículo 23 de la Ley 22/1998, de 28 de julio. En el caso de que el asiento se practique sin que conste en el título si linda con el dominio público marítimo-terrestre y, si así fuere, sin aportarse la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público, la sociedad en su conjunto resultaría perjudicada por esta actuación.

(24) En concreto, según señala Fernando MÉNDEZ en su trabajo *El Registro como instrumento de intervención en el mercado*, citando a Analistas Financieros Internacionales y fuentes confidenciales como origen de estos datos, la estructura del mercado hipotecario primario es la que sigue: BBVA, 12,05 por 100; SANTANDER (incluido BANESTO), 11,96 por 100; LA CAIXA, 12,03 por 100; CAJA MADRID, 6,81 por 100; BANCO POPULAR, 4,68 por 100; BANCO SABADELL, 2,95 por 100; BANKINTER, 3,42 por 100; RESTO DE BANCOS, 8,33 por 100; RESTO DE CAJAS, 37,95 por 100. En cuanto

5.^a La última nota, vinculada con la anterior, es el predominio de los contratos de adhesión, o sea, de los contratos redactados unilateralmente por la parte más fuerte y que son entregados al notario para que redacte la escritura, «según minuta», de modo que, como veremos, éste se limita a constatar la aceptación del clausulado por la otra parte.

LA NECESIDAD DE LA INDEPENDENCIA DEL REGULADOR

Las notas que definen el mercado de que hablamos explican por sí solas la necesidad de que la extensión de los asientos sea controlada y realizada por una persona independiente. Como ya he apuntado, el peligro apunta en una doble dirección: el intervencionismo de la Administración y la voracidad de los operadores que actúan en el mercado.

Los daños que se derivan de la primera de las amenazas explican que, en numerosos países en los que existe un Registro de derechos, o sea, un Registro que no sólo publica sino que atribuye, define y jerarquiza los derechos reales (25), la llevanza de los Registros se haya encomendado a los jueces (26); en la mayoría de los que no ha ocurrido así (27) se ha atribuido a los funcionarios encargados de su funcionamiento un status semejante al de la judicatura de modo que, aunque se encuentran en una relación de dependencia o tutela administrativa, no están sometidos jerárquicamente a la Administración General del Estado (28). Tan sólo en algunas de las naciones en que los asientos del Registro carecen de fe pública y, por tanto, no asignan los derechos sino que únicamente publican títulos que recogen contratos celebrados sobre bienes inmuebles, existe esa relación de jerarquía (29). Esta falta de atribución de los

a las empresas inmobiliarias, se calcula que hay unas 40.000, de las que están vivas menos del 12 por 100 y, de estas últimas, el 15 por 100 desarrolla el 90 por 100 de la actividad.

(25) Por ejemplo: Alemania, Australia, Canadá (salvo la parte francófona), Austria, Suiza, Dinamarca y los países escandinavos.

(26) Esta circunstancia convierte a la Administración en responsable de los perjuicios causados por los errores que se cometan al cumplir tales funciones o al expedir la publicidad de los derechos inscritos, circunstancia que, a su vez, ha determinado la adopción de numerosas cautelas legales por tales países (por ejemplo, la obligación de notificar a todos los interesados antes de practicar una inscripción, la atribución a la inscripción de un carácter constitutivo, el carácter abstracto de los negocios o la creación de un fondo de indemnización con cargo a los emolumentos que los interesados pagan para sufragar tales perjuicios). Como antes he señalado, este proceder contrasta con el observado por la DGRN en España.

(27) Reino Unido, España o Brasil.

(28) Sobre este tema puede verse el trabajo de Fernando MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad y Abogado del Estado, *La inexistente subordinación jerárquica del Registrador*, en www.arbo.org.es

(29) Caso de Italia y la mayoría de los iberoamericanos. En los demás, por ejemplo, Holanda y Francia, aunque el Registro también se lleva por títulos, los efectos de oponi-

derechos por los asientos explica que los Registradores no se pronuncien sobre la validez de los negocios que inscriben; es más, en bastantes de estos países, ni siquiera controlan la existencia del tracto sucesivo de modo que los libros pueden publicar simultáneamente actos o contratos que atribuyen la titularidad de un mismo derecho a diferentes personas (30).

La segunda de las amenazas, el control del regulador hipotecario por los operadores que intervienen en este mercado, se materializaría si se suprimiera la competencia objetiva de ese regulador. La magnitud del daño que, caso de materializarse, esta opción produciría, se ha agudizado en los últimos años. Como se acaba de apuntar, la razón es, por un lado, la multiplicación de los contratos estándar que, en la práctica, funcionan como meros contratos de adhesión (31) y, por otro, la preeminencia que unos pocos actores han adquirido en el mercado del que hablamos. Estas notas han puesto en entredicho la imparcialidad del mediador que tiene atribuida la función de corregir las asimetrías informativas entre las partes (32). Resulta difícil imaginar que el mediador va a actuar en el sentido de proteger a la parte más débil frente a

bilidad y prioridad que se confieren a sus asientos explican la inexistencia de esa situación de subordinación.

(30) La determinación de los inconvenientes que estas limitaciones causan, excede del presente trabajo; baste decir que no se limitan al encarecimiento, la ralentización y la disminución de la contratación, sino que van más allá y alcanzan al tipo de interés a aplicar en los préstamos hipotecarios, la facilidad para acceder al crédito, el nivel de seguridad jurídica en materia de derechos reales, el valor de la propiedad inmobiliaria, el aseguramiento de la eficacia de las resoluciones de ejecución dictadas por los órganos recaudadores de las diferentes Administraciones (incluida la judicial), etc.

(31) Se calcula que, a día de hoy, en torno al 95 por 100 de la documentación que se presenta en un Registro ha sido redactada bajo «minuta» proporcionada por una de las partes o con arreglo a uno de los formularios o modelos de contratos que circulan en el mercado.

(32) Esta pérdida de imparcialidad ha provocado, por un lado, la reforma de la función de los mediadores en la mayoría de los países en que estaba encomendada al notariado de modo que, en la actualidad, es frecuente que cada una de las partes elija a un notario diferente de modo que la firma del contrato se verifica en presencia de dos (caso de Francia o Alemania) y, por otro, la consagración del modelo anglosajón, basado en la intervención de abogados especializados que tutelan exclusivamente los intereses de su cliente. Por lo demás, esta quiebra del sistema está también en el origen de las críticas al notariado latino que el Banco Mundial ha realizado en los últimos años y, por supuesto, en las recomendaciones formuladas por Bruselas a los Estados miembros de la UE, al objeto de proceder a liberalizar el ejercicio de la función notarial. Tanto el informe Attali como el elaborado por la Universidad de Bremen, que han servido de base para la realización de tal recomendación, insisten en que esta supuesta tarea del notariado, la corrección de las asimetrías informativas, no sólo se concilia mal con la estructura del mercado de que hablamos sino que, además, no justifica la imposibilidad que, a día de hoy, afecta a un consumidor para, si así lo desea, manejar por sí mismo el proceso de documentación de un negocio y conseguir la atribución del derecho que constituye su objeto ni tiene cabida en los contratos «comerciales» en los que existe una paridad entre las partes.

la más fuerte. Es más, como señala el profesor Michele TARUFFO (33), no se puede excluir que la mediación amplifique la desigualdad entre las partes en vez de remediarla. De hecho, por citar un ejemplo, esto es lo que ocurre frecuentemente con los llamados derechos indisponibles, o sea, aquellos de los que su titular no puede disponer y que tienen como fin proteger a la parte más débil restringiendo su capacidad para contratar. El aumento de la competitividad entre estos funcionarios/profesionales ha acentuado su imposibilidad para actuar como unos auténticos reguladores, ya que no sólo ha destacado su falta de independencia, sino que, como acabo de señalar, ha puesto en tela de juicio su imparcialidad (34).

Como ya se ha señalado, la amenaza no sería tal si ese mediador, el notariado en nuestro país, no ejerciera su actividad en régimen de libre competencia. Sin embargo, es y siempre ha sido así (35). Por esta causa, porque carece de la independencia necesaria para cumplir esta función con las garantías precisas, no es ni ha sido nunca un verdadero regulador (36).

El carácter inexorable de la toma del control por los grandes operadores del proceso de asignación, definición y ordenación de derechos reales y del subsiguiente quebranto de la seguridad jurídica preventiva en el supuesto de que dicha función fuera realizada por un mediador que actuara en régimen de libre competencia tiene un doble fundamento (37): uno en el ámbito práctico, la experiencia, y otro en el teórico, la teoría de los juegos.

(33) En el trabajo *Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos*, presentado en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

(34) En este sentido, las palabras de Cándido PAZ-ARES, recogidas en su trabajo *Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica)*, han resultado proféticas. Decía el citado autor: «Según hemos tenido ocasión de comprobar en la sección anterior, la eficacia del control de legalidad que llevan a efecto los *gatekeepers* requiere de un cierto «poder de mercado» que puede verse amenazado si se agrava la tensión competitiva». Y añadía: «Mucho mercado podría atenuar, e incluso poner en entredicho, la eficacia del control de legalidad, la credibilidad de la fe pública y hasta, dadas las asimetrías informativas, la propia calidad del servicio más estrictamente privado».

(35) Esta característica es la que determina que la honradez y el rigorismo jurídico de la inmensa mayoría de los notarios no sirva para preservar estos valores. Como veremos, la naturaleza del bien que constituye el objeto de este mercado y del riesgo que, al ejercer tibia o dudosamente el control de legalidad, el notario asume, provoca un fenómeno de selección adversa consistente en premiar esta última conducta y sancionar la responsable y escrupulosa de los primeros.

(36) Al contrario, la condición natural del Registrador como regulador explica que, en ningún país del mundo preste sus servicios en régimen de libre competencia. Esta premisa es válida incluso en aquellos en que los efectos de la inscripción son mínimos y se reducen a conferir la prioridad a favor del que ha depositado antes su título.

(37) Este fin es el que se persigue tanto cuando se afirma que el documento público actúa en el tráfico con el valor de una sentencia como cuando se le confiere una presunción de legalidad que ningún texto legal le asigna. A pesar de esta verdad, de esta falta de atribución, la DGRYN la ha apuntado en alguna Resolución como las de 7 de febrero de 2005 (BOE de 6 de abril) o de 20 de mayo de 2005 (BOE de 1 de agosto). Lógicamente, ambas

EL DILEMA DEL PRISIONERO Y LA CAPTURA DEL REGULADOR

El análisis del último de los fundamentos citados requiere el previo examen de la naturaleza del riesgo que el mediador asumiría en el caso de que asignara la titularidad de un derecho real o fijara su preferencia en base no ya a una interpretación extraña o contraria a la norma sino simplemente forzada, y del beneficio que la observación de esta conducta le reportaría.

El riesgo del que hablamos presenta las siguientes notas:

1.º Se trata de una amenaza futura, o sea, de un peligro que quizá nunca llegue a concretarse. Si, por ejemplo, frente a lo dispuesto en la Ley 4/1995 y la más reciente 41/2007, se inscribe una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario por la subrogación en un primero de un nuevo acreedor en el lugar del primitivo es factible que esa causa de resolución nunca llegue a operar y, en consecuencia, la conducta del regulador carezca de consecuencias prácticas.

2.º Cabe igualmente que los afectados consientan en el daño y que, por tanto, nunca ejerciten una acción de responsabilidad civil. La posibilidad de que esta hipótesis se materialice es tanto más grande cuando mayor sea la complejidad de la cuestión. Si, por ejemplo, a pesar de lo dispuesto en el

han sido anuladas por los Tribunales (la primera por la sentencia de 9 de marzo de 2006, del Juzgado de 1.ª Instancia, número 6 de Santa Cruz de Tenerife, confirmada por la de 22 de noviembre del mismo año de la Audiencia Provincial, y la segunda por la sentencia de 5 de julio de 2007, del Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Alicante). Los fundamentos de estas sentencias destacan que las presunciones establecidas en la legislación notarial española son las de veracidad e integridad (art. 17 bis de la Ley del Notariado), que se refieren a hechos y, en todo caso, dentro del marco establecido en la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, «sin que puedan añadirse otras no previstas como las de legalidad o exactitud, que serían juicios u opiniones del notario a diferencia de las presunciones de los asientos registrales»; para añadir: «asimismo, las presunciones de exactitud y de existencia y pertenencia del derecho, así como la salvaguardia judicial de los asientos se producen como consecuencia de la inscripción en el Registro conforme a los artículos 38, 34 y 1.3.º de la Ley Hipotecaria»; con lo que vienen a confirmar la postura del Tribunal Constitucional recogida en la sentencia 87/1997, de 24 de abril, que señala que la escritura agota sus efectos ante el Registro para quedar sometida a la calificación del Registrador. El mismo artículo 143 del Reglamento Notarial, aprobado por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, señala que «los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias». No obstante, como no podía ser menos, la DGRN sigue insistiendo en los Fundamentos de Derecho de sus resoluciones en esa supuesta presunción de legalidad (sin citar, eso sí, el texto legal ni el artículo que la sanciona) y así, por ejemplo, en la de 19 de marzo de 2007 (BOE de 19 de abril), deduce la interpretación que realiza del artículo 98.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, «de las presunciones de veracidad y legalidad de que goza el documento público notarial». La sentencia de 20 de mayo de 2008 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha zanjado el debate y desnudado la improcedencia de la interpretación de los artículos 1.17 bis y 24 de la Ley Notarial que la Dirección General ha venido realizando.

artículo 8 LPH, se procede a inscribir la división de un elemento privativo sin la unanimidad de los dueños del edificio y sin que los estatutos de esa propiedad horizontal lo permitan expresamente, podría suceder que los afectados nunca se opusieran ni ejercieran una acción de responsabilidad civil ni aún en el supuesto de que la aparición de un tercero volviera inatacable ese negocio. Esta pasividad podría deberse tanto al tradicional deseo de no meterse en líos como a su ignorancia de la ilegalidad del acto ejecutado, una ignorancia a la que, en muchos casos, puede que la confianza que el regulador o el sistema les inspira no sea ajena.

3.º Resulta asimismo factible que el perjudicado dirija únicamente su acción contra la persona que ha otorgado el negocio y no contra el que lo ha autorizado o que la primera indemnice el daño causado y, por tanto, no se ejecute la responsabilidad subsidiaria del regulador. Si, por ejemplo, se inscribe una obra nueva sin que se presente la justificación de haberse contratado el seguro decenal que fija la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, o éste lo ha sido por un plazo inferior a diez años o por un importe inferior al coste de ejecución de la misma y el accidente se produce, es factible que el damnificado ignore la obligación del regulador de calificar este aspecto del negocio y que, por tanto, únicamente demande a los titulares del edificio o a la constructora.

4.º Puede también que el Tribunal absuelva al regulador por considerar que no hubo negligencia ni dolo en su interpretación. Pensemos en el caso de que se inscriba un exceso de cabida en base a datos catastrales (art. 298.3 párrafo segundo) o, lo que todavía es más claro en cuanto a la obligación de publicar edicto, que se inmatricule la cabida de una finca que constaba inscrita sin que figurara la misma. Si, posteriormente, la finca se hipotecara, la ausencia de limitación en cuanto a los efectos de esa constancia o inscripción determinaría que la entidad acreedora pudiera utilizar dicha hipoteca como cobertura para emitir títulos del mercado hipotecario (caso de que existiera dicha limitación no se podría conforme al art. 25.2 del Real Decreto de 17 de marzo de 1982). Si, no obstante, los jueces estimaran más adelante la demanda interpuesta contra la inscripción practicada, los terceros que hubieran suscrito esos títulos podrían resultar perjudicados, pero es posible que no se admitiera la responsabilidad civil de los reguladores que hubieran practicado el asiento al considerar que no había mediado negligencia ni dolo (38).

(38) Aunque pueda extrañar, alguna de las reformas defendidas por el notariado en los últimos años contempla que él mismo practique el asiento de presentación en el Libro Diario, de donde se tomarían los datos para extender la inscripción que, de este modo, consistiría en una mera publicación de un resumen del documento que, por otro lado, se archivaría también en la oficina (como sucede en Argentina). El resultado modificaría drásticamente el actual sistema de seguridad jurídica preventiva que existe en España y convertiría el Registro en un archivo que publicaría los documentos notariales cuyo clausulado vincularía a los terceros ya que estaría depositado en aquél.

5.º La posibilidad de alcanzar un acuerdo con el perjudicado o de que el daño sea asumido por el seguro de responsabilidad civil que la corporación tiene suscrito atenúa igualmente el riesgo del regulador. Pensemos, por ejemplo, en una persona que, habiendo concedido poder para administrar sus bienes, pierde la titularidad de una finca porque el apoderado la ha vendido al interpretarse que tenía facultades suficientes para ello. Dada la imposibilidad de recuperar la propiedad, cabe suponer que acepte una indemnización y que ésta sea satisfecha por la compañía aseguradora con que el colectivo al que ese regulador pertenece ha firmado la póliza correspondiente, circunstancia que, más que disuadir, tiende a estimular la asunción de ese riesgo.

6.º El plazo que ha de transcurrir antes de que la condena adquiera firmeza o antes de que el perjuicio sea presumiblemente denunciado es otro factor que minimiza el valor del riesgo de que estamos hablando. La primera consecuencia obedece a la organización del sistema judicial en un Estado de Derecho y a la propia naturaleza de la justicia y a la lentitud que le es consustancial. La segunda, la mora en la denuncia del perjuicio sufrido, se daría, por ejemplo, en el supuesto de partición de herencia practicada con intervención de un defensor judicial que, en contra de lo que preceptúa el artículo 1.060 del Código Civil, no ha sido aprobada judicialmente. En tal supuesto, lo normal es que, cuando el menor adquiera la mayoría de edad, el tiempo pasado tape el «error» cometido o que, en todo caso, los perjuicios causados por él sean de difícil sino imposible reparación.

7.º La condena penal e incluso disciplinaria es todavía más difícil que se dé pues, para que proceda, es necesario que el Juez considere que, además de ser típica, punible y antijurídica, la conducta del mediador pueda calificarse también de culpable, elemento que resulta imposible de apreciar en los casos en que la interpretación de la norma sea meramente «razonable».

Frente a estas características del riesgo, el beneficio presenta las que siguen:

1.^a Es inmediato. La percepción de los emolumentos se obtiene en el momento de la autorización del documento.

2.^a Da satisfacción a los clientes, o sea, a las personas que comparecen a la firma que son las beneficiadas. Por el contrario, los posibles perjudicados, los terceros, no concurren al otorgamiento y, a menudo, ni siquiera conocen que ha tenido lugar.

3.^a Constituye una inversión de futuro, ya que permite al notario conservar a su cliente. No olvidemos que el restringido número de los que controlan un porcentaje significativo del mercado confiere una importancia extraordinaria a cada uno de ellos.

¿Qué nos dice la teoría de los juegos sobre cuál será la conducta del mediador, habida cuenta de estas notas?

Según la mayoría de los científicos que han estudiado esta cuestión, nos encontramos ante un caso típico del conocido como «dilema del prisionero», que se plantea cuando la elección racional de una persona contradice su propio beneficio. Según la descripción de POUNDSTONE (39) debe su nombre al ejemplo del que TUCKER se valió para exponer esta paradoja. Dicho ejemplo parte de la detención de dos delincuentes que, ante la falta de pruebas por la acusación principal, serán condenados a un año de prisión si callan. No obstante, la policía, que sabe que ambos ignoran este dato, propone a cada uno de ellos que testifique contra su compañero de modo que el delator quedará libre mientras que el segundo cumplirá tres años de cárcel. La trampa consiste en que, si los dos testifican, cada uno pasará dos años entre rejas. Así las cosas, la inculpación del otro se revelará como la mejor opción para los detenidos pues, si el primero calla, él será absuelto, mientras que si, por el contrario, aquél le delata, únicamente cumplirá dos años (en lugar de tres). Sin embargo, y aquí radica la importancia del dilema, si ambos permanecieran fieles, sólo permanecerían un año encerrados.

Si trasladamos este estudio al nuestro, no cabe duda de que, en la hipótesis de que hablamos de que los documentos públicos gozaran de presunción de legalidad o, lo que es igual, de que se suprimiera la calificación del Registrador, lo que más interesaría al notariado, la solución que más le beneficiaría, sería la de negarse a que los clientes condicionaran sus decisiones, su interpretación del ordenamiento jurídico. En pura teoría, al ser un número limitado, cabría imaginar que los 4.000 operadores alcanzarían un acuerdo. Sin embargo, los científicos que han estudiado este dilema, que han analizado la conducta que observará cada uno de los operadores si piensa que el cumplimiento de las normas que regulan su actividad le producirá un perjuicio, ya que los demás que compiten con él no las seguirán y, en consecuencia, se beneficiarán de su actitud aún en el caso de que, tanto él como los otros, sean conscientes de que la relajación en la aplicación de esos criterios óptimos puede conducir al desastre en el supuesto de que todos opten por obrar así, se muestran seguros de que, en la práctica, se impondría la conclusión contraria (40). Las causas que apuntan son varias. Entre ellas, cabe destacar las que siguen:

1.^a La propia naturaleza del riesgo que, caso de acceder a la autorización, se asume. Como acabamos de ver, no sólo es ciertamente poco factible que llegue a materializarse, sino que, además, siempre lo hará en el futuro y,

(39) Página 168 de su obra *El dilema del prisionero*, Alianza Editorial.

(40) La mera posibilidad de alcanzar un acuerdo, no excluye la existencia de un dilema del prisionero. Se requiere además que exista una forma que obligue a observar lo pactado. Si lo dejamos al arbitrio de las partes o, simplemente, si éstas tienen la opción de liberarse de ese lazo, no cabe duda de que algunos lo harán. Lo contrario implicaría dar por bueno que vivimos en un mundo en que la honradez es absoluta.

de ser así, el daño se resarciría con cargo al seguro colectivo y, por tanto, sería sufragado por los notarios que se han negado a asumirlo, circunstancias que, sin duda, provocarán que muchos de los operadores apliquen el refrán de que «más vale pájaro en mano que ciento volando».

2.^a La diferencia de caracteres y pareceres en las personas que determina que, la actuación que, para uno, es correcta o, al menos, justificable, para el otro, sea reprochable. Es más, en muchas ocasiones, la sensación del que autoriza un documento será totalmente contraria a la de quien niega su concurso pues, mientras el primero se verá como alguien que ha resuelto un problema a su cliente, el segundo puede considerar que se ha perjudicado a la comunidad o a otros terceros determinados. Esta diferencia en el ejercicio de la función provocará una reacción en cadena en la que varios de los operadores tenderán a relajar progresivamente su control de acuerdo con la teoría del *tit for tat* (o «donde las dan, las toman») formulada por Robert AXELROD (41) en el sentido de que, si bien en la primera partida (o sea, en el primer momento) la cooperación será mayor, descenderá a medida de que se observe que los demás operadores muestran una conducta más laxa. El previsible crecimiento del volumen de negocio de los demás competidores frente al cumplidor, debido al fenómeno de selección adversa que se dará, acelerará la reacción de muchos de éstos que, cada vez con más desparpajo y convencimiento, tenderán a imitar la conducta de los primeros.

3.^o El elevado número de notarios excluye la posibilidad de que las preferencias de todos coincidan. Resulta obvio que si en la hipótesis del dilema original, el delator fuera consciente de que la mala conciencia por haber traicionado a su compañero superaría al beneficio que pudiera obtener (la libertad), nunca hablaría. De igual modo, aunque en el colectivo haya un alto porcentaje de miembros que, en base a los escrúpulos que el relajo en el control de legalidad les produzca, inicialmente se resistan a beneficiar a los clientes, siempre habrá una minoría que, a la vista de la naturaleza del riesgo y de la de los beneficios, sucumba a la tentación (42). A fin de cuentas, la situación descrita guarda una cerrada relación con la que se plantea en el dilema conocido con el nombre del viajero gratis. Willian POUNDSTONE lo describe así (43): «El nombre proviene del dilema al que se enfrentan los que usan el transporte

(41) Véase *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de los juegos*, Alianza Editorial.

(42) Nótese que, a diferencia del apartado anterior, en éste se presume que la conciencia vence en el duelo que sostiene con la codicia y que, por tanto, la mayoría se resiste a favorecer a la clientela, de modo que ni siquiera la constatación del beneficio que los más audaces obtienen, conseguirá que flexibilicen y modulen la interpretación de la norma en función del interés de los clientes. El problema consiste en que, habida cuenta de la trascendencia e irreversibilidad de los efectos de la inscripción, basta que unos pocos opten por la codicia para que el sistema quiebre.

(43) Véase pág. 180 de la obra de POUNDSTONE.

público. Es ya bien entrada la noche y no hay nadie más en la estación del metro. ¿Por qué no salta simplemente por encima de la barrera y se evita pagar el viaje? Recuerde, sin embargo, que si todo el mundo se saltara la barrera, el metro quebraría y nadie podría utilizarlo para ir a ningún sitio». La práctica enseña que, en esta hipótesis, siempre hay alguien que opta por ahorrarse el dinero y, además, que no siempre los más necesitados son los que observan esta conducta, de igual modo a como tampoco son los que perciben las rentas más bajas los que defraudan en mayor número a Hacienda.

4.º La existencia de diferencias de todo orden entre los operadores imposibilita también la opción de la cooperación. Hay que tener en cuenta que los beneficios y el número de clientes de los notarios es completamente diferente. Así, en una misma localidad conviven los que autorizan más de 35.000 números al año con otros cuyo protocolo no pasa de los 2.000. Semejante situación proporcionaría una justificación moral al «desertor» que la consideraría injusta y, por ende, causa suficiente para flexibilizar su celo profesional. La supresión de esta diferencia requeriría que unos operadores renunciaran a su posición de dominio en el mercado o a la previsión de adquirirla, así como también al ejercicio de sus capacidades, lo que es tanto como decir que requeriría la eliminación de la libre competencia en el ejercicio de la función, pues la falta de renuncia a tales ventajas, estímulos y capacidades son los pilares que la sostienen. Por lo demás, de darse, de cumplirse, esta hipótesis nos hallaríamos en una situación semejante a la que nos encontramos hoy, pues los notarios tendrían un status igual al que, en la actualidad, corresponde a los Registradores.

Las diferencias de naturaleza y expectativas entre los 4.000 notarios excluye la existencia de lo que los científicos denominan «punto de silla» (44), o sea, un punto que constituye la solución al juego y que excluye la existencia de un verdadero dilema del prisionero. El caso típico lo constituye el juego de la tarta. Dos niños deciden repartirse un pastel. Ambos apetecen el trozo más grande pero, al tiempo, temen quedarse sin nada. Para evitar este mal renuncian a su deseo y acuerdan que uno parta el dulce y el otro escoja. Así las cosas, el miedo a que el otro elija la porción más grande hará que el que corta proceda con una justicia que, si él hubiera tenido la facultad de elegir, quizá no habría observado.

ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS DE CAPTURA DEL REGULADOR

A pesar de la constatación práctica de estas teorías, quizá haya alguien que las considere pura literatura y sostenga que, en la realidad, las cosas suceden de un modo bien distinto. Sin embargo, no es así. Al contrario, la

(44) Véase pág. 85 de la misma obra.

experiencia nos demuestra que, siempre que se ha dado una situación semejante a la que estamos analizando (la presencia de unos operadores que actúan en régimen de libre competencia y a los que, no obstante, se les atribuye funciones propias de un regulador), ha habido alguien que ha desertado, que no ha sido lo escrupuloso que debería. Por no aburrir, citaré sólo tres casos:

1.º Los asuntos ENROM y WORLD.COM que provocaron una fuerte crisis de los mercados bursátiles en el comienzo de este siglo. Como recordarán, la explosión vino motivada por la quiebra de estas compañías que amañaban su contabilidad sin que las empresas auditoras detectaran o, por lo menos, alertaran de este apañío. Resulta evidente que, en esta actitud, influyó la condición anónima de los posibles compradores de las acciones de aquellas sociedades, pero también y, quizá principalmente, el hecho de que su negativa habría dado lugar a la elección de otra por los miembros del Consejo Ejecutivo y al temor de que esta segunda sí se prestaría a la práctica que se demandaba de ellos. No hay que olvidar que, frente a lo que algunos pensaban, que el deseo de preservar su reputación (el bien más importante para una auditora y en el que Arthur ANDERSEN había invertido tantos años y medios) (45) y el número reducido de las que gozaban de un verdadero prestigio evitaría esta aquiescencia, ni uno ni otro factor disuadieron a la compañía citada de comportarse como un verdadero «delator».

2.º El caos provocado por la crisis de los mercados secundarios de las obligaciones hipotecarias. Frente a lo que algunos han defendido en el sentido de culpar de ello a la existencia de este tipo de hipotecas o de una posible incertidumbre en la situación jurídica de los bienes, la actuación de las agencias de calificación ha sido su motivo principal. ¿Por qué? Porque han engañado al mercado al conceder la máxima puntuación, la triple A, a ciertos productos (bonos hipotecarios garantizados únicamente con el respaldo de esas hipotecas *sub prime* o basura) comercializados por entidades que podían elegir entre las diferentes compañías de *ráting*. Lo malo no es la existencia de este tipo de productos sino que no se informe adecuadamente a los ciudadanos de sus características o, dicho en otros términos, que el regulador no corrija las asimetrías informativas que hay en el mercado. ¿Por qué no ha habido transparencia? Porque las empresas encargadas de proporcionarla

(45) Esta constatación elimina la objeción que podría formularse en base a la teoría de las cuasi-rentas. Según la misma, la expectativa de aumentar los beneficios en el futuro como consecuencia de los cambios de plaza en virtud del sistema de promoción por antigüedad que rige mayoritariamente en el notariado, reduciría e incluso eliminaría la tentación de ejercer indebida o arriesgadamente la profesión. Además, no hay que olvidar que, a día de hoy, esta teoría ha quedado superada por la realidad, ya que es común que la aversión que la competencia (y sus imposiciones) causa, mueva a un número considerable de estos profesionales a abandonar las plazas que podrían ser las más rentables económicamente.

operan en régimen de libre competencia y, ante el temor de perder al cliente, han preferido asumir al riesgo o, de acuerdo con la terminología de la teoría de los juegos, han desertado del cumplimiento de su obligación (46).

3.º Las agencias de tasación constituyen un tercer ejemplo de la imposibilidad de que el regulador cuyas decisiones afectan a una pluralidad de sujetos pueda ser elegido. Como es sabido, su situación de dependencia respecto de algunos de los operadores que intervienen en el tráfico inmobiliario y el régimen de libre competencia en que actúan ha motivado la existencia de una sobrevaloración de algunos inmuebles que ha sido utilizada por esos operadores para burlar las limitaciones que, en orden a la fijación del importe máximo del préstamo hipotecario que podían conceder a los prestatarios para poder posteriormente titular esas hipotecas, la ley establece (47). La detección de este fraude y los daños que los riesgos que pueden derivarse de él (semejantes en cierta medida a los causados por las prácticas incorrectas o, cuanto menos, laxas o flexibles de las agencias de calificación) ha motivado la reforma del régimen en que esas agencias operan con el fin de «mantener y reforzar la independencia de las mismas», según se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de reforma de la Ley del mercado hipotecario.

CONCLUSIONES

Los matemáticos que, mal que nos pese a los economistas y los juristas, son los que saben de los juegos, sostienen que la única solución satisfactoria al dilema del prisionero consiste en evitar dilemas del prisionero. De otro

(46) Seguramente, como sucedería con algún notario si los documentos públicos gozaran de la presunción de legalidad, calcularon mal el riesgo. Como les pasaría a éstos, las agencias decidieron asumirlo al entender que no equilibraba el peso de los beneficios que obtenían y, de este modo, guiadas por este convencimiento, decidieron obrar como lo hicieron a pesar de la conciencia que tenían de que la amenaza podía materializarse, de que, si así ocurría, la imposibilidad de rescatar los bonos hipotecarios emitidos por las entidades con capacidad para ello quizá se extendiera a las cédulas hipotecarias y que, al fin y a la postre, la desconfianza que esta situación generaría en el mercado acabaría por provocar un problema de liquidez que afectaría a todos los sectores de la economía, desde la doméstica hasta la empresarial e institucional, y a todo el planeta. No obstante, estoy seguro que, si algún analista hubiera aventurado públicamente estas consecuencias, su opinión se habría silenciado o vituperado. El paralelismo entre estas agencias y el notariado se acrecienta si consideramos que dichas entidades no sólo calificaban los bonos sino que aconsejaban o asesoraban a las entidades emisoras la estructura más adecuada para obtener la mejor puntuación.

(47) El artículo 5, párrafo segundo, de la Ley del Mercado Hipotecario (Ley 2/1981, de 25 de marzo) dice: «El préstamo garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 70 por 100 del valor de tasación. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo podrá alcanzar el 80 por 100 del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta ley».

modo quedaremos a expensas del azar, pues lo que haremos será permitir que los dilemas sean resueltos por la gente en base a valoraciones subjetivas sobre el propio bienestar y el de los demás. Tanto FLOOD como DRESHER sostuvieron durante un tiempo que la cooperación se impondría y, no obstante, al profundizar en su estudio, concluyeron que el dilema del prisionero jamás se resolverá. Como apunta POUNDSTONE (48), casi todos los expertos en teoría de los juegos están de acuerdo con ellos por lo que, concluye, «el dilema del prisionero permanece como una conclusión negativa, la demostración de lo que falla en la teoría y, desde luego, en el mundo real».

Paradójicamente, tal y como antes he señalado, la voluntad de la DGRN consiste exactamente en lo contrario, en crear un dilema allí donde no existe; consiste en favorecer e incluso imponer sin base legal (49) que la atribución de los derechos reales, la determinación de su contenido y la ordenación jerárquica entre los de garantía sea realizada por unos reguladores que actúan en régimen de libre competencia. Hemos visto las consecuencias que esta opción causará. Lentamente al principio, más rápidamente después, tan pronto como se advierta la prima que, merced al fenómeno de la selección adversa, los menos escrupulosos obtendrán, tan pronto como la conducta del «donde las dan, las toman» se generalice, la interpretación de las normas por estos reguladores tenderá a beneficiar más y más a los grandes clientes, a las empresas que dominan el mercado hipotecario. La consecuencia será la incorporación de una multitud de contratos y cláusulas de dudosa legalidad e incluso manifiestamente ilegales a los libros del Registro. Es fácil prever qué sucederá cuando el número de afectados por estos errores y anomalías crezca, cuando, debido al relajo que se producirá en el control de legalidad, aumente el número de los que, merced a la aplicación de las normas hipotecarias y, en particular, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pierdan su derecho; también, cuál será la respuesta de los jueces cuando se pretenda la resolución de un contrato de préstamo hipotecario por la concurrencia de una causa que, según la ley, carece de virtualidad para provocarla, cual es el incumplimiento por el deudor de cualquier obligación de pago que tenga contraída (50). Serían

(48) Véase pág. 175 de su obra citada.

(49) Prueba de esta afirmación es la práctica que, como antes se ha apuntado, ha adquirido de, en lugar de esperar a que los Tribunales decidan sobre los recursos interpuestos contra la calificación, abrir un expediente disciplinario a los Registradores que mantienen un criterio determinado. Práctica que, por un lado, recuerda la filosofía que inspira el artículo 16 de la Ley de Registro de Venezuela ya transcrito y, por otro, explica las palabras del antiguo Director General, Pau PEDRÓN, en el prólogo antes citado donde afirma: «La doctrina de la DGRN, que ha sido sólida, coherente y equilibrada durante más de un siglo, ha perdido en gran parte, en estos últimos años, sus rasgos tradicionales. El tradicional imperio de la razón ha empezado a dar paso a la razón del imperio».

(50) De acuerdo con una interpretación estricta de la cláusula, cabría incluso que el pago de un recibo adeudado a una sociedad de la que el deudor fuera miembro constituyera un motivo de resolución del contrato de préstamo hipotecario. Esta observación nos

muchas las voces que, en poco tiempo, se alzarían contra la fe pública del Registro (51). El resultado sería la instauración de un nuevo sistema de seguridad jurídica en el que la titularidad, extensión y preferencia de los derechos reales se determinaría *a posteriori*, o sea, una vez que se planteara un conflicto y ello, únicamente respecto de las partes que hubieran intervenido en el procedimiento pues, frente a los terceros, no cabría alegar la excepción de cosa juzgada (52).

Creo que sobran más comentarios. La gran cuestión que queda en el aire y que obviamente este trabajo no puede resolver, es precisar la causa por la que la DGRN ha pugnado tan tenazmente por cambiar el modelo a pesar de los perjuicios que, como los propios Tribunales han señalado, se siguen del que resulta de las modificaciones que ella ha propugnado (53). Quizá alguien, algún día, nos la aclare.

RESUMEN

REGISTRO DE LA PROPIEDAD E INDEPENDENCIA

El trabajo sobre la independencia del regulador hipotecario comienza con una introducción en la que se analizan las dos grandes amenazas que todos los reguladores sufren: la que proviene de la Administración y la que tiene su origen en los operadores que intervienen en el mercado.

ABSTRACT

THE PROPERTY REGISTRATION SYSTEM AND INDEPENDENCE

This paper addresses the independence of mortgage legislators. It begins with an introduction analysing the two biggest threats that all legislators have to face: the threat posed by the government and the threat brought to bear by the dealers who trade on the market.

permite intuir hasta qué punto quedaría condicionada la vida de los deudores por la voluntad de su acreedor si se ejecutan los cambios que la DGRN ha promovido en los últimos años.

(51) Esta conclusión casa con la práctica internacional. No hay ningún país en que la determinación de la situación jurídica de los bienes sea realizada por funcionarios (siempre habrá de realizarse por uno, ya que su titularidad corresponde necesariamente al Estado) que actúen en un régimen de libre competencia.

(52) Con la única excepción de la apertura de un procedimiento de purga cuyos resultados han sido tan decepcionantes que, a día de hoy, está en desuso.

(53) No hay que olvidar que nos estamos refiriendo a un sector que representa el 80 por 100 de la riqueza del país y la principal fuente de financiación, pues el saldo del crédito hipotecario vivo roza el 100 por 100 del PIB. El despropósito que la reforma, defendida por la DGRN implica, constituye probablemente el motivo de que los cambios habidos hasta la fecha se hayan ejecutado subrepticamente, o sea, no a través de una inexistente y sustancial modificación de la Ley Hipotecaria ni mediante la aprobación de una nueva norma reguladora de la seguridad jurídica preventiva sino a través de otras solo tangencialmente relacionadas con esta materia y, principalmente, de resoluciones de la propia Dirección.

Ambos sujetos pretenden intervenir y controlar el mercado para utilizarlo en su propio beneficio: el uno en busca principalmente de un aumento de su poder que acreciente su control sobre la sociedad, y el otro, persiguiendo su beneficio material. Ahora bien, mientras que, para conseguir su fin, el primero suele recurrir al establecimiento de un régimen de dependencia de los reguladores respecto de ella (de la Administración), el segundo pugna porque el control sea suprimido o, caso de existir, sea ejercido por profesionales que ejerzan su labor en régimen de libre competencia, pues sabe que, en este supuesto, no le resultará difícil modular ese control.

En los últimos años, en España, la Administración ha parecido seguir la primera vía e insistido en una pretendida relación de subordinación o dependencia de los Registradores respecto de la DGRN; sin embargo, el propósito de esta reforma ha consistido en impedirle calificar la legalidad de ciertos aspectos de los negocios jurídicos y transferir esa competencia a favor de otros agentes que actúan en régimen de libre competencia y que, por esta causa, son susceptibles de ser fácilmente capturados por los operadores que intervienen en el mercado inmobiliario, hipotecario y mercantil.

El trabajo analiza seguidamente las causas que convierten esa captura en ineludible. A tal efecto, estudia el mercado hipotecario a la luz de las enseñanzas que la teoría de los juegos ha desvelado, con especial incidencia en la naturaleza del riesgo y de los beneficios que caracterizan la actuación de esos agentes a los que se quiere atribuir una función propia de los reguladores. Para corroborar los perniciosos efectos que se producirían en el caso de que esta hipótesis se consumara, se analizan ciertas crisis (el estallido de la llamada burbuja informática o el actual deterioro de los mer-

Both sources of threat try to intervene in and control the market in order to use it to their own benefit. One, the government, seeks primarily an increase in its power, so as to augment its control over society. The other, dealers, pursues its own material profits. While the government's usual method for reaching its goal is to establish a scheme wherein legislators depend on the government, dealers push for the eradication of control or, if control exists despite their efforts, they fight to give the exercise of control to hired professionals who freely compete for the job, because dealers know it will not be difficult for them to modulate any control exercised under such conditions.

In recent years in Spain government has seemed to follow the first path. It has insisted on trying to establish a relationship in which registrars are subordinate to or dependent on the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs. The gist of the government's reform, however has been to prevent registrars from judging the legality of certain aspects of legal acts, and to transfer that power to other agents. These «other agents» act in a free competition scheme and for that reason are susceptible to being easily made the dummies of the dealers who have got a stake in the real estate, mortgage and commercial markets.

The paper then goes on to analyse the causes making dealer control over such agents unavoidable. For that purpose, the paper looks at the mortgage market in the light of the teachings revealed by games theory, with special emphasis on the nature of the risk and the benefits that characterise the action of these agents, to whom government is attempting to assign a function that should properly belong to legislators. To corroborate the harmful effects that would ensue if this hypothesis were consumma-

cados hipotecarios) cuyo origen se encuentra en la atribución a agentes sujetos a un régimen de libre competencia (principalmente: auditoras, tasadoras o agencias de r  ting) de unas competencias propias de los reguladores, en tanto que producen efectos externos, o sea, que sus decisiones no sólo afectan a las partes que intervienen en el negocio sino que también lo hacen a terceras personas y a la propia comunidad.

ted, the paper analyses certain crises (the bursting of the dot-com bubble and the current slump in mortgage markets) whose origin lies in the fact that agents working in free competition (mainly auditors and ratings agencies) have been assigned competences that ought to belong to legislators, because the competences in question cause external effects or because the agents' decisions affect not only the parties involved in the act, but third persons and the community itself as well.

(Trabajo recibido el 14-02-08 y aceptado para su publicación el 14-05-08)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Régimen jurídico de las obras de accesibilidad en favor de mayores y discapacitados. Estudio de la reforma de la LPH por Ley 51/2003, de 2 de diciembre

por

DRA. TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora ayudante de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA OBLIGACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE REALIZAR OBRAS DE ACCESIBILIDAD EX ARTÍCULO 10 DE LA LPH:
 1. LA MENCIÓN A LA ACCESIBILIDAD DEL ARTÍCULO 10.1 LPH:
 - 1.1. *La obligación de la comunidad de propietarios ex artículo 10.2 LPH:*
 - 1.1.1. El supuesto de hecho de la norma:
 - 1.1.1.1. Que en la vivienda de uno de los propietarios vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios, personas con discapacidad o mayores de setenta años.
 - 1.1.1.2. Solicitud del propietario.
 - 1.1.1.3. Que la obra solicitada no exceda del coste de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.
 - 1.1.1.4. Que las obras de accesibilidad sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior.

1.1.2. La consecuencia jurídica: Obligación de realizar las obras de accesibilidad:

1.1.2.1. El pago de las obras de accesibilidad y las garantías del crédito comunitario. El artículo 10.5 LPH.

1.1.2.2. Límites del derecho a la realización de obras de accesibilidad a cargo de la Comunidad.

III. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 11, 17 Y 12 LPH:

1. OBRAS NECESARIAS, MEJORAS EXIGIBLES Y NO EXIGIBLES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD O SIMPLEMENTE OBRAS OBLIGATORIAS Y NO OBLIGATORIAS.

2. ¿EXISTE UNA NOCIÓN ÚNICA DE MEDIDAS DE ACCESIBILIDAD?

3. RELACIONES ENTRE EL ARTÍCULO 11.3 Y EL ARTÍCULO 17.1.^a 3.º:

3.1. *¿La regla del artículo 17.1.^a 3.º LPH es una regla para todo acuerdo de supresión de barreras arquitectónicas o simplemente es una excepción a la regla de la unanimidad?*

3.2. *Posiciones doctrinales acerca de las relaciones entre el artículo 11 y el 17.1.^a 3.º LPH.*

3.2.1. El acuerdo del artículo 11.3 requiere la mayoría del artículo 17.1.^a 3.º

3.2.2. Los artículos 11.3 y 17.1.^a 3.º son dos supuestos diferenciados, radicando la diferencia en la mayoría exigible en cada uno.

3.2.3. El acuerdo del artículo 11.3 debe adoptarse por la mayoría del artículo 17.1.^a 3.º, sin admitir disidentes, pero cabe acuerdo del artículo 11.2 en relación con el artículo 17.3.^a, admitiendo disidencia.

3.2.4. Nuestra tesis sobre las relaciones entre los artículos 11 y 17 LPH.

3.3. *Qué debe entenderse por «acuerdo que implique modificación del título constitutivo o los estatutos» en el artículo 17 LPH.*

4. LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR PARA LA SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS. ¿ARTÍCULO 17.1.^a 2.º O ARTÍCULO 17.1.^a 3.º?

5. ¿EN FAVOR DE QUE PERSONAS CABE REALIZAR LAS OBRAS NO OBLIGATORIAS DE ACCESIBILIDAD?:

5.1. *¿Personas discapacitadas y mayores de setenta años?*

5.2. *¿Qué relación jurídica han de tener los beneficiarios de las obras de accesibilidad con el inmueble?*

5.3. *Prueba de la condición de discapacitado o mayor de setenta años.*

5bis. INICIATIVA PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NO OBLIGATORIAS.

6. POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE DISIDENTES.

7. POSIBILIDAD DE EXONERACIÓN DE PAGO O DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE REPARTO DE GASTOS POR ACUERDO DE LA JUNTA.

8. EL VETO DEL ARTÍCULO 11.4 Y LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR LAS SERVIDUMBRES IMPRESCINDIBLES REQUERIDAS PARA LA CREACIÓN DE SERVICIOS COMUNES DE INTERÉS GENERAL (EN CONCRETO, ESTABLECIMIENTO DEL SERVICIO DE ASCENSOR).

9. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 Y DEL ARTÍCULO 17.1.^a LPH.

10. OBRAS A REALIZAR Y LÍMITES DE LAS MISMAS. ¿QUIÉN DEBERÍA CORRER CON EL COSTO DE LAS MISMAS?

I. INTRODUCCIÓN (1)

En fechas recientes ha sido promulgada la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Su Disposición Adicional tercera modifica los artículos 10, 11 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, introduciendo por vez primera en esta Ley el concepto de «mayores de setenta años». La reforma impone a las comunidades de propietarios la obligación de realizar a su costa obras de accesibilidad en elementos comunes en favor de dichos mayores de setenta años y de discapacitados, con el límite de que tales obras no excedan del importe de tres mensualidades (en caso contrario, señala la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, las obras únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente). La reforma da lugar, a su vez, a una nueva problemática: la correcta interpretación y coordinación de los artículos 10, 11 y 17.1.^a 3.º LPH.

Es posible señalar los siguientes precedentes de la reforma:

En su redacción originaria, el artículo 16.1.^a de la Ley 49/1960 preveía la necesidad de unanimidad para aquellos acuerdos que implicasen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. A dichos efectos se entendía por modificación cualquier alteración de la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes, en tanto que afectaban al título constitutivo y debían someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. No era sencilla, pues, la modificación de los elementos comunes, ni en concreto la supresión de barreras arquitectónicas o la instalación de ascensor. «No obstante, en la práctica, la jurisprudencia venía admitiendo una interpretación flexible..., de la unanimidad exigida por el artículo 16 LPH, en especial cuando las obras a realizar eran proporcionadas, justificadas y no causaban perjuicio colectivo notorio [y se admitía además la exención de pago de los disidentes] rechazando de plano cualquier abuso de derecho [esto es, abuso del veto que cada propietario podía poner al acuerdo como consecuencia de tener que adoptarse por unanimidad]» (2). A esta interpretación flexible se refiere la sentencia de 26 de febrero de 2002, de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1.^a (SP/SENT/36639) (2bis) cuando afirma: «La moderna jurisprudencia del TS, vigente incluso la anterior redac-

(1) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2004-02771, «Los mayores: estudio sobre su capacidad y libertad de obrar», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y dirigido por el Catedrático de Derecho Civil de la UCM, don Joaquín RAMS ALBESA.

(2) Tuset del Pino, Pedro, *Condiciones que deben cumplir las edificaciones para el acceso de minusválidos según la ley*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S. A., Barcelona, 2003, pág. 66.

(2bis) SP: Sepín.

ción del artículo 11 y 16.1 de la LPH, rechazaba su tesis y flexibilizaba la instalación de los ascensores en las comunidades en una interpretación acorde a la realidad social (art. 3.1 CC), sujetando su instalación al régimen de mayorías, sin necesidad de hacer uso retroactivo de la reforma de dicha Ley [se refiere a la reforma de 1990 de que hablaremos a continuación]. *A tal efecto pueden citarse las sentencias del TS de 17 de diciembre de 1999 y singularmente la de 22 de noviembre de 1999 (3), que recoge la doctrina sentada por las sentencias de 13 de julio de 1994 (4) y 5 de julio de 1995*». La regla, pues, de la

(3) STS de 22 de noviembre de 1999 (Ar. 8223). «Desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que había declarado que bastaba el acuerdo mayoritario de propietarios para poder instalar el ascensor en el inmueble, razonando el Alto Tribunal que el motivo del recurso olvida que se trata de una finca de cinco plantas y terraza, dividida cada planta en dos viviendas, excepto la última que contiene cuatro, con una alzada de más de 21 metros desde la acera, que seis de los propietarios son septuagenarios, y que según el acuerdo adoptado se exonera de pago para la instalación del ascensor a los titulares no interesados en el servicio y, porque «la doctrina jurisprudencial contenida, aparte de otras, en las sentencias de 13 de julio de 1994 y 5 de julio de 1995, [RJA 1995, 5463] respecto a la interpretación de las leyes, con criterios de adaptación a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, que autoriza el artículo 3 del Código Civil, ha prescindido de la necesidad de acuerdo unánime en situaciones como las ahora enjuiciadas, mediante la interpretación integradora de la norma 1 del artículo 16, en su antigua redacción, sin necesidad de aplicar retroactivamente la nueva normativa sobre propiedad horizontal» (FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*, Tomo II, José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2002, pág. 1098).

(4) STS de 13 de julio de 1994. [RJA 1994, 6435] Se parte de los siguientes hechos: «A) Que es obvio que la ejecución a realizar, consistente en la instalación de un aparato elevador, al igual que otro tipo de obras tales como la colocación de una rampa de acceso a la vivienda, eliminan o suprimen la barrera arquitectónica identificada por la presencia de la escalera como medio único de entrada al edificio y dentro de él a cada una de sus dependencias, en tanto se crea una vía alternativa que favorece la adecuada movilidad dentro del inmueble y permite que las personas con minusvalía entren fácilmente al edificio, salgan sin impedimento de él y puedan desplazarse en su interior en condiciones más favorables. B) Que ha de entenderse probada la existencia dentro del inmueble de diversas personas con padecimientos físicos y psíquicos que los colocan en situación fáctica y jurídica de minusvalía. C) Que la prueba practicada, demuestra que *la ejecución de la obra proyectada, que autorizaron todos los copropietarios excepto los demandantes, no les irroga perjuicio alguno* cifrado en la reducción del tramo de escalera, disminución del rellano o de la luminosidad del descansillo *y tampoco su capacidad económica se ve mermada* por el costo de las tareas propias de la instalación del ascensor, *al haber acordado los asistentes a la junta eximirles del pago de aquéllas, sin que su mantenimiento se traduzca en el incremento de las cuotas de comunidad que abonan los actores*, en virtud de lo que establece el artículo 10 de la LPH, párrafo 2.º *Por el contrario resulta probado que los apelantes van a beneficiarse del uso del ascensor cuya instalación se pretende sin limitación alguna, al igual que el resto de los comuneros con las ventajas que la nueva situación comporta*.

Y basándose en estos hechos, razona:

1. Que si bien es cierto que la redacción del artículo 16.1.º de la LPH, aplicable al caso de autos, exigía el consentimiento unánime de los condueños para las obras que,

unanimidad, como señala LASARTE sigue siendo objeto de interpretación correctora por parte de la jurisprudencia (5).

La Ley 3/1990, de 21 de junio, por la que se modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal para facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda, introdujo en el artículo 16.1.^a una *addenda*, en cuya virtud, incluso en el caso de que afectasen al título constitutivo, cuando los acuerdos tuviesen por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificultasen el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, bastaría el voto de

como la de instalación *ex novo* de un aparato elevador suponía una alteración de los elementos arquitectónicos y comunes del inmueble, también lo es que esta norma, ..., *debe ser interpretada de acuerdo con un criterio sociológico propio del momento en que tanto la aplicación de la norma como la función hermenéutica de los tribunales que la interpretan, tiene lugar, para lo que debe partirse de la finalidad teleológica de la norma en cuestión.*

2. *Que, si se atiende a tal finalidad, habrá de convenirse que la que subyacía en la del número 1 del artículo 16, y ello tanto en su redacción antigua como en la actual, no aplicable al caso que estudiamos, por carecer de efecto retroactivo la disposición legal que modificó el repetido artículo 16, era la protección de los intereses legítimos de todos y cada uno de los copropietarios y respecto a su potestad jurídica que se extendía, no sólo al dominio de su parte privativa, sino también al condominio sobre las partes comunes, protección que tendía, lógicamente, a evitar que una simple mayoría de condueños pudiera acordar arbitrariamente, modificaciones de esos elementos comunes, que a todos y, en forma pro indivisa, corresponden.*

3. *Que, en el supuesto de autos, la voluntad abrumadoramente mayoritaria de los condueños, sin otras excepciones que las de los hoy recurrentes, acordó una modificación que en forma alguna podrá reputarse arbitraria, sino, por el contrario, acorde a la esencia del derecho, en cuanto que, sin infringir daño ni perjuicio alguno a los mismos —recuérdese que incluso se les condonaron, no solamente los costos del elevador, sino también los que en el futuro ocasionase su mantenimiento, y ello, pese a su posibilidad de utilizar el indicado elevador— supone una mejora general para los propietarios de la finca, y, lo que también es importante, comporta una acción igualitaria de las condiciones de vida de quienes, por su condición de minusválidos, se hallaban dificultados para el acceso a la vivienda que habitaban en el calificado inmueble.*

4. *Que, como consecuencia de ello, una interpretación integradora de la norma del número 1 del artículo 16 LPH, en su antigua redacción, nos lleva a estimar correcta la labor hermenéutica de la Sala, entendiendo suficiente para la erección del elevador la mayoría obtenida en la junta y ello, sin necesidad de aplicar retroactivamente la nueva normativa, ni aun tampoco de tipificar la actuación de los recurrentes como un ejercicio abusivo de su derecho —posición ésta de la que, sin embargo, cabe decir, no se hallan muy distantes los actores recurrentes—» (FUENTES LOJO, Juan Ventura, Comentarios..., Tomo II., op. cit., págs. 1097 y 1098).*

La sentencia, por lo tanto, no se fundamentó en la doctrina del abuso de derecho sino en una interpretación sociológica y teleológica del artículo 16.1.^a LPH 1960. Sí se basó en la doctrina del abuso de derecho la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994 (AC 1994, 846), citada por Tuset del Pino (Tuset del Pino, Pedro, «Condiciones...», op. cit., pág. 69).

(5) LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil*. Tomo Cuarto. *Propiedad y Derechos reales de goce*, 5.^a ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 2005, pág. 209.

las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representan las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Con posterioridad se ha dictado la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. Esta última Ley, no modifica la LPH, ni deroga la citada Ley 3/1990. Sin embargo altera fundamentalmente el tema ahora contemplado: las personas con minusvalía física o los mayores de setenta años, aunque a su costa (art. 7), si cumplen los requisitos legalmente establecidos, tienen derecho a realizar las obras tendentes a la eliminación de las barreras arquitectónicas aunque no cuenten con mayoría en la comunidad de propietarios (6).

Por Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, se alteró profundamente el régimen de toma de acuerdos (art. 17). Expresamente, y como excepción a la regla de la unanimidad, se permitió establecer o suprimir servicios comunes de interés general (entre ellos el de ascensor), incluso cuando supongan modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. En el artículo 17.1.^a 3.º se incorporó una regla específica sobre supresión de barreras arquitectónicas: «La realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Con fecha 19 de julio de 2002 se publicó en el BOCG una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, «Reguladora de la eliminación de las barreras arquitectónicas para los minusválidos físicos en la propiedad horizontal» y que fue rechazada el 17 de septiembre de 2002. Dicha proposición preveía una nueva redacción del artículo 17.1.^a 3.º para hacer más flexible la eliminación de las barreras arquitectónicas que afectan a los discapacitados en las comunidades de vecinos (7) (8).

Finalmente, el 23 de mayo de 2003, fue aprobado un Proyecto de Ley de Igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, que tras su tramitación parlamentaria dio lugar a la Ley 51/2003,

(6) *Op. cit.*, pág. 210.

(7) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), *Guía práctica de propiedad horizontal*, Sepín, Editorial Jurídica, Madrid, 2004, pág. 150.

(8) MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión en la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades», en *Diario La Ley*, núm. 5797, año XXIV, 6 de junio de 2003, pág. 1597.

de 2 de diciembre. De las enmiendas presentadas solamente se incorporó a la redacción final del artículo 10 LPH la número 114, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, la cual ampliaba la legitimación para exigir las obras de accesibilidad a los propietarios en cuya vivienda o local presten servicios altruistas o voluntarios discapacitados o mayores de setenta años (9).

La reforma de la LPH tiene efectos beneficiosos tanto para los discapacitados como para los ancianos. Permitirá que los edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal que no son de reciente construcción, reúnan o, por lo menos, mejoren, las condiciones de acceso a los mismos y de movilidad en su interior, de modo que los discapacitados puedan manejarse por sí mismos, con independencia, evitando así su reclusión en el domicilio y una dependencia excesiva de los familiares o amigos, favoreciendo al mismo tiempo su sociabilidad. Respecto de los ancianos hay que tener en cuenta que el envejecimiento de los habitantes de una casa tiene como consecuencia la aparición de barreras arquitectónicas en la misma (10). Así una escalera que era medio normal de acceso del adulto o ciudadano medio, puede devenir una barrera arquitectónica para personas añosas, barrera importante si tenemos en cuenta que los accidentes constituyen la quinta causa de muerte en España; que de ellos, *el 66 por 100 son caídas, de las cuales el 75 por 100 se producen en gente mayor de sesenta y cinco años; que la mayoría de esas caídas se producen en lugares cerrados durante la realización de actividades habituales y que según el Estudio ICARE, de las caídas en el domicilio, el 60 por 100 se produce en las escaleras* (11). La reforma, pues, puede contribuir en

(9) El Texto del Proyecto de Ley preveía la siguiente redacción para el artículo 10.2 de la LPH: «Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan o trabajen personas mayores de setenta años o con discapacidad, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

El Grupo Parlamentario Popular propuso la redacción que finalmente ha incorporado el texto de la Ley para el artículo 10.2 LPH. Como justificación de la enmienda se afirmaba: «Se considera conveniente la inclusión, entre las personas legitimadas para exigir obras de accesibilidad, a las personas con discapacidad, miembros de fundaciones o asociaciones o que prestan servicios altruistas o voluntarios en viviendas no accesibles, y que no son trabajadores por cuenta propia o ajena. Estas personas, con la actual redacción del Proyecto, quedarían fuera del ámbito de la reforma» (BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. 2 de julio de 2003, núm. 152-5). La redacción final no reconoce a tales personas legitimación para exigir las obras, pero si contempla como hemos señalado antes, que el propietario en cuya vivienda desarrollen tales actividades pueda exigirlos. Para poder exigir las obras en favor de miembros de fundaciones o asociaciones será preciso que desarrollen servicios altruistas o voluntarios.

(10) GARCÍA BARREIRO, G. M.^a y otros, «El mayor y su casa. Barreras arquitectónicas», en *Gerokomos*, vol. 15, núm. 3, septiembre de 2004, pág. 140.

(11) *Op. cit.*, pág. 141.

algo a la evitación de caídas en las escaleras del domicilio. Igualmente contribuye al mantenimiento de la autonomía e independencia del anciano y facilita que pueda permanecer en su entorno el mayor tiempo posible, postergando o evitando su entrada en centros geriátricos. Asimismo favorece el que el anciano reciba cuidados en el domicilio, eludiendo la hospitalización, cuidados que son en general más humanos además de tener menos riesgos para los ancianos (12).

La realización de las obras de accesibilidad tiene su justificación, pues, en el beneficio que reporta para los mayores y los discapacitados. Pero a esa justificación hay que añadir que la situación de discapacidad o de movilidad reducida es una situación que, en mayor o menor medida, antes o después, es susceptible de afectar potencialmente a la práctica totalidad de la población (13). En cuanto a la vejez, con sus trastornos senescentes, es una situación que, más aún, inevitablemente afectará a la población salvo casos de muertes prematuras.

Las obras de accesibilidad que entran en el ámbito de la reforma pueden ser muy variadas: instalación de un portero automático o un teléfono en la portería del inmueble para poder comunicarse el discapacitado con el portero o conserje; la adaptación del portal; la instalación de rampa en el edificio (14); la instalación de pasamanos en las paredes del pasillo, debiendo ser de sección circular de 1,9 cm de diámetro, e instalados a los 65 cm de altura en caso de silla de ruedas, y a los 97,5 cm para el resto de las personas (15); la colocación del portero automático a una altura que permita su uso por quien se mueve en silla de ruedas; la instalación de ascensor, en finca que carecía de tal servicio, equipado con puertas correderas automáticas, con mandos situados a la altura del usuario si van a ser usados por personas en silla de ruedas, con capacidad para transportar una silla de ruedas de tipo normalizado y con pasamanos a lo largo de todo el perímetro del ascensor (16); la instalación de elevadores mecánicos de sillas de ruedas; ensanchar las puertas del portal (17); suprimir puertas de ascensores que no sean auto-

(12) Cfr. GARCÍA BARREIRO, G. M.^a y otros, «El mayor...», *op. cit.*, pág. 142. NICOLÁS DUEÑAS, M., «El valor del domicilio como recurso para la salud», en *Gerokomos*, vol. 12, núm. 2, abril de 2001, pág. 75.

(13) Cfr. TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 54.

(14) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAS, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de Derecho Civil*. Vol. III. Derechos reales. Colex. Madrid, 2004, pág. 228; FUENTES LOJO, Apéndice a la obra *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*. José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 2004, pág. 207.

(15) GARCÍA BARREIRO, G. M.^a, y otros, «El mayor...», *op. cit.*, pág. 142.

(16) *Op. cit.*, pág. 143.

(17) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, *Ley de Propiedad Horizontal*, Londonbil, S. L., Madrid, 2004, pág. 69.

máticas y otras adaptaciones del ascensor; apertura de una nueva puerta de acceso en la fachada del inmueble con rampas que conduzcan hasta la misma para salvar un tramo considerable de escaleras que deben subirse antes de llegar al portal... Cuál sea el régimen jurídico a que se sujetan estas obras es algo que trataremos de desentrañar en el presente trabajo.

II. LA OBLIGACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE REALIZAR OBRAS DE ACCESIBILIDAD EX ARTÍCULO 10 DE LA LPH

Como decíamos antes, el artículo 10 LPH ha sido reformado por la Ley 51/2003. Tras ella, «el precepto sigue refiriéndose a la obligación de la comunidad de realizar las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, pero ahora se añade en su número 1 una referencia expresa a la accesibilidad al decir: “de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, *accesibilidad* y seguridad”. A ello se añade una nueva obligación de la comunidad en el número 2... Los anteriores números 2, 3 y 4 del artículo 10 [en su redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal] pasan a ser ahora los números 3, 4 y 5, cuyo tenor literal es idéntico, con una salvedad en el número 5, que ahora dice: “Al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación y *accesibilidad* a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales”» (18).

Veamos, pues, detenidamente, cómo han de entenderse las reformas introducidas.

1. LA MENCIÓN A LA ACCESIBILIDAD DEL ARTÍCULO 10.1 LPH

La doctrina considera que las obras necesarias para la accesibilidad a que se refiere el artículo 10.1 son las descritas en el artículo 10.2 (19). Sin duda alguna, esta interpretación es correcta. Pero el artículo 10.1 no se refiere

(18) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004, pág. 4.

(19) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 7.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005, pág. 142. DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *La ley de Propiedad Horizontal*. Normativa. Formularios a ella y a los trámites legales. Granada, 2004, pág. 80. MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión...», *op. cit.*, pág. 1598.

exclusivamente a tales obras. También son obligatorias para la comunidad las obras de mantenimiento y reparación ordinaria o extraordinaria de los elementos de accesibilidad que trajese originariamente la finca (puerta de entrada, portal, escaleras, rellanos, pasillo, corredores, distribuidores, ascensores y rampas). En realidad, tales obras ya se entendían comúnmente incluidas entre las obras de conservación necesarias para que la finca reuniese las debidas condiciones estructurales de habitabilidad, y desde la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, artículo 3.1.a), expresamente se había establecido que los edificios deberán «proyectarse, construirse (20), *mantenerse y conservarse* de tal forma que se satisfagan los requisitos... [de] accesibilidad» (21), por lo que la inclusión de la nueva mención en el artículo 10.1 podría parecer redundante. Sin embargo, disipa dudas al respecto (22).

También parece hacer mención el artículo 10.1 a las obligaciones que puedan tener las comunidades de propietarios derivadas del cumplimiento de unas condiciones básicas de accesibilidad. Nos referimos a la previsión de la Disposición Final 9.ª de la Ley 51/2003, según la cual en el plazo de dos años desde su entrada en vigor (4 de diciembre de 2003), el Gobierno aprobará unas condiciones básicas de accesibilidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y las edificaciones, que serán obligatorias en el plazo de cinco a siete años desde dicha entrada en vigor para los espacios y edificaciones nuevas, y en el plazo de quince a diecisiete años para todos aquellos edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables (FUENTES LOJO y GÓMEZ CALLE) (23) (24).

(20) La LOE prevé la aprobación de un Código Técnico de la Edificación (Disposición Final segunda y art. 3.2) que establezca las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones de forma que se permita el cumplimiento de una serie de requisitos básicos de la edificación, entre ellos, la accesibilidad. Dicho Código Técnico ha sido recientemente aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. *BOE* de 28 de marzo de 2006 (corrección de errores, *BOE* de 25 de enero de 2008).

(21) «De tal forma que se permita a las personas con movilidad reducida el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica».

(22) Cfr. MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda, «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero de 2005, págs. 99 y 100. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 5.

(23) GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal», en *ADC*, enero-marzo de 2004, pág. 121.

(24) Recientemente, aunque con retraso sobre el calendario previsto, se ha publicado el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones (*BOE* de 11 de mayo de 2007). La Disposición Final 5.ª del citado Real Decreto, ajustándose a los plazos fijados en la Disposición Final 9.ª de la Ley 51/2003 para la obligatoriedad de las condiciones básicas de accesibilidad, prevé que tales condiciones «serán obligatorias a partir del día 1 de enero de 2010 para los espacios públicos urbanizados nuevos y para los edificios

Para realizar las obras de mantenimiento y reparación ordinaria o extraordinaria de los elementos de accesibilidad que trajese originariamente la finca, según DOMÍNGUEZ LUELMO bastaría el acuerdo del artículo 17.3.^a LPH (25). Sin embargo, aplicando doctrina que LOSCERTALES FUERTES formula para las obras de conservación en general, el acuerdo debería sujetarse a las reglas del artículo 17.1.^a, 2.^a y 3.^a LPH, según los casos, tesis que estimamos es la acertada, pues parece conveniente que la mayor o menor transcendencia de las obras marque la necesidad de una u otra mayoría para el acuerdo que apruebe su ejecución (26).

También se incluiría en este artículo 10.1, las obras de rehabilitación, «siempre que su objeto sea mantener, reponer o adaptar el edificio a las condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad que sean exigibles. En este punto habrá que tener en cuenta además la normativa existente sobre calidad de las edificaciones [LOE y normativa autonómica sobre calidad de la edificación]. Este tipo de obras, a diferencia de las de mera conservación o reparación, pueden obligar a introducir novedades en las cosas...» (27).

No existe, sin embargo, una obligación de acometer *obras generales de accesibilidad*, con independencia de su coste, si son exigidas por cualquier propietario sin discapacidad o por un propietario con discapacidad pero con finalidad distinta de adecuar los elementos comunes a su concreta discapaci-

nuevos, así como para las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en los edificios existentes y a partir del día 1 de enero de 2019 para todos aquellos espacios públicos urbanizados y edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables».

Ahora bien, la labor legislativa en esta materia no está completa, ya que *falta el desarrollo de esas condiciones básicas* (que se prevé serán incorporadas con el carácter de exigencias básicas de accesibilidad universal y no discriminación a la Parte I del Código Técnico de la Edificación), *mediante el correspondiente Documento Básico* (también a incorporar en la Parte II del referido Código), *que tendrá en consideración el uso previsto y las características del edificio y de su entorno, así como el tipo de obra, de nueva planta o sobre edificación existente* (art. 1.3 del Real Decreto 505/2007). Por otro lado, la Disposición Final 6.^a del Real Decreto 505/2007 prevé que «las acciones y omisiones que supongan una vulneración de lo establecido en las condiciones básicas... que se aprueban en virtud del presente Real Decreto, serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la Disposición Final 11.^a de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre». Esta Disposición prevé que «el Gobierno, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor [de la Ley 51/2003], remitirá a las Cortes un proyecto de ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad». A estos efectos, el pasado 17-XII-2007 se publicó en el BOE la «Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», que entró en vigor el 27-III-2008.

(25) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 5.

(26) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 142.

(27) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 5.

dad, frente a unas *obras de accesibilidad particulares* que serían las del 10.2, interpretación que RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT (28) califica de absurda. La ley habla exclusivamente de obras necesarias para la *conservación* del inmueble, de modo que éste reúna las debidas condiciones *estructurales* de accesibilidad. Luego se trata de *mantener* lo que ya existe, *rehabilitar* y acomodar lo existente a exigencias legales ya vigentes o *acomodar en el futuro* la edificación a las condiciones básicas de accesibilidad que se establezcan. No existen otras obligaciones.

En este sentido, no sería correcto el planteamiento de la SAP de Sevilla, Sección 5.ª, de 25 de mayo de 2004 (SP/SENT/59563), en cuanto amplía las obligaciones de los comuneros, más allá de lo que pretende el legislador (arts. 10.1 y 10.2 LPH), por la vía de la habitabilidad (la instalación de una rampa en el portal del edificio es obra que debe reputarse siempre necesaria, dice la sentencia, haya o no personas con minusvalía que residan en el edificio, en cuanto facilitan la habitabilidad del inmueble).

1.1. *La obligación de la comunidad de propietarios ex artículo 10.2 LPH*

Junto a las obras necesarias de conservación, por razón del nuevo artículo 10.2 LPH, la comunidad está obligada a realizar *obras necesarias de accesibilidad por razón de discapacidad o de edad* (29). A estos efectos, dispone el artículo 10.2 LPH lo siguiente:

«Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

1.1.1. El supuesto de hecho de la norma

Analizamos a continuación cuáles son las circunstancias de necesaria concurrencia para que surja la obligación de la Comunidad de propietarios:

(28) RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 56.

(29) DE PABLO CONTRERAS, Pedro (Coord.), «Curso de Derecho Civil...», *op. cit.*, págs. 227 y 228.

- 1.1.1.1. Que en la vivienda de uno de los propietarios vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad o mayores de setenta años

Lógicamente si el mayor o discapacitado que vive, trabaja o presta servicios altruistas en el edificio es el propio propietario del espacio privativo, también surgirá la legitimación para pedir las obras.

Siguiendo a MAGRO SERVET consideramos que, en todo caso, debe haber una relación de permanencia para que surja la legitimación para instar la ejecución de las obras (30). Es decir, el vivir, trabajar o prestar servicios altruistas debe entrañar una estabilidad y una vocación de inmutabilidad hacia el futuro.

El término «vivan», que utiliza la ley, plantea varias cuestiones. La primera, si las personas con discapacidad o mayores de setenta años han de «vivir simplemente» en el departamento o «vivir con el propietario». Lo primero supondría ampliar la obligación de la comunidad para con arrendatarios, subarrendatarios, usufructuarios o titulares de otros derechos reales que impliquen uso de la vivienda, y las personas que vivan con ellos (31). Lo segundo restringe el ámbito de la obligación de la comunidad a personas que *compartan techo con el propietario* (32). Es de notar que el artículo 10.2 afirma: «asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios *en cuya vivienda vivan...*», no en cuya «finca» o «piso» o «espacio privativo» vivan, luego está suponiendo claramente que el departamento es *también vivienda del propietario*, y por lo tanto, *techo común del propietario y del discapacitado o anciano, que parece que deberá ostentar alguna relación de parentesco con el propietario, pues en la realidad ésta será la situación más frecuente*. Resulta, por lo tanto, que tiene menor base legal la interpretación primera a que hemos hecho referencia. No obstante, tratándose de arrendamientos de larga duración o de usufructuarios vitalicios o por largo período de tiempo, su situación es equiparable a la del propietario, cayendo dichos supuestos dentro del ámbito de aplicación de la norma (aunque la legitimación para instar las obras será del propietario).

Cabe preguntarse asimismo si bastará para llenar el supuesto de hecho de la norma que se produzcan estancias más o menos prolongadas del anciano o discapacitado en la vivienda, pero sin intención de vivir permanentemente en ella o meras visitas ocasionales. Ante esta cuestión hay que afirmar otra vez con MAGRO SERVET, que para que surja la legitimación

(30) MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión...», *op. cit.*, pág. 1598.

(31) Por esta interpretación opta MORETÓN SANZ (MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 102).

(32) Así, MAGRO SERVET (MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión...», *op. cit.*, pág. 1598).

para pedir las obras debe darse una relación de permanencia (33). Es preciso, por lo tanto, que la vivienda sea el *lugar de residencia habitual* del anciano o discapacitado y *que exista la intención de permanecer residiendo en dicho lugar de modo permanente o indefinido* (todos estos extremos deberán probarse), no pudiendo solicitar unas obras para una persona que resida solo temporalmente en la vivienda (caso, por ejemplo, de una residencia de verano).

Menos aún para el caso de recibir el titular del piso meras visitas esporádicas o circunstanciales del anciano o discapacitado. En este sentido se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), de 31 de enero de 2003, para un caso subsumible en la Ley 15/1995, de 30 de mayo (34).

Respecto de la prueba de los extremos mencionados anteriormente, la SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 28 de septiembre de 2002, no considera suficiente el dato del empadronamiento y habla incluso de la poca fiabilidad del padrón municipal para acreditar la efectiva residencia. Habrá casos en los que, efectivamente, el dato del empadronamiento no sea suficiente y deba recurrirse a otros medios de prueba: testimonio de vecinos o del portero de la finca, acta de notoriedad, presentación de recibos de agua, luz, teléfono que evidencien que a partir de cierta fecha (coincidente con el traslado del discapacitado o anciano a la finca) se ha producido un incremento de los gastos correspondientes que dura en el tiempo hasta el presente, etc.

Por «trabajen» hay que entender la existencia de una relación laboral *indefinida* o equivalente (35). El espacio privativo en que se desarrolle podrá, en este caso, coincidir o no con la vivienda del propietario (la LPH se dirige

(33) Cfr. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 150.

(34) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 7.

(35) Habrá que tener presente las especialidades existentes desde el punto de vista laboral para las condiciones de trabajo por cuenta ajena, de un trabajador que ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación (sesenta y cinco años), y reúne los requisitos para causar derecho a la pensión, pero decide continuar en activo prestando servicios para su empresa mediante la *transformación de su contrato en uno a tiempo parcial*, acudiendo a la vez a la jubilación parcial y un trabajador que ya ha causado derecho a la pensión de jubilación pero decide reincorporarse a la vida activa (GARCÍA TRASCASAS, Ascensión, «Mayores y trabajo asalariado: de la jubilación forzosa a la prolongación de la vida activa», en ALONSO PÉREZ, M.; MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M.ª y REGUERO CELADA, J., *Protección jurídica de los mayores*. La Ley, Madrid, 2004, pág. 532). En este último caso quien se había desvinculado totalmente de la actividad laboral vuelve a incorporarse al sistema productivo *dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 TRET*, compatibilizando el salario correspondiente y la pensión que ya recibía, minorada en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos señalados en el artículo 12.1 TRET (GARCÍA TRASCASAS, Ascensión, «Mayores...», *op. cit.*, pág. 536).

a regular los edificios sujetos a dicho régimen, estén destinados a vivienda o a un uso distinto de vivienda, por lo que no habrá que interpretar literalmente la expresión «en cuya vivienda... trabajen», cosa que, sin embargo hace RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT (36). MAGRO SERVET señala que el discapacitado o mayor de setenta años ha de trabajar *con* el propietario (37). RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT entiende que el trabajo ha de hacerse en favor del propietario o personas que vivan con él (38). Convenimos con los dos autores. En efecto, será preciso que la relación laboral se tenga con el propietario, y por lo tanto se trabaje *para él*, o bien será preciso que se trabaje *con* el propietario (como socio de su despacho de abogados, por ejemplo). Lo que no cabrá es que se trabaje *para* o *con* alguien *distinto* del propietario, lo cual podría acontecer en el caso de que el propietario tenga arrendada su finca a una empresa. No parece equitativo, en tal supuesto, que el propietario reciba los beneficios del arrendamiento, y al mismo tiempo pueda estar legitimado para imponer a la comunidad de propietarios unas obras en beneficio de un extraño que ninguna relación tiene con él.

En cuanto al «prestar servicios altruistas o voluntarios» hay que señalar que dichos servicios deben desarrollarse con carácter indefinido y no temporal o esporádico, en términos análogos a la relación de trabajo indefinida. Para que pueda acreditarse que se prestan esos servicios será preciso que haya transcurrido un tiempo razonable desde el inicio de la prestación, durante el cual se hayan venido llevando a cabo con regularidad.

Por servicio altruista hay que entender acción de beneficencia en favor de terceros, según las correspondientes definiciones del DRAE (39). Respecto de los servicios voluntarios cabe acudir a las definiciones de los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, reguladora del Voluntariado Social (40). Aunque a efectos de dicha Ley quedan excluidas «las actuaciones voluntarias aisladas... *prestadas al margen de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad*», entendemos que no lo están a efectos del artículo 10 LPH, pues tales actuaciones se englobarían en el concepto «servicios altruistas» y pueden justificar con mayor legitimidad que otro tipo de actuaciones la realización de obras de accesibilidad. Piénsese, por ejemplo, en el

(36) Cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 88 y 89.

(37) MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión...», *op. cit.*, pág. 1598.

(38) Cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 88.

(39) Altruista: que profesa el altruismo.

Altruismo: Esmero y complacencia en el bien ajeno, aún a costa del propio y por motivos puramente humanos (DRAE 1970).

(40) Como apunta RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT (RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, «La accesibilidad...», *op. cit.*, págs. 89 y 90).

caso de un mayor de setenta años que cuida diariamente de sus nietos o de otro mayor.

Como en el caso de trabajar, los servicios altruistas o voluntarios podrán prestarse en la vivienda del propietario o en su departamento destinado a uso distinto del de vivienda pero, en todo caso, *a favor* del propietario o parientes que vivan con él o *con* el propietario. Es decir, legitimará para solicitar las obras de accesibilidad el realizar servicios altruistas o voluntarios *con* la asociación o fundación *propietaria* del departamento. Pero no se generará el derecho a la realización de obras de accesibilidad si los servicios altruistas o voluntarios se prestan en favor de una asociación o fundación que es *arrendataria* del local o vivienda en régimen de propiedad horizontal. El motivo es el mismo que esgrimíamos anteriormente.

Consecuencia de lo dicho hasta ahora es que no bastaría demostrar simplemente que se es socio de la asociación sin ánimo de lucro para la cual se prestan los servicios, por ejemplo. Igualmente habrá que probar la intención de la asociación, fundación, etc., de tener el espacio privativo permanentemente vinculado a la actividad que desarrolla el discapacitado o anciano.

Réstanos analizar qué deba entenderse por «personas con discapacidad, o mayores de setenta años». ILLESCAS RUS (41) y LOSCERTALES FUERTES (42) remiten, en cuanto a las personas con discapacidad, al artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. En efecto, parece que las cosas han de ser así, pues la reforma en la LPH ha sido introducida por la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 51/2003, la cual señala en su artículo 1.2 que «a los efectos de esta ley [y por lo tanto, a los efectos de la Disposición Adicional 3.^a] tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». Términos que, en lo que a nosotros interesa, reitera el artículo 1 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de personas con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

(41) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo, 2004. SP/DOCT/1924, pág. 6.

(42) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia*. 8.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, pág. 138.

Por personas con discapacidad habría que entender, pues, los que tienen reconocido administrativamente al menos un grado de minusvalía igual al 33 por 100 (43) y los pensionistas referidos (44).

Dice LOSCERTALES FUERTES que «aparte de las personas discapacitadas a que hace referencia el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, el nuevo artículo 10 de la LPH determina la equiparación de los mayores de setenta años y entiendo que habrá también que añadir aquellos que les corresponda por la Ley 15/1995» (45). Ahora bien, respecto de estos últimos *no tiene por qué incluirseles, dado que estamos ante dos leyes distintas, cada una con su propio ámbito de aplicación y sus propios requisitos*. En cuanto a los mayores de setenta años no se benefician *igualmente aunque se hallen en buen estado físico*, como opinan Juan GARAY y Miren GARAY (46), sino que deberán probar la *incomodidad que padecen y que les dificulta el acceso a su vivienda*. Así se desprende del tenor literal del artículo 10.2, que predica la discapacidad tanto de las personas con discapacidad como de los mayores de setenta años al decir que la comunidad «vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para *un uso adecuado a su discapacidad* [la del discapacitado o la del mayor de setenta años] *de los elementos comu-*

(43) El reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía se articula en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. En él se establece un procedimiento tipo sometido a las prescripciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, con las especialidades previstas en el reglamento en cuestión y en su Orden de desarrollo (Orden de 2 de noviembre de 2000). La declaración de minusvalía es competencia de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a las que se haya transferido las funciones en materia de calificación del grado de minusvalía o del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). El tiempo que medie entre la petición en regla y la resolución no puede superar los tres meses. Disposición 5.ª de la Orden de 2 de noviembre de 2000 (MORETÓN SANZ. M.ª Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, págs. 66, 67 y 68 y nota 13).

(44) El artículo 2 del Real Decreto 1414/2006, dictado en aplicación de lo previsto en el artículo 1.2 *in fine* de la Ley 51/2003 establece que: «a los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el grado de minusvalía igual al 33 por 100 se acreditará mediante los siguientes documentos:

A) Resolución o certificado expedido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

B) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

C) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

A estos efectos, en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por 100 de los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 de este Real Decreto [pensionistas a que nos hemos referido antes en el cuerpo del texto].

(45) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 8.ª ed., *op. cit.*, pág. 138.

(46) GARAY G., Juan y GARAY D., Miren, *Ley de Propiedad Horizontal*, Londonbil, S. L., Madrid, 2004, pág. 69.

nes» (47). Para que surja pues, la obligación de la comunidad de propietarios de realizar las obras de accesibilidad, no basta con que se acredite la edad del mayor sino que es preciso acreditar la incomodidad que padece, pero bastando para ello, por ejemplo, un certificado médico, el testimonio de testigos, la evidencia de su padecimiento... *no siendo preciso el reconocimiento de un grado de minusvalía por la Administración*. No existe, pues, una asimilación absoluta entre toda persona mayor de setenta años y un discapacitado, sino que simplemente la Ley le exonera al anciano de ostentar un grado de minusvalía de un 33 por 100 y de presentar certificación de la Administración que lo acredite (48). En este sentido, la SAP de Guipúzcoa, de 23 de mayo de 2006 (AC 2007/393) tuvo en cuenta, para considerar legítima la pretensión de la propietaria demandante, viuda de ochenta años, de que se restaurase el servicio de portero electrónico, las dolencias de columna que padecía.

Como la Ley parte de la existencia de una *relación de causalidad* entre la discapacidad o deficiencia del sujeto y las obras que van a realizarse, que precisamente se realizan para subsanar su deficiencia («obras de accesibilidad que sean *necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes*») será preciso que la persona *con grado de minusvalía reconocido* tenga *otorgado ese grado de minusvalía como consecuencia exclusiva, o por lo menos, concurrente, de una disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas*. Igualmente, los pensionistas referidos deberán acreditar no el simple hecho de tener reconocida una pensión de las señaladas, *sino que su situación de incapacidad permanente o jubilación tiene causa exclusiva, o por lo menos, concurrente, en una disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas. En definitiva debe darse y probarse la relación de causalidad antedicha*.

También deberá estar presente la relación de causalidad en el caso de solicitarse obras de accesibilidad necesarias para la instalación de dispositivos mecánicos o electrónicos *que favorezcan su comunicación con el exterior*. En este caso la minusvalía del discapacitado o la deficiencia que padece el mayor de setenta años deberá producir dificultades de comunicación con el exterior (así, por ejemplo, un discapacitado que carece de brazos podría solicitar que para la apertura de la puerta automática del portal desde el interior

(47) Cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2006, pág. 80.

(48) La Ley no seguiría, pues, la opinión de la ST de 2 de mayo de 2002, de la Sección 4.ª de la AP de Asturias, que a propósito de declarar que fue válido un acuerdo adoptado por mayoría de 3/5 del artículo 16.1.º LPH, para la instalación de un ascensor, señaló que la incapacidad se presume por el mero hecho de tener más de setenta años. Opinión que no podría sostenerse fundadamente tras la reforma operada por la Ley 51/2003.

de la finca, se instalase un dispositivo apropiado que pudiese manejar con el pie o que consistiese en células fotoeléctricas).

La discapacidad del que tiene reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 deberá ser previsiblemente permanente debiendo probarse tal extremo. Los pensionistas referidos lo son precisamente por su situación de incapacidad *permanente*, razón por la cual no han de probar la permanencia de su deficiencia. Quedan excluidas del artículo 10.2 aquellas situaciones que tan sólo representen una situación temporal de incapacidad (por ejemplo, persona que ha tenido un accidente de circulación y está recuperándose de lesiones del mismo).

1.1.1.2. Solicitud del propietario

Para que surja la obligación de realizar las obras deberá instarse su ejecución. Las peticiones siempre tendrán que ser canalizadas por el propietario, no cabe que el interesado lo pida por su cuenta y de forma directa (49). La legitimación para instar las obras corresponde a los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen, etc., o a los propietarios que sean ellos mismos discapacitados o mayores de setenta años (50). Una cuestión que se ha planteado es si los propietarios de locales pueden instar la realización de las obras del artículo 10.2 (51). La respuesta ha de ser afirmativa, según el análisis que hemos hecho antes de los términos «trabajen» o «prestar servicios altruistas o voluntarios» (51bis). También tendrá legitimación para instar las obras no sólo el propietario persona física, sino el propietario persona jurídica, en cuyo espacio privativo trabajen o presten servicios altruistas discapacitados o ancianos.

Parece que el medio apropiado para instar la realización de las obras es solicitar la inclusión del tema en el Orden del Día de la siguiente Junta, mediante escrito dirigido al Presidente (art. 16.2.2.º LPH) (52) que tiene obligación de incluir ese punto en el Orden del Día (53). De esta manera la Junta podrá valorar la concurrencia de la necesidad de efectuar las obras y

(49) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.ª ed., *op. cit.*, pág. 142.

(50) Cfr. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 150.

(51) VILLAS DE ANTONIO, M.ª del Rosario, «La comunidad de propietarios», *BOE*, Madrid, 2004, pág. 82.

(51bis) Discrepamos así de la interpretación excesivamente literalista de IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, que excluye a los propietarios de locales (IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, Ramón, *Iniciativa y legitimación en la realización de obras dirigidas a la supresión de barreras arquitectónicas en edificios sometidos al régimen de la LPH*, Sepín, noviembre de 2007, núm. 285, pág. 20).

(52) Es un asunto comunitario porque sobre la comunidad pesa la obligación de realizar tales obras.

(53) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 235.

podrá manifestarse y resolver las discrepancias que sobre la naturaleza de las mismas puedan surgir (art. 10.4 en relación con el art. 10.2 LPH).

El propietario deberá acudir a la Junta con una propuesta de acuerdo, acompañada necesariamente de las certificaciones acreditativas de *todos los extremos* señalados en el punto anterior. Podrá acompañar, si lo desea, un proyecto técnico detallado de las obras a realizar, acreditativo de que aquéllas no son de entidad desproporcionada a la causa que las motiva, para su estudio por la Junta (si bien ésta es libre de solicitar otro). También será muy conveniente presentar un presupuesto a fin de conocer si la Comunidad está obligada o no a acometer la obra en función de su coste. Igualmente sería muy recomendable presentar un dictamen o informe técnico que acredite la necesidad de las obras en los pasos de comunicación con la vía pública de modo que se permita su adecuado uso por el discapacitado o anciano. Igualmente podrá presentar, si lo desea, informes técnicos sobre la viabilidad de las obras (54).

1.1.1.3. Que la obra solicitada no exceda del coste de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes

Es preciso saber, pues, qué se entiende por mensualidad ordinaria. Dice LOSCERTALES FUERTES que son gastos ordinarios los que corresponden al presupuesto de conservación y mantenimiento vigente en el momento del acuerdo (55). Cuando las cuotas que se pagan durante los doce meses no sean iguales, hay que buscar la media. No cabe añadir en el cómputo general *derramas* por obras o reparaciones *extraordinarias* (56), ni fondo de reserva (57). Puede ocurrir que estos conceptos, que sí que son necesarios, se hayan incluido en el Presupuesto anual, en cuyo caso habría que descontar la cuantía correspondiente (58). Para fijar el coste de la derrama por obras de accesibilidad y compararla con las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, lo que hay que computar es el importe global de la obra con independencia de la forma o plazos en que se lleve a cabo, y entonces dividir conforme los coeficientes; si el resultado es menor [o igual] que el importe de tres meses del recibo normal, la comunidad estará obligada a llevar a cabo la obra (59).

(54) Cfr. RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 94.

(55) El autor hace estas afirmaciones pensando en el artículo 11.2 LPH, pero sus reflexiones son aplicables también al caso de las tres mensualidades del artículo 10.2.

(56) Lo mismo dice VILLAS DE ANTONIO, M.^a del Rosario, «La comunidad...», *op. cit.*, pág. 82.

(57) En el mismo sentido, GARAY y GARAY (GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 73).

(58) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal...», 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 153.

(59) Cfr., *op. cit. loc. cit.*

Dice VILLAS DE ANTONIO que «en la mayoría de los casos el desembolso que haya de realizarse superará el importe de las tres mensualidades. Imaginemos, por ejemplo, una comunidad de propietarios con cincuenta vecinos y en la que la cuota mensual por gastos comunes es de 60 euros; el importe de las tres mensualidades ascendería a 9.000 euros. Esta cantidad. ¿sería suficiente para instalar un ascensor o una rampa electrónica de sillas de ruedas?», se pregunta. Sin embargo existen comunidades en que la mensualidad ordinaria es tan alta que con tres mensualidades prácticamente puede hacerse todo.

Hay que tener en cuenta *la oportunidad de hacer las obras*. ¿Qué ocurre si se han hecho con anterioridad otras obras de reparación extraordinarias u obras de mejora y ya se están pagando derramas extraordinarias? ¿Habrà que hacer frente a las tres mensualidades por obras de accesibilidad *en el mismo ejercicio o habrá que diferirlo a otros ejercicios*? La cuestión no es baladí, pues podría tenerse que llegar a pagar sumando derramas por el concepto de obras de accesibilidad y por otros conceptos hasta el *doble de lo que se paga mensualmente*.

A nuestro juicio, teniendo presente que la equidad se ponderará en la aplicación de las normas (art. 3.2 CC) y que ésta consiste en la moderación en el rigor del uso de las leyes, no surgirá la obligación de efectuar las obras de accesibilidad hasta que hayan terminado los pagos de otras derramas extraordinarias (60).

Según LOSCERTALES FUERTES: «si bien la intención del legislador es evidente en favor de los discapacitados, pues así lo anuncia la Disposición Adicional tercera de la repetida Ley 51/2003, el resultado no es tan claro, más bien lo contrario, pues realmente la discriminación resulta negativa para estas personas, pues se encuentran en la imposibilidad legal de exigir a la Comu-

(60) La equidad es un hábito por el cual el jurista temple el rigor de las leyes positivas, corrigiendo o supliendo sus deficiencias, cuando lo exige la justicia, dadas las peculiares circunstancias del caso que contempla. Clásicamente se ha considerado que la equidad puede rectificar la ley para evitar algo injusto; para evitar una obligación que sin ser injusta es demasiado dura para el obligado y para descartar la aplicación de la ley a casos especiales por sus circunstancias que de haber sido pensados por el legislador, es de presumir que no hubieran sido comprendidos en ella. El artículo 3.2 del Código Civil admite la utilización de la equidad en la aplicación de las normas. Siguiendo a Federico DE CASTRO, podemos decir que habría que actuar en equidad cuando existiese una inadecuación entre un caso concreto (como el que contemplamos) y la regla que parece regularlo (art. 10.2 LPH), por producir la rígida aplicación de ésta un resultado injusto (en nuestro caso se produce un resultado inconveniente: una carga económica excesiva para personas que pueden soportar hipotecas derivadas de la compra de la vivienda en régimen de propiedad horizontal o para pensionistas de escasos recursos económicos). En tal caso, aunque la ley no diga expresamente que ese determinado precepto no se aplique en ese caso, su inaplicabilidad se deduce del resultado injusto que la aplicación acarrearía. El jurista procede entonces a hacer una interpretación correctiva de la ley, concretamente, restrictiva, y excluye el caso del verdadero sentido de la ley, dando así a la ley su propio sentido, porque el legislador, de haber pensado dicho caso, lo habría excluido de la ley.

nidad cuando la obra suponga más de las mencionadas tres mensualidades ordinarias, con independencia de que sea necesaria o imprescindible *para los citados discapacitados*, mientras que el resto de propietarios sí que podrán llevar a cabo las acciones oportunas para que la Comunidad cumpla con las obligaciones que contiene el apartado 1 del artículo 10, desde el momento en que cualquier tipo de obra sea *oportuna para la propia finca*» (61). Esta crítica, similar a la que en diversas enmiendas hicieron los grupos parlamentarios, Socialista, de Izquierda Unida y Vasco, cae por su base si atendemos a las frases resaltadas en cursiva y a que el espíritu que impregna la Ley es «el *mejor servicio común*» [argumento ex art. 14.e)] *no el interés particular* por laudable que sea de uno de los propietarios. En otras palabras, hay que tener presente que la obra de accesibilidad no es necesaria para la finca como las de conservación sino *necesaria para un sujeto* en favor del cual se impone a la comunidad determinada obligación, siendo razonable que ésta no sea ilimitada. No hay pues discriminación en la norma del artículo 10.2 LPH, sino beneficio para el discapacitado o anciano.

Réstanos señalar que dado que no se admitieron las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Vasco (62), por el Grupo Socialista (63) y por el Grupo de Izquierda Unida (64) al artículo 10, en el sentido de que la obligación de la comunidad de realizar obras de accesibilidad *no tuviese límite de cantidad*, los Tribunales no podrán entender que la comunidad está obligada a realizar tales obras sin el límite de las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, como LOSCERTALES FUERTES sugería que podría llegar a ocurrir. La *mens legislatoris* al respecto es clara.

- 1.1.1.4. Que las obras de accesibilidad sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior

«Una cosa son las cosas comunes y otra los servicios comunes. El artículo 396 [CC] usa el término «elementos comunes», y así abarca ambos conceptos...» (65). Lo mismo hace el artículo 10.2 que se refiere, por lo tanto, a obras necesarias para un uso adecuado de las cosas comunes y servicios

(61) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*, 8.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, pág. 139.

(62) Enmienda núm. 53. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. 2 de julio de 2003, núm. 152-5.

(63) Enmienda núm. 92, *loc. cit.*

(64) Enmienda núm. 25, *loc. cit.*

(65) GARAY, G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 79.

comunes (así, por ejemplo, del jardín o de la pista de tenis, se consideren éstos servicios del inmueble o instalaciones del mismo) (66) (67).

Las obras han de consistir, pues, en modificar elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre el piso de propiedad privativa y la vía pública, o de acceso necesario a instalaciones y servicios comunes. Igualmente pueden consistir en la instalación de dispositivos mecánicos o electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior (así de portero automático) (68). «Las obras deberán revestir el carácter de necesarias, lo que deberá ser puesto en relación con la naturaleza de la discapacidad, o dicho de otra manera, con la falta de suficiente movilidad o de autonomía del beneficiario, por lo que deberán ser rechazadas aquellas obras que sean caprichosas o no vengán suficientemente justificadas por su propia finalidad» (69) (se trata de realizar obras para hacer accesible lo que no lo es, no para mayor comodidad de un sujeto). Hay que acreditar, por ejemplo, que la colocación de la barandilla es necesaria para el uso adecuado del elemento común, como es la escalera (SP/CONS/35257. Febrero de 2004).

1.1.2. La consecuencia jurídica: Obligación de realizar las obras de accesibilidad

Dadas las circunstancias anteriormente examinadas, surge para la comunidad de propietarios la obligación de realizar obras de accesibilidad para un uso adecuado a la discapacidad de mayores de setenta años y discapacitados de los elementos comunes o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior. Ahora bien, para que surja tal obligación, ¿es preciso además el acuerdo favorable de la Junta de propietarios? A esto hay que responder que no. La aprobación de

(66) Cfr. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, *Encuesta Jurídica. Sepín*, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 4.

(67) «El servicio es una prestación personal a favor de alguien... Cuando la Ley ha querido referirse a bienes que no son servicios lo ha expresado así, por ejemplo, en el comienzo del artículo 11 que menciona las «instalaciones, mejoras y servicios», es decir, que las instalaciones son una cosa y los servicios son otra. La misma distinción se hace en otros lugares como en el artículo 5 (*servicios e instalaciones*), el 6 (*servicios y cosas comunes*), el 24.3 (*elementos inmobiliarios, viales, instalaciones y servicios comunes*), etc. Pero el artículo 17.1.^a incluye los ascensores entre los servicios, único caso que se da en la Ley en que a un aparato que funciona sin que nadie lo atienda se le llame servicio» (GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 94).

(68) El telefonillo es privativo y está bajo la responsabilidad de cada uno a partir de entrar en el piso o local, pero hasta ese momento transcurre por unas conducciones generales, que obviamente, son comunes, con todas las implicaciones que ello supone (LÓSCER-TALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal*, 8.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, pág. 362).

(69) TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 63.

la Junta sobre la ejecución de obras de accesibilidad no puede estimarse discrecional sino imperativa [dada la concurrencia del supuesto de hecho de la norma], por lo que tal obligatoriedad de tales obras *no surge del acuerdo de la Junta, sino de la propia ley que así lo impone en el artículo 10.2* (70). En este sentido tendrían razón autores como VILLAS DE ANTONIO (71), TUSET DEL PINO (72), SEOANE PRADO (73), GÓMEZ CALLE (74) e ILLESCAS RUS (75), quienes opinan que no es necesario el acuerdo favorable de la Junta (posición que también apoyaría la propia Exposición de Motivos de la Ley 51/2003). Así pues, la obligación nacería *ex lege*, concurriendo los requisitos examinados anteriormente. Ahora bien, la Junta, para poder juzgar de la concurrencia del supuesto de hecho generador de la obligación y para actuar, requiere de la adopción de acuerdos. En materia de propiedad horizontal no cabe la actuación unilateral del Presidente, ni de otros cargos directivos o administrativos, *sin el sustento previo de la Junta*, salvo casos de extrema urgencia o necesidad. *Cualquier decisión que afecte a los asuntos comunes del inmueble necesita del acuerdo de la Junta*, cuyas competencias son plenas siempre que se cumplan los requisitos de cada precepto legal (76). Tampoco cabe que el propietario en cuya vivienda viva, trabaje o preste sus servicios altruistas o voluntarios el mayor de edad o discapacitado inicie las obras por su cuenta (art. 7.1 LPH) (77). De ahí, pues, que digan FUENTES LOJO y LOSCERTALES FUERTES que incluso en el artículo 10: «...en cada caso [para las obras necesarias] se *requerirá el acuerdo correspondiente*, con el *quórum* exigido a tenor de lo dispuesto en el artículo 17, reglas 1.^a, 2.^a y 3.^a, *con remisión expresa al artículo 11 para los discapacitados* (78) (78bis).

(70) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ (citado por FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 364).

(71) VILLAS DE ANTONIO, M.^a del Rosario, «La comunidad...», *op. cit.*, pág. 82.

(72) TUSET DEL PINO, Pedro, «Nuevas obligaciones de las comunidades de propietarios con minusválidos», *Inmueble: revista del sector inmobiliario*, año 8, núm. 39 (marzo de 2004), pág. 35.

(73) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 10.

(74) GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal», en *ADC*, enero-marzo de 2004, pág. 122.

(75) Para este autor *basta con la solicitud que formule el propietario del espacio privativo... a los órganos rectores de la Comunidad* para que ésta se encuentre obligada, en principio, a la realización de las obras. *Ni es necesario acuerdo de la Junta* ni los propietarios pueden exonerarse de la obligación de contribuir. Con este fin, los apartados 3 y 5 del artículo 10 LPH arbitran instrumentos disuasorios de una oposición caprichosa (ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 6).

(76) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.^a ed., *op. cit.*, págs. 234 y 235.

(77) Cfr. FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 369.

(78) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 8.^a ed., *op. cit.*, pág. 138.

(78bis) No alcanzamos a comprender por qué LOSCERTALES FUERTES remite al artículo 11 para el caso de los discapacitados y qué alcance tiene la remisión. Si para las obras

La Junta, por lo tanto, valorará la concurrencia del supuesto de hecho origen de la obligación; si las obras o instalaciones pretendidas en la forma y con el alcance y extensión solicitados son o no las adecuadas (aceptación del Proyecto presentado por el propietario legitimado para solicitar las obras o acuerdo de solicitar otro Proyecto); oportunidad de las mismas, coste, presupuesto, límites de las obras, etc., y resolverá las discrepancias de toda clase que puedan plantearse. El artículo 10.4 LPH señala también que los interesados podrán solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley (Ley de Arbitraje 60/2003) (79). Pero para acudir al arbitraje no basta que lo pida uno o varios comuneros, sino que deberá ser la Junta de Propietarios la que así lo determine (80) (81). En definitiva, la Comunidad tomará la decisión que le parezca más oportuna *sin perjuicio de las acciones que tengan derecho a ejercitar los disidentes contra el acuerdo de la mayoría* (82) (por ejemplo, sería nulo de pleno derecho, por ser contrario a norma

necesarias de conservación se exige una u otra mayoría, según la entidad de la obra, ¿por qué no seguir el mismo criterio para otras obras obligatorias, las de accesibilidad?

(79) Comentando el antiguo artículo 10.3 de la LPH, en la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, dice FUENTES LOJO que con relación al arbitraje, la ley se refiere al de tipo privado y no al regulado por la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. GUILARTE, citado por aquél, entiende que ha de pensarse en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, «que puede tener vigencia si por acuerdo de las partes enfrentadas en la disputa decidieran someterse a un consejo arbitral» (FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Tomo I, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, pág. 373).

(80) Si se somete a votación en Junta de Propietarios el recurrir al arbitraje, el acuerdo tan sólo requiere la mayoría del artículo 17.3.º (DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, «La ley...», *op. cit.*, pág. 77). Pero según la revista *Sepín*, se requiere unanimidad (SP/CONS/ 35303, febrero de 2004. Arbitraje en materia de propiedad horizontal): «No hay doctrina ni jurisprudencia que podamos facilitar. Nuestro criterio es que, en principio, y si no se pretende modificar normas de derecho imperativo, es posible utilizar el arbitraje siempre que así conste en los Estatutos, o bien por *acuerdo unánime de la Junta de Propietarios* que se pueda acreditar ha existido la conformidad de todos y cada uno, lo que equivaldría al documento de conformidad que exige la Ley de Arbitraje, naturalmente siempre que se cumplan los requisitos exigidos de fijar previamente si es de derecho, si es de equidad, órgano o persona que lleva a cabo la función de árbitro, etc.». Esta tesis es la acertada, pues parece que para obligar a la comunidad a someterse a lo que dicte un laudo arbitral, será preciso la unanimidad de todos los comuneros.

(81) No parece aplicable el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, pues la materia de accesibilidad en la propiedad horizontal no parece encuadrarse entre las posibles materias enumeradas en el artículo 2 a que deberán referirse las controversias sujetas a este sistema especial de arbitraje.

(82) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, 7.ª ed., pág. 145. ENCUESTA JURÍDICA SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 6. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 160. DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDÁZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS, «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 229. MAGRO SERVET, Vicente, «Reper-

imperativa (art. 6.3 CC) un acuerdo contrario al artículo 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

El acuerdo de la Junta por el que se decidirá la realización de las obras, creemos que debe ajustarse a las mismas mayorías que los restantes acuerdos sobre obras necesarias de conservación, esto es, se precisará de la unanimidad, de la mayoría del artículo 17.1.^a 3.º o de la mayoría del 17.3.^a, según la entidad de la obra (vid., lo que más adelante decimos sobre reglas para la adopción del acuerdo de realizar obras no obligatorias, según la entidad de las mismas que es trasladable al caso presente) (83).

Ante la negativa de la comunidad a realizar las obras o ante el acuerdo de realizar obras pero en forma distinta de la solicitada por el propietario legitimado (de manera que se estima que las aprobadas no se adecuan a las necesidades del discapacitado o mayor) cabe acudir a la vía judicial por los cauces del juicio ordinario (art. 249.1.8.º de la LEC, como reserva por razón de la materia) (84). Entiende LOSCERTALES, además, que las personas afectadas sólo podrán exigir las obras *a través del propietario* (85), siendo éste por lo tanto el que ostenta la legitimación activa, «debiendo contar con los plazos que establece el artículo 18 LPH si la acción es consecuencia de una impugnación de Junta» (86). No bastará impugnar el acuerdo de no actuar adoptado por la Junta, o el acuerdo de realizar obras pero en forma distinta de la solicitada por el propietario legitimado, sino que habrá que solicitar una explícita condena judicial a la realización de las obras, por darse las circunstancias del artículo 10.2. Así, por ejemplo, aunque se declarase nulo el acuerdo de no actuar, no se alcanzaría la finalidad pretendida de que la comunidad lleve a cabo las obras si no se solicitase la condena expresa en tal sentido (87). No obstante, si hay acuerdo de no actuar tampoco es imprescindible impugnarlo. Cabe simplemente pedir la condena a la realización de las obras.

Pero el acuerdo de actuar puede ser impugnado por los disidentes, ausentes y los que hayan sido indebidamente privados del derecho de voto en los casos del artículo 18, o por incumplimiento de los límites o de los presupues-

cusión...», *op. cit.*, pág. 1598. DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, «La ley...», *op. cit.*, pág. 80.

(83) La diferencia, pues, entre una y otra clase de obras, radicaría no tanto en la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo como en el hecho de que las obligatorias son exigibles por vía judicial, pudiendo ser impuestas contra la voluntad de la Comunidad.

(84) Cfr. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 152. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, 7.^a ed., págs. 142 y 143.

(85) LOSCERTALES FUERTES, *Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Sepín, enero de 2004 (citado por FUENTES LOJO, Apéndice a la obra «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 200).

(86) LOSCERTALES FUERTES, «Reforma...», *op. cit.*, pág. 24.

(87) Cfr. GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 102.

tos legales a legitimar las obras, pudiendo solicitarse, al mismo tiempo, la paralización de las mismas (87bis).

Según RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT también podría seguirse el procedimiento regulado en la Ley 15/1995, «obviando aquellos extremos que no puedan ser de aplicación en sede de LPH» (88) (88bis).

1.1.2.1. El pago de las obras de accesibilidad y las garantías del crédito comunitario. El artículo 10.5 LPH

Del artículo 10.5 deducen GARCÍA-CHAMÓN y PÉREZ SERRA la obligatoriedad en el pago a todos los comuneros, dándose las circunstancias del 10.2 (89). Dicho pago se rige por lo dispuesto en el artículo 9.1.e) LPH (90). Esto es, entendemos nosotros, a tenor de lo establecido en el título constitutivo (Estatutos art. 5.3.º) o de lo especialmente acordado por unanimidad para el caso, y en defecto de ambas cosas, a tenor de la cuota señalada a cada piso [art. 3.b).2), 5.3 y 9.1.e)]. Salvo que haya unanimidad no cabe que un gasto, aunque sea atípico, como éste (es decir, sea un gasto extraordinario distinto de los que corrientemente ha de atender la comunidad), haya obligación de atenderlo a tenor de cuotas distintas de las establecidas en el título constitutivo (STS de 3 de mayo de 1977) (91) (92).

(87bis) IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, Ramón, «Iniciativa...», *op. cit.*, pág. 16.

(88) RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 94. Hay que tener presente que no existe acuerdo unánime sobre cuál sea el proceso de la Ley 15/1995, a la vista del artículo 6 de la misma y del artículo 249.1.8.ª de la LEC. La editorial SEPÍN en su Boletín electrónico de febrero de 2007 publica una encuesta al respecto con los siguientes resultados: cinco de los encuestados entiende que es el juicio verbal. Dos de los encuestados entiende que es el juicio ordinario, y uno entiende que es el juicio declarativo por razón de la cuantía.

(88bis) Aunque hemos dicho que lo normal será que el propietario legitimado para instar la ejecución de las obras se dirija a la Comunidad para que ésta se pronuncie en Junta, si existieran circunstancias que lo justificasen, podría acudir directamente a los Tribunales, ya que el derecho a la realización de las obras nace *ex lege*, artículo 10.2, no de acuerdo alguno.

(89) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, págs. 149 y 150.

(90) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS, «Curso de Derecho Civil...», *op. cit.*, pág. 228.

(91) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III. *Derecho de bienes*, 9.ª ed., puesta al día con la colaboración de José Manuel GONZÁLEZ PORRAS. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002, pág. 422.

(92) DOMÍNGUEZ LUELMO dice simplemente que los gastos que generen las obras de accesibilidad deben ser costeados por todos los propietarios con arreglo a su cuota de participación (DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 7). Sin embargo, tal afirmación debe ser completada en el sentido en que lo hacemos en el cuerpo del escrito.

La obligación de pago incumbe personalmente a quien sea propietario del piso o local cuando tal obligación vence según el acuerdo de la Junta [arg. arts. 9.1.i) II, 11.5 y 21.1 y STS de 6 de junio de 1968] (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS).

«El artículo 10.5 se limita a sancionar la *afección* del piso o local, sin embargo es opinión común en la doctrina la que consiste en entender que el *crédito* derivado de la realización de las obras necesarias *goza también de la preferencia ex artículo 9.1.e LPH*, por todos, GUILARTE GUTIÉRREZ» (93).

De modo que el crédito de la Comunidad, derivado de la realización de las obras de accesibilidad, goza de las siguientes garantías:

«1.^a El crédito de la Comunidad, en la parte vencida imputable a la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior, tiene la condición de preferente “a efectos del artículo 1.923 del Código Civil” (es decir, sobre el piso o local correspondiente), y *precede a todo otro crédito, contratado frente al propietario del piso o local, con excepción de la hipoteca legal tácita por contribuciones, de la hipoteca legal tácita en favor de los aseguradores y de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores* (94) [art. 9.1.e) II en relación con el 1.923 del Código Civil].

2.^a *La vivienda o local, cuando pase a un tercer adquirente* —incluso aunque inscriba su título de adquisición (cfr. art. 34 LH)—, *responde del crédito de la comunidad* por la parte vencida de «la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición» y del «año natural inmediatamente anterior» (95).

(93) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS, «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 229. FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Tomo I, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, pág. 373. Vid. GUILARTE ZAPATER, Vicente y cols., *La reforma de la propiedad horizontal*. Editorial Lex Nova, 1999, pág. 237.

(94) La preferencia no requiere de anotación. «El crédito de la comunidad es crédito preferente... frente a las hipotecas expresas y frente a los embargos y aunque en el Registro no haya constancia *específica* de esta carga real en favor de la comunidad. “Inscrito el régimen de propiedad horizontal, consta ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación, la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso” (Resolución de 15 de enero de 1997). Pero según la Dirección General no podrá consignarse la anotación de la demanda o la efectividad de la preferencia, si no se ha entablado la demanda contra los titulares, ya inscritos, de las cargas que hayan de postergarse (Resoluciones de 15 de enero y 15 de marzo de 1997, 26 de diciembre de 1999 y 4 de enero de 2000)...» La preferencia ante otros acreedores se hará valer por el juicio de tercería de mejor derecho (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., Tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, nota 52, pág. 547. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 126).

(95) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal...*, 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 145. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Derechos reales», *op. cit.*, pág. 547. «En esta medida queda modalizado, en caso de transmitirse la vivienda o local, el régimen general. La regla

Como LOSCERTALES FUERTES afirma que en el artículo 10.5 se equiparan los gastos de accesibilidad con los demás de la Comunidad, remitiéndose al artículo 9.1.e) (96), también será de aplicación a los créditos derivados de las obras de accesibilidad lo dispuesto en el artículo 9.1.i) II sobre responsabilidad solidaria del transmitente en caso de incumplir la obligación de comunicar la transmisión y en el artículo 9.1.e) IV sobre la escritura de compra-venta y certificado de deudas.

Según el artículo 10.5, como hemos dicho, la obligación de pago recae sobre la Comunidad. Si la obra redunda en beneficio de toda la Comunidad, es lógico y de justicia que todos los comuneros afronten el gasto. Pero si la obra redunda sólo en beneficio del propio discapacitado o anciano, por ejemplo, se trata de un elevador de silla de ruedas, entonces, cabe preguntarse, ¿por qué el legislador establece que el coste de las obras recaiga en la Comunidad? ¿Por qué obliga el legislador a pagar la obra a alguien que puede ganar mucho menos que el discapacitado o anciano? Podría darse el caso, por ejemplo, de que el discapacitado o anciano ganase cinco veces el salario mínimo interprofesional y sus vecinos dos o tres veces. ¿No deberían correr, entonces, las obras de cuenta de las Administraciones Públicas? A nuestro juicio, si las obras sólo benefician, en principio (decimos «en principio» porque potencialmente pueden beneficiar a todos, pero atendemos a la realidad del momento presente) al discapacitado o anciano deberían ser las Administraciones Públicas quienes corriesen con el gasto en su totalidad. En este sentido el artículo 55 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, dispone que los Entes Públicos fomentarán la adaptación de los inmuebles de titularidad privada mediante el establecimiento de ayudas, exenciones y subvenciones (97) (98). El legislador debería reflexionar al respecto.

es que cuando un propietario transmite la propiedad sobre su piso o local no se transmiten con ella, por eso sólo, las obligaciones de contribución a los gastos comunitarios ya vencidas (cfr. arts. 1.205 CC y 3 *fine* LPH). El adquirente del piso o local no pasa a ser *deudor* de las deudas impagadas. Pero sí pasa a *responder* «con el propio inmueble» y sólo de ciertas deudas que siguen siendo *deudas ajenas*. Por tanto, una vez pagadas por el adquirente, éste podrá repercutirlas contra el transmitente, salvo que entre ellos se hubiere pactado otra cosa (*op. cit.*, pág. 548).

(96) El autor llega a afirmar: «este apartado, como ya he tenido ocasión de manifestar en muchas ocasiones, es una *reiteración* carente de eficacia alguna, *pues no hay la menor duda de que los gastos que lleven consigo las obras que tenga obligación de realizar la Comunidad, son generales del inmueble y obviamente todos los propietarios deben participar en los mismos*» (LOSCERTALES FUERTES, «Reforma de la Ley...», *op. cit.*, pág. 23).

(97) TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 54.

(98) En todo caso deberán tenerse en cuenta las que puedan existir.

1.1.2.2. Límites del derecho a la realización de obras de accesibilidad a cargo de la Comunidad

El derecho a la realización de obras de accesibilidad a cargo de la Comunidad, que tienen los discapacitados y mayores en quienes concurren los requisitos del artículo 10.2 LPH antes expuestos, es un derecho limitado. Para que el acuerdo de la Junta por el que se decide la ejecución de las obras en cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 10.2 LPH no estuviese viciado de nulidad radical o anulabilidad, según los casos, sería necesario que respetase, por lo menos, los extremos que exponemos a continuación. Igualmente, las obras cuya ejecución forzosa solicite el propietario legitimado por vía judicial, deberán respetar, por lo menos, los extremos siguientes:

1.º Una relación de proporcionalidad entre las obras que se vayan a acometer y la causa que las motiva. Dicha proporcionalidad vendría exigida por el artículo 10.2 de la LPH al señalar que las obras deben ser tanto *necesarias* como *adecuadas a la discapacidad padecida*. De modo que un acuerdo que *aprobase obras desproporcionadas (no razonables) podría ser considerado contrario a la LPH y por lo tanto, impugnabile* (99).

2.º Como señala FUENTES LOJO, si bien él se refiere a las innovaciones, han de considerarse prohibidas las obras que afecten a la seguridad, solidez y salubridad del edificio. Esta prohibición, predicable de cualquier obra comunitaria, tiene su apoyo legal en el artículo 3.1.b.1) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según el cual «con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, *mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes*:

... B) *Relativos a la seguridad*:

B.1) Seguridad estructural, de tal forma que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, *y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio*». Si el edificio ha de conservarse de forma que quede garantizada la seguridad estructural es claro que para la ley son inviables acuerdos de ejecución de obras que afecten a tal seguridad. Un acuerdo de tales características sería nulo de pleno derecho, según la distinción que establece LOSCERTALES entre acuerdos nulos y anulables (100).

(99) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 7.ª ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005, págs. 267 y 268.

(100) Según este autor, son nulos los acuerdos contrarios a Leyes imperativas diversas de la LPH. Mientras que serían anulables los contrarios a la LPH y demás subsumibles en las letras a), b) y c) del artículo 18 de la LPH.

Las obras deberán respetar también los demás requisitos básicos señalados en el artículo 3 de la Ley 38/1999. Así no podrán realizarse obras de adaptación que afecten a la seguridad en caso de incendio.

3.º Los límites impuestos a las obras de accesibilidad que corren por cuenta del solicitante, según la Ley 15/1995, de 30 de mayo, serían predicables de las obras que corren por cuenta de la comunidad, según el nuevo artículo 10.2 LPH. Ello es así porque existe una relación de analogía entre unas y otras obras (101). De manera que los acuerdos o las obras que pretendan dar cumplimiento al artículo 10.2 LPH no deberán menoscabar la resistencia de los materiales empleados en la construcción [límite que podría quizá considerarse incluido en el art. 3.1.b.1) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre] y ser razonablemente compatibles con las *características arquitectónicas e históricas* del edificio (con su configuración). Por ejemplo, las obras deben preservar los valores de los edificios o los inmuebles que hayan sido declarados bienes de interés cultural o hayan sido incluidos en los catálogos municipales de edificios de valor histórico-artístico. En cuanto al límite de no afectar las obras a la estructura o fábrica del edificio pensamos que no rige, siempre que se respeten los límites indicados respecto de la seguridad estructural y que el cambio de estructuras *no sea sustancial*. Así por ejemplo, que podrá ampliarse la puerta del portal aunque ello afecte a la fachada (que es elemento estructural). Es interesante la respuesta que la revista *SEPÍN* da a una consulta efectuada a la misma (SP/CONS/48121) (102), pues entiende aplicables al caso del artículo 10.2 LPH los límites que señala a las obras de adaptación la Ley 15/1995. «Ahora bien —dice— según dispone igualmente la Ley 15/1995, las obras tienen que ser *viabiles*, pues no se puede obligar al resto a que *acepte un perjuicio real para los demás* o un *cambio sustancial de estructuras...*» (cursiva nuestra). Es decir, un cambio sustancial de estruc-

(101) La analogía es la extensión y aplicación material de una ley establecida para una clase de hechos, a un caso semejante, pero distinto, que carece de norma jurídica. El fundamento de la analogía como instrumento de integración jurídica es objetivo: consiste precisamente en la *semejanza real* que existe entre los casos regulados por la ley y el caso que carece de ella (de ley). Para que proceda la aplicación analógica de una ley, entre el supuesto contemplado por la ley y el no contemplado han de existir diferencias en los elementos accesorios y accidentales, *pero no en los elementos esenciales*. En algo han de ser distintos los supuestos (en lo accidental) pero al mismo tiempo algo han de tener en común (*sus elementos esenciales*). Esta relación de semejanza real (entitativa, en el ser de las cosas, no imaginaria) entre ambos supuestos permite atribuir a ambos la misma regulación. En el caso que estudiamos existe semejanza real entre las obras contempladas por la Ley 15/1995 y las reguladas por la LPH, artículo 10.2. En ambos casos se trata de obras de adecuación de elementos comunes para salvar barreras arquitectónicas (elementos esenciales) si bien existen diferencias en lo accidental (en un caso se realizan por cuenta y a costa del solicitante; en el otro por cuenta y a costa de la comunidad). Dada la semejanza real entre unas y otras obras es posible aplicar los límites del artículo 3.1.b) de la Ley 15/1995 a las obras del artículo 10.2 LPH.

(102) REVISTA JURÍDICA SEPÍN, septiembre de 2006, núm. 272, pág. 71.

turas sólo podrá realizarse al amparo de un acuerdo unánime, no pudiendo imponer los Tribunales obras que impliquen tal cambio.

4.º Con arreglo a la Ley 49/1960, de 21 de julio, la realización de obras de accesibilidad sobre los elementos comunes requería el consentimiento de la totalidad de los propietarios (pues tales obras suponían una afectación del título constitutivo de la propia comunidad, y toda modificación de éste exigía unanimidad). Ahora bien, «en la práctica...[los] tribunales... venían admitiendo una interpretación flexible de dicha unanimidad, en especial cuando las obras eran *proporcionadas, justificadas y no causaban perjuicio colectivo notorio* (SSTS de 14 de julio de 1992, 13 de julio de 1994; y sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de julio de 1992 y de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994) (103). Esos mismos requisitos que entonces se exigían para flexibilizar la regla de la unanimidad, y admitir la realización de obras de accesibilidad, son hoy de necesaria concurrencia para que las obras revisitan el carácter de obligatorias para la comunidad de propietarios con arreglo al artículo 10 LPH [arg., ex art. 10.2 LPH y 18.1.b)].

5.º Para que las obras sean obligatorias será preciso que el edificio tenga vida útil considerable.

6.º Los acuerdos no podrán ser ni contrarios a la Ley (de Propiedad Horizontal u otra Ley imperativa) ni a los Estatutos; ni resultar gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios; ni haberse adoptado con abuso de derecho; ni suponer un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo.

Si el acuerdo supone hacer inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, será necesario obtener el consentimiento expreso de éste (art. 11.4 LPH). De lo contrario, podría considerarse, según los casos, que estamos ante un acuerdo que supone un grave perjuicio para un propietario que no tiene obligación jurídica de soportarlo (104).

7.º Los límites derivados de la razonabilidad de las obras y del sentido común.

(103) Cfr. Tuset del Pino, Pedro, «Nuevas obligaciones...», *op. cit.*, págs. 33 y 34.

(104) En cuanto a la constitución de servidumbres, en caso de obras de accesibilidad, pueden plantearse dos cuestiones que simplemente apuntamos. La primera, si cabe, constituir tales servidumbres como consecuencia de obras *obligatorias* de accesibilidad. La segunda, si el comunero está obligado a permitir en su vivienda o local la imposición de servidumbres para el interés *particular de una o varias personas discapacitadas o mayores*, dado que el artículo 9.1.c) habla de permitir en el piso o local las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes *de interés general* (cfr. Rodríguez-Loras Dealbert, «La accesibilidad...», *op. cit.*, págs. 288 y 289).

III. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 11, 17 Y 12 LPH

1. OBRAS NECESARIAS, MEJORAS EXIGIBLES Y NO EXIGIBLES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD O SIMPLEMENTE OBRAS OBLIGATORIAS Y NO OBLIGATORIAS

A raíz de la reforma operada por la Ley 51/2003, se incorporó al artículo 11.1 una mención a la accesibilidad. Nos planteamos ahora si tal cosa constituyó o no un acierto y qué alcance hay que dar a dicha mención.

Lo primero que hay que destacar es que, parecería, de acuerdo con el artículo 11.1 *a contrario sensu*, que cualquier propietario podría exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras *requeridos para la adecuada accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características, o sea, según su categoría, clase o condición* (105). Así parecería entender el artículo 11.1, MAGRO SERVET (106). Esta interpretación, acorde con la literalidad del precepto, desvincula la accesibilidad de la existencia de personas discapacitadas para vincularla simplemente a los datos objetivos de la categoría del inmueble. Junto a dichas mejoras necesarias o exigibles existirían mejoras innecesarias o no exigibles o de mero lujo, para la accesibilidad del inmueble. ¿Responde esta interpretación a la mente del legislador y por lo tanto al verdadero sentido de la reforma introducida por la Ley 51/2003?

A esta pregunta hay que responder claramente que no. La *ratio* de aquella reforma es *hacer accesibles* los edificios ya construidos, y practicables para todo ciudadano medio, *a las personas discapacitadas*. De ahí que *toda obra de accesibilidad deba realizarse*, en el espíritu de la Ley 51/2003, *en aten-*

(105) El artículo 10 LPH, en su redacción originaria, se refería en este punto al «rango del inmueble» [«Aunque la doctrina en un principio entendió que el rango tenía relación con las condiciones económicas de los ocupantes del inmueble, posteriormente se pasó a un concepto más objetivo, en el sentido de «categoría, clase o condición» del inmueble» (nota 12)], expresión sustituida ahora en el artículo 11 por la de «naturaleza y características del inmueble», poniéndose con ello de relieve que la cuestión nada tiene que ver con los recursos económicos de los propietarios, sino con datos objetivos [«No obstante en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de abril de 1993 (AC 1993/481) tuvo en cuenta criterios subjetivos y objetivos, al tomar en consideración la situación geográfica del edificio dentro de la ciudad, el nivel de las personas que integran la comunidad de propietarios (médicos y abogados), así como el de las comunidades contiguas y las posibilidades de robos, roturas, incendios, etc.» (nota 13)] (DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004, pág. 6). Esta posición de la sentencia es la que nos parece más acertada.

(106) «En el artículo 11 —dice el autor— se modifica la redacción del apartado 1.^o para incluir la referencia a la accesibilidad como concepto a tener en cuenta para admitir la exigencia de nuevas instalaciones, servicios o mejoras *por los propietarios* [parece que por cualquier propietario] *siempre que sean necesarias para conservar el inmueble con arreglo a los progresivos adelantos de la tecnología que sean de uso más frecuente en casos similares*». MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, págs. 154 y 159.

ción a las deficiencias físicas que presenta una persona, deficiencias que le dificultan el acceso y la movilidad por el interior del edificio en régimen de propiedad horizontal. En otros términos, toda obra de accesibilidad se vincula en la reforma a facilitar la movilidad de personas con dificultades; no existen obras de accesibilidad desvinculadas de ese dato subjetivo y asociadas al dato objetivo de la categoría del inmueble. Es por este motivo que no es posible incardinar la referencia a la accesibilidad en el artículo 11.1 de la LPH en el esquema de mejoras exigibles y no exigibles *para el mantenimiento del rango del inmueble.*

Pedro DE PABLO CONTRERAS hace una interpretación del artículo 11.1 incardinándolo en el esquema de mejoras exigibles y no exigibles, si bien vincula la accesibilidad no sólo a la categoría del inmueble sino a la existencia de discapacitados. La determinación de si se requiere o no la innovación —afirma— «habrá de pasar por una valoración particularizada de la naturaleza y características del inmueble en cuestión —y también subjetiva de la persona afectada en los casos de accesibilidad—» (107). Para este autor las obras de accesibilidad que exceden de lo previsto en el artículo 10.2 LPH están sometidas al régimen del artículo 11 LPH, y por lo tanto, de innovaciones necesarias e innecesarias, si bien en parte difieren del régimen general. «...La diversidad obedece a que, conforme al artículo 11.3, la comunidad resulta obligada en todo caso [sea la innovación exigible o no] al pago de los gastos derivados de la realización de obras de accesibilidad “aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos de comunidad”» (108).

¿Es acertada la interpretación de Pedro DE PABLO CONTRERAS? Entendemos que no. Si bien la disparidad doctrinal es máxima en cuanto a la interpretación de los artículos reformados por la Ley 51/2003, y al menos cuatro autores [MORAGUES VIDAL (109), SEOANE PRADO (110), Pedro DE PABLO CONTRERAS Y MAGRO SERVET] distinguen dentro de las obras no obligatorias entre mejoras necesarias e innecesarias, la mayor parte de la doctrina [ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio (111); LÓPEZ ORELLANA, Manuel José (112); RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo (113); DE LA HOZ DE LA ESCALERA, Javier (114); MOS-

(107) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de Derecho Civil*, vol. III, *op. cit.*, pág. 229.

(108) *Op. cit.*, págs. 229 y 230. En el régimen común de mejoras necesarias y de mero lujo, apreciación que corresponde realizar a la Junta de Propietarios, las primeras obligan a todos los comuneros, pero las segundas no obligan a los disidentes. Artículo 11.2.

(109) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924 (pág. 8).

(110) *Op. cit.*, pág. 10.

(111) *Op. cit.*, pág. 4.

(112) *Op. cit.*, pág. 7.

(113) *Op. cit.*, pág. 10.

(114) *Op. cit.*, pág. 5.

COSO TORRES, Pablo (115); LOSCERTALES FUERTES, Daniel y SEPÍN (116)] simplemente distingue entre obras obligatorias (las del art. 10.2) y obras no obligatorias, no incardinando las obras de accesibilidad en el esquema de mejoras exigibles y no exigibles. Tampoco lo hace la propia Exposición de Motivos de la Ley 51/2003 (117). En tal sentido entendemos desafortunada la referencia que a la accesibilidad se ha hecho en el artículo 11.1 de la LPH, probablemente por un mero mimetismo con el artículo 10.1, habiendo sido suficiente al respecto incluir el artículo 11.3 en relación con el 10.2 (acuerdos sobre obras de accesibilidad no obligatorias).

2. ¿EXISTE UNA NOCIÓN ÚNICA DE MEDIDAS DE ACCESIBILIDAD?

En este estudio de la interpretación sistemática de los artículos 11, 17 y 12 LPH, cabe plantearse si existe o no una noción única de medidas de accesibilidad. Los artículos 10 y 11.3 hablan de *obras de accesibilidad*, mientras que el 17.1.^a 3.º LPH habla de *supresión de barreras arquitectónicas*. ¿Estamos ante términos sinónimos, o la diferenciación de términos entre el artículo 11 y el 17.1.^a 3.º LPH, incide en la aplicación de dichos preceptos?

Para CARRERAS MARAÑA los términos son distintos y determinan la aplicación de un régimen jurídico distinto. «Pese a ser farragosa tanto desde el punto de vista legislativo como jurídico, la nueva redacción dada al artículo 11 y 17 LPH, podemos distinguir —afirma— la aplicación de uno y otro precepto y los conceptos de accesibilidad y barreras arquitectónicas:

- Se aplicará el artículo 11 en relación con el 10 y el concepto de accesibilidad cuando lo discutido en Junta o en el proceso sea *realizar obras inexistentes anteriormente*, exigidas por la necesidad de favorecer o permitir la entrada, salida o uso interior adecuado del edificio y por vivir en el mismo, por trabajar o por prestar sus servicios *personas con discapacidad o mayores de setenta años*. [Nótese que entiende incluido en el art. 11 a los mayores.] Así, cuando se trate de instalar rampas de acceso, elevadores mecánicos de sillas de ruedas, barandillas, ascensores,... [En este caso, dice, basta la mayoría del art. 17.3.^a].
- Se aplicará el artículo 17 cuando se trate de *suprimir barreras u obstáculos ya existentes* en el inmueble que impidan o dificulten la

(115) *Op. cit.*, pág. 9.

(116) SP/CONS/47488 (julio-agosto de 2006). Obras en beneficio de minusválidos.

(117) «La Disposición Adicional tercera modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, para obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad, y con el límite de que tales no excedan del importe de tres mensualidades; en caso contrario, únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente».

entrada, salida, uso o movilidad de *personas con minusvalía*. Así eliminar escaleras, escalones, rampas demasiado estrechas, ascensores demasiado pequeños o cualquier otro elemento arquitectónico. [En este caso se exige la mayoría cualificada del art. 17.1.ª 3.º] (118).

Sin embargo, lo que determina verdaderamente la aplicación de uno u otro régimen jurídico no debe ser tanto la naturaleza de la obra realizada (poner algo inexistente o eliminar algo existente) como la *trascendencia* que para el conjunto del inmueble tiene dicha obra.

De ahí que sea más acertada la posición de RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, quien declara: «no aprecio donde pueda residir la diferencia entre supresión de barreras arquitectónicas y obras de accesibilidad, *porque se defina en positivo o negativo, lo que se pretende es facilitar la utilización y acceso de la vivienda por personas discapacitadas*» (119). E igualmente, la de LOSCERTALES FUERTES, quien considera que la denominación de una u otra forma no tiene nada que ver con la aplicación legal (120). En otra obra se pregunta dónde está la diferencia entre uno y otro concepto, y afirma: «Los conceptos en su amplia acepción, son iguales, y conducen a la misma finalidad, es decir, facilitar el acceso a los discapacitados»... (121)

Así, pues, forzoso es concluir que existe una noción única de medidas de accesibilidad.

3. RELACIONES ENTRE EL ARTÍCULO 11.3 Y EL ARTÍCULO 17.1.ª 3.º LPH

Según dijimos antes, junto a las obras obligatorias del artículo 10.2, la reforma contempla la posibilidad de que la Comunidad acuerde llevar a cabo obras de accesibilidad cuyo coste sea superior a tres mensualidades ordinarias de gastos comunes. Ahora bien, existen dos artículos que hacen referencia a dichas obras, el artículo 11.3 que habla de la adopción válida de acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, sin señalar a qué mayoría ha de sujetarse tal acuerdo, y el artículo 17.1.ª 3.º que señala que la supresión de barreras arquitectónicas podrá realizarse por mayoría cualificada. A aclarar las relaciones entre los dichos preceptos dedicamos los epígrafes siguientes.

(118) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 5.

(119) *Op. cit.*, pág. 10.

(120) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, 7.ª ed., pág. 249.

(121) LOSCERTALES FUERTES, «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 23.

3.1. *¿La regla del artículo 17.1.ª 3.º LPH, es una regla para todo acuerdo de supresión de barreras arquitectónicas o simplemente es una excepción a la regla de la unanimidad?*

El artículo 17.1.ª 3.º dispone lo siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Del tenor literal del precepto parecería desprenderse inicialmente que *en todo caso, supongan las obras de accesibilidad modificación del Título constitutivo o de los Estatutos o no*, el acuerdo de llevarlas a cabo deberá sujetarse a la mayoría cualificada que prevé este precepto (122). Así dice DE LA HOZ DE LA ESCALERA, «De una lectura aislada del artículo 17.1.ª 3.º se deduciría que *es preciso “en todo caso” el quorum allí exigido* especialmente por la confusión que introduce la expresión “incluso cuando impliquen”» (123).

Sin embargo, según una interpretación sistemática y más profunda, el artículo 17.1.ª 3.º estaría estableciendo una excepción a la regla general de la unanimidad (17.1.ª 1.º) para el caso de que la obra suponga modificación del Título Constitutivo o de los Estatutos. En este sentido dice LLAMAS POMBO que la *ratio* de esta novedad legislativa, respecto del texto de 1960, estriba en suavizar la rígida unanimidad para acuerdos que, a juicio del legislador merecen ese tratamiento de favor, *aunque* supongan modificación del Título o los Estatutos; y no en endurecer la regla general de la mayoría simple (art. 17.3.ª) aplicable a cualquier acuerdo, *cuando* el mismo no conlleve dicha modificación (124). En el mismo sentido, CARRASCO PERERA manifiesta: «*es absurdo* que para la realización de obras en elementos comunes, distintas de las de supresión de barreras arquitectónicas, y que no sean (...) “alteraciones” del artículo 12 (y, por ello, modificación del título constitutivo) baste la mayoría simple de asistentes en segunda convocatoria, y para la realización de obras cualificadas por la supresión de barreras se requiera *en todo caso* la mayoría de votos totales y de cuotas totales, *aunque no afecten al título o a los estatutos*. Por eso, la norma de la regla 1.ª debe interpretarse en el sentido dicho: la mayoría cualificada *sólo es exigible cuan-*

(122) Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17», en CUADRADO IGLESIAS, Manuel (Coord.), *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad horizontal. Ley 8/1999, de 6 de abril*, Dykinson, 2000, págs. 545 y 546.

(123) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo, 2004. SP/DOCT/1924, pág. 5.

(124) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17», *op. cit.*, págs. 545 y 546.

do implica modificación del título constitutivo o de los estatutos”» (125). En la misma línea de estos autores DE PABLO CONTRERAS (126), GARAY y GARAY (127), FUENTES LOJO (128), DE LA HOZ DE LA ESCALERA (129) y MOSCOSO TORRES (130). Estos dos últimos autores atribuyen al legislador una redacción defectuosa del precepto. En concreto, dice MOSCOSO TORRES que «estamos ante una defectuosa redacción del precepto, pues interpretando éste de forma sistemática, claramente se llega a la conclusión de que dicho párrafo sólo tiene sentido para el supuesto de que la supresión de barreras suponga modificación del Título Constitutivo o de los Estatutos y no para los demás».

3.2. Posiciones doctrinales acerca de las relaciones entre el artículo 11 y el 17.1.^a3.º LPH

3.2.1. El acuerdo del 11.3 requiere la mayoría del artículo 17.1.^a3.º

Es la opinión de ILLESCAS RUS y GARAY y GARAY (131).

Para ILLESCAS RUS, los artículos 11 y 17 no regulan casos diferentes. El autor distingue simplemente, como hacemos nosotros, entre obras que no exceden del límite cuantitativo de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes y obras que sí exceden de tal límite. A estas obras se refiere el artículo 11. «Este precepto —dice— contempla las consecuencias que apareja para la Comunidad (apdo. 3), los comuneros que hayan postulado y secundado su adopción (apdo. 5) y para los disidentes (apdo. 2), el acuerdo eventualmente favorable [a la realización de tales obras] e impone el consentimiento expreso del o de los propietarios que puedan verse privados del uso y disfrute de alguna parte del edificio (apdo. 4). Pero no establece todos los requisitos —en especial, el del *quórum*— para la adopción válida de ese acuerdo. El *quórum* que es único, se contempla en el artículo 17, regla 1.^a...» (132). Más adelante señala: «se precisa en todo caso el voto favorable de la mayoría de propietarios y de

(125) Citado por LLAMAS POMBO (LLAMAS POMBO, Eugenio, *Comentario al artículo 17*, pág. 546, nota 97).

(126) DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS. *Curso de Derecho Civil*, vol. III, *op. cit.*, pág. 220.

(127) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, págs. 92 y 100.

(128) FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios...*, Tomo I, pág. 410.

(129) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 5.

(130) *Op. cit.*, pág. 9.

(131) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 70.

(132) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 6.

porcentajes, y ello tanto si afecta o no al Título Constitutivo o a los Estatutos, cuanto que sea la convocatoria —1.ª o 2.ª— en que se adopte el acuerdo. De donde concluimos que nunca puede acudirse al régimen del artículo 17.3.ª y que ha de notificarse el acuerdo favorable a los propietarios ausentes de la Junta a fin de que puedan, de convenirles, manifestar su discrepancia dentro de los treinta días siguientes a la recepción y quedar exonerados de contribuir a la obra o instalación de que se trate» (133).

Junto a los dos autores antedichos, cabe añadir a Catalina MORAGUES VIDAL (134).

Frente a esta opinión cabe argumentar lo expuesto en el epígrafe III.3.1.

3.2.2. Los artículos 11.3 y 17.1.ª3.º son dos supuestos diferenciados, radiando la diferencia en la mayoría exigible en cada uno

Así lo entienden ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio (135); LÓPEZ ORELLANA, Manuel José (136); RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo (137); DE LA HOZ DE LA ESCALERA, Javier (138); MOSCOSO TORRES, Pablo (139); SEOANE PRADO, Javier (140); LOSCERTALES FUERTES, FUENTES LOJO, GÓMEZ CALLE (141) y SE-

(133) *Op. cit.*, págs. 6 y 7.

(134) Si bien distingue entre obras e instalaciones necesarias cuyo importe exceda de las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes; obras consistentes en nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada accesibilidad del inmueble, aunque su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes; y obras o establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas, aún cuando impliquen modificación del Título Constitutivo o de los Estatutos, exige para todas ellas la mayoría del artículo 17.1.ª3.º (ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 8).

(135) Dice este autor que la Ley 51/2003 también modifica el artículo 17.1.3.º añadiendo en su inicio «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta Ley», por lo que resulta evidente que se trata de supuestos diferenciados. Si hay modificación del Título o de los Estatutos procede aplicar el artículo 17.1.ª3.º; si no lo hay, cabe adoptar acuerdos por el artículo 11 en relación con 17.3.ª (ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 4).

(136) *Op. cit.*, pág. 7.

(137) La mayoría del artículo 17.1.ª3.º debe ser necesaria en casos de modificación del Título o de los Estatutos. ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 10.

(138) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 5.

(139) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 9.

(140) Distingue entre obras exigibles a la Comunidad y no exigibles. Respecto de éstas dice que si el pago de las obras no exigibles quiere ser impuesto a todos los comuneros o las obras afectan al Título Constitutivo, no se exige la unanimidad como se impondría a falta de salvedad legal, sino que basta la mayoría cualificada de 3/5. En los restantes casos basta mayoría simple (art. 17.3.ª en relación con el 11.2.º).

(141) GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal», en ADC. enero-marzo de 2004, pág. 125.

pín (142). Es decir, y generalizando, a partir de lo que en particular afirma cada uno de estos autores, si la supresión de barreras arquitectónicas afecta al Título Constitutivo o a los Estatutos; supone la creación de otros servicios generales en la finca (como ascensor, por ejemplo); o el pago se quiere imponer a todos los comuneros (143), se requerirá la mayoría cualificada del artículo 17.1.^a 3.º. En otro caso cabe adoptar el acuerdo por la vía del artículo 11.3 en relación con el 17.3.^a LPH (mayoría simple).

Destacamos de entre las opiniones de los autores mencionados la de LOSCERTALES FUERTES. Para este abogado cabe clasificar las obras de accesibilidad en obligatorias (art. 10.2) y no obligatorias. Dentro de éstas, a su vez, cabe distinguir entre *obras normales*, que no suponen modificación del Título Constitutivo (las del art. 11.3 en relación con el art. 17.3.^a LPH) y *obras que suponen modificación del Título, por suponer el establecimiento de nuevos servicios generales o tratarse de obras de gran trascendencia* (las del art. 17.1.^a 3.º LPH). *También se rigen por el artículo 17.1.^a 3.º LPH las obras que conllevan la creación de una servidumbre* (144), *dado que ésta no puede imponerse por la vía del artículo 11 [art. 9.1.c) en relación con el art. 17]*. Estas obras del artículo 17.1.^a 3.º tienen dos límites fundamentales: que la obra no suponga un grave detrimento para otros elementos comunes y que la obra no suponga perjuicios directos hacia el resto de los propietarios. En tales casos se requiere la unanimidad (art. 12 LPH) o por lo menos, en el segundo caso, conformidad de los perjudicados. De no respetarse tales límites, el acuerdo sería impugnabile.

Según LOSCERTALES FUERTES no pueden regirse por la norma del artículo 17.1.^a las obras *normales*, ya que ello dejaría sin efecto el actual artículo 11. *El artículo 11.3 en relación con el artículo 17.3.^a* es el que —en su opinión— deben utilizar las comunidades que tengan interés en favorecer a los propietarios discapacitados o a los minusválidos que con ellos vivan. La diferencia a favor de los discapacitados sería que *aunque alguien votase en contra y mostrase su discrepancia por la obra o por el*

(142) SP/CONS/47488 (julio-agosto de 2006). Obras en beneficio de minusválidos.

«Si el propietario o personas que residan en la casa y que se enumeran en el artículo 10.2 de la LPH necesitan que se hagan obras necesarias para adaptar el portal al acceso del minusválido, la Comunidad está obligada a llevarlas a cabo, siempre y cuando no excedan de tres mensualidades ordinarias, conforme a lo que establece el citado precepto, es decir, no cabe la negativa.

Si dichas obras superan el límite económico antes mencionado, la Comunidad, por medio de Junta, podrá tomar la decisión favorable, siendo suficiente la mayoría simple del artículo 17, regla 3.ª, para obras normales, que no suponen modificación del Título, o bien crear otros servicios generales en la finca, por ejemplo, ascensor, en cuyo caso habría que aplicar el artículo 17, regla 1.ª, con exigencia de mayoría cualificada del total de propietarios».

(143) Sobre la imposición de pago a todos los comuneros, vid. epígrafes III.4 y III.6.

(144) Entiéndase, para la instalación de ascensor. Vid., epígrafe III.8.

importe, no podría exonerarse del pago que le correspondiese (art. 11.2 y 11.3 LPH) (145). Se trataría de una discriminación positiva en favor de los discapacitados. Si las obras, mejoras o nuevas instalaciones suponen modificación del Título constitutivo, entonces se ha de acudir a la regla 1.ª del artículo 17.

Esta regla del artículo 17.1.ª 3.º no consiste, aunque lo parezca, en una mayoría simple de los asistentes de la regla 3.ª, sino que hay que alcanzar el acuerdo mayoritario sobre el total de los propietarios y de las cuotas de participación. Cuando esto se logra, afirma, todos estarán obligados a pagar, citando al respecto la sentencia de la Audiencia de Murcia, de 19 de abril de 2001 (SP 21436), y Valencia, de 11 de marzo de 2002 (SP 37029), sea cual fuere la obra realizada *«reiterando... que con los límites de que no suponga un grave demérito para otros elementos comunes o perjuicios directos hacia el resto de propietarios, en cuyo caso la unanimidad se impondría o, por lo menos la conformidad de los perjudicados, considerando que éstos gozarán de buenos argumentos para la posible impugnación»*. La impugnación del acuerdo sólo será posible si consta el voto negativo del asistente o la contestación negativa del ausente (146).

Esta posición mayoritaria parece la acertada, dado el inciso inicial del artículo 17.1.ª 3.º LPH: *«sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11»*.

- 3.2.3. El acuerdo del 11.3 debe adoptarse por la mayoría del 17.1.ª 3.º, sin admitir disidentes, pero cabe acuerdo del artículo 11.2 en relación con el artículo 17.3.ª, admitiendo disidencia

Es la opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO. Para este autor *parece que los acuerdos adoptados válidamente, a que se refiere el artículo 11.3, sólo pueden ser los del artículo 17.1.ª 3.º (obligando a todos)*. «...En este sentido, el inciso final del artículo 11.3, cuando se refiere a que la comunidad queda obligada al pago de estos gastos aunque su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, no añade nada nuevo, pues ya en el apartado 5.º del artículo 17.1.ª se recoge con claridad que *“los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios”*. No obstante, puede afirmarse que con ello se elimina la eventual interpretación de considerar posible que los propietarios que voten en

(145) La reforma —dice— ha añadido el apartado 3 del artículo 11 que elimina el límite de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes como límite a partir del cual no hay obligación de pago.

(146) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, 7.ª ed., págs. 161, 249, 250, 251 y 253; «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, 8.ª ed., págs. 157 y 158; «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, págs. 23 y 24.

contra del acuerdo se escuden en el concepto de disidentes para eludir el pago si los gastos exceden de tres mensualidades» (147).

«Es posible, sin embargo, que no se alcance la mayoría correspondiente contemplada en el artículo 17.1.^a Si se considera que la obra solicitada no viene requerida para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características, todavía quedaría la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 11.2. No cabe duda que un acuerdo al respecto adoptado por la mayoría de los asistentes (art. 17.3.^a) es un acuerdo válidamente adoptado, pero que no puede considerarse obligatorio para todos al no haberse alcanzado la mayoría del total de propietarios y de cuotas. Así pues, en este caso, si la cuota de instalación excede del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no queda obligado ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja» (148). No parece muy acertada esta opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO, dado que *no tiene en cuenta para la determinación de la mayoría exigible la entidad de las obras*.

3.2.4. Nuestra tesis sobre las relaciones entre los artículos 11 y 17 LPH

Nosotros compartimos básicamente las posiciones de LOSCERTALES FUERTES si bien con las importantes matizaciones que se harán en sucesivos epígrafes.

4. LA INSTALACIÓN DE ASCENSOR PARA LA SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS. ¿ARTÍCULO 17.1.^a2.º O ARTÍCULO 17.1.^a3.º LPH?

Ante la instalación de un ascensor para la supresión de barreras arquitectónicas en beneficio de discapacitados, puede surgir la duda de cuál sea el régimen jurídico aplicable. Podría pensarse que el artículo 17.1.^a2.º es una excepción a la regla de la unanimidad aplicable *siempre* que se trate de la instalación de un ascensor [tesis mantenida por la SAP de Burgos, de 18 de enero de 2001 (AC 2001, 794) (149) y cuya existencia reconoce RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT (150)], de modo que la regla del artículo 17.1.^a3.º sería otra excepción a la regla de la unanimidad aplicable, siempre que se

(147) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 8.

(148) *Op. cit. loc. cit.*

(149) Citada por CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.^a ed., revisada y puesta al día. Aranzadi. Navarra, 2002, pág. 529.

(150) RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 108.

realizasen obras para supresión de barreras arquitectónicas *distintas de la instalación de ascensor*. Pero también podría pensarse que la regla del artículo 17.1.^ª3.^º es una excepción de la excepción (art. 17.1.^ª2.^º) de manera que siempre que la instalación del servicio común de interés general, se haga no tanto por dicho interés general sino por la existencia de personas minusválidas *a modo de privilegio* (151) se aplicará la regla del artículo 17.1.^ª3.^º LPH (152).

Cabría incluso pensar que dado que la instalación de ascensor supone siempre la eliminación de barreras arquitectónicas para minusválidos, en cualquier caso, incluso no existiendo discapacitados en la finca, podría adoptarse el acuerdo de instalación acogiéndose al artículo 17.1.^ª3.^º Tal interpretación ha sido rechazada con total acierto por la SAP de Burgos, de 18 de enero de 2001 (AC 2001, 794), y la SAP de Madrid, Sección 10.^ª, de 4 de abril de 2005, por suponer un fraude de Ley previsto en el artículo 6.4 del Código Civil y en el artículo 11.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Por su parte, CARRASCO PERERA afirma que «es preciso que en el inmueble habite alguna persona minusválida; no es admisible someter a propuesta una obra de este tipo en previsión de futuro, si nadie lo reclama actualmente en función de su condición» (153). E, igualmente, GARCÍA-CHAMÓN y PÉREZ SERRA afirman que no cabría, que no existiendo minusválidos, pidiera sin más un propietario que se suprimieran barreras. Un acuerdo en tal sentido no podría adoptarse por la citada mayoría del 17.1.^ª3.^º (154).

CARRASCO PERERA opina que el supuesto de instalación de ascensor puede encontrarse indistintamente en la regla del artículo 17.1.^ª3.^º o sujeto a la mayoría de 3/5, *según las particularidades del caso* (según existan minusválidos o no). O sea, que parece optar por la segunda solución (155), como también lo hizo la SAP de Álava, de 8 marzo de 2001 (AC 2001, 784) (156); la SAP de Oviedo, Sección 1.^ª, de 26 de febrero de 2002 (SP/SENT/36639); SAP de Asturias, Sección 1.^ª, de 26 de enero de 2002 (AC junio de 2002); SAP

(151) Cfr. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, vol. 1.^º, 12.^ª ed., José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1991.

(152) Cfr. MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 234.

(153) CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.^ª ed., revisada y puesta al día. Aranzadi. Navarra, 2002, págs. 528 y 529.

(154) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 263.

(155) No está clara del todo, no obstante la posición de este autor, pues en la obra citada, pág. 531, considera que para la instalación de ascensor: «las personas minusválidas y discapacitadas no podrán ampararse en la norma especial (que exige un porcentaje de votos menor) relativa a la supresión de barreras arquitectónicas y requerirán obtener un porcentaje favorable de 3/5 de propietarios y cuotas» (DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1.^ª de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004, pág. 16).

(156) CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 529.

de Málaga, Sección 4.^a, de 26 de julio de 2004 (SP/SENT/61317) (157), y SAP de Madrid, Sección 21.^a, de 13 de julio de 2004.

Por su parte, LOSCERTALES FUERTES recoge que sobre la posibilidad de instalación de nuevo ascensor utilizando el concepto de supresión de barreras, se han producido ya algunas sentencias. «A favor, entre otras: Audiencia de Madrid, de 19 de febrero de 2002 (SP 37279); Asturias, de 26 de febrero de 2002 (SP 36639); la de Valencia, de 11 de marzo de 2002 (SP 37029) y de 14 de septiembre de 2002 (SP 40164). No hay en sentido negativo, salvo cuando son incompatibles con la configuración del edificio, que son rechazadas por la Audiencia de Málaga, sentencia de 8 de mayo de 2002 (SP 39204) o necesitan de la autorización del propietario afectado... (158).

La solución a la cuestión no es sencilla. Hay que partir de la realidad social de que la instalación de un ascensor como *nuevo servicio del inmueble*, va a verificarse normalmente en edificios antiguos, de varias aunque no numerosas plantas y, por lo tanto, de pocos vecinos, cuyas economías son modestas o bajas. Es muy posible que el reciente comprador que se ha trasladado a la finca y que está agobiado por el peso de una hipoteca haya escogido precisamente dicha finca, porque carecía del servicio de ascensor y por consiguiente, los gastos fijos mensuales de comunidad eran más ajustados a su modesto salario. *En tales circunstancias, la instalación de un ascensor puede suponer una grave perturbación de su economía familiar*. Igualmente dicha instalación puede suponer una grave perturbación para las economías de pensionistas. Teniendo, pues presente esa realidad social, y al mismo tiempo los derechos de las personas minusválidas, una solución ajustada sería la que entendiese que basta la mayoría de propietarios y cuotas para la instalación del ascensor (art. 17.1.^a3.^o), siempre que se reconozca la posibilidad de existencia de disidentes. Esta posibilidad la expone muy acertadamente ILLESCAS RUS.

Ya hemos visto como este Magistrado entiende que los artículos 11 y 17 no regulan casos distintos y que aquél, que hace referencia a la posibilidad de acordar obras no obligatorias, no establece el requisito de *quórum* para la adopción válida de ese acuerdo. «El *quórum* —dice—, que es único, se contempla en el artículo 17, regla 1.^a Este artículo incorpora, tras la reforma, una explícita salvedad de lo dispuesto en los artículos 10 y 11. «Nótese a este respecto —dice— que el artículo 11.3 no implica en modo alguno que los disidentes estén también obligados a sufragar estas obras. En efecto, este precepto señala que: “cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes” [es

(157) SEPÍN, REVISTA DE PROPIEDAD HORIZONTAL, *Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor*, octubre de 2006, núm. 273 PH.

(158) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, 7.^a ed., pág. 250.

decir, quedará obligada al pago aún cuando estemos fuera del límite cuantitativo previsto en el art. 10.2]. En efecto, el acuerdo válidamente adoptado [en tal sentido] vincula a la Comunidad y a todos los comuneros [pese a superar el límite de las tres mensualidades, caso en que la obra era obligatoria], pero una cosa es que la Comunidad en cuanto tal esté obligada a pagar las obras resultantes de un acuerdo [voluntaria y] válidamente adoptado y otra muy distinta es que también lo estén quienes lícita y eficazmente —de acuerdo con el propio precepto— [art. 11.2] (159) hayan salvado su voto y expresado su disidencia. El resultado es que... las adaptaciones aprobadas deben ser acometidas por la Comunidad, aunque serán exclusivamente sufragadas por los comuneros que hayan votado favorablemente el acuerdo y por los ausentes a quienes, luego de ser debidamente notificada su adopción, no hayan expresado fehacientemente su disconformidad a los órganos rectores de la Comunidad». Como el artículo 17.1.^a 3.º LPH tiene un inciso inicial en el que se hace salvedad de lo previsto en los artículos 10 y 11, y por lo tanto, de lo previsto en el artículo 11.2, dicho artículo es aplicable en el caso y no el artículo 17.1.^a 5.º (160). La solución de ILLESCAS RUS armoniza los derechos de las personas discapacitadas con los derechos de los disidentes (161).

Si los Tribunales no admitieran la existencia de disidentes al acuerdo de instalación de ascensor adoptado por la vía del artículo 17.1.^a 3.º, entonces creemos que para que el acuerdo vinculase a todos los comuneros debería obtenerse por una mayoría más reforzada. La solución pasaría por acoger la tesis de la SAP de Burgos, de 18 de enero de 2001 (AC 2001, 794), exigiéndose mayoría de 3/5 (162). ¿Qué obras se subsumirían entonces en el artícu-

(159) Dicho artículo es aplicable en el caso porque *lo exigible*, artículo 11.1, en materia de obras de accesibilidad, es lo previsto en el artículo 10.2 y *lo no exigible*, artículo 11.2, *lo que excede de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes*.

(160) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, págs. 6 y 7.

(161) Sólo hay tres motivos por los que un comunero disienta de un acuerdo comunitario. Por entenderlo gravemente perjudicial para la comunidad (caso en el que podría impugnar con arreglo al art. 18.b); por entenderlo gravemente perjudicial para sí mismo (por ejemplo, por problemas económicos) y por desavenencias con la comunidad o el comunero discapacitado. Una disidencia en este último sentido debería ser considerada en este caso abusiva y antisocial (art. 7.2 CC). Pero si el comunero disidente justifica sus problemas económicos ante la Junta, tal disidencia ha de considerarse legítima.

(162) Afirma en *ratio decidendi* esta sentencia: «...si bien es cierto que la instalación de un ascensor es, dialécticamente hablando, una medida que supone la supresión de una barrera arquitectónica que dificulta el acceso o movilidad de personas con minusvalía, *no lo es jurídicamente hablando, en cuanto que es una norma especial, con una disciplina peculiar, que no puede ser soslayada por el camino de aplicar otro régimen de mayoría pensado para otros mecanismos de eliminación de barreras arquitectónicas*.

No cabe, pues, intentar instalar un ascensor en un edificio donde antes no lo había bajo la idea de que con ello se evitan barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía. Se trata de dos supuestos jurídicamente diferentes que no pueden ser confundidos, y cuyo intento sólo tiene un tratamiento jurídico cual es el del artículo 6.4 del Código Civil y el del artículo 11.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio,

lo 17.1.ª 3.º? Otras obras de supresión de barreras arquitectónicas, diversas de la instalación del ascensor y que afecten levemente a la estructura o fábrica del edificio como podría ser ensanchar las puertas del portal (163).

En todo caso, tanto para la instalación de ascensor como para cualquier otro acuerdo de supresión de barreras arquitectónicas «deben tenerse en cuenta las ayudas, exenciones y subvenciones que puedan obtenerse, pues ello puede aumentar el número de votos favorables en la Junta» (164). Por ello habrá que estar a la legislación dictada sobre la materia en cada Comunidad Autónoma (165).

5. ¿EN FAVOR DE QUÉ PERSONAS CABE REALIZAR LAS OBRAS NO OBLIGATORIAS DE ACCESIBILIDAD?

5.1. ¿Personas discapacitadas y mayores de setenta años?

La jurisprudencia ha venido asimilando la concepción de minusválido en relación con la instalación de aparatos elevadores a las personas ancianas o con enfermedades que dificulten gravemente la subida de escaleras. Así, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1994, en este caso incluso referida a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/1990; sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1995, y sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1997; SAP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994 (AC 1994, 846); SAP de Madrid, de 24 de abril de 1996 (AC 1996, 812) (166), y SAP de Madrid, de 7 de mayo de 1999 (167). Igualmente, la reciente STS de 28 de septiembre de 2006 (SP/SENT/97795).

del Poder Judicial, en cuanto integrante de un claro fraude de ley. Por dicha razón es totalmente inoperante lo actuado en este juicio en torno a la minusvalía de varios propietarios de viviendas, salvo en cuanto que con ello quiera argumentarse metajurídicamente sobre la procedencia del ascensor, pero no respecto de la adecuación a derecho o no de la decisión de colocarse, *la cual se rige exclusivamente por lo prevenido en el párrafo segundo, inciso primero, del artículo 17.1 de la LPH, que es lo que se va a analizar en esta sentencia*. Es decir, para la sentencia la instalación de ascensor tiene una normativa especial, que no puede eludirse por la vía de entender que la instalación suprime barreras arquitectónicas, incluso aunque existan propietarios minusválidos en la finca. La regla del artículo 17.1.ª 3.º LPH estaría pensada para otros mecanismos de eliminación de barreras arquitectónicas distintos del ascensor, pues tratándose de la instalación de éste la norma siempre aplicable es la del artículo 17.1.ª 2.º LPH.

(163) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 69.

(164) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 9.

(165) *Op. cit.*, pág. 16.

(166) Estas dos últimas citadas por CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 530.

(167) «La sentencia recurrida estima igualmente que no se ha probado en la litis la existencia en el edificio de personas con minusvalía, añadiendo la apelada en esta alzada

Sin embargo, CARRASCO PERERA entendía que no era minusválida la persona anciana discapacitada, o simplemente anciana, a falta de una previsión legal expresa como la que hace el artículo 1.3 de la Ley 15/1995 (168).

Tras la reforma operada por la Ley 51/2003, la doctrina se inclina a considerar que son beneficiarios de las obras de accesibilidad tanto los discapacitados como las personas mayores de setenta años. Así, Juan GARAY y Miren GARAY (169), MAGRO SERVET (170), DOMÍNGUEZ LUELMO (171) y SEPÍN (172).

Para MORETÓN SANZ, la modificación pone fin a las dudas doctrinales sobre los beneficiarios de la Ley 8/1999. Señala, no sólo a los propietarios, sino también a los *discapacitados o mayores de setenta* años que vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios (173).

Para GARCÍA CHAMÓN y PÉREZ SERRA las personas con minusvalía, a que se refiere el artículo 17.1.^a 3.º LPH, coincidirían con los beneficiarios de las medidas previstas en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre eliminación de barreras arquitectónicas, y por lo tanto, habría que entender comprendidos a los mayores de setenta años (art. 1.3 de la Ley 15/1995) (174). El problema

*que debe entenderse por tal aquéllas que así hayan sido declaradas administrativamente. No puede esta Sala compartir tal afirmación y ello por varias razones. En primer lugar porque la Ley no establece distinción alguna ni supedita sus beneficios a la previa declaración administrativa. En segundo lugar porque el artículo 16.1 de la LPH, en la redacción dicha, no menciona a "minusválidos", sino a personas con minusvalía en relación con la dificultad de acceso y movilidad, y es evidente que muchas personas con dificultades de movilidad no son sin más inválidos administrativa o laboralmente. En tercer lugar porque la jurisprudencia ha venido asimilando la conceptualización de minusválido en relación con la instalación de aparatos elevadores a las personas ancianas o con enfermedades que dificulten gravemente la subida de escaleras, entre otras las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1994, en este caso incluso referida a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la tan citada Ley 3/1990, sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1995 y sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1997. Y en cuarto y último lugar, efectivamente, no existiendo mejor interpretación legal que la auténtica, es decir, la efectuada por el mismo legislador, es evidente que éste al regular con posterioridad a 1990 las limitaciones al dominio para suprimir barreras arquitectónicas en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, ya manifiesta (art. 1.3) que a sus efectos los derechos que reconoce a las personas con minusvalías físicas son también ejercitables por los mayores de setenta años sin necesidad de acreditar su discapacidad, de lo que se sigue que la intención del legislador es la asimilación de ambas categorías, y por tanto que cuando el artículo 16.1 LPH menciona a las personas con minusvalías deben entenderse también incluidos los ancianos». Citada por DOMÍNGUEZ LUELMO (DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 14).*

(168) CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, págs. 528 y 529.

(169) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 100.

(170) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 234.

(171) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, págs. 12 y 14.

(172) SP/CONS/40166 (febrero de 2005).

(173) MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 101.

(174) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 263.

es que el fundamento de esta opinión, como ocurre con la de SEPÍN y MAGRO SERVET (175), no es acertado, pues la Ley 15/1995 tiene un ámbito de aplicación propio *a no confundir con el de la LPH*. Más adelante explicaremos esto con más detalle.

Antes de responder a la cuestión planteada es preciso señalar que la Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre de 2006) ha estatuido que: «Las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”».

Por lo tanto, la referencia que a «personas con minusvalía» se hace en el artículo 17.1.ª 3.º LPH habrá que entenderla realizada a «personas con discapacidad», lo que nos lleva a relacionar dicho precepto con el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, y con el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En este sentido nos remitimos a lo dicho en el comentario al artículo 10.2 LPH.

En cuanto a si deben entenderse incluidos o no los mayores de setenta años en el ámbito del artículo 17.1.ª 3.º, cabría argumentar, por un lado, que pudiendo haber aprovechado el legislador la reforma operada por la Ley 51/2003, para incluir expresamente en dicho precepto a los mayores de setenta años, no lo ha hecho, argumento que abonaría la no inclusión de los ancianos en tal precepto. Por contra, cabe argumentar que al haber incluido la reforma en el artículo 10.2 expresamente a los mayores de setenta años, como sujetos beneficiarios de las obras obligatorias de accesibilidad, siempre que la ley tratase de tales obras de accesibilidad, aunque fuesen no obligatorias (art. 11.3 y art. 17.1.ª 3.º) habría que entender incluidos a los mismos en su ámbito de aplicación como fruto de una interpretación sistemática. Esta última tesis es la acertada, siempre que se trate de ancianos en los que concurre una disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas, que no tendrá por qué suponer un 33 por 100 de minusvalía ni será necesario acreditar administrativamente. Es decir, que no entendemos aplicable los artículos 11.3 y 17.1.ª 3.º a los ancianos que se encuentran en buen estado, por las razones que adujimos en el epígrafe II.1.1.1.1. Como dice DOMÍNGUEZ LUELMO: «ciertamente no existe una asimilación entre toda persona mayor de setenta años y un minusválido, pero parece claro que a aquella se la exime de acreditar su discapacidad mediante certificación de la Administración correspondiente» (176).

(175) *Op. cit.*, pág. 238.

(176) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 14.

5.2. *¿Qué relación jurídica han de tener los beneficiarios de las obras de accesibilidad con el inmueble?*

La doctrina ha planteado las siguientes interpretaciones.

Una primera considera que dichas relaciones con el inmueble han de ser las exigidas por la Ley 15/1995; o dicho de otro modo, para que pudiese adoptarse un acuerdo de obras de accesibilidad al amparo del artículo 17.1.ª 3.º, éste debería beneficiar a alguna de las personas indicadas en el artículo 2.1 y 2.2 de la Ley 15/1995, artículos que vendrían a aplicarse por analogía. Es la interpretación de DOMÍNGUEZ LUELMO (177) (178). Sin embargo, frente a esta interpretación hay que decir con LLAMAS POMBO que «nada obliga a hacer una lectura de la LPH en la clave de la Ley 15/1995, norma especial que reconoce unos derechos específicos *distintos* de los que contempla aquélla; indudablemente ambas normas, el inciso que comentamos de la LPH [«personas con minusvalía» del artículo 17.1.ª 3.º] y la Ley 15/1995, persiguen finalidades semejantes, pero sometidas a requisitos diferentes y con efectos también distintos» (179).

Una segunda interpretación es la que considera que deben concurrir en el discapacitado o mayor de setenta años alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 10.2. De modo que se tendría una triple relación con el inmueble, *vivir en él, trabajar en él o prestar servicios altruistas o voluntarios en el mismo*. Es la opinión de MORETÓN SANZ (180).

Una tercera interpretación es la que daba FUENTES LOJO para el artículo 17.1.ª 3.º antes de la reforma introducida por la Ley 51/2003: Sólo es beneficiario el *propietario* de una vivienda o local que ostente la condición de persona con minusvalía (181). Es decir, que la relación con el inmueble ha de ser una *relación de propiedad*.

Parece que la postura más acertada sería en principio la que relaciona el artículo 10.2 con el artículo 17.1.ª 3.º, interpretación que permite el propio inciso inicial de este último artículo. Podría, pues, adoptarse un acuerdo de realización de obras que excedan de más de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, bien por la vía del artículo 11.3 en relación con el artículo 17.3.ª o por la vía del artículo 17.1.ª 3.º LPH, siempre que el discapacitado o mayor de setenta años sea comunero y resida en la

(177) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 12.

(178) CARRASCO PERERA también mantenía esta interpretación para la redacción de la LPH con arreglo a la Ley 8/1999, de 6 de abril (citado por FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios...*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 596).

(179) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 555.

(180) MORETÓN SANZ. M.ª Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 101.

(181) Citado por LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17», en CUADRADO IGLESIAS, Manuel (Coord.), *Comentarios a la Ley de reforma de la propiedad horizontal. Ley 8/1999, de 6 de abril*, Dykinson, 2000, pág. 556.

finca (182) (183), o sea un pariente que comparte techo con un comunero, o trabaje o preste servicios altruistas o voluntarios en el espacio privativo de un comunero, con éste o para éste, y siempre que concurren todas las circunstancias que analizamos en el epígrafe II.1.2.1.1.

5.3. Prueba de la condición de discapacitado o mayor de setenta años

Con anterioridad a la reforma producida por la Ley 51/2003, se discutía si las «personas con minusvalía» del artículo 17.1.^a 3.º LPH debían acreditar administrativamente ésta o no.

La Jurisprudencia ha sido proclive a admitir a estos efectos «la condición de minusvalía sin necesidad de que sea reconocida por la Administración, siempre que resulte suficientemente acreditada por otra vía. Aparte de otros pronunciamientos jurisprudenciales [SAP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994 (AC 1994/846), que admite la prueba documental, distinta a la acreditación administrativa, por el hecho de que la realidad social demuestra que muchas personas incapacitadas no solicitan el reconocimiento administrativo (184); SAP de Granada, Sección 4.^a, de 7 de noviembre de 1996 (*Ar. Civ.* 1996/2307), en la que se admiten como suficientes para acreditar la condición de minusválido, la prueba pericial y testifical»...], es de destacar el criterio mantenido

(182) La SAP de Madrid, Sección 21.^a, de 13 de julio de 2004 (SP/SENT/61537) afirma que es indiferente que el minusválido o mayor de setenta años resida o no en la finca (SEPÍN, REVISTA DE PROPIEDAD HORIZONTAL, *Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor*, octubre de 2006, núm. 273, PH, págs. 12 y 13). Sin embargo, parece necesario exigir la residencia o la intención de trasladar allí el domicilio, razón por la cual se postulan las obras. El argumento definitivo es el que puso de relieve GALLEGU DOMÍNGUEZ: el título de la Ley 3/1990, precedente inmediato del actual artículo 17.1.^a 3.º LPH, señalaba que se reformaba la LPH para «facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda». Dicho título mostraría la intención del legislador de centrar el régimen especial para casos en los que la persona que tiene restricciones de movilidad tiene su domicilio en el edificio en cuestión.

(183) O según lo que expusimos al comentar el artículo 10.2 sea arrendatario o usufructuario por largo tiempo, viviendo en la finca.

(184) Afirmaba la sentencia: «Tampoco puede sostenerse que el término minusválido, a que se refiere la LPH reformada [en 1990], alude sólo a quienes administrativamente tengan reconocida esa condición. Al contrario, el término de la Ley ha de ser interpretado conforme a su sentido gramatical y a la realidad social actual (art. 3.1 del Código Civil), y así en el primer aspecto, la palabra minusválido alude a «la persona incapacitada, por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, maniobras, etc...» (Diccionario de la Lengua Española, 20.^a ed.), y en el segundo aspecto, la realidad muestra cómo muchas de las personas incapacitadas no solicitan el reconocimiento administrativo, sin que ello, por desgracia, haga cambiar su real situación de incapacidad. Por último, queda demostrado, por la documentación aportada a la contestación a la demanda, que determinados propietarios y vecinos del inmueble, reconocidos por los forenses, presentan enfermedades que les dificultan enormemente el acceso por las escaleras» (citada por TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 63).

por la SAP de Zamora, Sección Única, de 12 de febrero de 1999 [cfr. *Ar. Civ.* 1999/112] que entiende que la consideración a estos efectos de una persona como minusválida no puede limitarse a que exista una resolución administrativa sobre la calificación de la minusvalía» (185). «En sentido parecido se pronuncia la SAP de Madrid, de 7 de mayo de 1999; la SAP de Vizcaya (Sección 3.^a), de 31 de mayo de 2002; SAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 28 de septiembre de 2002; SAP de Vizcaya, de 30 de octubre de 2002; SAP de Asturias, de 15 de mayo de 2003, y SAP de Guadalajara, de 22 enero de 2003 (186). La SAP de Asturias, de 2 de mayo de 2001, se pronunció en el sentido de que al mayor de setenta años se le exime de acreditar su discapacidad mediante certificación de la Administración (187). MORENO TEJEDOR cita la SAP de Granada, de 7 de julio de 1996; SAP de Vizcaya, de 3 de junio de 1999 y SAP de Gerona, de 15 de enero de 1999 (188).

Sin embargo, la jurisprudencia no era unánime sino vacilante, pues junto a las anteriores resoluciones podían encontrarse sentencias que exigían la acreditación administrativa de la minusvalía. Así, SAP de Asturias, de 3 de febrero de 1999; SAP de Asturias, de 26 de enero de 2002, y SAP de Madrid, de 13 de julio de 2004 (189).

También la doctrina discrepaba, y así CARRASCO PERERA alegaba que el concepto de minusválido es normativo, no sociológico, necesitando una acreditación administrativa, competencia del INSERSO [hoy IMSERSO] o de las CCAA que hayan asumido las correspondientes funciones; no pudiendo el Juez civil calificar la minusvalía administrativamente no declarada, aunque se den las condiciones que bastarían para obtener una cualificación de minusvalía (190).

LLAMAS POMBO afirma (191): «Algunas sentencias han entendido aplicable el precepto [antiguo art. 16 LPH en la redacción dada por Ley 3/1990] a personas que carecían de la calificación administrativa de minusválido, e incluso afectadas por dolencias no determinantes de invalidez laboral, o de edad avanzada. Es importante destacar, no obstante, que en varios supuestos, *tales sentencias son las mismas que,...., eximían a los propietarios disidentes del acuerdo de contribuir económicamente a la cobertura del gasto comunitario derivado de la realización de las obras o instalaciones* [de accesibili-

(185) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 13.

(186) *Op. cit.*, pág. 14, nota 42.

(187) *Op. cit.*, pág. 14.

(188) TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «La eliminación...», *op. cit.*, págs. 23 y 24.

(189) MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, págs. 102 y 103 (nota 122).

(190) Citado por FUENTES LOJO, Juan Ventura, «Comentarios...», *op. cit.*, Tomo I, José M.^a Bosch Editor, pág. 596.

(191) Destacamos en cursiva alguna de sus afirmaciones por la importancia que tienen respecto del tema que trataremos en el punto siguiente: la existencia de disidentes.

dad]; SSTs de 5 de julio de 1995; AP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994; AP de Madrid, de 24 de abril de 1996; SAP de Burgos, de 9 de marzo de 1998. Las manifestaciones de esta última son expresivas: «el concepto de minusvalía no ha de entenderse en sentido formal, esto es, que requiera de una declaración administrativa o judicial para su existencia, sino que por tal hemos de entender la falta de aptitud objetiva para realizar las funciones propias de una persona dotada de sus facultades normales» (192).

Tras la Ley 51/2003, el legislador no resuelve nada directamente. Cabría alegar que como la ley no distingue entre personas que tienen reconocido administrativamente el grado de minusvalía y personas que no lo tienen, ambas han de entenderse comprendidas en la expresión «personas con minusvalía» del artículo 17.1.ª 3.º *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. «Pero, por otra parte, si se revisan las leyes modificadas, a su vez, por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre,..., hay que poner de manifiesto que todas se producen desde la exigencia del reconocimiento del grado de minusvalía» (193). Circunstancia esta que inclina a pensar que la *mens legislatoris* sobre el tema es exigir el reconocimiento administrativo del grado de minusvalía para que pueda adoptarse el acuerdo y ejecutar las obras.

Por otro lado, el mismo artículo 1.2 de la Ley 51/2003, define a las personas con discapacidad como «aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100» y la estructura y lógica interna de la Ley confirman la supeditación de la condición de discapacitado al reconocimiento de un grado de minusvalía. Así se exige el grado mínimo del 33 por 100 en relación con las medidas de fomento del empleo y modalidades de contratación (194). Por lo tanto, con MORETÓN SANZ podemos afirmar que es más consecuente estimar la necesidad de certificación acreditativa previa de la minusvalía (195).

La Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, antes recogida, zanjaría definitivamente la cuestión al ordenar que la referencia que se efectúa en el artículo 17.1.ª 3.º LPH a «personas con minusvalía», se entienda realizada a «personas con discapacidad», y por lo tanto, a las personas indicadas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 (pues esta ley define a los discapacitados a efectos de la accesibilidad universal, marco en que se encuadra el art. 17.1.ª 3.º LPH reformado). Para adoptar un acuerdo válido con arreglo al artículo 17.1.ª 3.º LPH sería precisa, pues, la previa acreditación del grado de minusvalía del 33 por 100 en los términos indicados por el artículo 2 del Real Decreto 1414/2006.

(192) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 555.

(193) MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 103.

(194) *Op. cit.*, pág. 103 y nota 125.

(195) *Op. cit.*, pág. 104.

No obstante lo dicho, cuando la minusvalía y su irreversibilidad sean *evidentes*, hay que pensar que el legislador no quiso exigir el reconocimiento previo del grado de minusvalía, como requisito para la validez del acuerdo comunitario, dado que la razón de ser de dicho procedimiento *es constatar la minusvalía y su carácter de previsiblemente permanente, y ello ya aparece a los ojos de todos suficientemente constatado*. Por lo tanto, no siempre procede aplicar un criterio normativo del concepto de discapacitado.

El mayor de setenta años sólo deberá probar su edad y la incomodidad que padece, estando por la Ley exonerado, como hemos señalado antes, de acreditar un 33 por 100 de grado de minusvalía.

5bis. INICIATIVA PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE ACCESIBILIDAD NO OBLIGATORIAS

Aunque el artículo 17.1.^a 3.º LPH no aclara de quién ha de partir la iniciativa para promover la toma de acuerdos que autoricen obras de accesibilidad que excedan del límite cuantitativo del artículo 10.2 LPH, hay que entender que la iniciativa sólo puede partir de los propietarios de viviendas o locales en que vivan, trabajen o presten servicios altruistas o voluntarios, discapaces o personas mayores de setenta años, pues éstos serían los únicos legitimados para exigir que la Junta estudie el tema y se pronuncie al respecto, conforme establece el artículo 16.2.2.º LPH. No obstante, no hará falta que conste ese requerimiento por escrito y puede presumirse que lo ha habido si el acuerdo de supresión de barreras se adopta con el voto favorable de uno o varios propietarios de pisos o locales en que se den las circunstancias antedichas. Ahora bien, «será conveniente que desde el primer momento en que la Junta se plantee la necesidad de acometer las obras..., conste en acta que la cuestión se somete a la deliberación de la Junta por haberlo solicitado uno o más de los posibles beneficiarios, o, al menos, con su apoyo explícito, con identificación de quienes sean».

Si ninguno de los posibles beneficiarios promueve el acuerdo ni vota a favor de él, la realización de las obras no podrá acordarse por la vía del artículo 17.1.^a 3.º (cfr., IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, «Iniciativa...», *op. cit.*, págs. 23 y 24). Entendemos por beneficiario el propietario en quien concurren las circunstancias antedichas aunque, propiamente hablando, el beneficio es por el mayor o discapaz.

LOSCERTALES FUERTES también entiende que sólo los propietarios pueden instar la adopción de los acuerdos referidos, ya que «es sólo el comunero el que tiene todos los derechos de convocatoria, voto y, en su caso, impugnación de los acuerdos» (LOSCERTALES FUERTES, *Las Comunidades de Propietarios y los discapacitados*, SEPÍN, marzo de 2008, núm. 289, pág. 17).

6. POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE DISIDENTES

Con anterioridad a la reforma efectuada en la LPH por Ley 8/1999, de 6 de abril, o sea, bajo la vigencia del artículo 16 LH en su redacción dada por Ley 3/1990, cabía interpretar que las obras de adecuación de la finca, acordadas por mayoría cualificada, no debían ser sufragadas por los propietarios que se habían opuesto, por entenderse que se trataban de innovaciones o mejoras no requeridas para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, supuesto en el que «si la cuota resultante excedía del importe de una mensualidad ordinaria de gastos comunes, el disidente no resultaba obligado, ni se le podría modificar su cuota, incluso en el caso de que no pudiera privársele de la mejora o ventaja» (art. 10 de la LPH, en su original redactado) (196). Así entendieron aplicable el artículo 10 LPH 1960, las SAP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994; SAP de Madrid, de 24 de abril de 1996, y SAP de Granada, de 7 de noviembre de 1996 (197).

Para la doctrina, las dudas habrían quedado resueltas con la reforma de 1999 (art. 17.1.ª 5.º) y en el mismo sentido que adopta la Ley, por la STS de 22 de septiembre de 1997 (198) (199) (200). Sin embargo, con posterioridad

(196) Cfr. TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 72.

(197) LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17...», *op. cit.*, pág. 552.

(198) *Op. cit. loc. cit.*... TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, pág. 72.

(199) Si bien admite que el artículo 16 dejó vigente el artículo 10, y por lo tanto la posibilidad de quedar exonerado de pago en caso de innovación no exigible, consideró que la de autos no podía encuadrarse en tal situación, sino que la misma se presenta como exigible, «dada la redacción actual de la excepción que contiene el artículo 16.1 en relación al reconocimiento y eficacia que ha de darse a los derechos de los minusválidos, que se presenta con notas de imperatividad, en razón a la filosofía y principios que la inspiran, y que también la motivan y justifican, pues en otro caso quedaría vacío el precepto y sometido a los intereses privados, muchas veces egoístas, desprovistos de buena fe y notoriamente carente de solidaridad, para anteponerse al mandato constitucional, ya que la satisfacción de los derechos de los minusválidos es una exigencia social que debe impregnar la conciencia nacional y hacer útiles las leyes promulgadas a tales fines.

Lo expuesto conduce el discurso casacional a establecer que el artículo 10.2 debe ceder ante el artículo 9, tanto en su numeral 3 como en el 5, sobre la contribución comunitaria a los gastos de la copropiedad común, pues la instalación del ascensor ha de reputarse no sólo exigible, sino también necesaria y requerida para la habitabilidad y uso total del inmueble y no simple obra innovadora de mejora, ya que se trata de un edificio de cuatro plantas y la normalización de su disfrute por todos los inquilinos así lo impone» (TUSET DEL PINO, Pedro, «Condiciones...», *op. cit.*, págs. 72 y 73).

(200) Existen sentencias en este sentido que afirman que los gastos de instalación de ascensor con la finalidad de suprimir barreras arquitectónicas deben correr de cuenta también de los disidentes en proporción a su cuota sin que pueda considerarse aplicable el artículo 11.2 de la LPH, sino el 17.1.ª 5.º, pues aquel precepto carece de la especialidad que tiene el artículo 17 en lo «relativo a la importante modificación, supresión o establecimiento de servicios y en concreto en lo que se refiere a la supresión de barreras arquitectónicas que, además, evidentemente sí que deben entenderse que afectan a la habitabilidad del edificio al menos por aquellos copropietarios a los que se intenta favorecer con

a ésta y a aquella reforma, ha admitido disidencia por la vía del artículo 11, equivalente al antiguo artículo 10, pero modificado, en un caso de instalación de ascensor, la SAP de Palencia, de 17 de noviembre de 2000 (AC 2000, 2607) (201), y SAP de Valencia, Sección 8.ª, de 29 de marzo de 2001. De la misma opinión LLAMAS POMBO (202).

Tras la reforma operada por Ley 51/2003, teniendo presente el artículo 11.3 y el artículo 17.1.ª 5.º, no admiten la disidencia en el caso de obras voluntarias en beneficio de minusválidos, MORETÓN SANZ (203), DOMÍNGUEZ LUELMO (para el que «por si alguna duda había [con relación a la interpretación anterior a que hemos hecho referencia] la misma Ley 51/2003, de 2 de diciembre, modifica igualmente el art. 11.3 de la LPH») (204), LOSCERTALES FUERTES (205) (que ya hemos visto que habla de discriminación positiva para el caso del art. 11.3), GARAY y GARAY (206), DE LA ROCHA y DEL ARCO

el establecimiento del ascensor. Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Única, 18 de diciembre de 2001 (SP/SENT/35297. Enero de 2003). La misma doctrina mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 16 de diciembre de 2002 (SP/SENT/41701. Mayo de 2003), también relativa a la instalación de ascensor y la de la AP de Valladolid, Sección 1.ª, de 10 de febrero de 2003 (SP/SENT/ 43430. Junio de 2003), relativa a un caso de instalación de salvaescaleras. En el caso resuelto por esta última sentencia, el demandante considera que no se le debe atribuir el gasto ni se debe efectuar la distribución del mismo en forma concordante con el coeficiente de participación. Ante ello la sentencia responde que el artículo 17, párrafo último de la norma primera «no puede ser ignorado desde el momento en que dispone que el gasto para la eliminación de las barreras arquitectónicas, cuando se asuma, ha de ser distribuido entre «todos» los propietarios, y ello sin duda por el principio de solidaridad que ha inspirado la reforma. Y con relación al segundo aspecto, la distribución de los gastos entre los distintos propietarios únicamente tiene como punto de partida la proporción que en el Título constitutivo o en su caso en los Estatutos se ha realizado. Por ello, la LPH (art. 9.e) remite a ese parámetro la distribución de los gastos generales... Siendo ello así y no habiéndose alegado ni justificado la existencia de otro criterio en orden a la distribución de los gastos comunes, mal se puede pretender que se establezca una participación menor del demandante (*op. cit.*).

(201) «...la novedosa instalación se ha acordado válidamente [por mayoría de 3/5], más a tenor del artículo 11 de la LPH no ha de ser costeada por el disidente al exceder su coste con mucho de las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes que el precepto contempla. Su actitud impugnando el acuerdo que con vulneración de dicho precepto se adoptó, no cabe ser calificada de abusiva, pues se limita a ejercitar un derecho que la Ley le confiere, negándose a costear una instalación que ciertamente supone una mejora para el inmueble, mas que tiene un elevado coste, de la que no gozaba cuando todos los propietarios adquirieron sus viviendas y que va a reportarle escasa ventaja dado que utiliza el piso pocos meses al año» (citada por MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 248).

(202) LLAMAS POMBO, «Mayorías requeridas para la adopción de acuerdos en el régimen de propiedad horizontal», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 5, 2000, pág. 18.

(203) MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda, «Protección civil...», *op. cit.*, pág. 106.

(204) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 12.

(205) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal*, 7.ª ed., *op. cit.*, pág. 251.

(206) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, pág. 70.

TORRES (207), ÁLVAREZ SÁNCHEZ (208), LÓPEZ ORELLANA (209), RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (210), JAIME LÓPEZ y ROSAT ACED (211) y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (212). También la revista *Sepín* se ha mostrado favorable a la no existencia de disidentes en sus respuestas a varias consultas. En SP/CONS/36252 (abril de 2004) se afirma: «La negativa de un local a participar en los gastos de adaptación del edificio a minusválidos adoptado en Junta no tiene base legal alguna, toda vez que el actual artículo 11 de la LPH hace la diferencia entre las obras en beneficio de los discapacitados, que obligan a todos aunque excedan de tres mensualidades (apartado 3) y las demás que pueda afrontar la Comunidad, en las que el disidente puede dejar de pagar (apartado 2), aparte la obligación general contenida en el artículo 10.1 y 2, así como lo establecido en el artículo 17.1.ª, todos ellos de la misma LPH.

En consecuencia, que con independencia de que el local no participe en los gastos de escalera, portal, etc., que es donde se van a realizar las obras, se trata de una mejora para los minusválidos en la que sí está obligado a participar».

En términos similares: SP/CONS/42195 (junio de 2005) y SP/CONS/429910 (julio de 2005) (213). Tampoco admite la existencia de disidentes cuando la obra de accesibilidad excede de tres mensualidades, la SAP de Palencia, Sección 1.ª, de 22 de junio de 2006 (SP/SENT/96293) (214).

Frente a las posturas anteriores admite la disidencia, parcialmente, MAGRO SERVET, y totalmente ILLESCAS RUS, en los términos que expusimos antes.

MAGRO SERVET considera que si el acuerdo de realización de obras de accesibilidad se logra con el *quórum* del artículo 17.1.ª 3.º, en relación con

(207) DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, «La Ley de Propiedad...», *op. cit.*, pág. 9.

(208) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 4.

(209) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, pág. 7.

(210) ENCUESTA JURÍDICA. SEPÍN, marzo de 2004. SP/DOCT/1924, págs. 9 y 10.

(211) JAIME LÓPEZ, Inmaculada, y ROSAT ACED, José Ignacio, *Comunidades de propietarios. Guía del profesor*, Generalitat Valenciana, 2006.

(212) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, Bercal, S. A., 2005, pág. 230.

(213) «Sin duda estos propietarios de locales, aunque no participen en los gastos ordinarios de escalera y ascensor, deben abonar en la reforma de ambos elementos comunes en beneficio de los discapacitados, salvando seis peldaños y bajando el elevador a pie de garaje, porque se trata de unas modificaciones en la estructura del inmueble, que como copropietarios les afectan; de ahí que la Ley exige contar con su voto, cuando en el artículo 17.1.ª establece la obligación de que se obtenga la mayoría absoluta de “todos”, no solamente de aquellos que paguen los gastos ordinarios de las zonas o servicios afectados.

Por lo tanto, no cabe tener voto y luego no pagar; sería una interpretación carente de base legal. No obstante, como suele ocurrir en bastantes casos, sobre todo cuando se trata de la instalación de ascensores en fincas en las que no existía este servicio, se suele exonerar a los locales precisamente para evitar que con sus votos el resultado sea negativo».

(214) REVISTA JURÍDICA SEPÍN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, enero de 2007, núm. 276, pág. 58.

el 11.3, no se aplicará la exclusión en el pago de los disidentes, pero sí será posible la disidencia si se logra el acuerdo sin dicho *quórum*, o sea, por la norma del artículo 17.3.^a (215).

Nosotros nos sumamos a la tesis de ILLESCAS RUS, que es la acertada en la materia, entendiendo que siempre que se trate de una disidencia justificada por razones económicas o por resultar las obras gravemente perjudiciales a la comunidad (por ejemplo, las obras no respetan los requisitos básicos de seguridad en caso de incendio a que se refiere el art. 3.1 de la LOE), tal disidencia es legítima. Dicen GARAY y GARAY que «el permitir la disidencia (en caso de mejoras no necesarias) cuando la obra o mejora excede de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes ha dado un respiro a los propietarios de pisos de barrios de pocos ingresos donde una obra extraordinaria podría ser insoportable para la economía de una familia que además lleva la carga de la hipoteca» (216). Si esto es así, el mismo respiro debe permitirse a dichas familias o pensionistas en el caso de obras de accesibilidad que excedan *del mismo límite* de tres mensualidades.

Por otro lado, la ley no es tan clara en cuanto a entender que obliga al pago a todos los comuneros. Según el artículo 17.1.^a, final, los acuerdos tomados con arreglo a lo dispuesto en esta norma primera obligan a todos los propietarios *aunque no dice a qué* (217). *Incluso en el caso de entender que vinculan económicamente a todos los comuneros, el artículo 17.1.^a 3.º, en su nueva redacción, deja a salvo lo previsto en el artículo 11 y por lo tanto en sus párrafos 2.º y 3.º*, como explica ILLESCAS RUS. Luego el precepto admitiría la disidencia, no pudiendo interpretarse el 11.3.º como una discriminación positiva en favor de los discapacitados. La solidaridad en que se basaría ésta y a la que apelan algunas de las sentencias que hemos reseñado antes tiene límites y debe respetar prioridades (el levantamiento de las cargas familiares) y además, parece que no puede imponerse, pues en tal caso deja de ser solidaridad.

La no admisión de disidentes supone además una injerencia estatal excesiva en la vida de la comunidad. Imaginemos una obra de accesibilidad en favor de un discapacitado o mayor de setenta años que acude a una finca a realizar servicios altruistas. Se adopta el acuerdo por mayoría del artículo 17.3.^a y en relación con el artículo 11.3 de la LPH, tal como lo entiende LOSCERTALES FUERTES, no se admitiría la existencia de disidentes. ¿Qué pensará el comunero que quizá gane un sueldo inferior al del discapacitado ante la acometida de tales obras? ¿No es un exceso de intervención estatal en la vida comunitaria el imponer a toda costa el pago de tales obras? Los argu-

(215) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, págs. 160 y 161.

(216) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 74.

(217) *Op. cit.*, pág. 101.

mentos revisten mayor peso aún, ante obras de más calado como las del artículo 17.1.^a 3.º y por consiguiente, hay que pensar que más costosas. Sería más justa la solución de que el discapacitado o anciano pudiera hacerlas a su costa, supuesto no previsto en la Ley 15/1995, quizá por entenderse que tales obras no son esenciales para la vida del discapacitado y que obligar a la comunidad a soportarlas es un gravamen excesivo no proporcionado a la causa por la que se acude al inmueble. *Si las obras que exceden de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes son voluntarias para la Comunidad, con mayor razón deberán ser voluntarias para los comuneros.*

Pese a no admitir la existencia de disidentes, GARAY y GARAY contemplan en particular el caso de la instalación del ascensor y de la obligación de pago de la misma *para las plantas bajas y los locales.*

Señalan que es corriente la queja de los dueños de pisos de planta baja o de los locales de que ellos no deben pagar el ascensor [hablan en este caso de la instalación de ascensor *en general* sin referirse al caso particular de que haya discapacitados en la finca]. «En parte tienen razón —dicen— pues es un bien que no lo pueden usar», salvo que el ascensor llegue hasta el sótano donde se guardan los coches. Hay razones, pues para que estos propietarios que no pueden usar del ascensor no paguen su gasto...

Sin embargo, ésta no es la opinión de la jurisprudencia prevaleciente, la cual vemos en una sentencia del TS que obliga a los de la planta baja, incluyendo los locales, a pagar lo relativo al ascensor. Se basa esta decisión en que el ascensor realza el valor del edificio, lo cual beneficia también a los de la planta baja (218). *Pero nosotros creemos que las viviendas de planta baja adquirirían mayor valor si no existiera el ascensor...* (219) (cursiva nuestra). [Esto en ciertos casos o para algunas personas puede ser así, si bien no de un modo general.]

Centrándose ya en el caso de instalación de ascensor por la existencia de discapacitados o ancianos afirman que exigir a los dueños de las plantas bajas que contribuyan al pago implica una injusticia adicional... «Está bien esta ayuda —dicen— y que los dueños de los pisos paguen el costo, pues aunque la instalación del ascensor es para ayudar al discapacitado, ellos se benefician también pues lo van a usar. *Pero lo que debería ser una obligación de toda la sociedad debidamente atendida por el Estado, resulta que se pone también*

(218) Este argumento ha sido barajado por la jurisprudencia menor en cuanto a la instalación en general de ascensor en edificio que carecía del mismo, para entender que conforme al artículo 17.1, los gastos de aquella debían ser sufragados por todos los comuneros incluyendo a los titulares de locales sin acceso al edificio. SAP de Guadalajara, de 4 de julio de 2001; SAP de Burgos, de 24 de septiembre de 2001; SAP de Madrid, de 23 de abril de 2001; SAP de Jaén, de 15 de octubre de 2002 [citadas por MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 247].

(219) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 60.

a cargo de los propietarios de las plantas bajas, gentes por lo general de pocos medios pues se trata de fincas muy antiguas. [En esto radica, según los autores, la injusticia adicional.] Existe un común sentir en la gente de que las plantas bajas no deberían correr con gastos de instalación de ascensores. Los jueces podrían tenerlo en cuenta» (220).

Estas razones que alegan los autores para admitir que bajos y locales no sufraguen los gastos de ascensor en el fondo refuerzan la tesis que mantenemos de necesaria permisión de la disidencia.

Desde el punto de vista jurisprudencial cabe alegar en favor de la exención de pago a los disidentes las siguientes sentencias: SAP de Navarra, de 3 de abril de 1998 (AC 1998/942); SAP de Palencia, de 17 de enero de 2000 (AC 2000/2607); SAP de Navarra, de 4 de marzo de 1998 (AC 1998/4336); SAP de Granada, de 7 de noviembre de 1996 (AC 1996/2307), y SAP de Ciudad Real, de 6 de mayo de 1994 (AC 1994/846) (221).

En todo caso, los locales y bajos a los que no reporta utilidad alguna el ascensor, pueden alegar para exonerarse de pago (si no se admitiera la disidencia ni se acordara su exención en Junta) que con arreglo al artículo 9.2 LPH, los gastos de ascensor no son gastos generales, ya que son imputables a varios pisos (todos, menos los bajos y locales).

7. POSIBILIDAD DE EXONERACIÓN DE PAGO O DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE REPARTO DE GASTOS POR ACUERDO DE LA JUNTA

Si no se admitiera la disidencia, cabe preguntarse si, para el caso de instalación del servicio de ascensor para supresión de barreras arquitectónicas, sería posible un acuerdo de la Junta por el que se eximiera del pago de los gastos de instalación y mantenimiento a ciertos comuneros (por ejemplo, locales y bajos a los que no reporte ninguna utilidad el ascensor, lo cual suele hacerse y es de justicia, como dice LOSCERTALES FUERTES) (222), o por el que se acordara un sistema de reparto de gastos de instalación diverso al sistema de cuotas. Esta posibilidad de abonar gastos que serían inferiores a los que resultarían de aplicar el porcentaje correspondiente a la cuota de participación o incluso la posibilidad de no abonar gasto alguno, pueden ser fructíferas a la hora de conseguir la mayoría necesaria indicada por el artículo 17.1.ª 2.º (la mayoría de 3/5 sería la exigible, según lo que expusimos en

(220) *Op. cit.*, pág. 61.

(221) Citadas por RODRIGUEZ-LORAS DEALBERT, «La accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 114, nota 206.

(222) No sería el caso si hubiese zonas comunes en el sótano utilizables por los bajos y locales comerciales o allí, por ejemplo, radicasen las calderas de la casa, de manera que el ascensor es utilizado para dicho servicio de calderas reportando así una utilidad a los bajos y locales que se benefician de la calefacción y del agua caliente sanitaria.

el epígrafe III.4) (223). Como señala DOMÍNGUEZ LUELMO, la validez de este tipo de acuerdos es restrictiva, existiendo dos posiciones al respecto:

A) Dicho tipo de acuerdos requiere unanimidad. Como ya dijimos páginas antes, «los [gastos] generales y los de las cosas comunes se satisfarán a tenor de lo establecido en el título constitutivo [Estatutos 5.3.º] o a lo especialmente acordado *por unanimidad* para el caso, y, en defecto de ambas cosas, a tenor de la cuota señalada a cada piso [arts. 3, párrafo penúltimo, 5,3.º y 9.1.e)]. Salvo que haya unanimidad, no cabe que un gasto, aunque sea atípico (es decir, sea un gasto extraordinario distinto de los que corrientemente ha de atender la comunidad), haya obligación de atenderlo a tenor de cuotas distintas de las establecidas en el título constitutivo (STS de 3 de mayo de 1997) (224). Dicha doctrina es lógica. Tales acuerdos implican de suyo una alteración de las cuotas por la Junta, y por lo tanto, del título constitutivo requiriéndose entonces unanimidad (art. 17.1.ª 1.º LPH).

Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «que la cuota de cada propiedad separada —y su función en la distribución de beneficios y gastos— debería ser considerada —una vez fijada en el título— intocable por la Junta. El «acuerdo unánime» exigido para que sea posible su variación (cfr. art. 3.IV LPH) no debería entenderse como acuerdo de Junta (órgano *comunitario*) sino como acuerdo que debería ser adoptado directamente por todos y cada uno de los propietarios, a título individual, por afectar al contenido *esencial* de su respectivo derecho. Mas no se entendió así por la jurisprudencia (cfr., por ejemplo, sentencias de 9 de noviembre de 1994 y 9 de diciembre de 1997).

Después de la reforma de 1999, parece resultar de la Ley misma (cfr. art. 18.2, inciso final LPH) que el acuerdo de la Junta puede tener por objeto no sólo el establecimiento sino también la *alteración* de las cuotas de participación (*al menos, en cuanto a su función de repartir las contribuciones pecuniarias exigibles*).

A nuestro entender, debería darse a esta posibilidad de la Junta una interpretación restrictiva. La Junta sólo debe tener competencia para establecer o alterar las cuotas en los casos en que legalmente surja la necesidad de hacerlo por no haber previsión suficiente en el título de constitución del régimen; y entonces deberá dar satisfacción a esta necesidad, sin alterar, por lo demás, el contenido esencial del derecho de cada uno, tal como resulte del título constitutivo. Así ocurrirá: ...3.º En los casos de creación de nuevos servicios no previstos en el título de constitución y sólo en cuanto a los nuevos gastos que originen...»

Lógicamente si a la posibilidad de la Junta de alterar las cuotas hay que darle una interpretación restrictiva, no cabrá admitir que tal alteración de las

(223) Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras...», *op. cit.*, pág. 10.

(224) ALBALADEJO, «Derecho Civil, III», *op. cit.*, pág. 422.

mismas para el caso concreto que se contemple, se produzca por un acuerdo que no sea unánime.

Exigen la unanimidad las SAP de Alicante, Sección 5.^a, de 24 de julio de 2003 (SP/SENT/50736), alegando el último párrafo del artículo 5 LPH en relación con el artículo 17.1 LPH; SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 18 de junio de 2001, y la SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 8 de mayo de 2003 (SP/SENT/48350), la cual declara: «Distingue claramente dicha sentencia entre el acuerdo comunitario adoptado para el establecimiento... del servicio del ascensor, único al que es aplicable el nuevo régimen especial de los 3/5 de propietarios y de cuotas instaurado por la reforma... [de 1999], y el acuerdo que tiene por objeto la distribución o reparto entre los comuneros del coste originado por dicha instalación, que requiere unanimidad cuando implique alteración de las cuotas de participación establecidas en el Título Constitutivo. El acuerdo adoptado por la Comunidad para distribuir los gastos de instalación del ascensor (los pisos más altos deben pagar una cantidad superior a los pisos más bajos) modifica el sistema de cuotas y coeficientes de participación establecido en el Título Constitutivo, luego, para que tal acuerdo fuera válido, debió ser aprobado o, en su caso, tácitamente aceptado, por todos los propietarios, cosa que no ha ocurrido. Ciertamente es que el artículo 9.1.e) de la LPH permite que la Comunidad pueda acordar un régimen de distribución de gastos distinto del contenido en el Título (...“o a lo especialmente establecido”), pero para ello debe obtener el acuerdo unánime de todos los propietarios que integran la Comunidad» (225). Igualmente exigen unanimidad para la exención de pago de los gastos de instalación del ascensor las SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 27 de enero de 2005 (SP/SENT/67588); SAP de Cuenca, Sección 1.^a, de 4 de octubre de 2004 (SP/SENT/61888); SAP de Guadalajara, Sección 1.^a, de 21 de julio de 2004 (SP/SENT/60165); SAP de Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 24 de mayo de 2004 (SP/SENT/62467), y exigen unanimidad para la modificación del reparto de los gastos de instalación del ascensor la SAP de León, Sección 2.^a, de 14 de junio de 2004 (SP/SENT/59102) y la SAP de Asturias, Sección 7.^a, de 18 de junio de 2002 (SP/SENT 39900) (226).

B) Para dicho tipo de acuerdos basta la mayoría del artículo 17.1.^a 2.º Apoya esta tesis la SAP de Teruel, de 6 de mayo de 2003 (SP/SENT/48386), que señala: «Entiende el Tribunal que si el Legislador, en la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la LPH, optó por flexibilizar el riguroso régimen de unanimidad establecido en el artículo 17.1 de la LPH para el establecimiento de determinados servicios y confirió a una mayoría cualificada de

(225) FUENTES LOJO, Apéndice a la obra «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 282.

(226) «Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor», *op. cit.*, págs. 31 a 33 y 35 a 37.

propietarios la facultad de acordar el establecimiento... de aquellos, incluso cuando ello suponga una modificación del título constitutivo o de los estatutos, en dicha facultad debe entenderse implícita la facultad de distribuir los gastos que conlleve la instalación de dicho servicio y su mantenimiento, ya que la solución contraria, pretendida por la parte demandante, en muchas ocasiones no sólo haría inviable *de facto* el establecimiento de aquellos servicios, ya que aún existiendo acuerdo mayoritario para su establecimiento, no se obtendría mayoría suficiente a la hora de determinar el reparto de los costes de instalación..., sino que además conduciría a situaciones injustas, ya que la aplicación rigurosa del régimen de participación establecido en el Título, haría que, en muchos casos, propietarios que no hiciesen uso de aquel servicio, o lo hiciesen de una forma muy limitada (piénsese, por ejemplo, en locales comerciales que pudieran estar situados en el exterior del inmueble o propietarios de viviendas a nivel de la vía pública) se vieses obligados a efectuar una contribución al establecimiento y mantenimiento del servicio muy superior a otros que, por la situación de sus elementos privativos, hiciese un uso incesante del mismo. Por todo ello, estima la Sala que la mayoría exigida para el establecimiento del servicio común de ascensor es igualmente suficiente para distribuir los gastos que la instalación y mantenimiento de ese servicio conlleve, sin que sea necesario para ello la unanimidad de todos los propietarios». En la misma línea, la SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 18 de enero de 2001 (AC 2001, 794) (227); SAP de Guipúzcoa, de 21 de febrero de 2001, y SAP de Teruel, de 6 de mayo de 2003 (AC 2003, 903), en la que se pone de relieve que, cuando el artículo 9 de la LPH establece la obligación de todo propietario de contribuir con arreglo a la cuota de participación establecida en el título «o a lo especialmente establecido», lo que está es permitiendo *«en determinados casos y en relación a determinados servicios comunes, la posibilidad de modificar la cuota de participación por encima o por debajo de la establecida en el título, en función del mayor o menor uso que por cada uno de los propietarios se haga de un servicio común concreto, e incluso establecer exclusiones a favor de alguno o algunos de los propietarios»*. A ello se añade más adelante: *«la sentencia recurrida entiende que si bien el establecimiento del servicio de ascensor puede llevarse a efecto con una mayoría cualificada de los tres quintos de los propietarios, la determinación de una cuota de participación distinta a la establecida en el título para la instalación y mantenimiento de dicho servicio están sometidas en todo caso al régimen de unanimidad de todos los propietarios; sin embargo esta tesis no puede ser compartida por la Sala, y ello porque entiende la misma, en contra de lo afirmado en la sentencia recurrida, que no puede disociarse el acuerdo de establecimiento de un servicio común del que esta-*

(227) Citada por DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 11.

blece la contribución de cada propietario a la creación y mantenimiento del mismo, ya que el segundo es subsidiario del primero y consecuencia ineludible del mismo, no existiendo razón alguna para exigir una mayoría distinta y más rigurosa en el acuerdo accesorio que en el principal (...) todo ello estima la Sala que la mayoría exigida para el establecimiento del servicio común de ascensor es igualmente suficiente para distribuir los gastos que la instalación y mantenimiento de ese servicio conlleve, sin que sea necesario para ello la unanimidad de todos los propietarios» (228). También sostienen que para la modificación del sistema de reparto basta la misma mayoría que para el acuerdo de instalación las SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 7 de febrero de 2005 (SP/SENT/67233); SAP de Vizcaya, Sección 3.^a, de 3 de enero de 2005 (SP/SENT/67598), y SAP de Gerona, Sección 1.^a, de 28 de junio de 2004 (SP/SENT/60353) (229).

Ante la disyuntiva planteada, DOMÍNGUEZ LUELMO afirma: «Desde luego no creo que por acuerdo de la mayoría se pueda hacer pagar a los que votan en contra un porcentaje superior a su cuota de participación. Pero, si los afectados por un aumento de su porcentaje en los gastos, [por ejemplo, el propietario en cuya casa vive el anciano] asumen voluntariamente el mismo, no veo motivos para negar esta posibilidad, ya que con ella puede llegarse a cambiar el voto de los propietarios reticentes a cambio de asumir éstos un coste menor» (230).

Se sustente una u otra posición, lo que es indudable, desde luego, es que no cabe que los propietarios que resultarán beneficiados con el nuevo sistema de reparto de gastos impongan éste por mayoría del artículo 17.1.^a 2.º a quienes pagarán más.

Si los Tribunales no admiten la disidencia, las comunidades de propietarios deben buscar la solución justa para cada caso, por la vía de la adopción de acuerdos de los tipos descritos.

8. EL VETO DEL ARTÍCULO 11.4 Y LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR LAS SERVIDUMBRES IMPRESCINDIBLES REQUERIDAS PARA LA CREACIÓN DE SERVICIOS COMUNES DE INTERÉS GENERAL (EN CONCRETO, ESTABLECIMIENTO DEL SERVICIO DE ASCENSOR)

Existen tres preceptos en la LPH que hay que deslindar cuidadosamente si no quiere caerse en cierta confusión. Son los artículos 9.1.c), 11.4 y 18.1.c).

El artículo 11.4 afirma que «las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán, en todo

(228) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 11.

(229) «Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor», en *SEPÍN. Revista de Propiedad Horizontal*, octubre de 2006, núm. 273 PH, págs. 34 y 37 a 39.

(230) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, pág. 11.

caso, el consentimiento expreso de éste». Dice LOSCERTALES FUERTES que estamos en presencia de una especie de veto, que opera tanto si se trata de mejoras, servicios o nuevas instalaciones necesarias o exigibles como innecesarias o no exigibles (231). GÓMEZ DE LA ESCALERA entiende que el precepto se refiere a las partes o elementos comunes del inmueble, por la razón de que sobre los elementos privativos ninguna facultad de disposición tiene la Comunidad sin la voluntad del propietario afectado, pero destaca, sin embargo que el texto del precepto utiliza la expresión «alguna parte del edificio», que por su generalidad incluiría tanto las partes privativas como las comunes (232). FUENTES LOJO también se inclina por esta última posición (233), pero la discusión parece estéril, pues el resultado jurídico al que se llega es el mismo (necesidad del consentimiento del propietario para que las obras [de accesibilidad no obligatorias] puedan hacer inservible su elemento privativo). El consentimiento del propietario afectado ha de ser expreso, siendo válido el prestado mediante una compensación económica.

Junto a este precepto, el artículo 9.1.c) obliga al propietario a soportar en su vivienda o local las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, procede precisar cuidadosamente qué deba entenderse por servidumbre. Ésta no puede implicar que se haga inservible total o parcialmente el elemento privativo, pues entonces estaríamos en el ámbito del artículo 11.4, siendo imprescindible el consentimiento del perjudicado. El elemento privativo afectado ha de continuar siendo servible para el uso y disfrute del propietario, aunque tal uso y disfrute se halle gravado. Por otro lado, como han señalado la doctrina y la jurisprudencia, «no puede ampararse en el concepto de «servidumbre», que se rige por los artículos 530 y siguientes del Código Civil, la pretensión de algunas Comunidades de obligar a un determinado titular a la cesión parcial o total de su propiedad. Esto no es jurídicamente una «servidumbre», ya que supone la privación del derecho dominical y, desde luego, la equiparación resulta improcedente legalmente». Para que estemos en presencia de una servidumbre debe existir un predio sirviente y un predio dominante (por ejemplo, paso de cables para el ascensor por el local), lo que deja de existir si la propiedad, en todo o en parte, pasa a la Comunidad (234). En este sentido, se han pronunciado la SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 11 de noviembre de 2004 (SP/SENT/64967); SAP de Toledo, Sección 2.^a, de 30 de diciembre de 2003 (SP/SENT/54324); SAP de La Coruña, Sección 5.^a, de 19 de noviembre

(231) LOSCERTALES FUERTES, Daniel, «Propiedad Horizontal», 7.^a ed., *op. cit.*, pág. 162.

(232) Citado por FUENTES LOJO, Apéndice a la obra «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 509.

(233) FUENTES LOJO, Juan Ventura, «Comentarios...», Tomo I. *op. cit.*, pág. 394.

(234) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 243.

de 2002 (SP/SENT/68256); SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 21 de diciembre de 2001 (235), y 1 de febrero de 2002 (236), y SAP de Jaén, Sección 2.ª, de 20 de mayo de 2003 (SP/SENT/48381) (237); SAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 24 de noviembre de 1998; SAP de Madrid, de 30 de junio de 2000, y SAP de Sevilla, de 21 de diciembre de 2000. Igualmente cabe señalar que en una encuesta hecha por la Revista *Sepín* a nueve magistrados, en el sentido de si en base al artículo 9.1.c) se podía obligar a los comuneros a

(235) «...esta compensación que se previene en el artículo 9.1.c) de los daños y perjuicios que suponga la creación de la servidumbre, pone sobre la pista el verdadero alcance de la servidumbre, pues bajo esa compensación económica no puede esconderse, en la realidad de las cosas, una suerte de expropiación privada y forzosa, comprando el valor de lo ocupado cuyo destino permanente será ya el propio de todo elemento común. Consideraciones que en el supuesto de autos deben llevar a la estimación del recurso, pues la instalación del ascensor viene a suponer la privación de la práctica totalidad de un espacio que, por mucho que tenga una funcionalidad instrumental o auxiliar en el local, excede de lo que jurídicamente debe soportar el propietario del local, pues, y en esto la doctrina ha sido unánime al resaltarlo, si legalmente aquellas innovaciones conllevan que un copropietario no pueda utilizar un elemento común, no se podía hacer sin su consentimiento expreso, con mucha más razón será necesaria su autorización cuando la pretendida servidumbre le suponga la práctica totalidad de la privación de un espacio del local (tres cuartas partes del mismo). Por más que la instalación del ascensor responda a un interés general de la comunidad, y por ello ha sido propiciado por el legislador, ello no puede hacerse a costa de los elementos privativos con un impacto de la intensidad como la que, en el caso de autos, se pretende...».

(236) «...Quinto. La sentencia 780/2001, de 21 de diciembre, de esta misma sección, aborda idéntica cuestión a la presente; es decir, la ocupación de un determinado volumen de un local por la nueva instalación del servicio de ascensor. Ya en esa resolución se acusaba al citado artículo 9.1.c) de una “significativa imprecisión”, sobre todo cuando la “servidumbre” afecte a un elemento privativo relevante, pues es preciso coherenstar el interés general subyacente en los artículos 9.1.c) y 17 con el derecho dominical individual recogido en el artículo 3.a) del mismo texto legal. En este sentido, es cierto que toda servidumbre aparente o no, continua o discontinuada, supone una limitación del derecho real de propiedad. Sin embargo, *ese gravamen no puede llegar al extremo de conllevar un menoscabo que inutilice total o parcialmente el elemento privativo y mucho menos que llegue a convertirse en una especie de “expropiación” privada de naturaleza forzosa...*

Sexto. Y en el supuesto cuyo enjuiciamiento ahora nos ocupa, la colocación del ascensor va a suponer la privación de un volumen que no tanto por su amplitud, sino por su eficacia, va a suponer una importante limitación para el local. Es decir, los 3,456 m³, que suponen 1,20 m² de altura y 2,88 m² de superficie, impedirán el acceso al local de camiones, aunque no el de furgonetas y turismos. Sin duda, esto supone una merma importante en el dominio del señor C. No sólo desde un punto de vista de la extensión de uso dominical, sino desde la óptica de la funcionalidad del local.

Séptimo. Por lo tanto, entiende este tribunal que esa privación dominical excede del concepto de “servidumbre” al que se refiere el artículo 9 de la LPH, lo que conllevará necesariamente a la desestimación de la demanda y a la estimación del recurso de apelación; sin perjuicio, claro está, de los posibles acuerdos extrajudiciales a los que pudieran llegar. Acuerdos que, por tal naturaleza no son impositivos jurídicamente» (Apéndice a la obra FUENTES LOJO, *Comentarios...*, pág. 510).

(237) La sentencia entiende por servidumbre una *ocupación mínima* o con alcance similar al que genera el encofrado de bajantes, vigas maestras, cables, etc. Dicha ocupación mínima debe entenderse como *inapreciable* en el caso.

ceder o vender una parte de su propiedad privada para la colocación, por ejemplo, de un ascensor, ocho sostuvieron que no, entre ellos, MAGRO SERVET, y solamente uno argumentó que sí (238).

Por lo tanto, si las obras de instalación del ascensor suponen privación a algún propietario de parte de su propiedad privativa, no es posible la adopción del acuerdo por mayoría de 3/5 [o por mayoría del 17.1.^a 3.º] sino con unanimidad. Así se mantiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 15 de mayo de 2002. Ello es así porque la referencia contenida en el artículo 9.1.c) LPH no tiene en ningún caso efectos expropiatorios. La LPH reconoce el derecho exclusivo y singular de cada propietario sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, como afirma el artículo 3 LPH (239). Por otro lado, el acuerdo implicaría alteración de cuotas de los pisos o locales afectados, y toda modificación de cuotas debe realizarse por unanimidad (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS).

Ante un acuerdo comunitario, pues, que imponga a un comunero la cesión de todo o parte de su elemento privativo (o de sus anejos) el afectado puede oponerse [veto del 11.4 frente a una pretendida servidumbre del 9.1.c)], primando su derecho de propiedad y no estando obligado a tal cesión. Si se adopta, a pesar de todo, el acuerdo en Junta por la doble mayoría exigida en el artículo 17.1.^a 2.º ó 17.1.^a 3.º LPH, el propietario deberá oponerse en el acta a la adopción del acuerdo y votar en contra para proceder a la impugnación por la vía del artículo 18.1.c). Conviene destacar que la constitución de servidumbre, en caso de establecimiento del servicio de ascensor por la vía del artículo 17.1.^a 3.º, puede ser viable, en cuanto dicho gravamen no sólo beneficia al interés particular del discapacitado o anciano, sino a toda la comunidad, ya que el nuevo servicio establecido no deja de ser de interés general (art. 9.1.c). Cosa distinta sería si a consecuencia de otras obras encuadrables

(238) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 288 La respuesta de este magistrado, cuyo planteamiento era el mismo que el de los restantes encuestados, fue la siguiente: «La referencia contenida en el artículo 9.1.c) no tiene, en ningún caso, efectos expropiatorios o afectantes al derecho de propiedad que tienen los comuneros sobre su propio inmueble. La LPH reconoce el derecho exclusivo y singular de cada propietario sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, como recoge el artículo 3 LPH. Ahora bien, ello no evita que en determinadas circunstancias deba asumir cada propietario la obligación de permitir las reparaciones que exija el servicio del inmueble con las servidumbres atinentes a su propio piso o local y con la indemnización que le corresponda por los daños y perjuicios causados, pero sin que ello lleve a pensar que tal facultad que otorga el artículo 9.1.c) LPH lleve a extender esta posibilidad a un contenido expropiatorio de la comunidad respecto al propio piso o local de cada comunero, ya que prima el artículo 3 LPH anteriormente citado. Las consecuencias indemnizatorias consentidas en este artículo 9 no significan el alcance al derecho de propiedad de las facultades concedidas a la comunidad frente a cada propietario respecto a su piso o local».

(239) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, pág. 245.

en el artículo 17.1.^a 3.º LPH se pretendiese imponer una servidumbre que beneficiase exclusivamente al discapacitado o anciano, ¿debería el comunero permitir la servidumbre en su espacio privativo? Dejamos simplemente apuntada esta cuestión.

Un tercer precepto a considerar es el artículo 18.1.c). De una interpretación integradora del artículo 17.1.^a LPH con dicho artículo 18.1.c) resulta que debe exigirse el consentimiento del propietario cuando se trate de acuerdos que conlleven un claro perjuicio al propietario del inmueble que no tiene obligación jurídica de soportarlo... (240). En la SAP de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 15 de mayo de 2001, se dice que el acuerdo que puede asimilarse al establecimiento o supresión de ascensor u otros servicios comunes de interés general, cuya aprobación exige la mayoría cualificada de 3/5, requiere inexcusablemente el consentimiento de los comuneros perjudicados por dicho acuerdo (241). Lo mismo sería predicable en el caso del artículo 17.1.^a 3.º La afectación y perjuicio tienen que ser directos y evidentes, a no confundir con meras comodidades del propietario que no quiere consentir...» (242).

9. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 Y DEL ARTÍCULO 17.1.^a LPH

Hemos visto que a través del artículo 17.1.^a 2.º y 17.1.^a 3.º LPH pueden adoptarse acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo. Así, obras que supongan establecimiento de nuevos servicios generales como el ascensor, siempre que el inmueble reúna todos los requisitos físicos, sin menoscabo grave del resto (no hay alteración, ruptura o desprecio de otros elementos comunes o privados) y sin perjuicio directo para un solo propietario (por ejemplo, caso de que se coloque en el hueco de la escalera) (LOSCERTALES FUERTES) (243).

Ahora bien, como se señala en SP/CONS/24416 (mayo de 2002): «surge la duda de si en los supuestos en los que existe una gran alteración de elementos comunes será necesaria entonces la unanimidad». La opinión de la revista *Sepín*, que también mantuvieron varios magistrados a results de una encuesta formulada por aquélla en septiembre de 2000, es que el derecho del artículo 17.1.^a no es un derecho absoluto, pues no es posible olvidar que el artículo 12 establece el acuerdo unánime para cualquier alteración de la estructura o fábrica en el edificio o de las cosas comunes —dice la revis-

(240) MAGRO SERVET, Vicente (Coord.), «Guía práctica...», *op. cit.*, págs. 292, 293 y 294.

(241) *Op. cit.*, págs. 292 y 293.

(242) *Op. cit.*, pág. 295.

(243) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Propiedad Horizontal*, 7.ª ed., *op. cit.*, pág. 159.

ta—, siendo desde luego aconsejable que los disidentes impugnen en el plazo y forma del artículo 18.1, pidiendo la suspensión cautelar y acompañando informe técnico que acredite que se tiene que modificar, por ejemplo, una viga maestra». Los magistrados encuestados, que coincidían con la opinión de la revista, fueron BAENA RUIZ, FERRER GUTIÉRREZ, GARCÍA-CHAMÓN y SEOANE SPIEGELBERG. Sus argumentos hacían referencia a la colisión entre el artículo 17.1.^ª2.º y el 12 LPH, pero pueden ser trasladables al caso de colisión del artículo 17.1.^ª3.º y 12 LPH. BAENA RUIZ opina que salvo unanimidad, no puede afectarse gravemente la estructura o fábrica del edificio (244). FERRER GUTIÉRREZ afirma que si las obras de instalación de un nuevo servicio en los elementos comunes llegan al extremo *de desbordar al servicio* que se pretende instaurar, *haciendo que éste pase a ocupar un segundo plano* frente a las reformas que se hacen necesarias, *e incluso en el caso de que lleguen a situarse en un plano de igualdad o casi igualdad, es decir, que ya no puedan considerarse accesorias, ya no bastaría la mayoría privilegiada de los 3/5, pues el interés general no tiene un valor absoluto*. [El argumento puede trasladarse al caso de instalación de servicio de ascensor para la supresión de barreras arquitectónicas, finalidad esta que tampoco tendría un valor absoluto frente a la conservación razonable del edificio en su fábrica o estructura] (245). GARCÍA-CHAMÓN CERVERA manifiesta que «en el caso de que la nueva instalación y servicio común suponga... la alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes, se produce una evidente antinomia [entre el art. 12 en relación con el 17.1.^ª1.º y el art. 17.1.^ª2.º LPH] que sólo alcanzo a resolver limitando las nuevas instalaciones o servicios que se puedan establecer mediante la mayoría cualificada a servicios personales... o servicios o instalaciones que afecten de modo leve a la configuración física y función de las cosas comunes» (246). SEOANE SPIEGELBERG considera que hay que partir de la consideración de que el legislador ha querido flexibilizar el régimen de instalación de ciertos servicios y de que esa instalación normalmente afectará a elementos comunes. Ahora bien, ello no implica que deba permitirse cualquier tipo de obras so capa de la instalación de un nuevo servicio común. Será la ponderación *del grado de afectación que puede generar en los elementos comunes la realización de las obras para la instalación de los nuevos servicios, la que nos determinará a optar por la mayoría cualificada si es escasa o por la unanimidad si es grave* (247) (248). Todos

(244) REVISTA JURÍDICA SEPÍN. Septiembre de 2000. *Encuesta jurídica*, págs. 7 y 8.

(245) REVISTA JURÍDICA SEPÍN. Septiembre de 2000. *Encuesta jurídica*, págs. 8 y 9.

(246) REVISTA JURÍDICA SEPÍN. Septiembre de 2000. *Encuesta jurídica*, pág. 10.

(247) REVISTA JURÍDICA SEPÍN. Septiembre de 2000. *Encuesta jurídica*, págs. 14 y 15.

(248) Entre otras consideraciones, señala que «es esencial apreciar el grado de afectación que puede generar en los elementos comunes la realización de las obras para la instalación de los nuevos servicios, dado que el artículo 17.1 hay que ponerlo en relación

estos argumentos son muy ponderados y razonables, por lo que hacen que nos sumemos a la tesis expuesta, considerando que será muy conveniente la intervención de un técnico, arquitecto o aparejador, que pueda dilucidar si se afecta gravemente o no a la estructura o fábrica del edificio o a otros elementos comunes (249).

La doctrina asume estos planteamientos. Así podemos citar a BUTERS. Para este autor no puede decirse que exista una verdadera alteración en el caso de que el ascensor encuentre ya preparada la disposición de los lugares, de tal manera que, en definitiva, se reduzca la operación a hacer una simple colocación o adaptación del mecanismo. En cambio, cuando hay que abrir huecos ensanchando la escalera o precisa la demolición de ciertas partes o una modificación esencial del patio común, es evidente que existe una alteración trascendental [del art. 12 LPH]. Opinión que comparte BATTLE (250).

En línea con lo expuesto, la jurisprudencia ha entendido para la instalación de nuevos aparatos ascensores, que será suficiente la aplicación de un régimen de mayorías, siempre que la instalación sea física y técnicamente posible, sin que haya de procederse a la demolición o derribo de elementos comunes [cfr. SSTs de 5 de julio de 1995 (*RJA* 1995, 5463) y 13 de julio de 1994 (*RJA* 1994, 6435)]. Sin embargo, cuando el hueco que se pretenda utilizar no sea suficiente y haya que realizar obra que altere la estructura y fábrica del edificio, demoliendo, por ejemplo, parte de la escalera, será necesaria la unanimidad [cfr. SAP de La Coruña, de 17 de junio de 1998; SAP de Barcelona, de 30 de septiembre de 1997, y SAP de Cantabria, de 13 de diciembre de 1996] (251).

con el 12, que exige unanimidad. Este criterio de ponderación de la entidad de las obras es habitualmente tenido en cuenta por parte de la jurisprudencia, al resolver sobre el régimen de mayorías precisas; así la regla de minimis o de escasa afectación de los elementos comunes es aplicada por la sentencia TS de 5 de mayo de 1989 para legitimar obras de escasa importancia. Sin embargo en la sentencia de 15 de febrero de 1992, relativa a la instalación de un ascensor, exigió la unanimidad, teniendo presente la grave afectación para los elementos comunes y la configuración del inmueble que supondría su instalación».

(249) Por estructura se entiende «la distribución y organización de los diferentes espacios y volúmenes que comprenden las partes comunes del edificio; por fábrica se identifica al edificio en sí, como construcción; y por alteración se concibe todo cambio en la naturaleza, composición o destino de una cosa o elemento común (ECHEVARRÍA SUMMERS, Francisco, «Comentario al artículo 12», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.ª ed, revisada y puesta al día. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 346).

(250) Citados por FUENTES LOJO, Juan Ventura, «Comentarios...», Tomo II., *op. cit.*, pág. 1094.

(251) ECHEVARRÍA SUMMERS, Francisco, «Comentario al artículo 12...», *op. cit.*, pág. 355.

10. OBRAS A REALIZAR Y LÍMITES DE LAS MISMAS. ¿QUIÉN DEBERÍA CORRER CON EL COSTO DE LAS MISMAS?

Como señala DOMÍNGUEZ LUELMO: «el artículo 17.1.^a LPH no aclara gran cosa en cuanto al tipo de obras a que va referido, sino que únicamente habla de la “realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía”. No obstante —dice, y con acierto— necesariamente este tipo de obras tienen que ser similares en la LPH y en la Ley 15/1995, siendo esta última mucho más explícita en sus artículos 1.2 y 3.1.b). Desde este punto de vista, las obras podrán afectar a los elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre la finca urbana y la vía pública, tales como escaleras, ascensores, pasillos, portales o cualquier otro elemento arquitectónico, o las necesarias para la instalación de dispositivos electrónicos (o mecánicos. art. 10.2 LPH) que favorezcan su comunicación con el exterior. Sin embargo, la Ley 15/1995 exige que tales obras no afecten a la estructura o fábrica del edificio, no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio. Tales exigencias no aparecen en el artículo 17 de la LPH» (252).

Ahora bien, pese a ello, es posible fijar los siguientes límites a las obras no obligatorias de accesibilidad:

- 1.º Los que se desprenden del artículo 18.1 LPH (que no causen grave perjuicio a la comunidad, al edificio...).
- 2.º Los que se desprenden del artículo 11.4 LPH y 12 LPH, tal como hemos explicado anteriormente.
- 3.º Los que se desprenden del artículo 3.1.b) de la Ley 15/1995, aplicable por analogía: esto es, como señala LLAMAS POMBO, son aplicables las limitaciones, de no menoscabar la resistencia de los materiales empleados y ser razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio, pues no sería lógico que en aras de la supresión de barreras arquitectónicas, se afecte a la resistencia o las características históricas del edificio (en este último aspecto puede ser orientativa la normativa sobre patrimonio histórico artístico). La SAP de Málaga, de 8 de mayo de 2002, citada por LOSCERTALES FUERTES, rechaza la instalación de nuevo ascensor, amparándose en el concepto de supresión de barreras arquitectónicas precisamente *por ser incompatibles las obras con la configuración del edificio*.

(252) DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad...», *op. cit.*, nota 53.

- 4.º Como señala FUENTES LOJO están prohibidas por el artículo 11.4 y 12 LPH las obras que afecten a la seguridad, salubridad y solidez del edificio. En este sentido, artículo 3.1.b.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
- 5.º Las obras deberán respetar los requisitos básicos señalados en el artículo 3 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación.
- 6.º Las obras deberán ser proporcionadas, adecuadas a la discapacidad padecida, justificadas, sin causar perjuicio colectivo notorio.
- 7.º El edificio deberá tener vida útil considerable.
- 8.º Los límites derivados de la razonabilidad de las obras y del sentido común. Decimos esto porque es evidente que en viviendas de categoría ínfima, que casi no reúnen los requisitos de habitabilidad, será difícil llevar a cabo obras de accesibilidad (ya sean obligatorias, ya no lo sean); por lo que el discapacitado o mayor lo tendrá más difícil en tales casos. Igualmente, es de sentido común, por ejemplo, que una rampa ha de tener un murete en el lateral que no está pegado a la pared para que los que usen las escaleras no se caigan. Y como dicen GARAY Y GARAY, muchísimas veces la instalación de un ascensor será imposible o muy costosa por razones de la configuración del edificio. Hasta una rampa en el portal puede presentar problemas si la inclinación es pronunciada (253). Las obras deben ser, pues, siempre razonables.

En cuanto a quién debe correr con el costo de las obras, si éstas benefician al discapacitado o mayor de setenta años y también a la comunidad parece que ésta deberá afrontarlas, con la admisión de disidentes y sin perjuicio de las exenciones, ayudas y subvenciones existentes (254). Pero si no se admitiera la existencia de disidentes o si la obra beneficia exclusivamente al discapacitado, ésta debería ser afrontada por las Administraciones Públicas. Una alternativa a esta solución sería crear una deducción específica a efectos del IRPF, de las cantidades abonadas para obras de accesibilidad.

(253) GARAY G., Juan, y GARAY D., Miren, «Ley de Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 70.

(254) En la Comunidad de Madrid se ha publicado recientemente la Orden 679/2007, de 2 de marzo, del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones para la instalación de ascensores en edificios de la Comunidad de Madrid y se convocan subvenciones para el año 2007. *BOCM*, núm. 79, de 3 de abril de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, vol. 1.º, 12.ª ed., José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1991.
- *Derecho Civil, III. Derecho de bienes*, 9.ª ed., puesta al día con la colaboración de José Manuel González Porras. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, Bercal, S. A., 2005, pág. 230.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 17», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.ª ed., revisada y puesta al día, Aranzadi, Navarra, 2002.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1.ª de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5, 51, 2004.
- ECHEVARRÍA SUMMERS, FRANCISCO, «Comentario al artículo 12», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 2.ª ed., revisada y puesta al día, Aranzadi, Navarra, 2002.
- FUENTES LOJO, Juan Ventura, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*. Tomo I y II. José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2002.
- Apéndice a la obra *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*. José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- GARAY, G. Juan, y GARAY D. Miren, *Ley de Propiedad Horizontal*. Londonbil, S. L., Madrid, 2004, pág. 69.
- GARCÍA BARREIRO, G. M.ª, y otros, *El mayor y su casa. Barreras arquitectónicas*. Gerokomos, vol. 15, núm. 3, septiembre de 2004.
- GARCÍA TRASCASAS, Ascensión, «Mayores y trabajo asalariado: de la jubilación forzosa a la prolongación de la vida activa», en ALONSO PÉREZ, M.; MARTÍNEZ GALLEGGO, E. M.ª y REGUERO CELADA, J., *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004.
- GÓMEZ CALLE, Esther, «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal», en *ADC*, enero-marzo de 2004, pág. 121.
- GUILARTE ZAPATER, Vicente y cols., *La reforma de la propiedad horizontal*, Editorial Lex Nova, 1999.
- IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, Ramón, *Iniciativa y legitimación en la realización de obras dirigidas a la supresión de barreras arquitectónicas en edificios sometidos al régimen de la LPH*, Sepín, noviembre de 2007, núm. 285, pág. 13 y sigs.
- JAIME LÓPEZ, Inmaculada, y ROSAT ACED, José Ignacio, *Comunidades de propietarios. Guía del profesor*, Generalitat Valenciana, 2006.
- LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Tomo Cuarto. Propiedad y Derechos reales de goce*, 5.ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 2005.
- LOSCERTALES FUERTES, «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», en *Sepín*, enero de 2004.

- *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 7.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2005.
- *Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*, 8.^a ed., Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006.
- *Las Comunidades de Propietarios y los discapacitados*, SEPÍN, marzo de 2008, núm. 289, pág. 15 y sigs.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario al artículo 17», en CUADRADO IGLESIAS, Manuel (Coord.), *Comentarios a la Ley de reforma de la propiedad horizontal. Ley 8/1999, de 6 de abril*, Dykinson, 2000.
- MAGRO SERVET, Vicente (Coord.). *Guía práctica de propiedad horizontal*. Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2004.
- MAGRO SERVET, Vicente, «Repercusión en la Ley de Propiedad Horizontal del Proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades», en *Diario La Ley*, núm. 5797, año XXIV, 6 de junio de 2003.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero de 2005. NICOLÁS DUEÑAS, M., «El valor del domicilio como recurso para la salud», en *Gerokomos*, vol. 12, núm. 2, abril de 2001.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro; MARTÍNEZ DE AGUILAR ALDAZ, Carlos; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel. Coord. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil*, vol. III, «Derechos reales», Colex, Madrid, 2004.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., Tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- DE LA ROCHA, Ernesto, y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *La Ley de Propiedad Horizontal*. Normativa. Formularios a ella y a los trámites legales. Granada, 2004.
- RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, Juan, *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- SEPÍN, REVISTA PROPIEDAD HORIZONTAL, *Jurisprudencia al detalle. La instalación del ascensor*, octubre de 2006, núm. 273, PH.
- SEPÍN, REVISTA PROPIEDAD HORIZONTAL, Encuesta jurídica. *Reforma de la LPH. En principio, para cualquier tipo de obra requerida para la «accesibilidad» bastará el acuerdo de la mayoría simple, aplicando el artículo 11.1 de la LPH, pero el artículo 17, regla 1.^a, que se refiere a la «supresión de barreras arquitectónicas», fija el quórum en la mayoría del total de cuotas y de propietarios. ¿En qué supuestos debe ser aplicada cada una de dichas normas?* SP/DOCT/1924 (marzo de 2004).
- SEPÍN, REVISTA PROPIEDAD HORIZONTAL, Encuesta jurídica. *El artículo 17.1 de la LPH establece el quórum de las tres quintas partes de propietarios y cuotas cuando se pretenda nuevas instalaciones y servicios comunes, pero en el caso de que a la vez suponga obras importantes en otros elementos de la comunidad, ¿bastaría con esta mayoría cualificada o sería necesaria la unanimidad?* (septiembre de 2000).
- TUSET DEL PINO, Pedro, *Condiciones que deben cumplir las edificaciones para el acceso de minusválidos según la ley*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S. A., Barcelona, 2003.

— «Nuevas obligaciones de las comunidades de propietarios con minusválidos». en *Inmueble: revista del sector inmobiliario*, año 8, núm. 39 (marzo de 2004).

VILLAS DE ANTONIO, M.^a del Rosario, «La comunidad de propietarios», *BOE*, Madrid, 2004.

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL Y DISCAPACIDAD

La Disposición Adicional 3.^a de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, modifica los artículos 10, 11 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, introduciendo por vez primera en esta Ley, como importante novedad, el concepto de «mayor de setenta años». La reforma, que tiene indudables efectos beneficiosos, tanto para los discapacitados como para los ancianos, da lugar, sin embargo, a una compleja problemática en torno a la interpretación de los citados artículos, problemática que se intenta desentrañar en este trabajo. Se trata de determinar cuáles son las nuevas obligaciones de la comunidad de propietarios en materia de accesibilidad (arts. 10.1 y 10.2 LPH), así como precisar el alcance de los acuerdos que voluntariamente pueden adoptarse (arts. 11, 17 y 12 LPH). Particular interés presenta el análisis de los conceptos «vivir, trabajar y prestar servicios altruistas o voluntarios» por parte del discapacitado o anciano, como fundamento legitimador de las obras de accesibilidad, así como el análisis de las cuestiones relativas a si existe o no asimilación entre toda persona mayor de setenta años y un discapacitado; mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos; posibilidad de existencia de disidentes y límites existentes a la realización de obras obligatorias y no obligatorias de accesibilidad. El estudio, original y exhaustivo,

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY AND DISABILITY

Opportunities, non-discrimination and universal accessibility for persons with disabilities. Additional Provision 3 amends articles 10, 11 and 17 of Act 49/1960 of 21 July on horizontal property, introducing, for the first time in the Horizontal Property Act, as an important new feature, the concept of «persons over 70 years of age». The reform, which has indubitable beneficial effects for both the disabled and the elderly, does however give rise to a complex problem concerning the interpretation of the aforesaid articles. This paper attempts to untangle the problem. The issue is to determine what the new obligations of the tenants' association are in matters of accessibility (articles 10.1 and 10.2, Horizontal Property Act) and to specify the scope of any agreement made voluntarily (articles 11, 17 and 12, Horizontal Property Act). Of particular interest is the analysis of the concepts «to live, work and render altruistic or volunteer services» by the disabled or elderly person as a legitimating foundation of accessibility work, the analysis of questions concerning whether or not all persons over age 70 may be regarded on the same basis as disabled persons, majorities necessary for resolutions, the possibility that there may be dissidents and existing restrictions on the performance of mandatory and non-mandatory accessibility work. This original, exhaustive paper reconciles the rights of the elderly and the disabled with those of tenants' associations and fellow

cohonesta los derechos de mayores y discapacitados con los de las comunidades de propietarios y convecinos, ofreciendo también sugerentes reflexiones acerca de quién debería correr con el costo de las obras de accesibilidad.

tenants, and it also offers some suggestive reflections on who should bear the cost of accessibility work.

(Trabajo recibido el 15-10-07 y aceptado para su publicación el 14-05-08)

DICTÁMENES Y NOTAS

La dinámica (1) del Derecho y su aplicación mecánica

por

MANUEL FIGUEIRAS DACAL
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

PREÁMBULO.

LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO.

FILOSOFÍA RACIONALISTA *VERSUS* MECANICISTA.

LA FICCIÓN JURÍDICA.

EL MECANICISMO JURÍDICO. LA ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD. PRECEDENTES.

DERECHO ACTUAL.

LA EFICACIA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

LA CALIFICACIÓN.

LA FILOSOFÍA MECÁNICA Y EL REGISTRO.

«*Deus ex machina*»

Expresión latina procedente del teatro griego que hace referencia a la introducción por la tramoya de una *deidad* mediante una *máquina* externa para resolver un supuesto o situación compleja de la trama. Aunque en el siglo XVII la palabra «máquina» se utilizaba como sinónimo de engaño (*maquinación*), la indicada frase se usa, más bien, para referirse a la *argucia de introducir un*

(1) *Dinámica*: Parte de la mecánica que trata de las leyes del movimiento en relación con las fuerzas que lo producen (DRAE).

elemento extraño en la resolución de algún problema o cuestión que no parece seguir su lógica interna. Esta técnica es aprovechada por los *mecanicistas*, no exclusivamente para aclarar la posible introducción de una maquinación externa en un complicado raciocinio interno, sino como expresión que justifica la postura filosófica que busca la solución de todos los problemas en la experimentación y en la observación de las leyes de la naturaleza que son de creación divina, superando así el mero estudio de una causa razonable. Es el fundamento de una moderna *filosofía natural* cuyo origen tuvo lugar en el siglo XVII, cuando todavía no existían los artilugios y medios técnicos tan eficientes en la actualidad.

PREÁMBULO

Leopoldo CALVO SOTELO (2), en su discurso de ingreso en el Consejo de Estado (enero de 2007), cita a NOVALIS (3) quien afirma que *«sólo el matemático es feliz»*, y, por lo mismo, asegura que *desde las ciencias exactas se ven con recelo otros cultivos que no parecen sujetarse a leyes claras y enunciables mediante ecuaciones*. No obstante, sigue diciendo, *actualmente existe un afán de precisión en las culturas sociales, por lo que es preciso tender puentes con la ciencia*.

Para ello se debe partir de la *realidad social*.

«Si examinando la realidad de la naturaleza se puede llegar a formular por inducción *leyes físicas* —y así nació la ciencia física moderna con Newton (1642-1727)—, también examinando la *realidad social* pasada se pueden extraer las *leyes sociales*, y cuando se compruebe que se repiten ciertos datos, se podrán predicar las correspondientes posibilidades, o probabilidades, de acontecimientos futuros, según la ley inducida» (4).

La humanidad desde sus orígenes se ha enfrentado siempre al problema de predecir el futuro buscando el bienestar común: En etapas primitivas, y aún actualmente en ciertas culturas con evidente retraso, se ha intentado adivinar lo que está por venir invocando a falsos dioses o a divinidades o espíritus volubles, celebrando ritos sagrados y hasta sacrificios humanos, o interpretando fenómenos extraños de la naturaleza o acontecimientos extraordinarios. En los tiempos modernos se recurre a la Ciencia. *La física y las matemáticas* son los instrumentos más utilizados por los científicos para interpretar las impresiones que percibimos por los sentidos de los fenómenos naturales. Y también son útiles para la *Ciencia Jurídica*.

(2) Ingeniero de caminos, canales y puertos.

(3) *Barón de Herdenberg*.

(4) José Manuel OTERO NOVAS, *El retorno de los Césares*. Instituto de Estudios de la Democracia de la Universidad San Pablo CEU. Editorial Libros Libres, año 2007.

La física, como ciencia que estudia la *materia* y la *energía*, está presente en las actuales formas de *cultura visual* y *gráfica* de las sociedades modernas: la *escritura* y la *publicidad*, cuyos efectos trascienden el espacio y el tiempo como instrumentos que proyectan al futuro el cumplimiento de nuestros deseos. Estos mecanismos en su perfección jurídica —el *documento público* y la *publicidad registral*—, constituyen una combinación adecuada para procurar la *perpetuación* de las actuaciones en el tiempo y su conocimiento por los terceros interesados que quieran operar en consecuencia. Actualmente, incluso, sus formas más comunes se superan cada día por las técnicas informática y telemática, cuyos recursos no conocen límites ni fronteras. Y hasta pierden fuerza las palabras y la adquieren los *símbolos* que permiten entender más deprisa y cumplen de mejor forma la «objetividad».

Aparentemente, la *escritura personal* regula un orden interno, y se comporta como la energía *estática* de lo propio, sin salir al exterior. Pero esto no es un límite absoluto: la misma escritura también proyecta al exterior una fuerza *dinámica* que opera como la fuerza *atómica* oculta en la misma materia que únicamente se hace patente cuando la *energía cuántica* se manifiesta en *luz*, *sonido* o *imagen*. Del mismo modo, en el mundo del Derecho, la fuerza interna de lo plasmado en la *escritura*, es decir, su eficacia *inter partes*, se proyecta al exterior, bien mediante su propia fuerza capaz de alcanzar ciertos ámbitos o mediante una *publicidad eficiente* que va a afectar también a los terceros ajenos al otorgamiento que demuestran cierto interés e, incluso, opera con eficacia frente a todos (*erga omnes*).

Las matemáticas son consideradas hoy como una *super-ciencia* «*exacta*» de carácter lógico-deductivo que, partiendo del encadenamiento de conceptos primarios, como los números, el orden y las cantidades, con determinados axiomas, y la posible inclusión de variables e incógnitas a despejar, nos llevan a un razonamiento *abstracto* capaz de representar e interpretar *numérica o geoméricamente* las leyes de otros muchos sectores científicos y de proponer soluciones a sus problemas, unas veces con meridiana exactitud y otras mediante el «cálculo de probabilidades». Las teorías puramente matemáticas, aún desconectadas de la vida real, han servido siempre para explicarnos numerosos fenómenos del universo físico, hasta el punto de que se dice que un fenómeno no se conoce bien mientras no esté *escrito en lenguaje matemático*, por lo que, en todas las ciencias existe un departamento para el estudio de su aspecto relacionado con las matemáticas.

Y también van a ser útiles en el entendimiento de ciertos fenómenos jurídicos que la experiencia pone de manifiesto. *Si en el mundo del Derecho se puede pensar por actos, y no sólo por conceptos*, también pueden ser exteriorizados, plástica o virtualmente, conforme a ciertas leyes meramente físicas, y ser agrupados y estudiados por la forma de manifestarse aunque provengan de campos diversos. Y serán clasificables, cuantificables y suscep-

tibles de estudios estadísticos y cálculos matemáticos, cuyas conclusiones *abstractas* pueden equipararse a los razonamientos lógico-deductivos. Incluso, por aplicación de complejas fórmulas matemáticas (*algoritmos*), la técnica informática intenta llegar a límites tan audaces como la confección mecánica de resoluciones decisorias, cuestión que exige la máxima prudencia para evitar la deshumanización de la función jurídica (5).

La misma terminología pone de manifiesto la conexión entre *Ciencia y Derecho*:

- *Actuar conforme a Derecho es lo más recto y seguro*. No obstante, es evidente que por exigencias de la masificación y globalización, la realidad jurídica actual no depende ya de un subjetivismo individualizado, sino fundamentalmente de una dinámica social que en un marco de seguridad busca un objetivo de eficacia general. Por lo mismo, las personas deben acomodarse a vivir en un mundo casi artificial y mecánicamente condicionado.
- *El Derecho, además de justo, también debe ser exacto y equitativo*, por lo que todo Estado de Derecho, no sólo debe contar con los remedios adecuados para evitar las injusticias que puedan derivarse de una aplicación mecánica de la Ley, como puede ser un resultado manifiestamente contrario a la convivencia social, sino también para compensar, de alguna forma, los perjuicios que pueden derivarse de una aplicación establecida en beneficio de la comunidad, como la seguridad jurídica en las transacciones económicas.
- *Es imprescindible la introducción de ciertos valores de referencia* para facilitar la toma de decisiones por los juristas, de la misma forma que proceden los científicos en todos los sectores, al modo de patrones selectivos y abstracciones de conducta a partir de consideraciones racionales y legales que no deben ser sólo teóricas sino también fundamentalmente prácticas (*democracia, igualdad de oportunidades, interdicción de la indefensión, tutela judicial efectiva*, etc.). El operador jurídico (6) debe conocer las cualidades que rodean cada supuesto y las leyes que regulan su funcionamiento, pero también las circunstancias que permitan, en lo posible, predecir su utilidad general. Al igual que ocurre en las ciencias, la experiencia deberá acomodar las leyes (*axiomas*) a las circunstancias del caso concreto (*variables*) y aplicar todos los medios técnicos (*ecuaciones*) para dar solución a los problemas que se puedan plantear (*teoremas*), de tal forma que las decisio-

(5) «Inteligencia artificial *versus* racional», en *RCDI*, núm. 687/2005.

(6) Terminología aceptada por Germán GALLEGU DEL CAMPO en su libro *Operadores jurídicos. El Registrador de la Propiedad español*, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Año 2005.

nes (*deducciones*) permitan la consecución de un justo bienestar social (*resultado*). Porque, aunque los *parámetros fijos* vengan predeterminados en la Ley, las *variables* de cada supuesto concreto se determinarán siempre en función de la ética profesional del jurista. La clave está en ganar la confianza del público mediante resoluciones basadas en la legalidad y en la claridad, bien por estar argumentadas racionalmente o manifestadas de tal forma que queden dispensadas de su demostración.

LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO

Se dice que, lo mismo que hay una sabiduría de libros y una sabiduría práctica, existe un *Derecho de leyes* y un *Derecho práctico* que las interpreta y aplica:

«*Lo que importa es la vida y no la voz que suena*»..., dice el poeta (7).

El jurista afirma: «*Ius ex ipso origitur*» (*el Derecho nace de la vida*) (8).

«*Admiro a los buenos pensadores, sobre todo si tienen la mente práctica*», dice el pragmático (9).

El magistrado matiza: «*Siento admiración por el jurista práctico romano, que utilizaba el pensamiento para ocuparse de las personas y las cosas. El Digesto es la mente en sociedad que afronta los problemas de la convivencia*» (10).

Y sintetiza el maestro: «*El gobierno no debe preocuparse tanto de dar leyes cuanto de formar hombres que las ejecuten con eficacia. Una perfecta gobernanación debe ser ley viva, y entender siempre lo mejor para la comunidad*» (11).

No cabe duda de que la civilización jurídica ha consistido siempre en evitar la defensa privada irreflexiva sustituyéndola por una adecuada *ordenación racional*, que, en principio, no puede imponerse de un modo automático. Desde sus inicios ha sido preciso dotarla de *autoridad* que en la etapa primitiva se instrumenta, para los actos importantes, mediante el revestimiento de un formalismo que en un principio se reduce a falsas invocaciones divinas y a fórmulas mágicas o sacramentales de las que nunca salía incólume la Justicia. La verdadera etapa histórica de la realización del Derecho como instrumento del bienestar social se alumbra cuando se coloca en primer plano un

(7) *Invitación al viaje*, Manuel BALLESTEROS ALONSO, Registrador de la Propiedad, Premio Jovellanos de Poesía, Ateneo de Gijón, año 1994 (Editorial Devenir).

(8) BARTOLO, jurista italiano medieval (1314-1357) que fundó la escuela de los comentaristas.

(9) George BUSH, Revista *Time*, diciembre de 2000.

(10) HERNÁNDEZ GIL, *De la experiencia jurídica*, conferencia en la apertura del Curso Académico 1992/93 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(11) Fray Luis DE LEÓN.

Derecho Natural, al que pronto sigue, en Roma, cuna de la ciencia jurídica, un *Derecho Civil* propio de la *civitas* y exclusivo para los *cives*, y que, posteriormente, se extiende a todos mediante un *Derecho de Gentes* aplicable también a los extranjeros. Si bien cada uno de esos órdenes jurídicos tenía unas formalidades específicas, éstas se establecen, en todo caso, como un cauce externo que apunta siempre a su efectividad. Es cierto que en Roma predominó un sentido espiritualista del Derecho, por lo que esas formalidades asumen un carácter subordinado e instrumental, pero siempre se disponen al servicio de una justicia que se estima inmanente al ser humano.

Más tarde se piensa que esa justicia ya no es siempre tan inmanente sino que va a estar condicionada por las circunstancias que rodean al acto, de donde se sigue que en los casos de contienda se debe impartir por un tercero imparcial investido de *iurispericia*, exigiéndose al *iudex* una formación profesional adecuada, y revestido de *potestas* para que sus decisiones, aún sin convencer, puedan ser impuestas mediante la fuerza coactiva del poder público (*imperium*). Y al puro conocimiento del Derecho se añade una *técnica jurídica* que va a permitir aplicar las normas de un modo pragmático después de ser teleológicamente interpretadas.

Actualmente es evidente que lo sociológico y lo económico dominan la creación normativa. Por lo mismo, el verdadero jurista no puede ignorar la vida real so pena de convertirse en una rutinaria *máquina* de razonar en función de unos intereses predeterminados, sin tener en cuenta los sentimientos y la voluntad de los ciudadanos. Inserto en la sociedad, su función esencial será la de interpretar y aplicar las normas establecidas en beneficio de la comunidad, procurando conciliar los intereses individuales y el interés general. Ciertamente, es una tarea importante y difícil, ya que sus decisiones van a ser una *mezcla singular de razones y sentimientos* que no siempre es fácil de traducir en términos jurídicos positivos. Si lo estrictamente legal no siempre es lo más justo, la ética, la moderación y la observación de la realidad de cada momento vienen a ser, entre otras, las normas correctoras indispensables, sin olvidar los principios tradicionales de nuestro Derecho que constituyen el sedimento singular de nuestro ordenamiento jurídico.

FILOSOFÍA RACIONALISTA VERSUS MECANICISTA

Una interpretación pragmática de las normas y su aplicación práctica a los actos y negocios puede ser decidida, bien desde un punto de vista «subjetivo», atendiendo a la valoración razonada del acto en sí, o bien atendiendo a un criterio meramente «objetivo», es decir, por la simple comprobación técnica del cumplimiento de determinados requisitos preestablecidos por la Ley que hacen posible el reconocimiento inmediato de sus efectos.

Por lo mismo, los autores establecen una clara diferencia entre la *autenticación subjetiva* y la *autenticación objetiva* de los actos sociales.

En la primera destacará la *auctoritas* del operador jurídico (*conocimiento del Derecho, estudio singular del acto y previsibilidad de sus consecuencias*); mientras que en la segunda se aceptan soluciones previstas de forma automática, para lo que será indispensable la *potestas* de la ley (12).

Sin excluir, en ambas, el raciocinio propio de las personas con capacidad para decidir y la autoridad derivada de la delegación estatal, en su caso, en la primera postura predominará una *filosofía aristotélica*, que hace derivar toda conclusión de un razonamiento mental lógico; mientras que en la segunda se da entrada a un *mecanicismo*, es decir, a un resultado automático provocado simplemente por la aplicación de ciertas fuerzas físicas que son propias de lo que se puede llamar la *filosofía mecánica* (13), y que permiten en ciertos casos afirmar determinadas conclusiones en función de una pura técnica. Y es que, de antiguo se reconoce la existencia de agentes físicos que pueden producir determinados efectos influyentes en la mente humana, como la *sugestión*, que puede provocar cierto tipo de publicidad, o la *fascinación*, propia de toda la simbología que rodea la vida social; y también el convencimiento de que muchas decisiones urgentes proceden del inconsciente donde se acumula una inmensa memoria activa, e incluso de las impresiones que se reciben del exterior que pueden llegar a dominar nuestros deseos y nuestra voluntad.

Frente a la postura clásica que hace derivar todo raciocinio de la naturaleza humana, y tiene su origen en la filosofía griega (Platón, Aristóteles), la llamada *filosofía mecánica o experimental* se abre paso en la modernidad. Y, aunque, algunos intentan buscar su inspiración en la idea mitológica de un mensaje divino, a través de Hermes el mensajero del Olimpo, que transmite las leyes inmutables de la naturaleza impuestas por un dios *matemático* supremo (Zeus), o de un dios del fuego (Prometeo) que, como un titán o fuerza «mutante», cambia *mecánicamente* y adopta diversas formas externas según las necesidades vitales, acogiéndose para sobrevivir a las circunstancias del momento y, aún «encadenado» por las fuerzas celestes se regenera por sí mismo en cada transformación para adaptarse a las necesidades de cada momento, deduciendo de su dolorosa experiencia una gran sabiduría para prevenir el futuro; los historiadores, más en la realidad, señalan sus orígenes

(12) Ambos conceptos se emplean en el sentido que los contraponen el Catedrático de Derecho Romano, Álvaro D'ORS en sus numerosas referencias a la distinción entre *auctoritas* y *potestas*.

(13) La *filosofía mecánica* no debe ser confundida con la mera *filosofía instrumental* que trata de la utilización de las herramientas telemáticas e informáticas que la moderna ciencia tecnológica pone a disposición de todas las personas y que también son útiles en la esfera jurídica. Ambas están muy relacionadas y se complementan.

en la misma filosofía griega post-aristotélica que comprendía en su ámbito a la física y a otras ciencias, como la cosmología, la primera en emplear la *observación* (Ptolomeo, siglo II a. de C.), si bien indican que el estudio de la física, como ciencia autónoma se inicia con anterioridad, cuando los sabios intentan superar la etapa aristotélica y razonar en torno a la *experiencia*, con Demócrito, Arquímedes y Herón que estudiaron las razones de las leyes de la naturaleza. No obstante, los autores más modernos señalan que el verdadero *mecanicismo filosófico* nace cuando los científicos intentan superar la teoría aristotélica de la «causa», remitiéndola a la metafísica, y deciden razonar en torno a la misma «realidad» para explicar mecánicamente los fenómenos naturales. Se apunta a Leonardo da Vinci (1452-1527) como el primer inspirador de la investigación científica experimental en sus curiosos e interesantes inventos mecánicos. Pero, en realidad esta moderna postura filosófica surge en la Edad Moderna con Galileo, Kepler y Descartes (siglo XVII), y otros científicos, que estudiaron la razón de las leyes que regulan el movimiento de los astros, para explicar sus consecuencias, consolidándose en Isaac Newton (1642-1727), cuyas leyes físicas sientan sus bases en la observación y en la experiencia como medios indispensables para explicar la realidad. Su lema «*más amigo de la verdad que de Platón y Aristóteles*» (14) le enfrenta a la *verdad de la razón* y le lleva a las *verdades de hecho como razón suficiente*, formulando reglas sencillas (*principios*) (15), fáciles de aplicar y de ser transmitidas en el tiempo. Así explica la *ley de la gravedad* partiendo de la experiencia, en la que, según una figuración de los mecanicistas, la observación de la manzana se equipara al puro conocimiento racional.

Los contradictores afirman que los juicios sobre la observación, e incluso los derivados de la experiencia pueden ser dudosos y hasta equívocos. Y se contesta que la única forma de evitar esas dudas, e incluso los errores, está en someter todos los juicios a métodos físicos y a cálculos matemáticos, porque sólo la *física* y las *matemáticas* tienen absoluta certidumbre y eximen de toda demostración. Incluso frente a razonamientos contradictorios, la mecánica puede sostener la *armonía* incluso entre opuestos. Pitágoras (siglo V a. de C.) ya decía que la propia naturaleza está escrita en términos matemáticos (16).

No obstante, aunque se dice que los *racionalistas* empiezan por estudiar la *causa* de los fenómenos y terminan con la experiencia, mientras que los *científicos* comienzan por la experiencia y después investigan la *causa*, en realidad ambas posturas, desde distintos puntos de partida, operan con idéntico fin, que siempre es averiguar la verdad de las cosas.

(14) «*Amicus Plato amicus Aristóteles magis amica veritas*».

(15) *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*.

(16) También Stephen HAWKING, *Dios creó los números. Los descubrimientos matemáticos que cambiaron la historia*. Editorial Crítica, Barcelona, 2006.

Si la filosofía es la ciencia del conocimiento, el *rigor científico* del moderno método *meccanicista*, de que nos hacemos eco, está en la pretensión de explicar los fenómenos de la vida por las *leyes de la mecánica* de los seres inorgánicos, que se basan en la repetición de las observaciones y en la formulación matemática. Nace así una *Ciencia Natural* con predominio del espíritu *inquisitivo* que subyace en todo procedimiento de investigación (17), y que abre el camino a nuevas formas de razonar basadas en la *abstracción*, la *observación* y la *experimentación*. Por eso, en los estudios empresariales modernos se impulsan los procesos de un razonamiento mixto lógico-matemático.

LA FICCIÓN JURIDICA

En el mundo del Derecho, estos mismos medios naturales de razonar, traducidos en: predominio del «*sentido objetivo*» de lo escrito; absoluto «*respeto a la legalidad*»; y reconocimiento del «*valor legítimo de la apariencia sensible*», nos van a servir para explicar ciertos fenómenos jurídicos, como la eficacia protectora del tráfico que se deriva de los Sistemas Registrales de *desarrollo técnico* que surgieron en la Europa continental en la segunda mitad del siglo XIX, cuando los estudios ilustrados de la época rememoran los avances de la *Filosofía Natural* surgida en los siglos anteriores (XVI y XVII) y que en el mundo jurídico cristalizan en leyes especiales complementarias de los Códigos Civiles *estandarizados* en su regulación de la propiedad «*estática*» (modelo napoleónico), cuya reforma era insistentemente demandada por la evolución de las sociedades avanzadas para regular y propulsar la «*dinámica*» del Derecho en una época caracterizada por el intenso movimiento de sus elementos reales y personales.

Actualmente, incluso, la moderna técnica informatizada permite que los propios canales de *información* y *experimentación* puedan influir en los valores que sirven de apoyo a las decisiones jurídicas, corrigiendo frecuentemente los excesos de un racionalismo individualista.

No se trata de meras *herramientas instrumentales*, sino de algo más importante. El *meccanicismo jurídico* se presenta como un novedoso método del Derecho que supera el mero análisis normativo y jurisprudencial y hace hincapié en los valores de la *difusión informativa* mediante la «*técnica comunicativa*», la «*comparación analógica*» y la «*cognoscibilidad presunta*», que basados en una *Justicia Objetiva* mejoran su aplicación práctica. Hoy en día se nos muestra como un moderno «*utilitarismo*» (Jeremy BENTHAM) (18) fun-

(17) «*Quaestiones quaedam philosophicae*» (Isaac Newton).

(18) «La doctrina de Bentham y el sistema registral de seguridad jurídica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699, enero-febrero de 2007.

damentado en una filosofía práctica que, al modo de una «*ingeniería jurídica*», aprovecha las ventajas que se derivan de esa comunicación activa y de la certeza automática propia de las leyes físicas y las matemáticas. De su acertada combinación puede surgir una verdadera «*autenticación mecanizada*» —nunca exenta de raciocinio—, como la que dispone *ex lege* el reconocimiento presunto de la *realidad* de los derechos inscritos, incluso los inmateriales o sin más apariencia externa que la publicidad registral (19). La Ciencia Jurídica debe profundizar en su estudio y a la Filosofía del Derecho corresponde examinar su alcance y consecuencias.

Cualquier valor meritorio, como cualquier otra cosa, nada es si en el momento preciso no se puede recordar o no se sabe comunicar. No cabe duda de que la simple *técnica* puede servir para avivar los recuerdos, pero es de la *Ciencia* de donde proceden todos los medios que permiten intensificar las relaciones, los antiguos y los modernos. El primero fue, y sigue siendo, *la palabra*, que es un verdadero poder capaz de cambiar la realidad de la vida.

«*Las palabras crean realidad aunque no sea la realidad que queremos*» (20). Basta con darles *expresión* y *permanencia*. Y de ello se encargan la *escritura* y la *publicidad*. Las palabras no adquieren fuerza hasta que se escriben y se difunden. El recuerdo, innato en la *memoria*, se manifiesta en la *palabra*, se perpetúa en la *escritura* (que determina el comienzo de la Historia), se intensifica en la *imagen* (que da lugar a la simbología) y se difunde mediante la *publicidad* (que se sirve de la tecnología).

Memoria, texto, imagen y publicidad buscan la plenitud del conocimiento.

Las diversas etapas de la tecnología al servicio del hombre vienen marcadas por los diversos inventos técnicos de difusión de la palabra: la *escritura*, la *impresión*, la *máquina de escribir*, el *ordenador*, y actualmente *internet*. Es evidente que el *mecanicismo* ha ayudado al hombre moderno que ya no puede prescindir de estos instrumentos, hasta el punto de que, en la realidad, actúa en la vida como una mezcla de raciocinio y robótica, aunque más que un hombre-máquina, es un hombre que se sirve de la técnica (21).

Pero, como decimos, no se trata sólo de la difusión de noticias, sino también de la perpetuación de los actos en todo su contenido. Y será la palabra escrita, y también la imagen grabada, las que van a permitir, en todo caso, incluso frente a la Administración, que en caso necesario se pueda *volver a examinar lo pretérito*, con lo que se garantiza la comprobación y, en su caso, el restablecimiento de la realidad efectiva.

(19) Las *concesiones* y los *derechos ideales* «*cosificados*», como los *valores urbanísticos* independizados de las fincas aportadas a un Proyecto de Compensación hasta su atribución a las fincas de resultado.

(20) Carmen IGLESIAS.

(21) «Inteligencia artificial *versus* racional», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 2005.

Merced a esos avances de la técnica, o como una consecuencia de los mismos, *el hombre actual no sólo vive en un mundo de hechos reales, sino que, además, se ve envuelto en variadas formas, imágenes y símbolos que retratan múltiples «ficciones útiles»*, favorecidas por la *publicidad* como instrumento de difusión de esa red simbólica de tal sugestiva importancia que podemos decir que, en ciertos aspectos —a los que no es ajeno el mundo jurídico—, el ciudadano vive una vida «oficial» que no se corresponde siempre con la real.

También es evidente que las necesidades de los ciudadanos avanzan más deprisa que la creación legislativa. Por eso, el jurista se ve precisado con frecuencia a adelantarse a las normas escritas creando nuevas fórmulas para los nuevos intereses que emergen, configurándolos al modo de figuras jurídicas nominadas ficticiamente, bien como «*derechos inmateriales cosificados*», o «*aprovechamientos ideales excepcionalmente materializados*» o como «*valores económicos independizados de las fuentes físicas donde nacen*» o «*derechos externalizados de su fuente de origen pero sin apariencia independiente*» o con una mera «*apariencia registral*» (22). Fórmulas todas ellas que van a permitir que se incorporen al tráfico jurídico incluso «*intereses casi imaginarios*», como los que surgen de ciertas figuras urbanísticas con un valor económico sólo predecible, o dependiente de una contingencia futura casi impredecible, pero que son negociables de inmediato en un mercado que algunos califican de casi «*celestial*» (23).

BENTHAM afirma que las normas jurídicas son tales, no porque gocen de una cualidad intrínseca que les dé ese carácter, sino simplemente porque son *ficciones garantizadas en su cumplimiento por las prácticas coercitivas del poder*. La misma «*justicia*», afirma, es una abstracción. No hay, por tanto, una realidad única, ni una entidad independiente que se corresponda a dicha palabra, sino más bien un objeto abstracto que tiene tantos puntos de referencia posibles como individuos que se la puedan o quieran imaginar. También el mismo «*derecho*», en sentido conceptual, es una entidad ficticia, cuya existencia se supone para fines del discurso, y es visto como un caso especial de ficción ontológica, es decir, como una forma de hablar o de denominar. Se dice que alguien tiene, retiene, posee, adquiere o pierde el derecho o los derechos, como si fueran cosas materiales que puede coger con la mano, vestirse con ellos, guardar un tiempo, transmitirlos a otros, etc. (24).

(22) Como las unidades de edificabilidad o los derechos de construcción independizados de las fincas que los generan y aptos para ser atribuidos a las nuevas fincas de resultado en un proyecto de compensación urbanística en tramitación.

(23) PEDRO DE SILVA Y CIENFUEGOS JOVELLANOS, destacado escritor y jurista, en un interesante artículo periodístico publicado en «El País» (*Hay caníbales en la isla jurídica*, 15 de marzo de 1996).

(24) JEREMY BENTHAM, *Teoría de las ficciones. La ficción del Derecho* (Capítulo III de la segunda parte). La palabra derecho es una *ficción* pero no engañosa (aunque lo sea el resultado) sino de utilidad. Editorial Marcial Pons, Politopías, Madrid, 2005.

Por lo mismo, en los Sistemas Registrales que utilizan la técnica para atribuir valor jurídico extraordinario al contenido de los asientos (*presunción de legalidad, veracidad e integridad*), el reconocimiento de esa eficacia a la *publicidad registral*, por sí misma y como complemento de la autenticación del *documento público*, permite atribuirle también la «*ficción*» de que lo que se anuncia como perteneciente a un ámbito concreto y a una etapa determinada «*deja de ser época para figurar intemporal*» al derivar en público y permanente en el tiempo, y se supone conocido por todos por lo que puede ser útil como determinante de decisiones futuras y preservación de situaciones óptimas. Si la utilidad que se pretende es la *seguridad jurídica en el tráfico de los bienes económicos importantes* será preciso que medie un control oficial ejercido por verdaderos «*juristas*» dotados de *auctoritas* y también de *potestas*, como ya hemos indicado, pero que, además, ostenten también el necesario *imperium*, por delegación del poder estatal, bajo la tutela de los Tribunales, para asegurar, en todo caso, el cumplimiento de la función pública que se les encomienda.

El «orden jurídico» que impone una vida «oficial», diferente a veces de la real, no es más que un «mecanismo» de ajuste de intereses para proporcionar seguridad como garantía de la libertad mediante la necesaria conciliación de los derechos individuales y los generales o comunes. Para ello se vale, como hemos dicho, de múltiples «*ficciones*» amparadas por un *formalismo* tan esencial que no hay Estado de Derecho sin respeto al mismo, ya que constituye la regulación misma de la autoridad, al mismo tiempo que cumple la función de atribuir confianza en las actuaciones públicas que amparan los derechos subjetivos, como garantía de su seguridad.

Actualmente, incluso, el estudio de la forma pública como requisito esencial del quehacer jurídico llega hasta una «*objetividad extremosa*» mediante una *moderna instrumentación técnica* de los actos y negocios que supone el reconocimiento social de que, en determinados campos, las decisiones dependen más de la apariencia y de las sensaciones que del puro razonamiento y están más cerca de la Ciencia que del conocimiento racional. También en el mundo jurídico se puede valorar «*lo sensible como el inicio de lo racional*», que es uno de los principios de la moderna «*filosofía mecánica*» del que deriva todo su vigor, puesto que mientras las ideas y los razonamientos pueden ser débiles y oscuros, las sensaciones físicas son fuertes y vivaces y hasta se corrigen recíprocamente en sus posibles excesos. Por eso, ciertos agentes puramente mecánicos (como los asientos en los Registros o la firma electrónica reconocida) son susceptibles de producir, de modo inmediato, determinados efectos de autenticación y legalidad.

A pesar de que el ordenamiento inglés se separa del Sistema Registral generalizado en el continente europeo, para BENTHAM, la seguridad jurídica también depende de la PUBLICIDAD.

Pero, si es evidente la necesidad de una publicidad oficial de todas las situaciones importantes, también lo es que no basta cualquier registro. En la época de los cerebros electrónicos y de la profusión de registros meramente administrativos basados únicamente en la ingente acumulación de datos, la importancia de los cambios que se producen en los derechos reales hace que sean los *Registros de contenido jurídico* los que sigan primando sobre todos los demás. Y dentro de su variedad (25), los sistemas registrales de corte germánico, de gran desarrollo técnico, continúan siendo los únicos registros por derecho propio, tanto por el filtro de la previa *calificación profesional* de los actos o negocios que pretenden acceder a los Libros Oficiales, como por la eficacia sustantiva de sus asientos. *Sus anuncios superan la mera publicidad-noticia e incorporan otros importantes efectos sustantivos.*

Según esto, la *publicidad registral* no es sólo un medio informativo, sino que también debe aspirar a una valoración de la realidad contingente de tal forma que pueda llegar a convencer al consumidor y orientarle en sus decisiones futuras. Es, pues, una *publicidad eficiente* en la que el continente expresivo y el contenido valorado deben operar en perfecta armonía para que cumpla la función de autenticidad. En principio se puede afirmar que «*si la misma materialización del texto escrito es creadora de un sentido "objetivo", es éste, y no otro, el que debe imponerse erga omnes por razón de la eficacia de la misma publicidad*» (26).

La previsibilidad es una de las notas características de la seguridad para evitar el riesgo de lo imprevisto. La inseguridad jurídica se produce cuando el marco legal que sirve de referencia para el desarrollo de los derechos y las

(25) Existen varios sistemas alternativos, cuya eficacia protectora dependerá *del valor que se reconozca a la «publicidad» de los asientos que se practiquen en los Registros Públicos*, que van, desde un sistema «*simplista*» (como el *francés*) que garantiza sólo un mínimo de eficacia meramente negativa, conforme al cual, por aplicación de un simple principio de «*inoponibilidad*», el que inscribe su derecho está a salvo de los ataques de quienes no han inscrito o lo han hecho con posterioridad, hasta los llamados Sistemas de gran «*desarrollo técnico*» que, atribuyendo a la inscripción registral una determinada «*eficacia positiva*», garantizan de un modo absoluto las «*titularidades registradas*», de tal forma que el adquirente puede estar seguro de que su adquisición *será protegida*, aunque exista un «error» en la publicidad del derecho del transmitente, incluso por la «*inexactitud no culpable*» en el «*acto causal*» (Sistemas *español y suizo*) o, con un efecto todavía más sofisticado, si se produce la adquisición del derecho mediante un «*acuerdo real abstracto de transferencia*» que se impone y se regula como independiente del «*acto causal*», pero que es indispensable para que el cambio de titularidad sea realmente efectivo (Sistema *alemán*). Además, existen otros Sistemas de seguridad jurídica basados en un seguro de títulos (países anglosajones), poco aceptables («*los efectos de una compraventa son eventos de un contrato de seguro*», según dice LACRUZ BERDEJO) como se recoge en el libro *El Sistema de Seguridad Jurídica por el Registro de la Propiedad* (Editorial DIJUSA, año 2001).

(26) «Autenticidad versus Publicidad», estudio publicado en el *Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*, editado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, octubre del año 2006.

obligaciones queda al albur de los poderes políticos mediante una normativa arbitraria. Para evitarlo no bastan los razonamientos lentos e insuficientes, y se hace preciso imponer pautas de comportamiento —*principios*— obligatorias y compatibles con las tecnologías disponibles.

Se ha afirmado al respecto que una de las formas de proteger al titular de un derecho es facilitar su transmisión, proporcionando *seguridad* al adquirente. El principio de *seguridad del tráfico*, como una especialidad del general principio de *seguridad jurídica*, revaloriza el derecho al permitir que su transmisión se efectúe con plena garantía para el adquirente aún a costa, a veces, del derecho del transmitente (27). Si bien, ante ese posible despojo del verdadero dueño, Víctor EHRENBURG escribe con gran sutileza (28) que, *única-mente si la publicidad registral se identifica con la real y verdadera quedaría robustecida la seguridad del tráfico a través del Registro*, puesto que, *si sólo hay una presunción de legalidad, es decir, una «verdad ficticia», tampoco puede considerarse conocida por todos y, por consiguiente, no puede excluir que el tercero esté obligado a conocer la realidad, aun no inscrita*. Como consecuencia, en esos casos extremos también pueden afectar a los terceros hechos, actos o negocios desconocidos para él, incluso pretéritos, y por consiguiente debe ser una resolución judicial la que decida quién tiene el derecho, a la vista de las pruebas, de la buena o mala fe, e incluso de la existencia o no de una debida diligencia o de una negligencia inexcusable.

EL MECANICISMO JURÍDICO. LA ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD. PRECEDENTES

Si la más reciente Filosofía del Derecho dedica una intensa atención a las condiciones bajo las que debe discurrir la argumentación jurídica, es decir, a la búsqueda de *principios* procedimentales que aseguren la racionalidad de las decisiones, la actual técnica científica de la que derivan los modernos Sistemas de Información, cuyos canales de comunicación y programación van a influir decisivamente en los *valores* que sirven de apoyo a las decisiones jurídicas, deberá atender ineludiblemente a los «principios jurídicos esenciales», pero también a los «principios sociales inexcusables», como son la «*democracia*» y el «*respeto a los derechos humanos*». Por eso, las modernas

(27) PAZ ARES, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 1985.

(28) Víctor EHRENBURG, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, con especial referencia al Registro Mercantil», en *Anuarios Ihering*, de 1903, traducido y glosado por PAU PADRÓN en la publicación *Seguridad del Tráfico, Cuadernos de Derecho Registral*, Editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, año 2003. Citado también por VALLET DE GOYTISOLO (*Derecho de Cosas*, Editorial Montecorvo, año 1975); Lacruz Berdejo (*Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Bosch, año 1977), y PAZ ARES (*Revista de Derecho Mercantil*, año 1985).

«teorías filosóficas de la argumentación» que se deciden por la utilización de esos avanzados medios técnicos de ayuda, o «herramientas informáticas», proponen que *«en el diseño y programación de las mismas debe seguirse necesariamente un camino por el que esos principios éticos, democráticos y sociales, se introduzcan en la propia dinámica científica»* (29).

Como ya hemos indicado, en nuestro Derecho Hipotecario implantado hace más de ciento cincuenta años, la *publicidad registral* supera la simple publicidad-noticia e incorpora una presunción de *legitimidad* y de *conformidad con la realidad* que la transforma en la «*verdad oficial*», lo cual, unido a los demás *principios hipotecarios* y a la presunción de *buena fe* (arts. 34, 37 y 38 LH), instaura un sistema de protección del tercer adquirente que, gradualmente, ha llevado a la jurisprudencia de los Tribunales y, con más convicción a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a proclamar el principio de «*inatacabilidad*» del tercero protegido por la «*fe pública*», es decir, a la llamada «*protección registral*» con el valor de una «*autenticación mecanizada*» (30).

La creación del cuerpo de REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD no fue una mera oficiosidad, sino una imperiosa necesidad sentida hace más de ciento cuarenta años, desde el mismo momento en que se hizo patente la urgencia de una especial legislación protectora del tráfico jurídico inmobiliario.

No obstante, puede encontrarse un precedente en la figura del *Pretor romano*, con la que en algún trabajo anterior he relacionado la actuación del Regis-

(29) *Decisión jurídica y sistemas de información*, tesis doctoral (sobresaliente *cum laude*) de José Félix MUÑOZ SORO; publicación del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores. Recensión por el autor de este estudio en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 678, julio-agosto de 2003.

(30) Recientemente, las sentencias del TS de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 (Sala de lo Civil en Pleno), han sentado un criterio unificador de la jurisprudencia sobre los requisitos para la aplicación de los artículos 34 de la LH y 1.473 del CC, *reconociendo como definitiva la eficacia del contenido de los asientos registrales frente al adquirente que no inscribió debidamente su derecho*, invocando al efecto las palabras del preámbulo de la Ley Hipotecaria de 1944 (reformadora) al explicar la precisión del concepto de «tercero» que se llevaba a cabo en el artículo 34, aclarando que por tal se entenderá «únicamente al tercer adquirente, es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa, consagrando el principio de la *fe pública registral como elemento básico del sistema*. Y citan también el preámbulo de la primera Ley Hipotecaria de 1861 cuando afirma que: el objetivo a alcanzar fue siempre, sobre todo, la «*certidumbre del dominio*», «*la seguridad de la propiedad*» como «*condición más esencial de todo sistema hipotecario*», porque si la propiedad «no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen las garantías que pueda tener el acreedor hipotecario». Y sigue diciendo que si el comprador no inscriba su venta, «*aunque obtenga la posesión*», *será dueño con relación al vendedor, pero no respecto de otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*, porque de lo que se trata es de que prevalezca la seguridad fomentando la inscripción (comentadas en el BCR, núm. 139, octubre de 2007).

trador de la Propiedad. Como hemos de ver en el epígrafe sobre la *calificación registral* su actuación es muy similar.

Según ARIAS RAMOS (31), en Roma, después de una etapa primitiva en la que todas las funciones públicas se concentraban en el rey, que las ejercía personalmente, o mediante delegados suyos, la implantación de la República y el acceso de la plebe al consulado determinó la creación de una magistratura con *iurisdictio* y *auctoritas*, a la que se denominó *praetura*, integrada por *pretore urbanos* (para los pleitos entre ciudadanos romanos) y *pretore peregrinos* (cuando intervenían extranjeros).

Lo característico del procedimiento romano era la división del pleito en dos fases: una primera (*in iure*) ante el magistrado o pretor, que estaba impregnada de un fuerte formalismo, pero que no resolvía la cuestión sino sólo la preparaba, encauzándola o fijando sus límites, y, sobre todo, determinando las acciones posibles (*editio actionis*) accediendo o negando el *ius vocatio*, en el que el demandante indicaba al demandado la acción (*in personam o in rem*) que pensaba utilizar contra él, ya creada por el derecho civil u honorario, o por la costumbre, o de nueva creación; y otra segunda fase, ante el juez o jurado (*apud iudicem o in iudicio*) que pronunciaba la resolución del pleito. En una posterior etapa, la *auctoritas* del pretor se fue ampliando progresivamente y eran característicos los *edictos* con los que iniciaba la etapa de su jurisdicción y en los que anunciaba las líneas generales de su actuación. Su papel era menos pasivo, y para hacer uso de *dare o negare actionem* examinaba *con iurisdictio* si se daban los supuestos necesarios que la acción requería y la conveniencia o necesidad de proteger judicialmente la situación. Y a veces ensanchaba el campo de actuación de una acción creada para tutelar una determinada situación jurídica (*actio directa*) y la aplicaba a otra situación parecida (*actio utilis*); o daba por cumplido (*actio fictio*) un determinado requisito (transcurso de un tiempo, cualidad de ciudadano, condición de heredero) o imponía la misma solución a otras cuestiones semejantes (*actio in factum*). Más tarde, con la *lex Aebutia* y las *leges Juliae*, discutibles en cuanto a su fecha de publicación, podían crear acciones nuevas para cuantos intereses estimase dignos de protección, o bien negar el amparo judicial cuando no lo creían justo. La rigidez de la *legis actio* era incompatible con la agilidad demandada por los nuevos negocios jurídicos en los que intervenían los extranjeros, y el Pretor encauzaba la contienda haciendo de tales decisiones *iudicia legitima*, característica de la evolución del *ius gentium*, por medio de la *fórmula*, cuya redacción resumía la posición de las partes, fijando la cuestión sobre la que había de versar la sentencia del *iudex*, con lo que la resolución estaba más en manos de estos magistrados jurisdiccionales que de los mismos legisladores.

(31) *Derecho Romano*, J. ARIAS RAMOS en colaboración con J. A. RAMOS BONET, Editorial Revista de Derecho Privado, edición 16, 1981.

En el Derecho germánico se impone una nueva instrumentación de las formas. La visibilidad de la *gewere* no era suficiente para proteger el tráfico, ya que no alcanzaba a retratar todas las formas de hipoteca, los fideicomisos, las vinculaciones, los censos, las prohibiciones de disponer, es decir, las limitaciones del dominio no dotadas de visibilidad, por lo que se hizo necesario trasladar sus efectos a un Registro oficial. En el siglo XIII, sobre todo en los ámbitos urbanos, surge una nueva forma de garantía real, la *nueva satzung*, con solemnidades públicas, seguida de su inscripción en Libros Oficiales, que se convirtió en un medio de publicidad de los derechos inmobiliarios de garantía y que son la raíz de la moderna hipoteca.

DERECHO ACTUAL

Tanto la *teoría del título y el modo* como la regulación romana de la *garantía real* pasó en toda su pureza a Las Partidas. Y es en el siglo XVI cuando se inicia la tendencia hacia un régimen de publicidad registral con la registración de las cargas perpetuas (*Registros de Censos y Tributos*, Pragmática de Carlos I, de 1538) extendiéndose después también a las temporales (*Oficios y Contadurías de Hipotecas*, Pragmática de Carlos III, de 1768). La Ley Hipotecaria de 1861 refunde ambos criterios y establece el régimen especial de nuestra hipoteca moderna, fundamentalmente de inspiración romana, y por tanto sin desconectar la garantía real de la causa obligacional; pero en su configuración formal, y en otros aspectos, se inspira en los principios germánicos, por lo que se transforma en un *Sistema Registral* moderno, del grupo de los de gran desarrollo técnico-jurídico, inspirado en los Derechos alemán y suizo. La nueva legislación, aunque arrastra una denominación sectorial (sólo referida a la hipoteca), en realidad no sólo se propuso acabar con el sistema de clandestinidad de las cargas del Antiguo Régimen, sino que, con una mayor amplitud de horizontes, se propuso también proporcionar *plena seguridad a la propiedad y al tráfico jurídico*, con la finalidad de facilitar el desarrollo del *crédito territorial*, objetivos fuertemente demandados por la sociedad en general. Actualmente, por tanto, nuestro Registro de la Propiedad, como uno de los más técnicos y desarrollados del grupo germánico (32), aunque con ciertas singularidades (33), no es sólo un Registro de cargas y

(32) Manuel AMORÓS GUARDIOLA, *Los Registros Jurídicos de Bienes en el Derecho Español*. Ponencias del II Congreso Registral, publicación del Colegio de Registradores, año 1975.

(33) Se diferencia el Sistema alemán en mantener la forma de adquisición basada en la *teoría del título y el modo*, es decir, por el *convenio y la tradición*, sin necesidad de un *acuerdo real de transferencia* que implicaría la *inscripción necesaria* (que en nuestro Derecho sólo lo es para el *derecho de hipoteca*).

limitaciones o gravámenes, sino más bien de «*titularidades registrales*», puesto que al lado del *dominio*, individual o colectivo, pleno o desmembrado, se inscriben también los *derechos reales* que lo limitan en alguna de sus facultades; y no sólo los derechos «*tipificados*» en la Ley, sino también los que se configuren como tales por los propios interesados según la doctrina del *numerus apertus* (arts. 2 LH y 7 RH), aceptada por la Jurisprudencia de los Tribunales y por la Doctrina Registral. Con ello se estimula la creatividad y el deseo innovador en el intento de satisfacer necesidades nuevas con nuevas fórmulas jurídicas; aunque es evidente que esa libre facultad creadora no puede reconocerse de un modo absoluto, sino dentro de ciertos límites que vienen impuestos por las características del mismo sistema (34).

Un seguimiento de la evolución conceptual de lo que ha sido la «*materia inscribible*» o «*registrable*» nos muestra, desde los primeros tiempos, una opinión común que la limita, como hemos indicado, al «*derecho real*», con la escueta finalidad de asegurar su eficacia *erga omnes*. Pronto la doctrina más moderna se refiere también a una «*relación jurídica*» más compleja, aunque de carácter unitario, que contempla el *derecho ligado al título originador* (35), lo que permite atribuir eficacia real a ciertas cláusulas o estipulaciones que exceden del propio derecho de esta clase al estar insertas en su constitución, y, por consiguiente, inseparables de la misma. Son cláusulas que por su inscripción en el Registro «*se adhieren de alguna forma a la propiedad del bien cuyo uso se limita, y de esa forma trascienden a terceros*», como las *vinculaciones ob rem* (STS de 5 de junio de 1976) (36).

(34) A este respecto, la Dirección General de los Registros dice que «*no puede admitirse el poder atribuir carácter real a todo pacto o convenio, sino que debe reservarse, exclusivamente, para aquellas construcciones que se ajustan y respetan las normas estructurales y los requisitos de forma que el ordenamiento legal y el Sistema registral imponen para que sea reconocida su eficacia trascendente, más allá de la esfera de los propios contratantes*»; ya que, «*por afectar los derechos reales a la configuración del status jurídico de la propiedad, necesariamente ha de reconocerse y aceptarse la existencia de límites a la autonomía de la voluntad por consideraciones ineludibles de orden publico*» (Resolución de 19 de septiembre de 1974).

(35) Manuel AMORÓS GUARDIOLA sostiene, con cierta singularidad, que el objeto de la inscripción y de la publicidad registral es el «*derecho inscribible*». En nuestro Derecho, dice, «*los derechos inscribibles no son derechos abstractos, independizados de su título de atribución, ni totalmente tipificados por las leyes*», sino que, en cada caso concreto, será «*el derecho conectado con su título originador*». Sobre ambos elementos se proyecta la publicidad del Registro y ambos son objeto de inscripción (Tomo VII, vol. 2.º de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de la Editorial Revista de Derecho Privado, dirigido por Manuel ALBADALEJO, donde AMORÓS examina los artículos 605 a 608, contenidos en el Título VIII de dicho Código, bajo el epígrafe *Del Registro de la Propiedad*; en cuyo estudio se ponen en relación los citados preceptos con la Legislación Hipotecaria, cuya interrelación, fuertemente cuestionada sobre todo en los inicios de su aparición, intenta conciliar buscando una aplicación combinada).

(36) Comentada por José M. GARCÍA GARCÍA, en *RCDI*, septiembre-octubre de 1976.

Actualmente, como una etapa todavía más avanzada, la inscripción quizá pueda ser considerada ahora como una especial «*situación jurídica*» de la finca (o de otros bienes o aprovechamientos económicos independientes) inserta en una realidad social que exige a veces una publicidad externa, bien por simple conveniencia social, por necesidad institucional o por una obligatoriedad impuesta por el ordenamiento que la hace inexcusable o conveniente, según los intereses de la comunidad. Esta posición exige la contemplación del *acto inscrito* desde un punto de vista «*sociológico*» y también «*económico*» (37), dada la importancia que asumen estas circunstancias en los tiempos actuales, lo que lo diferencia de la simple relación jurídica; es decir, como algo que no sólo merece un tratamiento jurídico específico, sino como una realidad de la vida social, siendo a través de este nuevo modo de ver el proceso de registración cómo se puede determinar si en cada momento histórico la regulación jurídica que ha de darse a las consecuencias de la inscripción es la más adecuada para la consecución del fin práctico que se persigue. En definitiva, utilidad de intereses y eficacia real de la inscripción, en todo caso, pero ligadas a una realidad social que justifica su existencia, y su carácter voluntario, necesario o constitutivo, según los casos, y que se difunden en un entorno social que actualmente tiende a su globalización.

Con ello, se llega a una definición sumaria y comprensiva, que es la posición clásica más avanzada de lo que se debe publicar en el Registro: *Todas las relaciones o «situaciones jurídicas» que afectan con inmediatividad a cada finca en particular, y de las que se pueda derivar algún efecto erga omnes, independientemente de quién sea su titular, por lo que en cada hoja registral se debe comprender, no sólo los «derechos reales» sino también las «obligaciones adheridas» de un modo condicionante o «inherentes a las fincas» de una manera inseparable, e incluso las «limitaciones convencionales, legales y judiciales» que les sean aplicables, así como las garantías procesales que se dispongan por la autoridad judicial o administrativa, de todo lo cual se va a derivar un especial «estatuto» o «régimen jurídico» propio para cada finca singular* (38).

Esto es así porque, en realidad, los predicamentos jurídicos que se van a publicar en el Registro no son para las FINCAS, cuya realidad «física» extrarregistral es innegable e inmutable, sino para los DERECHOS, aunque estos, como decimos, *se han de referir necesariamente a una «finca real»* que les sirva de soporte. Por eso hemos dicho en otro lugar (39), que *el REGIS-*

(37) F. MÉNDEZ, Decano que fue del Colegio de Registradores, nos informa de la gran importancia del Registro de la Propiedad para el desarrollo de la economía nacional (Conferencia en el Club Siglo XXI, Hotel Eurobuilding, Madrid, 21 de marzo de 2002).

(38) *El sistema de seguridad jurídica por el Registro de la Propiedad*, Editorial DIJUSA, año 2001.

(39) *Idem*.

TRO, como Institución Jurídica, debe tener por objeto la publicidad de los «régimenes jurídicos» de los distintos DOMINIOS que se tienen con eficacia real sobre los diversos APROVECHAMIENTOS económicos de que son susceptibles las cosas. Sólo por razones técnicas, el Registro se lleva por fincas («sistema de folio real»), lo que justifica su denominación de REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

LA EFICACIA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Frente a la opinión aislada de algunos autores (40), la generalidad de la doctrina entiende que el moderno Sistema Registral implantado en 1861 por las nuevas leyes, no supuso en ningún momento la coexistencia de dos regímenes distintos según la propiedad esté o no inscrita, sino que, simplemente, atribuye a la PUBLICIDAD REGISTRAL, no sólo unos efectos de mera publicidad noticia, sino también una mayor protección para los *derechos inscritos* que se traduce en una mejor situación jurídica de los bienes. Esta específica finalidad, que por su influencia en la economía de un país es de «orden público», impone unas exigencias de forma auténtica («*documentación pública*») y de control oficial («*calificación responsable*») de los actos o negocios que pretendan su acceso a los Libros Oficiales, que en el actual ordenamiento se lleva a cabo por determinados órganos profesionales (*Notarios y Registradores de la Propiedad*) a quienes el Ordenamiento Jurídico encarga de una manera conjunta la *seguridad jurídica preventiva* (41).

Es cierto que el principio de «*tutela judicial efectiva*», recogido en el artículo 24 de la Constitución como una *abstracción*, debe abarcar todo lo habido y por haber en materia «*decisoria*», tanto en el ámbito jurídico (art. 9.3 CE) como en el administrativo (art. 106 CE). Pero, por mucha importancia que deba darse a dicho principio, su actuación no es ni puede ser la única solución, puesto que existen otras instancias no judiciales, como son la «*fe pública*» en las actuaciones notariales y de los registradores de la propiedad y mercantiles, las cuales, al igual que el «*arbitraje*», voluntariamente aceptado por las

(40) DE LA RICA, para quien desde la entrada en vigor de la nueva legislación hipotecaria existen dos clases de propiedad: La nueva propiedad *inscrita* que se adquiere por la inscripción y se rige por la Ley Hipotecaria, y la vieja propiedad *no inscrita* que se adquiere por la tradición y se regula en el Código Civil. «*La Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y para la eficacia erga omnes, en tanto que el Código Civil, fiel a la teoría del título y el modo, rige para la propiedad no inscrita y para la eficacia inter partes*».

(41) Los conceptos de *seguridad jurídica* y *tutela judicial* están reconocidos en la Constitución (arts. 9.3 y 24.1), y enlazan con el valor Justicia (art. 1.1), por lo que es competencia exclusiva del Estado, si bien se reconoce la importancia y el valor de las funciones *notarial* y *registral*, cuya regulación también se reserva el Estado (art. 149.1.8.º).

partes, no deben ser perjudicadas en su primaria e inicial independencia, porque la «*justicia preventiva*», *notarial y registral*, también está en la Constitución (art. 149.1.8.º).

La «*fe pública*» de que están dotados los documentos «auténticos» constituye uno de los soportes de la «seguridad jurídica» junto con la «*publicidad registral*», y es un valor reconocido por todas las constituciones modernas y amparado por la «*tutela judicial efectiva*». La inscripción, por consiguiente, va a ser como una «*investidura*» jurídica que «legitima» al titular registral para el ejercicio frente a todos de la «eficacia real» de un derecho determinado, pero que ya existe como «legítimo» antes de su acceso al Registro.

En los momentos actuales se hace preciso impulsar de nuevo el reconocimiento de la «eficacia sustantiva» a la institución registral, atribuyendo a la inscripción un valor y un espacio propios en el que se cumpla la «seguridad jurídica», tanto preventiva como plenamente efectiva, por la exclusiva esencia del contenido de los asientos registrales practicados después de una «*calificación*» profesional y responsable y que están bajo la salvaguardia de los tribunales, a los que corresponde una *actuación posterior* para suplir, en su caso, el fracaso de aquélla:

En los albores de una nueva Ley General de Seguridad Jurídica se debe reconocer que los principios de «protección registral» y de «tutela judicial efectiva» son complementarios, puesto que los dos persiguen la culminación de la justicia en los titulares de los derechos, aunque en distintos campos de actuación. El primero fundamentalmente en fase cautelar y preventiva, pero también en función efectiva derivada de los propios asientos registrales que están bajo la salvaguardia de los tribunales, debiéndose remitir a la contienda judicial únicamente los conflictos que no tienen una solución evidente y clara en el Registro, cuya institución debe procurar siempre atribuir la protección registral al mejor en el derecho y no sólo al que haya llegado primero.

LA CALIFICACIÓN

De todo lo expuesto se puede deducir que el mantenimiento de la doctrina causal derivada de la teoría del *título y el modo*, complementada con un *sistema registral* que no identifica, en ningún momento ni en ningún aspecto, la inscripción con el modo, es la razón que justifica el reconocimiento de una *publicidad registral eficiente*, que debe ir precedida inexcusablemente de una *calificación jurídica* de alta categoría profesional y responsable.

Esta *calificación registral* se ejerce por un «jurista» que con los conocimientos adecuados va a decidir que existen, y reconoce como válidos, los requisitos necesarios para que la documentación que accede a los Libros Oficiales del Registro esté adaptada perfectamente, no solamente a la letra de la Ley sino también a su espíritu y a los principios jurídicos y aún políticos de todo

orden (*libre acceso, igualdad de oportunidades, gratuidad en su caso*). Y no sólo en su formalismo externo, sino también en el aspecto material y sustantivo en cuanto se exigen determinadas condiciones en los actos y negocios (*onerosidad, efectos reales*) para que los derechos que se van a publicar sean reconocidos con eficacia *erga omnes*. Con esas decisiones el Registrador está dictando una *fórmula* —similar a la del *pretor romano*—, que caracteriza el derecho como inscribible, aunque exceda de los textos literales de la ley, lo que supone la admisión como válidos de otros derechos nuevos que se crean por los interesados para satisfacer nuevas necesidades. Si esos derechos, ya reconocidos o de nueva creación, se hacen públicos por la *inscripción registral* se difunde esa fórmula como válida y eficaz, no sólo para general conocimiento sino también para, en su caso, crear un ámbito nuevo de lo legal.

En relación con esta cuestión de la *ampliación objetiva de la función registral*, no podemos dejar de aludir aquí a la importancia de la «función calificadora» encomendada al Registrador, cuyas decisiones al respecto pueden extenderse, tanto a la admisión de *nuevos derechos o situaciones* diferentes de los clásicos derechos reales tipificados, como respecto de las *estipulaciones* y *cláusulas* que, aún excediendo de dicho carácter estrictamente real, incorporan obligaciones personales que se interaccionan inseparablemente con la eficacia del derecho principal.

En el ejercicio de esta función calificadora, mediante la cual el Registrador efectúa el control legal de los actos que pretenden su acceso al Registro, se han debido producir importantes cambios a lo largo del tiempo para adaptarse a las modificaciones legislativas y a los criterios de aplicación. En todo caso, el procedimiento registral ha estado dominado siempre por un modelo simplista y de ayuda para los que buscan la protección registral. Por ello, y también por la singularidad del Derecho Hipotecario —que ha tenido siempre un acceso restringido y especializado—, ha debido producirse, en muchos casos, una recta interpretación aclaratoria por los profesionales encargados de su aplicación. Esta actuación profesional, en cierto modo, ha seguido una evolución paralela a la del Pretor en el Derecho Romano respecto de los derechos reales «imperfectos» o «incompletos», como los de garantía por la ausencia de un auténtico sistema de publicidad que ocasionaba la clandestinidad de ciertas cargas consideradas preferentes que agravaban la situación del deudor y sorprendían al acreedor, por lo que fue necesario introducir sucesivamente modificaciones moderadoras, como ocurrió en el derecho de hipoteca que surgió como una evolución del *pignus* por la sucesiva *acumulación de «acciones» que hacía el «buen Pretor romano» para proteger al deudor sin merma de las garantías del acreedor* (42). Esa misma función

(42) *El Sistema de Protección Jurídica por el Registro de la Propiedad* (págs. 93 y 94). Editorial DIJUSA, año 2001.

protectora del Pretor se debe efectuar ahora *desde el mismo Registro de la Propiedad*, mediante una «interpretación», moderadora unas veces y avanzada otras, de la rigidez de los preceptos y de los principios legales, para permitir su aplicación abierta a otros supuestos análogos, e incluso, en algunos casos, de manera audaz para atender a las nuevas necesidades derivadas de la complejidad de las transacciones e, incluso, de su internacionalización, aunque sin alterar en ningún caso los límites legales del ordenamiento. De esta forma, mediante esa avanzada «*calificación registral*» podrán tener acceso al Registro, no sólo los contratos que hemos denominado «*mixtos*», como el de *hipoteca* con sus cláusulas singulares en cada caso particular —permitiendo la inscripción de la mayor parte de sus estipulaciones, *siempre que no mermen las facultades del deudor más que en lo estrictamente preciso para asegurar al acreedor la restitución de su crédito*, y, paralelamente, *que los derechos del acreedor no excedan de lo preciso para esa misma seguridad*—, sino también otros contratos «*novedosos*», genuinos o importados de otras legislaciones (43), que los interesados estimen convenientes. De igual manera se debe proceder, a mi juicio, en la calificación de los *documentos urbanísticos*, en los que se pueden recoger «*convenios*» de los particulares con la Administración actuante de muy diversa índole, que se plasman en los Proyectos de «compensación» y «cooperación» como «*compromisos*» o pactos que van a afectar a las nuevas «fincas de resultado» que sustituyan, por subrogación, a las aportadas por los interesados, y que trascienden los estrictos límites de carácter real, por lo que deben tener acceso al Registro con toda su variedad de cláusulas, si bien con la limitación de que no sean contrarios a lo consignado en los Planes de Urbanización.

LA FILOSOFÍA MECÁNICA Y EL REGISTRO

Si, como hemos dicho, conforme a un Derecho tradicional y conservador se debe proteger principalmente al titular del derecho (*seguridad estática*), y sólo como consecuencia resultará también protegido el adquirente, en las sociedades que evolucionan lo fundamental es la protección del tráfico (*seguridad dinámica*), es decir, el aseguramiento *no tanto del derecho que se tiene como el que se adquiere* (44).

Como también hemos indicado, frente a la lógica aristotélica sólo pendiente de la razón natural para explicar los fenómenos de la naturaleza, la

(43) Como la *Propiedad por turnos o períodos de tiempo*, regulado por la normativa de los *Complejos Inmobiliarios*, cuya reglamentación legal fue incluida en la Ley de Propiedad Horizontal por la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril.

(44) LACRUZ BERDEJO, *Derecho Inmobiliario Registral* (Editorial Bosch, 1977, en colaboración con SANCHO REBULLIDA).

filosofía moderna imagina un mundo en constante movimiento por lo que, ya desde Ptolomeo, incluye en su ámbito a otras ciencias, y modernamente ha dado lugar a una *filosofía natural, experimental, mecánica e instrumental* que intenta justificar todas las situaciones en las que el *tiempo* se une a las coordenadas del *espacio* para generar una «energía cinética» (45) como consecuencia de la continua traslación y mutación de sus elementos reales y personales, que perpetúa sus efectos y permite proyectar el futuro, facilitando una dinámica social que, en definitiva, favorece a la economía mundial.

Por eso se dice que el DERECHO CIVIL regula la propiedad *estática*, mientras que el DERECHO HIPOTECARIO, inspirado en esas avanzadas teorías, es el regulador de la propiedad *dinámica*. Su eficacia *erga omnes* a través de una publicidad eficiente, y el protagonismo del *tercero* ajeno en principio al acto inscrito, para quien el contenido del Registro es determinante de su protección —si reúne las demás circunstancias que exige la Ley (46)—, son razones suficientes para que deba tenerse en cuenta lo que hemos llamado el «*mecanicismo jurídico*».

En la aplicación práctica del DERECHO HIPOTECARIO encontramos importantes manifestaciones de esta moderna postura filosófica:

1. *El reconocimiento de unos «principios registrales»* determinantes de las líneas directrices del Sistema, que es una de las características fundamentales de la *filosofía mecánica*, cuyos principios esenciales se traducen en leyes que nos proporcionan marcos completos en los que interpretar la realidad, a modo de síntesis de conceptos abstractos derivados de realidades pre-existentes puestas de relieve por la observación y la experimentación (*leyes sobre el movimiento de los planetas de Kepler, leyes físicas de Newton, principios de filosofía de Descartes, leyes de la mecánica relativista de Einstein*). Son reglas sencillas, fáciles de aplicar y orientar al operador, así como de ser

(45) *Energía cinética*: la que posee un cuerpo en movimiento (DRAE).

(46) HERMIDA: *El Registro de la Propiedad se creó y existe para tener la seguridad de adquirir del verdadero dueño y las adquisiciones a non domino no son más que una posibilidad accidental de que el titular registral no sea el verdadero dueño, y entonces la Ley asegura la adquisición como si el titular inscrito fuera el verdadero dueño. Pero el Registro no se creó para adquirir los derechos reales a non domino, sino para saber quién es el verdadero dueño y poder adquirir de él el derecho real con toda seguridad*. Y cita al respecto a Manuel GÓMEZ Y GÓMEZ (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1966), para quien «la mecánica registral más que el resultado de la protección de los terceros frente a anteriores derechos legítimos, que quedarían abandonados e inermes, lo que indudablemente deja sentir es cierto tufillo a fraude e inmoralidad que puede predisponer a las almas nobles en contra de la institución». Pero, sigue diciendo, *esto es lo más opuesto a la verdadera esencia del Registro*, puesto que su fin no es burlar a nadie, sino evitar, por medio de la publicidad, que nadie se burle de otra persona, es decir, evitar los burladeros que con tanta frecuencia se producen en un régimen de clandestinidad». *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores, año 1973.

transmitidas a otros para su uso y mejora, puesto que economizan preceptos, facilitan el estudio de la materia y su aplicación, y elevan las investigaciones a la categoría de científicas. Sólo con elegir los vocablos o símbolos adecuados se configura una realidad oficial que lleva implícita la razón. Además, si en el tráfico jurídico es indispensable la *seguridad*, también en el mundo actual lo es la *rapidez*, que viene condicionada por la claridad en la exposición, la facilidad de comprensión y la expansión comunicativa. La simbología es más fácil de entender que las palabras, por lo que las instituciones deben estar preparadas para estos cometidos.

En nuestra disciplina jurídica los llamados *Principios Hipotecarios* (Jerónimo GONZÁLEZ, Madrid, 1931) funcionan como líneas directrices del Sistema Registral adoptado por nuestra legislación desde la Ley Hipotecaria de 1861, y sintetizan su aplicación al modo de reglas prácticas en las que cristaliza la especial técnica jurídica de una rama especial del Derecho. No son un mero recetario o inventario de soluciones para casos prácticos, sino verdaderas normas que definen sus rasgos básicos y que al derivar de las leyes aplicables contienen argumentos implícitos que por su evidencia no precisan de su justificación en cada caso concreto y llevan insita una toma de posición automática (*mechanicismo*) que libera del esfuerzo de persuadir con razones. Son muchas las disposiciones modernas, pertenecientes a campos jurídicos muy diversos, que hacen aplicación directa de los *principios hipotecarios* tradicionales y se aprovechan de esa *publicidad registral*, incluso en materias no estrictamente de Derecho privado, sino también en aquéllas en las que se muestra un evidente carácter mixto por el incremento progresivo del intervencionismo estatal. En todas se promueve, frecuentemente, el acceso al Registro de la Propiedad de las actuaciones que regulan, o se remiten *obligatoriamente* a las normas de la *publicidad registral*, cuya información se requiere de manera inexcusable. Así se ha venido manifestando, desde su inicio, en toda la materia regulada por la *Legislación Urbanística*, tanto de ámbito estatal como autonómico, y se reitera en las más recientes *Leyes de Enjuiciamiento Civil* y *Concursal*, por citar sólo las de aplicación general, en las que se muestra un absoluto respeto a la Legislación Hipotecaria y a los principios en que se manifiesta la *protección registral*.

2. *La especial aplicación de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas* en la agilización y en la utilización más efectiva de la publicidad registral, hace posible la admisión de la *documentación electrónica*, la *presentación telemática* y la *notificación inmediata*, así como facilitar la *información urgente* y hasta permitir el *acceso directo* a los Libros del Registro por los funcionarios públicos y las autoridades judiciales, incluso la Agencia Tributaria, *sin intermediación del registrador* (47).

(47) El Derecho Hipotecario ha sido pionero en la utilización de las modernas técnicas informáticas y telemáticas, cuyo uso han consagrado las Leyes 24/2001, de 27 de diciembre; 24/2005, de 18 de noviembre, y 11/2007, de 22 de junio.

3. *La determinación automática de la «prioridad»*, como circunstancia valorativa de la preferencia en los derechos (48). No obstante, *si la Justicia, bien sea objetiva o subjetiva, nunca debe estar ausente o ser excluida* (49), *«se debe procurar por todos los medios que el mejor en el derecho sea el primero en llegar al Registro»*. A esta finalidad responden las últimas reformas reglamentarias que introducen las comunicaciones *mecánicas* directas Notaría-Registro (y también de los órganos judiciales y administrativos), e implantan una especial *«autenticación técnica»* que permite la presentación automática de documentos vía «telefax» u otros medios informáticos de comunicación urgente, con la finalidad de acomodar el Sistema a las exigencias de la economía moderna.

La prioridad en la presentación de documentos en el Registro sigue siendo un factor importante para determinar la preferencia en los derechos, premiando la diligencia y excusando la protección del negligente. Por lo mismo, es indudable que en estos tiempos de masificación y globalización, la necesidad de facilitar los otorgamientos múltiples y a distancia exige que se opere mediante los mecanismos adecuados que eviten en lo posible, sin merma de la seguridad, la presencia permanente del funcionario pendiente de la entrada de los documentos en la oficina. La máquina puede efectuar esa función de manera más perfecta, determinando con exactitud el momento de acceso. E incluso complementarla, también de manera automática, con la identificación de los remitentes y otorgantes.

4. *El reconocimiento de la «autenticidad» de la firma electrónica* es otro moderno instrumento de *«autenticación»* por medios mecánicos, tanto de la *titularidad* del actuante como de la *firma* consignada en los documentos, y asimismo facilita con total seguridad los otorgamientos a distancia y su presentación inmediata.

5. Y, finalmente, *la optimización de las situaciones amparadas por la «publicidad oficial»*, que como *«verdad presunta»* garantizan la legalidad de lo actuado y lo complementan mediante una publicidad eficiente que asegura la eficacia *erga omnes* de los derechos inscritos. Por consiguiente, la misma *publicidad registral*, por sí sola, puede ser apreciada como una forma de *«autenticación mecánica»* cuando es precedida de una rigurosa depuración, profesional y responsable, de los actos inscribibles en cuanto a su legalidad y al formalismo impuesto como garantía de la seguridad. Es la *calificación de los Registradores de la Propiedad*, que, en acertada simbiosis de un *juicio racional* y una *mecánica publicitaria*, permite atribuir a los derechos proclamados en los asientos el valor que se deriva del principio de *fe pública*, amparado por una *tutela judicial* que recoge la Constitución.

(48) *«Prior tempore potior iure»*.

(49) *La justicia es como el aire en la atmósfera* (BENTHAM).

RESUMEN

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Este trabajo intenta reflejar los presuntos antecedentes técnico-mecanicistas de los Sistemas Registrales de gran desarrollo técnico-jurídico que surgieron en la Europa continental en la segunda mitad del siglo XIX, cuando los estudios ilustrados de la época rememoran los avances de la Filosofía Natural surgida en los siglos anteriores (XVI y XVII) y que en el mundo jurídico cristalizan en leyes especiales complementarias de los Códigos Civiles estandarizados en su regulación de la propiedad «estática» (modelo napoleónico), cuya reforma era insistentemente demandada por la evolución de las sociedades avanzadas para regular y propulsar la «dinámica» del Derecho en una época caracterizada por el intenso movimiento de sus elementos reales y personales, actualmente radicalizado por la masificación y la globalización de la economía mundial. Como consecuencia, el hombre actual se ve envuelto en múltiples ficciones favorecidas por la publicidad como medio de difusión de esa red simbólica que domina la vida real y que puede dar lugar a una vida «oficial» a veces distinta. Según BENTHAM, el orden jurídico que impone una vida «oficial», diferente a veces de la real, no es más que un «mecanismo» de ajuste de intereses para proporcionar seguridad como garantía de la libertad, mediante la necesaria conciliación de los derechos individuales y los generales o comunes. En las sociedades modernas es evidente que la seguridad depende de la publicidad que elimina los riesgos de la clandestinidad. Pero no basta cualquier Registro. Los Registros jurídicos de corte germánico y de gran desarrollo técnico priman sobre los demás, y actualmente se complementan con un avanzado mecanicismo utilitario del

ABSTRACT

LEGAL INTERPRETATION

This paper attempts to reflect the supposed technical/mechanicist background of the highly technically and legally developed registration systems that arose in continental Europe in the second half of the nineteenth century. The illustrated studies of the era used to mull over the advances of the Natural Philosophy that sprang up in earlier centuries (the 16th and 17th). In the legal world, those advances crystallised into special laws supplementing the civil codes that had a standardised regulation of «static» property (Napoleonic model). Reform of those civil codes was insistently demanded by the evolution of advanced societies, in order to regulate and propel the «dynamics» of law in an era characterised by the intense movement of its real and personal elements, currently radicalised by the massification and globalisation of the world economy. As a consequence, today's man is embroiled in multiple fictions favoured by publicity as a means of disseminating that symbolic network that dominates real life and that can give rise to an «official» life that is sometimes different. According to BENTHAM, the legal order that an «official» life imposes, which is sometimes different from real life, is no more than an interest-adjusting «mechanism» to provide security as a guarantee of freedom by means of the necessary reconciliation of individual rights and general or common rights. In modern societies it is clear that security depends on publicity, which eliminates the risks of clandestineness. But not any registry will do. Germanic-style, highly technically developed registries of rights stand head and shoulders above the rest, and nowadays they are complemented by an advanced utilitarian mechanicism, one result of which is that

que resulta que la publicidad registral, por sí sola, puede ser apreciada como una forma de «autenticación mecánica» cuando es precedida de una rigurosa depuración, profesional y responsable, de los actos inscribibles en cuanto a su legalidad y al formalismo impuesto como garantía de esa seguridad: Es la calificación de los Registradores de la Propiedad, que, en acertada simbiosis de un juicio racional y una mecánica publicitaria, permite atribuir a los derechos proclamados en los asientos el valor que se deriva del principio de fe pública, amparado por una tutela judicial que recoge la Constitución.

(Un amplio resumen de la parte filosófica se publicó bajo el título «La filosofía mecánica y el Registro» en la revista Registradores, núm. 40, septiembre-octubre de 2007).

registration publicity by itself can be appreciated as a form of «mechanical authentication» when it is preceded by a strict, professional, responsible examination of registrable acts for legality and the formalism imposed to guarantee document certainty: This is scrutiny by property registrars, which, in a cunning symbiosis with rational judgement and publicity mechanics, enables the rights proclaimed in registration entries to be accorded the value that stems from the principle of registrar-attested authenticity, supported by constitutional legal protection.

(A thorough summary of the philosophical portion was published under the title «La filosofía mecánica y el Registro», in Registradores, No. 40, September-October 2007).

(Trabajo recibido el 16-01-08 y aceptado para su publicación el 14-05-08)

Derecho y seguridad jurídica en el Renacimiento español

por

JESÚS LÓPEZ MEDEL
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

1. EL RENACIMIENTO COMO INQUIETUD CREADORA: CERTEZA Y SEGURIDAD.
2. EL HECHO ESPAÑOL RENACENTISTA.
3. EL HECHO AMERICANO: EL DERECHO DE GENTES.
4. PUNTO DE PARTIDA DE LOS DERECHOS HUMANOS.
5. LA GUERRA JUSTA.
6. OTRAS APORTACIONES Y EFECTOS JURÍDICOS EN EL RENACIMIENTO ESPAÑOL: LOS DERECHOS A LA EDUCACIÓN (CALASANZ) Y A LA TOLERANCIA (SERVET).

RESUMEN.

1. EL RENACIMIENTO COMO INQUIETUD CREADORA: CERTEZA Y SEGURIDAD

Situar el Derecho en el Renacimiento español exige clarificar sus propias coordenadas en general, y las particulares o singularidades en el acontecer español. Porque de ahí podremos atisbar mejor las características medulares que al propio Derecho español «renacentista» le van a ser inherentes. Incluso, podríamos adelantar, que le van a marcar en la historia, no solamente europea, sino en el Derecho internacional.

El Renacimiento, al decir de ORTEGA Y GASSET, se presenta —sintetizando mucho su pensamiento—, por un lado, como «inquietud parturienta de una

nueva confianza fundada en la razón físico-matemática, nueva mediadora entre el hombre y el mundo» (1). Ahí estaría, también aquella expresión orteguiana: «*El hombre europeo es un heredero del hombre griego. Pero una herencia no es sólo un tesoro, es a la vez una carga y una cadena*». Pero, de otro lado, en la parte en que el filósofo presta una mayor atención al Renacimiento (2), al argumentar sobre la necesidad de una aclaración acerca de lo que supuso «gran crisis histórica», expone la idea de la urgencia —entonces— de una «rebarbarización». Habría que superar una cultura gremial y la «vuelta a la naturaleza», hasta alcanzar, con GALILEO o DESCARTES, y «*recobrar el hombre una confianza en sí mismo*». En todo esto late, en el fondo, la búsqueda de una certeza o seguridad en el mayor margen de libertad que a la persona se le va a reconocer.

Es importante que retengamos algunas de estas reflexiones, aparentemente contradictorias, porque las particularidades históricas del Renacimiento español, más tardío que el florentino, cuando la ley de cortesía, y del feminismo en la mujer provenzal, tuvieron mucho que ver con la parte más creadora del Renacimiento en Italia. Por sí solas muestran policromía de aspectos peculiares y sugerentes para nosotros, en la seguridad jurídica y en el muñón de realidades que lo renacentista implica.

2. EL HECHO ESPAÑOL RENACENTISTA

Suelo recordar, cuando los juristas y filósofos nos acercamos al tema del Renacimiento, la singular historicidad que supone el que cuando se está construyendo la Alhambra de Granada —siglo XIII—, en el norte de España aparecen los primeros monumentos románicos, mientras que los renacentistas son más tardíos o se manifiestan de distintas maneras. En Zaragoza, incluso, la «ruta del mudéjar» se inicia en la catedral de la Seo, sigue por Calatayud, y el antiguo camino real de Zaragoza a Longares, Cariñena, Daroca y Teruel, que es, en el arte, nuestro peculiar renacimiento.

Este dato lo expongo para significar que ningún país europeo —que acaso recibiera más nítidamente que nosotros la herencia greco-romana— sufrió como España la dominación musulmana durante ocho siglos. También, la unidad religiosa hizo posible, con la Reconquista, la unidad de España, que se logra en el año 1492. En Granada —y no en Castilla y Aragón— están enterrados los restos de Isabel y Fernando, los Reyes Católicos (3).

(1) *Obras completas*, VI, pág. 18, «Historia como sistema».

(2) «En torno a Galileo» (*Obras completas*, V, pág. 19 y sigs.). V., también, retrospectivamente, nuestro trabajo *Filosofía de la institución registral y cambio social*, Madrid, 1985.

(3) Se suele contar la anécdota que el artista de la escultura-sepulcro de aquéllos en la catedral, quiso poner la almohada en la que se asienta la cabeza de Isabel, más

Esta unidad, a finales del siglo XV, hace que España sea la primera nación de Europa que nace con tal carácter, a diferencia del resto de los territorios europeos, buena parte de ellos en manos de españoles —Felipe II o Carlos I de España y V de Alemania—, a veces enzarzados en luchas internas más las propias derivadas del teocentrismo, o dominio eclesial, o de los Estados Pontificios en Italia. Es decir, que el fruto de nuestra Reconquista fue nuestra unidad, pero mientras, la Europa que no conoce el dominio árabe, puede —nos atrevemos a decir— permitirse el lujo de un refloreCIMIENTO de las ciencias, las artes, la literatura, el Derecho y la historia.

Sin embargo, para España, repetimos, esa unidad primeriza como Nación, le va a permitir disponer de un tipo de Renacimiento excepcional y único. Porque fruto de aquélla, y acaso como regalo providencial y de nuestro propio saber y entender en la navegación como país, que con Portugal mira allende los mares, y más allá del Finisterre, le corresponde la honra de encauzar y sincronizar todos los esfuerzos, estudios, ideas y experiencias para una empresa inédita, hacia lo desconocido: *el Descubrimiento de América*.

Por su parte, CHERTESTON, gráficamente, presenta el Renacimiento como el cambio que se opera en una humanidad, situada en las inmensas laderas de una montaña, la cual se encuentra cerca de grandes muros, que impiden una visión en horizontal de todo lo que hay a su alrededor. El hombre tiene, a ras de tierra, todo lo que la naturaleza y la vida humana, familiar y social, le permiten. Y su mirada, su gozo, están en lo alto, en Dios, que domina y guía providencialmente la vida personal y todas las cosas. Es el sentido providencial que, como también apunta ORTEGA Y GASSET (4), se va a producir o se va a dar «*un gran paso en el abandono de la concepción teocéntrica y sobrenatural que siguió a la Edad Media, cuando el hombre se veía como náufrago o en íntimo océano de nulidad, para agarrarse fieramente a la tabla flotante que es Dios*».

Volviendo a CHERTESTON, siguiendo su símil, al derrumbarse las murallas, bien porque era demasiado el seguimiento en Dios, bien por madurez en sus propios pensamientos o creaciones, efectivamente, Dios quedaría más lejos, lo que le permite ver un inmenso horizonte, pero al tiempo conocer de cerca los riesgos de los abismos que anteriormente no podía conocer. Es el despertar a su propia inseguridad, vivida, de momento, personalmente.

Más libertad para el horizonte, más lejanía de Dios. Y, como a la vez, hay mayor horizonte, la necesidad de unas normas, de unas reglas de juego, más perfectas que las que Europa heredara de la filosofía griega, y sobre todo, del Derecho Romano. El Derecho estará más cercano al hombre, comenzando a distanciarse, poco a poco, de la Teología y de la Moral, o del Derecho Eclesiás-

hundida que la de Fernando, como si el peso de las sienes de uno y otro fuesen de distinta densidad o calidad.

(4) En «Memoria de Mestanza», *Obras completas*, V, pág. 494, vid., asimismo, Bona, *Quincentenario del Descubrimiento del Nuevo Mundo*, Zaragoza, 1991.

tico. Habrá que pensar, en tales circunstancias, si las normas de convivencia le facilitan certeza o complican la inseguridad y permiten evitar los conflictos.

3. EL HECHO AMERICANO: EL DERECHO DE GENTES

Esta preocupación, últimamente apuntada, se va a dar de una forma especial entre nosotros. A nuestra manera, España se encuentra con que va a descubrir, materialmente, que la tierra es redonda, y que hay otras tierras, allende los mares. Los historiadores hispánicos pondrán su acento si es Isabel o Fernando, o son los dos, los que hacen posible tal hazaña. Fernando, que acaso sin conocer al detalle «Maquiavelo», como expresión típica de un Príncipe del Renacimiento, está imbuido del riesgo y de la aventura más hacia los Reinos en Italia. Acaso también por el arraigo histórico de un derecho que allí se vive (5). En todo caso, dejó hacer a Isabel. Desde luego, en la Reina Católica, en su interior, con su fe religiosa, tenía puesta la empresa una «travesura» espiritual. Si es verdad que en la primera expedición de Colón no fueron súbditos aragoneses, y predominaban los teólogos y misioneros; a partir de la segunda, entra un tercio de aragoneses (6).

Esta circunstancia histórico-renacentista es una miniatura al lado de la problemática que va a surgir, a la hora de determinar la «naturaleza de la conquista», derivada de los descubrimientos. ¿A quién pertenecen la tierras? ¿De quién son súbditos los nativos? España-Nación y la Iglesia-Estados Pontificios se plantean el problema. Las soluciones jurídicas y normativas preexistentes, basadas en el Derecho Romano o en el Derecho Canónico, no eran aplicables. Porque aquellas tierras, tomadas como cosas, no son «tesoros escondidos», cuyo titular fuese su descubridor. Y en cuanto a los súbditos, no podían tomarse a los nativos, como españoles, y a lo sumo, como fieles de la Iglesia cuyo papel misionero era uno de los objetivos básicos de la conquista.

De ahí va a brotar una de las características del Derecho en el Renacimiento español: *el invento de un Derecho de Gentes*, anticipador de las doctrinas de GROCIO y que va a tener importancia no sólo para resolver a través de Bulas Pontificias y edictos de los Reyes españoles, sino que llega hasta nuestros días, en lo que nosotros hemos llamado un Derecho Natural Interna-

(5) Sobre la vivencia del Derecho romano, vid. nuestra obra, *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*, 3.^a ed., Zaragoza, 2003, págs. 109-119, y los ilustres tratadistas Juan IGLESIAS, romanista, o Rafael GIBERT, historiador.

(6) En el Monumento de los Jardines del Descubrimiento, en la plaza de Colón de Madrid, encontramos impresos apellidos de Aragón, de La Rioja, de Navarra y de Valencia. Algunos de ellos, como los DÍEZ DE AUX, tenían ya funciones de gobierno, de administración y de ordenación jurídico-inmobiliaria, que fue el cumplimiento también de la evangelización.

cional, en la búsqueda de una seguridad jurídica, no meramente personal, sino comunitaria (7).

Hay que resaltar el singular prestigio de las *Universidades en España*, de las que cabe destacar la de Salamanca, fundadas, la mayor parte de ellas, por la Iglesia. Desde la primera de ellas, la de Huesca, por su obispo, en 1212. Los nombres de la llamada «*Escuela Española de Derecho Natural*» van a llenar uno de los momentos estelares no sólo de la Teología, sino de la Ciencia Jurídica. Porque si la Teología llenaba todas las demás ciencias, la delimitación de Moral y Derecho, que también se daba ya, como problema en PLATÓN y ARISTÓTELES, y en SANTO TOMÁS DE AQUINO, va a tomar cuerpo, buscando la sincronización y relación, pero no la yuxtaposición. El maestro Pedro CIRUELO, preceptor de Felipe II, era un sabio darocense que explicó en París y Salamanca el desarrollo de la Teología y de las ciencias, y, concretamente, el Derecho dentro de ellas. La emancipación vendría después precisamente con el Renacimiento, por la aportación de la certeza científica a la seguridad que puede emanar de la razón jurídica.

Maestros insignes fueron el P. VITORIA, SOTO, AZPILICUETA, COVARRUBIAS, ALFONSO DE CASTRO, VÁZQUEZ DE MENCHACA, el P. MOLINA, el P. SUÁREZ, AYALA, RIVADENEYRA, el P. MARIANA con sus discípulos. No sólo ya en el orden eclesial —dominicos y jesuitas—, como Domingo DE ARRIAGA, Miguel DE PALACIOS, Juan DE MATIENZO, NÚÑEZ DE AVENDAÑO, Blas NAVARRO, Juan DE AZOR y el P. Bartolomé DE LAS CASAS, etc. No se da en ellos un tema exclusivo, pues junto a lo teológico, está la Metafísica, la Filosofía Moral, la Filosofía Política y la Filosofía del Derecho. Siempre poniendo, en lo posible, sus altas reflexiones al servicio de la persona, que trata de superar las penumbras en que la Edad Media le tenían aherrojado, superadas sólo en parte por una visión geocéntrica del mundo y de la vida.

La cuestión central, que va a servir de base para la regulación del hecho americano, está en la relación entre una ley eterna, que afecta a todas las cosas y hombres, en aquella visión geocéntrica o divina; un *Derecho Natural*, que singulariza la norma a los seres humanos dentro de la Creación, y un *Derecho Positivo*, que coexiste con el anterior, porque los principios universales que dan explicación o fundamentación no se pueden ignorar. Este último Derecho es en el que se enmarca la fuente de la seguridad jurídica, a través de la legalidad, sin perjuicio de que pudiera convertirse en principios (8).

(7) Traigo aquí una referencia a nuestro trabajo «Problemática jurídica en el siglo XVI», en la obra *El Derecho, forma dinámica de vida social*, 1965; y 2.^a ed., 1976, con alguna de las ideas que, sino exhaustivamente, explican aquel gran momento del descubrimiento del Derecho de Gentes.

(8) Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, o el de la Constitución Española de 1978, en cuyos primeros artículos, el principio de la seguridad jurídica se establece de manera general.

«Esa gloria inaccesible, que nos brinda un valor fundamental y primario, obra de los teólogos y juristas del Siglo de Oro español» —nos dirá LEGAZ LACAMBRA— es la que nos va a permitir todo el planteamiento de las nuevas gentes en América. La Bula de Alejandro VI, en 1493, habría de ser un primer título jurídico, que en el fondo implicaba demarcaciones más amplias de los dominios españoles. Los zigzagueos del propio emperador Carlos I, con algunas tesis monistas, discutiendo las bulas pontificias, llevaron incluso a cierta vacilación del emperador de abandonar las Américas. Pero encontraron en las tesis de VITORIA y de SUÁREZ, la sincronización suficiente para ambas partes. El P. VITORIA (9) supera la definición de GAYO, en el sentido de entender el Derecho de Gentes, como «lo que la razón natural establece entre todas las naciones» (10).

4. PUNTO DE PARTIDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hay otra zona típicamente renacentista que se encuentra igualmente en nuestros teólogos y juristas del siglo XVI. También ORTEGA había advertido (11), que esta etapa descubre el interior del hombre y la dimensión subjetiva frente al mundo de las cosas fijas. La literatura, la novela, etc., madurarán como fruta en el Renacimiento, es decir, expresión de problemas del individuo, característica del Renacimiento. Pero lo significativo es que, a las peculiaridades singulares que se dan en otros contextos europeos respecto al pensamiento y acción, en el Renacimiento español va a surgir, como analiza bien Luciano PEREÑA, en su obra *Criteriología democrática*, el aterrizaje de los planteamientos de la convivencia de los hombres, como sujetos activos y creadores de las normas que han de regir su dignidad. Porque, una vez «pactada» la normativa general, Iglesia-Estado, hay que penetrar, reflexionar y actuar.

Y ello, además, porque el contexto normativo histórico, como resalta el Catedrático de Historia del Derecho, Rafael GIBERT, es esencialmente romano, pese al atractivo que para la dominación supuso a otros pueblos. Idea reiterada también por el egregio romanista Juan IGLESIAS —el derecho vigente y no digamos el derecho vivido (ORTEGA)—, que no puede encajar en unas tierras nuevas, en unos hombres que quieren ser libres, aun desconociendo la «libertad», incluso de sus conquistadores —el caso de Hernán CORTÉS en Méjico. En definitiva, hay que alumbrar unos criterios de gobernabilidad, de autoridad, de orden. Sobre todo de derechos y deberes en una comunidad política, compaginando la racionalidad y la imperatividad con el bien común.

(9) «*De Indis. Relectio Prior*».

(10) Sobre la influencia de nuestros teólogos para la Contrarreforma, vid. Jean TOUCHARD, *Historia de la ideas políticas*, Madrid, 1964.

(11) En «Adán en el paraíso», *Obras completas*, I, pág. 488.

Hoy, retrospectivamente, el iusnaturalista contemporáneo RENARD explica que la influencia del Derecho Natural sobre el Positivo opera sobre tres tipos de condiciones: las del medio social, las de las posibilidades de coacción y la de consolidación del orden jurídico establecido o a establecer.

Volviendo al Renacimiento español, en cuanto al derecho a promover de manera concreta en la sociedad nueva que surge en Hispanoamérica, hay que partir del dique o de la plataforma, según se la quiera ver, de la naturaleza, o de la «*naturaleza de las cosas*», como en la terminología moderna decimos. Nuestros teólogos del siglo XVI van estableciendo unos criterios que terminan por ser principios básicos, con la novedad o peculiaridad que en aquellas tierras americanas se reclama. Ya que regidos por las Partidas, la Novísima Recopilación, el Fuero Juzgo y los Fueros locales o «cuasicomarcales» —el de Calatayud, Huesca o Daroca, con Alfonso I el Batallador—, más el pactismo Iglesia-poder temporal que se inició con el emperador Constantino no sirven allende los mares.

Sintetizamos esos rasgos en una enumeración no exhaustiva. Solamente este punto precisaría un estudio especial. Merece la pena citar aquí el análisis que hace Francisco PUY (12), en la Política, la Filosofía y el Derecho. Apuntamos los siguientes, expresando que en no pocos de ellos se anticipa, vislumbra o se manifiesta la fuerza del Derecho, la pretensión del Derecho y el efecto de seguridad jurídica:

- Libertad y responsabilidad de la persona... el hombre intervine y coopera en la formación del Estado, y el pueblo deja de ser masa (SUÁREZ, *De legisbus*, III, 2-4).
- Sociabilidad natural: al hombre, por naturaleza, le apetece vivir en sociedad, lo que exige orden, al que se ajuste su libertad, concebida ésta como deber moral (*ídem*, III, 1-7).
- Hay una doble comunidad: la perfecta o completa, o suficiente, o política. Y la familiar o incompleta... Aquélla, como organismo social supremo. Pero partiendo de la familiar o insuficiente, tendríamos los medios para realizar la vida humana en la paz y la educación. Y así se integrará la persona en la comunidad de derechos (*ídem*, I, 3).
- En esa comunidad es necesaria la potestad o autoridad para el bien común (*ídem*, I, 4-5), y COVARRUBIAS, *Questiones Practicarum*, 1.7).
- La autoridad es la que ostenta la representación del pueblo... No pudiendo cada uno de los ciudadanos defenderse por sí mismos como si a unos o muchos, para que procuren el bien de la comunidad política, que es el fin del Estado (MORCILLO, *De regni*, I, 5).

(12) En su obra conjunta *La historia de la filosofía jurídica*, 1998, en los puntos sobre la Renovación Escolástica y el Humanismo, pág. 51 y sigs.

- Todo lo que pertenece al poder político hay que buscarlo en el consentimiento y costumbre del pueblo y se le hace injuria si exige obediencia en cosas que desbordan la voluntad del pueblo (ROA DÁVILA, *De bellorum*, 5, 456).
- El modo del régimen temporal no ha sido definido ni preceptuado por Dios (SUÁREZ, *Defensio fidei*, III, 2,3).
- El pueblo puede cambiar su forma de gobierno... según le parezca más útil para conservar la paz y el bien común (PALACIOS, *Intertium*, disp. 37,7).
- «Conviene que el pueblo realice los negocios públicos por medio de los mejores, con el fin de que sea gobernador el Estado sin sediciones» (Jerónimo OSSORIO, *Del Rey y de la institución real*, I, II, 31, y COVARRUBIAS, *Questiones practicarum*. Luis VIVES, con su tratado *Del socorro de los pobres* merece una mención. Fue un libro eminentemente renacentista, precursor de la Sociología Jurídica.

Todos estos precedentes aspectos tuvieron aplicación, progresivamente, en las tierras descubiertas, y fueron la base, no sólo para el equilibrio de la legislación imperial o eclesial, o para resolver las disputas y controversias —SEPÚLVEDA con Bartolomé DE LAS CASAS—, que dieron lugar a las Leyes de Indias, sino que, como ya indicamos, fueron un antecedente claro de los Derechos Humanos, con anterioridad a los que en los «Estados Unidos», por razones pragmáticas, se fueron estableciendo, con frecuencia a base de guerras en «Estados». Todo un anticipo de la búsqueda de una seguridad jurídica.

5. LA GUERRA JUSTA

Un punto y aparte merece subrayarse dentro del planteamiento del Derecho español en nuestro Renacimiento. Y es el tema de la Guerra Justa, visto por el P. VITORIA, especialmente, a partir de sus famosas Clases de Títulos, legítimos o ilegítimos, para fundar el Derecho. Sus criterios van a resultar sumamente operativos en la anteriormente citada controversia (Valladolid, 1550, Consejo de Indias) SEPÚLVEDA-DE LAS CASAS: si es *lícito* a los cristianos hacer la guerra, en quién reside la autoridad para declararla; cuáles son las *causas justas*; qué cabe hacer frente a los enemigos de la guerra justa.

Aquí, todavía, se puede decir que existía principalmente el problema de sincronizar la evangelización con la hegemonía política. Sin embargo, se agudiza la cuestión con el problema del peligro turco, que acecha Europa por Oriente. Curiosamente un filósofo de nuestro tiempo, Gustavo RADBRUCH va a destacar (13) que frente al hecho desgraciado de la guerra, sólo a la religión

(13) *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1933, capítulo 29.

le está permitido encontrar el bien en la guerra, porque sólo ella nos salva de todo mal, y sólo puede ver en la guerra una desdicha, y en la victoria únicamente la menor desgracia.

Nuestros clásicos habían afirmado, acaso con perjuicio para la crítica de Felipe II y Carlos V, la necesidad de una conciencia de unidad europea, para buscar la paz sin aniquilar al enemigo y engendrar odios. Melchor CANO y Diego CHAVES, entre otros, fueron los continuadores de esta doctrina, calificada por el internacionalista BARCIA TRELLES, como las tres guerras de oro: la guerra como último extremo, declarada con justicia, no debe hacerse para la ruina del enemigo, sino para la defensa de la patria, y la paz y seguridad jurídica internacional. Y terminada la guerra, usar con moderación cristiana la victoria (AZPILICUETA, MORCILLO y ALONSO DE CASTRO culminarán estas ideas del P. VITORIA).

El P. MOLINA planteará el tema de la guerra en el terreno de la justicia, y no en el de la caridad, con SANTO TOMÁS y SUÁREZ. Y Luis VIVES, cuya influencia en la construcción de aquella criteriología democrática fue significativa, desde el ángulo del «socorro de los pobres», se sumaría a estos puntos de vista. La guerra contra los turcos nunca fue de conquista, sino defensiva: *«si un Estado que estuviera sujeto a un príncipe infiel quisiera recibir la ley de Cristo y el rey infiel se lo impidiera, tendrían derechos los príncipes cristianos de defender a los inocentes. Pero si el mismo Estado quisiera recibir la ley de los infieles, la mahometana, y su príncipe no quiera, tendría el príncipe infiel turco un derecho semejante... Porque es un mal y una grave injusticia impedir la Ley de Cristo, pero no lo es prohibir la mahometana. Del mismo modo si quiera oír el Evangelio, podría ser convenido racionalmente que eso es más viable y debe ser deseado»* (14).

6. OTRAS APORTACIONES Y EFECTOS JURÍDICOS EN EL RENACIMIENTO ESPAÑOL. LOS DERECHOS A LA EDUCACIÓN (CALASANZ) Y A LA TOLERANCIA (SERVET)

Solamente apunto dos temas, hoy de gran actualidad, en los que voy a dar una referencia de investigación personal, si se quiere bibliográfica:

6.1. La presencia y creación de una *obra renacentista en materia de educación*, de JOSÉ DE CALASANZ, cuyos 450 años de su nacimiento se han conmemorando recientemente. Era sacerdote, aragonés, nacido en Peralta de la Sal, teólogo, formado en las Universidades de Lérida, Valencia y Alcalá.

(14) Suárez, *De legibus*, ob. cit., pág. 89. De otro lado, en la obra de PÉREZ FERNÁNDEZ, O. P., *Fray Toribio Montolinia frente a Fray Bartolomé de las Casas*, Salamanca, 1989, hay —pág. 258 y sigs.— abundante documentación sobre las controversias jurídicas, civiles y eclesiásticas para deslindar competencias y efectos de certeza legal y de seguridad.

Marcha a Roma para culminar su formación teológica y humanista. En las calles de Roma encuentra a niños abandonados. Les da cobijo en su escuela, en la parroquia de Santa Dorotea. Es una escuela gratuita, abierta a todos. Se fundó así lo que Pío XII designó: «*la primera escuela popular cristiana*» (15). En el frontispicio de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en el marco de las Naciones Unidas, está la afirmación de que *la educación es previa para la paz, la libertad y la seguridad en el mundo*. Hoy ya no se trata sólo del acceso de todos a la escuela, sino a una formación más íntegra para hacer frente a la seguridad y competitividad económica (16).

6.2. Miguel SERVET es el otro renacentista-jurista, ausente de España desde los catorce años, acompañando al obispo Juan DE ALCALÁ, confesor de Carlos V, y contagiado del reformismo espiritualista de ERASMO, quien no pudo, por fin, acudir a Valladolid para una conversación con Carlos V. SERVET fue un sabio renacentista, doctor, astrónomo, filólogo; estudió Leyes en Tolouse, pero no quiso continuar con la notaría de su padre en el Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca). Hizo Medicina en París. Dialogó con los reformistas protestantes y contrarió especialmente a CALVINO. En la parte de su magna obra *Restitución del Cristianismo*, que habla del Espíritu Santo, es cuando describe el fenómeno inédito de la circulación de la sangre. Pero en la parte de su *Cristología*, SERVET construye lo que he llamado *la Ley, la Justicia, el Amor y la Tolerancia*, como anticipador, en concreto, de este derecho humano (17). CALVINO, tras un proceso populista, mandó quemar el montón de libros suyos a fuego lento. Miguel SERVET fue «desconocido» por nuestra Escuela Española de Derecho Natural, y a su vez, él no pudo conocer la doctrina de su tiempo, fue hereje de los herejes, y al acudir a las fuentes del pensamiento cristiano, se puede decir que forma parte de la Escuela del Derecho Natural Cristiano del siglo XVI, y como la católica de entonces, vuelve a tener actualidad situado en su tiempo. Precisamente, porque SERVET, jurista, percibió en sí mismo los efectos perturbadores de inseguridad jurídica, con tres procedimientos inquisitoriales distintos, y un proceso final, que es un modelo de proclamación del derecho a la tolerancia y a la certeza jurídica.

(15) En mi discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores de España, contestado por FRAGA IRIBARNE, *Hacia un nuevo derecho a la educación. Principios filosófico-jurídicos y comunitarios en la política educativa de la Unión Europea*, 1995, se puede encontrar una amplia referencia a esta idea pedagógica-teológica jurídica de nuestro Renacimiento español.

(16) En nuestra intervención en un foro hipotecario, Madrid, 2007, hicimos notar, ante determinados proyectos legislativos sobre productividad, que hay que sincronizar, a efectos de la publicidad registral-hipotecaria, el dinamismo de la creciente productividad-competitividad, con la necesaria y obligada certeza-seguridad, para hacer viables los resultados, incluso los meramente económicos, más allá de las ideologías y oportunismos políticas turnantes.

(17) Así lo expuse en el discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 1998, y en el Congreso Internacional Servetiano, Barcelona, 2006.

RESUMEN

DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

El Renacimiento refleja una inquietud creadora en la búsqueda de certeza y seguridad, con un mayor margen de libertad, a lo que ayuda una óptica menos geocéntrica, y una mayor confianza del hombre en sí mismo (CHERTON, ORTEGA, GALILEO, DESCARTES). El hecho renacentista español tiene parecidas características en razón a los ocho siglos de Reconquista, y una erosión al Derecho romano o germánico, además por la singularidad del Descubrimiento de América. La necesidad de «pactar» Iglesia—Católica—y Poder Real, respecto a los títulos de las tierras «descubiertas», con la pertenencia de los hombres-fieles de la Iglesia. Esto obligó a que los teólogos juristas de la Escuela Española del siglo XVI, en sus formulaciones para la convivencia y resolución de conflictos, a través del Derecho de gentes y las Leyes de Indias buscasen la certeza legal y seguridad jurídica. Con el tiempo se haría principio y Derecho humano y aun constitucional. Aplicable a la guerra justa, o a la dinámica de las relaciones patrimoniales e inmobiliarias. Otras aportaciones se encuentran en el nuevo derecho a la educación y formación que nace en José de CALASANZ, creador en el siglo XVI de las primeras escuelas populares cristianas, y Miguel SERVET, jurista del mismo siglo, que vivió la inseguridad de tres instancias inquisitoriales y un proceso centrado en bases populistas y calvinistas, sin las garantías y tolerancia de la que SERVET fue el primer formulador como derecho.

ABSTRACT

RIGHT AND LEGAL CERTAINTY

The Renaissance reflects a creative restlessness in the search for certainty and security, with a greater margin for freedom, which is helped along by a less-geocentric view and man's greater confidence in himself (CHERTON, ORTEGA, GALILEO, DESCARTES). The Spanish Renaissance event has similar characteristics because of the eight centuries of Reconquest, and an erosion of Roman or Germanic law. In addition, because of the singularity of the Discovery of America. The necessity of making «pacts» between the (Catholic) Church and royal power, with respect to titles to the «discovered» lands, with ownership for the Church's reliable men. This forced juristic theologians of the sixteenth-century Spanish school, in their formulations for coexistence and conflict resolution, through the right of peoples and the Laws of the Indies, to seek legal certainty and legal security. With time this became a principle and a human right, even a constitutional right. Applicable to fair warfare, or to the dynamics of asset and real-estate relations. Other contributions are found in the new right to education and training that was born in José de CALASANZ, sixteenth-century creator of the first Christian commoners' schools, and Miguel SERVET, jurist of the same century, who experienced the insecurity of three inquisitorial proceedings, and a process centring on populist, Calvinist foundations, without the guarantees and tolerance that SERVET, was the first to formulate as a right.

(Trabajo recibido el 10-12-07 y aceptado para su publicación el 14-05-08)

DERECHO COMPARADO

Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme

por

MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA
Abogado de Cuatrecasas

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
 2. VALIDEZ DEL MERO ACUERDO.
 3. INTENCIÓN DE VINCULARSE JURÍDICAMENTE.
 4. AUSENCIA DE OTROS REQUISITOS:
 - 4.1. LA ENTREGA Y LA FORMA.
 - 4.2. EL OBJETO:
 - 4.2.1. *Introducción.*
 - 4.2.2. *Posibilidad.*
 - 4.2.3. *Licitud.*
 - 4.2.4. *Determinación.*
 - 4.3. LA CAUSA:
 - 4.3.1. *Introducción.*
 - 4.3.2. *Confusión sobre la causa.*
 - 4.3.3. *Anulación de los contratos con causa ilícita o contraria a las buenas costumbres.*
 - 4.3.4. *Anulación de los contratos en los supuestos de simulación y error.*
 - 4.4. LA «CONSIDERATION».
 5. CONCLUSIÓN.
- BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Estas líneas tienen por objeto el estudio de los requisitos necesarios para la validez de los contratos conforme al Derecho Uniforme, entendiendo por Derecho Uniforme el conjunto de reglas jurídicas contenidas en textos redactados con la pretensión de trascender, mediante el estudio comparativo de diversas soluciones jurídicas, los esquemas conceptuales de un concreto ordenamiento.

Entre tales textos se encuentran la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales («Principios UNIDROIT»), el Código Europeo de Contratos presentado por el Grupo de Pavía o los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PDEC).

Los mismos tienen diferente naturaleza, finalidad y destinatarios, pero comparten la finalidad de establecer una regulación que pueda resultar aplicable a sujetos procedentes de diferentes culturas jurídicas. Así, detrás de cada una de las reglas o normas contenidas en tales textos late el estudio comparativo de las soluciones de política jurídica adoptadas por distintos ordenamientos jurídicos, así como la decisión reflexiva en favor de una de ellas o de la creación de una nueva, todo ello con la finalidad de conseguir una armonización jurídica guiada por el antiformalismo y la flexibilidad que exige la rápida y segura circulación de los bienes en el comercio internacional.

Respecto a la Convención de Viena, tiene más valor que el de un simple «restatement» o conjunto de principios abiertos en materia de Derecho de contratos, en cuanto que forma parte del Derecho interno de los países firmantes al haber sido aprobada por conferencia diplomática. Sin embargo, tiene un ámbito de aplicación material más limitado que los demás textos mencionados, en cuanto que se limita a regular el Derecho de la compraventa internacional, y además, no regula directamente la cuestión de la validez del contrato (1), con independencia de que de su regulación sobre la formación del contrato pueda inferirse una regulación similar a la contenida en los Principios de UNIDROIT o en los PECL, como se verá más adelante al tratar de la intención de vincularse jurídicamente.

Por su parte, el Código de Contratos del Grupo de Pavía, aunque no se olvida del Derecho inglés, se basa fundamentalmente en la experiencia codificadora europea, con especial atención al «Code Civile» italiano de 1942.

(1) El artículo 4 de la Convención de Viena establece que: «...salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso...».

Por ello, en estas líneas se prestará especial atención a los Principios de UNIDROIT y a los PECL, por la pretensión que albergan de servir de puente entre los ordenamientos jurídicos de «civil law» y de «common law».

Antes de exponer cuáles son los requisitos necesarios para la conclusión del contrato conforme a los diversos textos de Derecho Uniforme mencionados, es preciso aclarar que los mismos tienen en común la regulación de un «Derecho de Contratos», prescindiéndose del tratamiento del «negocio jurídico», que, dejando aparte el caso paradigmático del BGB alemán, es una categoría más doctrinal que legislativa.

Por otro lado, cuando en los textos mencionados se habla de «contrato», se utiliza un concepto único para referirse a toda clase de contratos, sin distinción entre contratos en general y de consumidores o entre contratos civiles y mercantiles. Respecto a esta última distinción, se parte acertadamente de que puede considerarse superada en el momento histórico actual, en el que se ha producido la tan mentada «generalización del Derecho Mercantil» o «comercialización del Derecho Civil», ya que en palabras de RIPERT «todo el mundo practica el comercio sin saberlo» (2), y la sociedad agraria de la que surgieron las obras de la codificación ya no es tal.

Además, el objetivo de armonización jurídica ha llevado a los redactores de tales textos, por regla general, a huir de soluciones de dogmática jurídica y a aproximarse a soluciones funcionales, y en esta tarea cuentan con una ventaja fundamental. A diferencia del Derecho vigente en cada país, que sólo puede modificarse poco a poco para no romper con la coherencia de su propia estructura interna y no perjudicar o impedir el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas, los textos del Derecho Uniforme, aunque tampoco son creaciones *ex novo* sino fruto del estudio de la Historia del Derecho, el Derecho Romano y el Derecho Comparado, sin embargo tienen la ventaja de no tener que amoldarse a las categorías dogmáticas de ningún ordenamiento jurídico en particular.

Por ejemplo, a un jurista de la tradición del «civil law» le puede extrañar que en unos «Principios de Derecho Europeo de Contratos» no se contenga una definición del contrato en cuanto tal (3). El motivo puede encontrarse en que los distintos ordenamientos jurídicos continentales difieren en cuanto a las definiciones que contienen de los contratos, poniendo cada uno el acento

(2) RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 346.

(3) Tal definición sí se contiene, sin embargo, en el Código de Contratos del Grupo de Pavía, cuyo artículo 1 establece que: «1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte». 2. Salvo lo dispuesto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos, siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe».

en un aspecto diferente, sin que se pueda afirmar que la definición contenida en uno de ellos sea *per se* mejor que la contenida en otros (art. 1.254 del Código Civil español, 1.101 del Código Civil francés, 1.321 del Código Civil italiano o 305 del BGB alemán).

Además, existen profundas diferencias entre los ordenamientos jurídicos del «civil law» y los del «common law» sobre el concepto de contrato. En particular, los sistemas jurídicos continentales, influidos por la Escuela del Derecho Natural Racionalista, hacen hincapié en la existencia de una concordancia de voluntades, un consentimiento de ambas partes contratantes, siendo el contrato un concepto claramente bilateral. Sin embargo, en el Derecho anglosajón, que ha permanecido más cerca del Derecho romano, el contrato es esencialmente un intercambio de promesas, de forma que el promitente garantiza el resultado prometido, siendo responsable si después tal resultado no se cumple («promissory liability»). Por ello, en el Derecho común inglés no es necesaria la culpa («fault») para que la responsabilidad nazca, sino simplemente el incumplimiento, a diferencia de lo que sucede en el Derecho continental, en el que la responsabilidad está cargada de subjetivismo. Teniendo en cuenta lo anterior, parece acertado prescindir de definiciones dogmáticas y limitarse a regular los supuestos en los que un contrato puede considerarse formado.

2. VALIDEZ DEL MERO ACUERDO

El artículo 5 del Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía (4) se refiere a los «*elementos esenciales*» del contrato, considerando como tales el «*acuerdo de las partes*» y el «*contenido*» (5), exigiéndose en el artículo 25 que el contenido del contrato sea «*útil, posible, lícito y determinado o determinable*». Se siguen así por este Código las líneas fundamentales de la doctrina del «civil law» sobre la exigencia de un objeto lícito, posible y determinado, aunque se prescinde del requisito de la causa.

(4) Dicho artículo 5 dispone lo siguiente: «1. *Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede celebrarse por una persona física que ha cumplido dieciocho años, o bien que esté emancipada y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional. 2. El contrato celebrado por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz, o que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de entender o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al artículo 150. 3. Los elementos esenciales del contrato son: a) El acuerdo de las partes; b) el contenido. 4. Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código.*

(5) Los artículos transcritos del Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía siguen la traducción ofrecida en el trabajo titulado *La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos*, que se enmarca en el Proyecto BJU2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el Profesor Gabriel GARCÍA CANTERO, bajo el título *Ante la unificación europea del Derecho Contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*.

Una solución diferente se adopta tanto en los demás textos armonizadores mencionados. Así, el artículo 3.2 de los Principios de UNIDROIT consagra la validez del mero acuerdo para la conclusión del contrato, disponiendo que *«todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún otro requisito»* (6). Y el artículo 2.101 de los PECL, bajo el título *«Condiciones para la conclusión de un contrato»*, establece que: *«1. El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando: a) las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente, y b) alcanzan un acuerdo suficiente. 2. El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical»*.

Como se desprende de lo dispuesto en el mencionado artículo, el concepto de contrato del que se parte es muy amplio. Y es que, de acuerdo con los autores de esta redacción, el mismo incluye: a) los acuerdos conforme a los cuales dos o más partes asumen la obligación de llevar a cabo una prestación; b) los acuerdos en los que quien recibe la oferta la acepta realizando la acción que le pide el oferente o, en su caso, absteniéndose de hacer algo; c) los acuerdos en que sólo una de las partes tiene obligaciones y en que la promesa necesita la aceptación de quien hubiera recibido la oferta; y d) las promesas en las que una de las partes queda obligada sin necesidad de la aceptación de la otra parte (7).

Sin embargo, aunque el concepto parece incluir tanto los contratos bilaterales y sinalagmáticos como los unilaterales, el hecho de que se admita la validez de las promesas unilaterales sin aceptación no significa que éstas se configuren como un contrato, sino simplemente que les resultará aplicable la regulación aplicable a los contratos. En este sentido, el artículo 1.107 de los PECL establece que *«los principios se aplican, con las necesarias modificaciones, a los acuerdos adoptados para modificar o poner fin a un contrato, a las promesas unilaterales y a las demás declaraciones y comportamientos que indiquen una intención»*.

Como supuesto claro de contrato unilateral se suele aludir a la promesa pública de recompensa, considerándose en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que se acepta en el momento en el que se lleva a cabo la acción por cuya realización se ofrecía la recompensa, por lo que en realidad más que de contrato unilateral debería hablarse de un contrato bilateral con aceptación tácita en el momento del cumplimiento (8).

(6) BONELL, M. J., Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, traducción española de A. M. GARRO, UNIDROIT, Roma, 1995, pág. 28.

(7) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pág. 185.

(8) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles...*, cit., pág. 227.

Sin embargo, si la promesa no se reputa como una oferta pública, sino como una voluntad unilateral que obliga sin necesidad de aceptación, no parece clara su admisibilidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (9). En particular, las promesas unilaterales sin aceptación no se consideran una fuente de las obligaciones en el Derecho francés (art. 1.370 del «Code Civil») ni en el Derecho español (art. 1.089 del Código Civil), en el que una promesa no es vinculante si no es aceptada, lo que puede hacerse cumpliendo el acto exigido (10). Nadie sostiene en la doctrina española actual que la voluntad unilateral *inter vivos*, en cuanto categoría abstracta equiparable al contrato, pueda ser fuente de obligaciones (11).

El Derecho español y el francés siguen así las palabras de POTHIER, que afirmaba que «la policitación, en términos de puro Derecho natural, no produce obligación alguna propiamente dicha; y aquél que hace dicha promesa puede desdecirse de ella, lo mismo que dicha promesa puede no ser aceptada por aquél a quien a sido hecha, pues no puede haber obligación ni un derecho adquirido por la persona para quien es contratada, y contra la persona obligada» (12).

En cuanto al Derecho inglés, se entiende que la promesa se acepta cuando el destinatario de la misma lleva a cabo la acción o soporta la carga que se le pide, de forma que la aceptación se manifiesta mediante un acto de cumplimiento, de ejecución de la prestación (13).

El BGB alemán, por el contrario, sí admite expresamente la validez de las promesas unilaterales sin aceptación cuando así se ha declarado en la promesa o se desprende de su naturaleza (14). Así, sólo la promesa aceptada puede constituir un contrato, pero si no es aceptada puede existir una promesa unilateral vinculante o *pollicitatio*.

El reconocimiento de validez de las promesas unilaterales sin aceptación ha sido criticado con el argumento de que presenta el riesgo de que el deudor se obligue a la ligera, sin considerar las posibles consecuencias de sus actos. Y en lo que respecta a los acreedores de la prestación prometida, se ha afirmado que seguramente tendrán dificultades para demostrar la existencia de una verdadera obligación por parte del deudor promitente.

(9) ARROYO Y AMAYUELAS, E., «Formación y perfección del contrato», en *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LA PUENTE (coord.), Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 345.

(10) DIEZ-PICAZO, L., «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de las obligaciones y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *ADC*, 27, 1994, págs. 456-465.

(11) LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 174.

(12) POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones*, traducido por M. C. DE LAS CUEVAS, Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 13.

(13) ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 2005, págs. 56-65.

(14) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles...*, cit., pág. 219.

El contrato, en cuanto supone el acuerdo de voluntades de las partes, es un instrumento más seguro para reconocer la existencia de obligaciones que la simple promesa unilateral sin aceptación, pero probablemente ello no sea motivo suficiente para negar *a priori* y con carácter general la validez de las mismas. Los defectos que pueda presentar esta opción desde la perspectiva de la seguridad jurídica deberían obtener respuesta mediante la regulación precisa de cada una de las situaciones jurídicas en las que será susceptible de producirse. Como señala TERRÉ respecto a la regulación sobre la materia en el Derecho alemán, éste, lejos de ver en el contrato unilateral una fuente general de las obligaciones, sólo lo permite en ciertos casos y mediante una regulación minuciosa (15).

3. INTENCIÓN DE VINCULACIÓN JURÍDICA

Como se desprende de la lectura del artículo 2.101 de los PECL, la exigencia de que las partes alcancen «*un acuerdo suficiente*» se complementa con el requisito de que las mismas tengan «*intención de vincularse jurídicamente*».

Los Principios de UNIDROIT se refieren igualmente a la intención de vincularse jurídicamente, regulando la cuestión al tratar de la formación del contrato en el artículo 2.1.2, que establece que «*toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación*». Y la misma solución se adopta en el artículo 14 de la Convención de Viena, que establece que «*la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la voluntad del oferente de quedar obligado en caso de aceptación*».

Esta referencia a la intención de vinculación jurídica tiene por objeto excluir de la regulación del contrato aquellos supuestos en los no puede presumirse una verdadera voluntad de vinculación, como los compromisos que sólo obligan moralmente o las declaraciones de voluntad *iocandi causa*, en las que la parte declarante no resultará obligada si la parte a quien se hizo la declaración sabía o debía saber que la primera no tenía intención de obligarse.

La argumentación de la falta de seriedad en la oferta se intentó sin éxito en el famoso caso del Derecho inglés «*Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.*» con motivo de un anuncio en el que se ofrecía cien libras a cualquier persona que usara el producto anunciado conforme a las instrucciones y a pesar de ello enfermara de gripe. Reclamada tal cantidad por alguien que empleó el producto y enfermó, el Tribunal concluyó que resultaba razonable interpretar el anuncio como una promesa vinculante generadora de obligaciones jurídicas.

(15) TERRÉ, F.; SIMMLER, P., y LEQUETTE, Y., *Droit Civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 2005, pág. 64.

Además de la falta de seriedad de la oferta, los acuerdos de honor, comunes en otras épocas, también excluyen la existencia de una intención jurídica de vincularse. Así, en el caso «Rose & Frank v. Crompton & Bros Ltd.», dos empresas pactaron el suministro de determinados bienes declarando expresamente que no se trataba de un contrato vinculante, sino que sólo sería vinculante por honor (16).

A diferencia de los demás textos armonizadores, los PECL se refieren específicamente a la interpretación de la intención de vincularse jurídicamente en el artículo 2.102, disponiendo que la misma «*se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte*».

En este artículo se plasma claramente el criterio de que en la interpretación de la voluntad de las partes, a efectos de determinar la existencia de un vínculo contractual, debe seguirse un canon objetivo basado en la intención aparente que se creó o se mostró a la otra. Se parte por tanto de la idea de VILLEY de que bajo el nombre de voluntad el Derecho entiende «una ficción de voluntad, una voluntad corregida, artificialmente transformada en constante, coherente, correspondiente a la razón tal como el Derecho se le representa» (17).

Así, se opta por un criterio declaracionista propio del Derecho anglosajón, en el que tiene más importancia la apariencia objetiva que se mostró a la otra parte que el hecho real del acuerdo. Como se ha señalado por BEALE, el Derecho de contratos inglés no fue influido directamente por los comentaristas del Derecho romano, por lo que las teorías voluntaristas que se difundieron por Europa durante el siglo XVII no penetraron en Inglaterra como lo hicieron en otros países europeos (18).

La formulación clásica del principio, a los efectos que aquí interesan, procede del Juez Blackburn en el caso «Smith v Hughes» (19), en el que concluyó que cualquiera que sea la intención real de una persona, si se comporta de manera que cualquier otra persona entendería que está aceptando los términos propuestos por la otra parte, y si la otra celebra el contrato en función de esa creencia, quedará obligada como si hubiera aceptado.

Esta opción por el declaracionismo también encuentra apoyo en la regla consagrada en el artículo 116 del BGB alemán, dentro de la teoría general del acto jurídico, por la cual quien emite una declaración de voluntad que no expresa su voluntad real debe soportar las consecuencias que se deriven de la

(16) ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., pág. 99.

(17) VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 199.

(18) BEALE, H.; HARTKAMP, A.; KÖTZ, H., y TALLON, D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pág. 10.

(19) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles...*, cit., pág. 199.

misma. De esta forma, el contrato extrae su fuerza obligatoria, no tanto de la voluntad de las partes de obligarse, sino de las consecuencias socialmente vinculadas al hecho objetivo de la declaración (20).

No obstante, la opción de interpretación objetiva acogida en los PECL está ligeramente matizada al establecerse que la interpretación se realizará atendiendo a las declaraciones y conducta, tal y como fueran razonablemente entendidas por la otra parte, por lo que, *a sensu contrario*, hay que concluir que no deberá tenerse en cuenta lo que el destinatario de la declaración hubiera entendido si no resultaba razonable. En los PECL lo razonable habrá de determinarse de forma casuística por el Juzgador, teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio (21).

Este principio de la razonabilidad procedente del Derecho anglosajón constituye un concepto jurídico indeterminado, como el canon del *bonus paterfamilias* o del *boni viri arbitrum*. Sin embargo, no puede confundirse con el principio general de la buena fe, que en los países de «civil law» tiene un significado amplio, incluso de integración de los contratos, habiéndose afirmado por LASARTE que debe ser entendido como «un criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas, que se superpone al propio comportamiento de las partes y moraliza el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto» (22). Este concepto resulta ajeno al «common law», en el que en general se propende al cumplimiento estricto de los contratos, teniendo el concepto de la razonabilidad un ámbito de aplicación mucho más restringido.

Aun con este matiz de la razonabilidad, se opta por un declaracionismo en virtud del cual lo importante no es lo que el declarante haya querido, sino lo que el destinatario de la declaración haya entendido. Se trata de una emanación de los principios de confianza y autorresponsabilidad, y encuentra su justificación en la necesidad de favorecer la seguridad jurídica en la contratación internacional.

La conclusión es que a efectos de determinar la existencia del contrato, se sigue un criterio diferente de la intención real o verdadera voluntad de las partes, que es el criterio principal de interpretación de los contratos ya perfeccionados adoptado en los ordenamientos jurídicos de corte francés como

(20) TERRÉ, F.; SIMMLER, P., y LEQUETTE, Y., *Droit Civil...*, cit., pág. 109.

(21) Según el artículo 1.301 de los PECL, «para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera».

(22) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1980, pág. 77.

el español (23), y recogido en los propios PECL, cuyos artículos 5.101 y siguientes sitúan como criterio principal la intención común de las partes, previendo la aplicación de un canon de interpretación objetiva sólo de forma subsidiaria, y buscando por tanto un equilibrio entre los criterios de interpretación subjetiva y objetiva (24) (la misma solución se adopta en los arts. 4.1 y siguientes de los Principios de UNIDROIT) (25).

En todo caso, el hecho de que a efectos de interpretar la existencia de una verdadera intención de vincularse jurídicamente, lo determinante no sea la verdadera voluntad de las partes sino la declaración o conducta del declarante, tal y como fue razonablemente entendida por la otra parte, no puede implicar la inoperatividad de los tradicionalmente denominados «vicios de la voluntad». Y es que en materia de validez del contrato debe evitarse un enfoque puramente voluntarista, siendo preciso atender más bien al equilibrio de los intereses en conflicto, es decir, al equilibrio entre el principio de voluntad y el principio de confianza, como ya se adelantó por MORALES MORENO en su estudio sobre el error en los contratos (26).

Así, utilizando como ejemplo el Derecho español, si el error sólo invalida el consentimiento cuando recae sobre la sustancia de la cosa, el dolo sólo vicia cuando es grave, ha sido producido por la otra parte y no es recíproco, y la intimidación sólo vicia cuando el mal que se teme sufrir es inminente y grave, es porque realmente no sólo se está protegiendo la integridad de la voluntad de una de las partes, sino también la confianza de la otra. Por tanto, en los supuestos mencionados, y en palabras de Díez-PICAZO, «más que en presencia de una dogmática categoría de voluntades viciadas, nos encontramos en presencia de una serie de supuestos en los cuales lo que se

(23) El que en el Derecho español se siga un criterio de interpretación subjetiva como regla general no obsta a la existencia de excepciones a este principio derivadas del principio de la autorresponsabilidad, como sucede en el caso del error, que no podrá ser alegado como vicio de la voluntad si puede concluirse que resulta imputable al que lo alega por no haber actuado con la debida diligencia.

(24) El artículo 5.101 dispone lo siguiente: *1. El contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras. 2. Si se prueba que una de las partes había entendido el contrato en un sentido concreto y que en el momento de la conclusión del contrato la otra no podía ignorar su intención, el contrato se interpreta en la forma en que lo interpretó la primera. 3. Si de acuerdo con los apartados 1 y 2 no puede establecerse la intención, el contrato se interpreta de acuerdo con el significado que personas razonables, en situación semejante a las partes, le hubieran atribuido en las mismas circunstancias.*

(25) El artículo 4.1 de los Principios de UNIDROIT establece que: *«1. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. 2. Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias».*

(26) MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988.

hace es decidir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual» (27).

Esta misma línea es seguida en los Principios de UNIDROIT y en los PECL, evitando en todo caso el uso del término «vicios de la voluntad», que centra la atención en uno sólo de los intereses a considerar sin prestar atención a la protección de la confianza de la otra parte. Por todo lo cual no cabe concluir razonablemente que el criterio declaracionista seguido a efectos de interpretar la intención de vinculación jurídica pueda suponer una inaplicación de las normas sobre el dolo, el error o la intimidación.

4. AUSENCIA DE OTROS REQUISITOS

4.1. LA ENTREGA Y LA FORMA

Como ya se ha puesto de manifiesto, el artículo 3.2 de los Principios de UNIDROIT establece que todo contrato queda celebrado por el mero acuerdo, «*sin ningún otro requisito*», y el artículo 2.101 de los PECL establece que el contrato se perfecciona cuando las partes tienen intención de vincularse jurídicamente y alcanzan un acuerdo suficiente, «*sin necesidad de ninguna otra condición*».

Por tanto, no se exige requisito alguno de entrega, forma, objeto, causa ni «consideration» para la validez del contrato. Una solución diferente se adopta, sin embargo, en el Código de Contratos del Grupo de Pavía (28) (en éste se exige la entrega y la forma en ciertos casos, y además se exige que el

(27) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción, Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 159.

(28) El artículo 34 del Código Europeo de Contratos establece que: «1. Si para la perfección de un contrato se exige, bajo pena de nulidad, una forma especial, ésta deberá cumplirse en el momento en que las partes manifiestan su voluntad de alcanzar un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato, incluso si dicha voluntad se expresa mediante actos no simultáneos, cuando esto resulte admisible. 2. Los contratos reales se perfeccionan por medio de la entrega efectiva de la cosa que constituye su objeto, excepto cuando, conforme a la voluntad de las partes o a la costumbre, deba considerarse que aquéllas querían celebrar un contrato consensual atípico». El artículo 35 dispone lo siguiente: «1. Los contratos cuyo objeto sea la transmisión de la propiedad o la transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, deberán constar, bajo pena de nulidad, en escritura pública o documento privado. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplica igualmente a los correspondientes precontratos, salvo que otra cosa disponga el ordenamiento nacional vigente en el lugar donde radican los inmuebles. 3. Quedan a salvo las normas comunitarias y de los Estados en cuyo territorio se hallen los bienes inmuebles objeto del contrato, si tales normas son aplicables a los bienes en cuestión. 4. El contrato de donación deberá constar, bajo pena de nulidad, en escritura pública, incluso si tiene por objeto bienes muebles, salvo que su valor, atendiendo a la situación económica del donante, sea moderado».

contrato tenga un contenido «útil, posible, lícito, determinado o determinable», siendo estas opciones de política jurídica tradicionales en el «civil law»).

Los contratos reales, en los que es necesaria la entrega para la perfección del contrato, no se regulan ni en la Convención de Viena, ni en los Principios de UNIDROIT ni en los PECL. Esta categoría es desconocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y en aquellos países en que existe, como por ejemplo Francia, Bélgica y Luxemburgo, los contratos reales se suelen interpretar como una promesa de celebrar un contrato en el futuro, que es ejecutable (29). En cuanto a España, JORDANO BAREA señaló, refiriéndose al comodato, el mutuo, al depósito y a la prenda, que la disciplina real de tales contratos únicamente podía explicarse como un mero «residuo histórico impuesto por el peso de la tradición» (30).

La exigencia de cualquier requisito de forma también es excluida en los principales textos armonizadores. Así, por ejemplo, los PECL establecen que «*el contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical*» (art. 2.101.2). Y los Principios de UNIDROIT disponen que «*nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos*» (art. 1.2).

El principio del Derecho romano clásico, esencialmente formalista, por el cual del simple acuerdo no podía derivarse acción alguna (*nuda pactio obligationem non parit*), fue progresivamente abandonado por razones prácticas en la contratación internacional a finales de la Edad Media. Según se afirma por ZIMMERMAN, fue la práctica judicial a lo largo del siglo XVI en los Países Bajos, inspirada probablemente en la doctrina escolástica española de finales de la Edad Media, la que dio lugar a la doctrina moderna de la accionabilidad al amparo del principio *ex nudo pacto oritur actio* (31). Pero el consensualismo ya surgió cuando en el Derecho romano se empezó a prescindir de la *stipulatio*, por los inconvenientes derivados de la utilización de determinadas formalidades, y a conceder acción por el mero acuerdo, si bien sólo si el contrato podía ser calificado como una compraventa, arrendamiento, sociedad o mandato.

Como es sabido, hoy la libertad de forma es la regla general en los sistemas jurídicos modernos, y esta regla es la que se aplica en los textos armonizadores mencionados, en los que el consensualismo tiene aun mayor

(29) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles...*, cit., pág. 193.

(30) JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 133.

(31) ZIMMERMAN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción española de Antoni VAQUER ALOY, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 73-78.

razón de ser debido a que en la negociación internacional la exigencia de forma constituye un lastre que retrasa la celebración de los contratos, y la exigencia de rapidez se sitúa por delante de la seguridad que podría derivarse de la utilización de una determinada forma.

Sin embargo, los principales ordenamientos jurídicos también establecen ciertas excepciones a la regla de la libertad de forma como, por ejemplo, en el caso de donaciones, transmisiones de inmuebles o contratos de garantía. Las virtudes del consensualismo no pueden obviar la circunstancia de que la forma cumple una función determinada. En particular, facilita la prueba de las transacciones y favorece la reflexión de los contratantes antes de comprometerse en cualquier negocio, objetivos de política jurídica a los que se parece renunciar en los Principios de UNIDROIT o en los PECL. Como se pondrá de manifiesto más adelante, prescindir de la forma absolutamente en todos los casos parece una solución exagerada.

4.2. EL OBJETO

4.2.1. Introducción

Como se ha expuesto, para la existencia de un contrato conforme a los Principios de UNIDROIT y los PECL basta con el mero acuerdo sin necesidad de entrega o forma alguna. Pero la modificación más relevante que tales principios introducen respecto a los ordenamientos jurídicos tanto del «civil law» como del «common law» es la no exigencia de los requisitos del objeto, de la causa y de la «consideration» (32).

Como es sabido, el artículo 1.261 del Código Civil español establece que *«no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca»*. Y este artículo está basado en el artículo 1.108 del Code Civil francés, que exige como requisitos el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa lícita (33). Aunque el «Code Civil» francés se refiera a la capacidad de los contratantes como uno de los requisitos del contrato, la misma no será objeto de atención en estas líneas al ser un presupuesto de la validez del propio consentimiento.

El objeto y la causa son requisitos comunes en los ordenamientos jurídicos continentales, exceptuando respecto a la exigencia de la causa el caso paradig-

(32) Como ya se ha mencionado, el Código de Contratos del Grupo de Pavía sí exige que el «contenido» del contrato sea *«útil, posible, lícito, determinado o determinable»*.

(33) *«Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la parti qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation»*.

mático del BGB alemán, así como del Derecho anglosajón, en el que no se exige la causa sino la «consideration», que aunque guarda ciertas analogías con aquella es esencialmente diferente. Y esta coincidencia de fondo en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos europeos suscita la cuestión de a qué funciones sirven o tratan de servir tales requisitos, y si tales funciones se podrían cumplir con otros instrumentos jurídicos análogos o afines.

En particular, la mayoría de los ordenamientos jurídicos parten del principio de que sólo habrá contrato cuando sea posible determinar los términos del acuerdo entre las partes. Sin embargo, centrando la atención en el Derecho español, heredero del francés en esta materia, es generalizada la crítica de la doctrina a los artículos del Código Civil relativos al objeto por considerar que no facilitan una definición unívoca del concepto. Y es que a veces se identifica tal concepto con las cosas o servicios a las que el contrato se refiere (arts. 1.135, 1.137 y 1.157, 1.272, entre otros) y otras con la prestación (art. 1.132, 1.134, 1.157, entre otros).

Actualmente la generalidad de la doctrina española concluye que el objeto del contrato es la «prestación» (34), pero no se trata de una posición unánime, habiéndose identificado también con las «cosas y servicios» (35), siguiendo el tenor literal de lo dispuesto en los artículos 1.271 a 1.273, con la misma «obligación», afirmándose que el objeto del contrato es en realidad la obligación que por el contrato se constituye, se modifica o se extingue, y con «la materia social afectada», en cuanto realidad sobre la que el contrato incide. En este contexto, se ha afirmado que la concepción filosófico-jurídica del objeto no deja de ser una concepción «metajurídica», que debe quedar fuera del espacio y contexto sometidos a tutela judicial (36).

Por ello, parece que el único consenso en torno al concepto del objeto en la doctrina española es que reina una cierta «anarquía terminológica, al paso que se padecen las consecuencias de un exagerado conceptualismo» (37).

En cuanto a los países del «common law», como dijo el historiador del Derecho inglés MAITLAND, siguen tropezando a su manera empírica, y equivocándose, van dando tumbos hacia la sabiduría («stumbling forward in our empirical fashion, blundering into wisdom») (38), ya que no se exige el requisito del objeto como tal, sino que se parte de una regla más pragmática,

(34) LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II...*, cit., pág. 75.

(35) LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil, III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 36.

(36) RAMS ALBESA, J., «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pág. 33.

(37) HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1969, pág. 94.

(38) RADBRUCH, G., «El espíritu del Derecho inglés», en *Revista de Occidente*, 1958, Madrid, pág. 19.

alejada de soluciones dogmáticas de carácter apriorístico, y en línea con el empirismo y la inducción típicamente anglosajonas. Simplemente se exige que el acuerdo entre las partes esté lo suficientemente definido como para que se pueda ejecutar y pueda ser reclamado judicialmente.

De esta forma, sólo si la cláusula de un contrato queda abierta o es demasiado vaga y el tribunal no tiene medios para determinar lo que se pretendía (por ejemplo, entendiendo que existen términos implícitos), podrá declararse que el contrato es nulo por vaguedad de sus términos o ambigüedad (39).

Esta es la opción adoptada en el artículo 2.103 de los PECL, en base al cual un acuerdo sólo se considera suficiente «*si las partes han definido sus elementos de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse o si (su contenido) puede determinarse conforme a los presentes principios.*

Una solución similar se adopta, como se ha visto, en los Principios de UNIDROIT y en la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, exigiéndose simplemente que la oferta sea «*suficientemente precisa*» (arts. 2.1.2 de los Principios de UNIDROIT y 14 de la Convención de Viena).

Teniendo en cuenta esta regulación, es preciso analizar brevemente la función del objeto, así como determinar si los problemas tradicionalmente solucionados a través de esta figura podrían recibir respuesta a través de otros instrumentos jurídicos. Las tres grandes funciones tradicionalmente atribuidas al objeto coinciden con los tres requisitos que se exigen respecto al mismo en el Derecho español; que sea posible (el art. 1.272 del Código Civil establece que «*no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*»), que sea lícito (el art. 1.271 señala que «*pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*») y que esté determinado (el art. 1.273 establece que «*el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie...*»).

4.2.2. Posibilidad

La exigencia de que el objeto de todo contrato sea posible encuentra su razón de ser en la opción de política jurídica consistente en declarar la nulidad de los contratos en los supuestos de imposibilidad originaria o inicial. Así, por ejemplo, además de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.272, el artículo 1.460 del Código Civil, al tratar de la compraventa, establece que «*si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato*». La nulidad por imposibilidad originaria también se plasma en los Códigos Civi-

(39) ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., págs. 56-65.

les de otros ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el parágrafo 306 del BGB alemán.

Sin embargo, en los Principios PECL y en los Principios de UNIDROIT se parte de una solución radicalmente distinta en este punto, admitiéndose expresamente la validez de los contratos a pesar de la imposibilidad originaria. En este sentido, el artículo 4.102 de los PECL establece que «*un contrato no es nulo por imposibilidad originaria o inicial por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato*».

Igualmente, el artículo 3.3 de los Principios UNIDROIT establece que: «1. *No afectará a la validez del contrato el hecho de que en el momento de su celebración no sea posible la ejecución de la obligación contraída.* 2. *Tampoco afectará a la validez del contrato si al momento de su celebración una de las partes no estuviese facultada para disponer de los bienes objeto del contrato*».

De acuerdo con lo expuesto, la simple imposibilidad no será *per se* motivo de nulidad del contrato, lo que no obsta a que en algunos casos pueda intentarse la anulación alegando la existencia de un error esencial (40). En estos casos, el problema se planteará en otros términos, y no podrá obtenerse la anulación si el error es inexcusable o si la parte que lo alega ha asumido dicho riesgo del error o debe asumirlo según las circunstancias. Por ello se ha afirmado que la máxima *ad impossibilia nemo tenetur* funcionó como un anticipo de la doctrina del error en un momento en el que la misma todavía no había sido suficientemente desarrollada (41).

En definitiva, en el supuesto de falta de cumplimiento del contrato por imposibilidad originaria, el cumplimiento en forma específica resultará imposible, pero la parte perjudicada por el incumplimiento podrá exigir de la otra

(40) Así, por ejemplo, el artículo 4.103 de los PECL se refiere al error esencial de hecho o de derecho como causa de anulación de los contratos, señalando lo siguiente:

«1. *Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:*

- a) i) *el error se debe a una información de la otra parte;*
ii) *la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o*
iii) *la otra parte hubiera cometido el mismo error, y*
- b) *la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.*

2. *No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:*

- a) *atendidas las circunstancias, su error fuera inexcusable, o*
- b) *dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.*

(41) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 223.

la indemnización por los daños y perjuicios eventualmente ocasionados. Se plantea, por tanto, la cuestión en términos de garantía de un resultado, de forma similar a como sucedía en el Derecho romano y como sucede en el Derecho anglosajón.

Esta solución parece más equilibrada que la consistente en negar *a priori* la propia validez del contrato por imposibilidad originaria, solución que obedece más a exigencias dogmático-lógicas derivadas de la aplicación del principio *ad impossibilia nemo tenetur* que a la protección de los diferentes intereses en conflicto. Y resulta especialmente acertada en el contexto de los Principios de UNIDROIT y de los PECL, uno de cuyos objetivos principales es el fomento de una *lex mercatoria* apta para regir las relaciones comerciales internacionales. La declaración de nulidad de un contrato libremente consentido por las partes por el mero hecho de que en el momento de la perfección no sea posible el cumplimiento o una parte no tenga poder de disposición sobre los bienes objeto del mismo no resulta justificada.

4.2.3. *Licitud*

La exigencia de que el objeto sea lícito implica automáticamente que el contrato será nulo si el objeto es ilícito. Sin embargo, esta conclusión no parece añadir nada a los límites que la ley fija de forma general a la autonomía de la voluntad, siendo preferible referir la cuestión de la licitud al contrato en su conjunto, y no de forma singular al objeto o a la causa.

En este sentido, el artículo 1.255 del Código Civil español establece que los contratos no pueden ser contrarios «a las leyes, a la moral o al orden público», y el artículo 6.3 del mismo Código establece que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho», existiendo normas análogas en los principales ordenamientos jurídicos europeos.

Idéntica prohibición general se contiene en el artículo 15.101 de los PECL, de acuerdo con el cual son nulos los contratos contrarios a principios fundamentales de los países miembros de la Unión Europea, así como en el artículo 15.102, que establece que uno de los efectos que podrá derivarse de la infracción de normas imperativas será la nulidad. Y en cuanto a los Principios de UNIDROIT, aunque no contienen una norma específica similar, es obvio que ello no puede implicar la ausencia de límites a la autonomía de la voluntad de las partes, que estará condicionada, en todo caso, por las normas imperativas que resulten de aplicación a la relación jurídica correspondiente.

4.2.4. Determinación

Una de las funciones principales que cumple el requisito de la determinación del objeto del contrato en los ordenamientos jurídicos del «civil law» es la de concretar la materia sobre la que recae el acuerdo entre las partes, habiéndose afirmado que los requisitos de la certeza y materia adecuada que integran la idea del objeto son imprescindibles para la existencia del contrato porque permiten «contemplar el campo de la actividad a desarrollar en función del propósito perseguido» (42).

Sin embargo, como se ha visto, en los PECL dicha función se atiende de otra forma, interpretando que un acuerdo sólo podrá dar lugar a un contrato si las partes lo han definido de forma suficiente para que pueda ejecutarse (art. 2.103 de los PECL). Y en términos similares, tanto los Principios de UNIDROIT (art. 2.1.2) como la Convención de Viena (art. 14) exigen que la oferta sea «suficientemente precisa». Se acoge, por tanto, una opción más propia del «common law» que del «civil law», ya que en aquél, una vez que ha existido acuerdo, la determinación del contenido del mismo deviene una cuestión secundaria, interpretándose que a las partes no les importará que el mismo sea completado razonablemente por el juzgador.

En todo caso, el artículo 2.103 de los PECL sí alude a la determinación del contenido del contrato por vía de integración, estableciendo que también podrá considerarse que existe un acuerdo suficiente cuando su contenido pueda «determinarse conforme a los presentes principios». Tal determinación habrá de intentarse a través de las reglas de interpretación y de integración de los contratos previstas en los PECL. En particular, en cuanto a la interpretación, será preciso atender especialmente al principio de conservación de los contratos consagrado en el artículo 5.106 de los PECL, en virtud del cual «se debe preferir la interpretación de las cláusulas de un contrato que las haga lícitas y efectivas frente a la que las haría ilícitas o ineficaces». Y en cuanto a la integración, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 6.102, que establece que «además de las cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que deriven de: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y finalidad del contrato, y c) la buena fe y la lealtad» (43).

El mencionado artículo 6.102 incluye un concepto típico del «civil law», la buena fe, a la que se ha atribuido una verdadera función integra-

(42) SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 62.

(43) En términos similares, el artículo 5.1.1 de los Principios de UNIDROIT establece que: «las obligaciones contractuales pueden ser explícitas o implícitas», y el artículo 5.1.2 establece que: «las obligaciones implícitas dimanarán de: a) la naturaleza y finalidad del contrato; b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; c) la buena fe y lealtad negocial; d) el sentido común».

dora de los contratos en el Derecho español al amparo de lo dispuesto por el artículo 1.255 del Código Civil, que exige que los contratos se acomoden a lo dispuesto en «*la buena fe, los usos y la ley*». El problema con el que se encuentra este concepto, al igual que otros conceptos jurídicos indeterminados, es que existen diversos desarrollos de esta noción en Europa, y es muy difícil ofrecer un concepto unívoco europeo sobre la buena fe (44).

Además, dicho artículo 6.102 de los PECL alude tanto a las cláusulas implícitas estandarizadas (la naturaleza y finalidad del contrato) como a las individualizadas (la intención de las partes), siguiendo la terminología empleada por ATIYAH (45). De acuerdo con este autor, las cláusulas implícitas estandarizadas son las que se derivan de la naturaleza o categoría del contrato de que se trate. En este caso, sólo puede aplicarse una cláusula implícita de naturaleza no imperativa (las imperativas se aplicarían siempre) si las partes no la han excluido expresamente.

En cuanto a las cláusulas individualizadas, se consideran implícitas en determinados contratos con base en consideraciones que son privativas de esa clase de contratos. La regla general es que sólo deberían introducirse tales cláusulas implícitas en aquellos casos en los que resulte estrictamente necesario para mantener la eficacia del negocio o cuando se trate de una cuestión tan obvia que es evidente que ha de incluirse. La conclusión inmediata es que no procede introducir cláusulas implícitas de este tipo simplemente porque ello se considere justo o razonable por el juzgador.

Parece razonable seguir este mismo criterio para determinar el alcance de las cláusulas implícitas e impedir que, so pretexto de las mismas, el juzgador tenga un poder excesivamente amplio para decidir sobre el contenido de la materia contractual; sólo cuando sea estrictamente necesario para conservar el contrato resultará razonable aplicar una cláusula implícita basada en la intención de las partes.

Además de determinar sobre qué ha recaído el acuerdo, el requisito de la determinación del objeto cumple un objetivo adicional; proteger a una de las partes frente a la posible actuación abusiva de quien realiza la determinación. Como es sabido, el artículo 1.256 del Código Civil español prohíbe que la validez y el cumplimiento de los contratos queden al arbitrio de uno de los contratantes, teniendo especial aplicación esta regla en materia de determinación del precio en la compraventa.

En particular, en algunos ordenamientos jurídicos continentales se ha matizado jurisprudencialmente la rotundidad del requisito de la exigencia de

(44) MARTÍNEZ SANZ, F., «Buena fe», en *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LA PUENTE (coord.), Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 397.

(45) ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., págs. 56-159.

la determinación del precio en la compraventa, hasta el punto de que en la práctica lo que se exige no es que el precio esté completamente determinado, sino que por lo menos sea posible su determinación en el futuro, es decir, que el precio sea determinable. Así, por ejemplo, el caso Alcatel (46) ha cambiado la postura clásica del Derecho francés en la materia, habiéndose concluido por el Tribunal de Casación que el artículo 1.129 (que exige el objeto en los contratos) no era aplicable a los precios, y que cuando se establece un acuerdo marco para la conclusión de futuros contratos, el hecho de no haber determinado el precio en el acuerdo inicial no afecta a su validez. Basta, por tanto, que exista algún parámetro para realizar tal determinación, exigiéndose simplemente que el precio sea determinable.

En todo caso, esta flexibilización del requisito de la determinación del precio en algunos ordenamientos jurídicos continentales, como el francés o el español, no permite salvar los supuestos en los que el precio no sólo no está determinado sino que tampoco es determinable, supuestos en los que será procedente la declaración de nulidad del contrato de acuerdo con la doctrina sobre la determinación del objeto.

Algo diferente sucede en el «common law», en el que el análisis «no se centra en el objeto, sino en el consentimiento» (47), y en el que por tanto se admite que el precio pueda ser determinado de forma razonable en ausencia de pacto por la propia autoridad judicial (Sale of Goods Act de 1979).

Esta es la solución adoptada expresamente por los PECL en el artículo 6.104, en el que se dispone que «cuando el contrato no haya fijado el precio o el medio para determinarlo, se entiende que las partes han acordado un precio razonable», así como en el artículo 5.1.7 de los Principios UNIDROIT, si bien en este último caso tal presunción se formula sólo con carácter subsidiario, estableciéndose en primer lugar la presunción menos subjetiva de que las partes «se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial», criterio consagrado en el artículo 55 de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías.

De lo anterior resulta que los textos de Derecho Uniforme, objeto de estudio, adoptan una solución diferente de la tradicional en el Derecho continental sobre el objeto del contrato, acogiendo de forma pragmática aquellas soluciones procedentes del «common law» que se consideran más convenientes a efectos de favorecer la conservación de los contratos, sin que el requisito de la determinación se exija de forma contundente como un re-

(46) Cass. Ass. Plén., 1 déc. 1995.

(47) FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, Edijus, Madrid, 2001, pág. 125.

quisito para la validez del contrato, exigiéndose simplemente que el contrato sea ejecutable o que su contenido pueda determinarse mediante cláusulas implícitas.

4.3. LA CAUSA

4.3.1. Introducción

La formalidad oral exigida a través de la *stipulatio* (48), uno de los contratos verbales más corrientes en el Derecho romano (49), se consideró durante mucho tiempo un medio conveniente para acreditar la seriedad del consentimiento prestado. La forma empleada, consistente en una pregunta y una respuesta solemne por las partes, debía evitar que las partes se vincularan inconscientemente y a la ligera. Desde esta perspectiva, la regla *ex nudo pacto non oritur actio* sirvió en su origen para proteger a los inexpertos o negligentes en el cuidado de sus asuntos.

Sin embargo, como apunta ZIMMERMAN, desde el momento en que la *stipulatio* se convirtió en la Edad Media en «un arcano de práctica notarial» (50), resultó inviable como piedra angular de una teoría contractual, siendo ganada la partida por los contratos consensuales.

Por ello, al plantearse el abandono de la forma en los contratos para la creación de una teoría contractual, hubo de buscarse un instrumento jurídico que pudiera cumplir una función análoga a la que la forma había cumplido en el Derecho romano [la de reconocer derecho de acción (51) únicamente en el caso de aquellos contratos que hubieran sido seriamente queridos], llegándose a la conclusión de que para que un acuerdo fuera ejecutable, debía estar basado en una causa legítima.

Así, la causa cumplió la función de extender la lista de contratos consensuales ejecutables, que en principio estaba limitada a la compraventa, el arren-

(48) Como es sabido, todos los contratos romanos se agrupaban en cuatro clases: verbales (mediante la utilización de determinadas palabras), literales (siendo el más común el que surgía por la inscripción de una partida en el libro de contabilidad doméstica del acreedor), reales (mutuo, depósito, comodato y prenda), y consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato). Dentro de los contratos verbales, el más común era la *stipulatio*, por medio de la cual se podían obtener los más diversos fines negociales con validez civil, y cuya eficacia dependía de la observancia de la formalidad consistente en la pregunta y respuesta solemnes de las partes.

(49) JORS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, traducción española de PRIETO CASTRO, Labor, Madrid, 1937, pág. 269.

(50) ZIMMERMAN, R., *Estudios...*, cit., pág. 78.

(51) Una de las diferencias fundamentales entre el Derecho romano y el Derecho moderno, como es sabido, es que el Derecho romano era un Derecho de acciones, mientras que el Derecho moderno se concentra más en el Derecho sustantivo.

damiento, la sociedad y el mandato, para hacer de lo que había sido una excepción la regla general.

De esta manera, como se ha afirmado por ZIMMERMAN, se utilizaron unos cuantos ladrillos romanos para construir un edificio doctrinal que nada tenía que ver con el Derecho romano (52), y a partir de ese momento, se impuso el principio formulado por POTHIER de que «todo compromiso debe tener una causa honesta» (53).

Esta idea se incorporó en los principales ordenamientos jurídicos europeos, como el francés, el español o el italiano. Si embargo, el Derecho alemán se separó de la tradición medieval francoitaliana en materia de interpretación de textos romanos, y en particular no acogió la idea de la necesidad de la causa para la perfección del contrato. Así, los artículos 780 y 781 del BGB consagran la plena validez de la promesa de deuda y del reconocimiento de deuda con el único requisito de que tales manifestaciones de voluntad consten al menos en un documento privado (54). De esta forma, el BGB no alude a la causa en la teoría general del negocio jurídico ni en la teoría general del contrato, sino únicamente al referirse al enriquecimiento injustificado, siendo la causa aquella situación o fenómeno jurídico que permite justamente el desplazamiento patrimonial. Precisamente la falta de concepto de causa en su variante francesa provocó en la pandectística alemana un desarrollo elaborado de la teoría del enriquecimiento injustificado, dado que los problemas de falta de causa, causa ilícita, etc., habían de recibir solución por esta vía (55).

En este sentido, en el Derecho alemán, de acuerdo con el principio de separación, se distingue entre la obligación y el acuerdo de transmisión. La primera es la obligación de transferir o alterar un interés patrimonial, pero no puede dar lugar a ese resultado de la transmisión o alteración. Éste sólo se producirá mediante el acuerdo de transmisión, que es abstracto porque tiene su propia causa, que es la obligación subyacente. De acuerdo con lo anterior, si la obligación es nula, la transmisión se produjo sin causa y por tanto existe un enriquecimiento injusto que ha de ser reembolsado. La abstracción actúa como un filtro en el sentido de que algunas causas de nulidad de la obligación (como el error) no afectan a la transmisión de la propiedad, de forma que los terceros compradores no resultarán afectados por la decla-

(52) ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1995, pág. 549.

(53) POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones...*, cit., pág. 32.

(54) MELICH ORSINI, J., «La causa en el contrato y sus diversas funciones», en ADC, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, enero-marzo de 1984, pág. 21.

(55) Díez-PICAZO, L., *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, pág. 67.

ración de nulidad de tal obligación, protegiéndose así la confianza en el tráfico (56).

En cuanto al resto de ordenamientos jurídicos, la inclusión de la exigencia de la causa en diversos Códigos Civiles europeos dio lugar a diversas teorías sobre la causa. La línea tradicional sigue las afirmaciones de DOMAT y POTHIER, el segundo de los cuales afirmaba que «en los contratos interesados, la causa del compromiso que contrata una de las partes está en lo que la otra parte le dé, o se comprometa a darle, o en el riesgo de que se encargue. En los contratos de beneficencia, es la liberalidad que una de las partes quiere ejercer para con la otra es una causa suficiente del compromiso a que se compromete para con ella. Más, cuando un compromiso no tiene causa o, lo que es la misma cosa, cuando la causa por la cual ha sido contratado es una causa falsa, el compromiso es nulo, y el contrato que la contiene es nulo también» (57).

Esta opción, plasmada en diversos Códigos Civiles, como el francés, el italiano o el español, ha sido criticada, entre otros motivos, porque no ofrece un concepto unitario de causa, y porque los criterios empleados son incongruentes o inarmónicos, en cuanto que en los contratos onerosos se atiende a un elemento objetivo (la obligación de cada parte tiene su causa en la obligación de la otra parte) y en los gratuitos a un elemento puramente subjetivo (la «pura liberalidad»). A lo anterior hay que añadir que, como se afirmó por LAURENT, que argumentaba la inutilidad del requisito de la causa, en los contratos onerosos la causa se confunde con el objeto, es decir, con la cosa que el vendedor se obliga a dar, con el precio que el comprador se obliga a entregar, y que en la donación la causa se confunde con el consentimiento del donante, ya que si la causa es el ánimo de liberalidad, es la voluntad de dar, y en consecuencia, el consentimiento (58) (59).

La dirección subjetivista de la causa, por su parte, puso el acento en la intención de las partes, afirmándose por PLANIOL que la causa se identifica con el móvil determinante de la obligación, entendiendo por tal el móvil abstracto y general conforme a la naturaleza del contrato. Sin embargo, se ha criticado que en este caso todos los contratos tendrían causa, ya que hasta el

(56) MARKESINIS, B.; UNBERATH, H., y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregón, 2006, págs. 29 y sigs.

(57) POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones...*, cit., pág. 32.

(58) Esta crítica es rebatida por Federico DE CASTRO afirmando que si bien está justificada en cuanto a lo dicho por DOMAT, quien se refiere a la causa de cada obligación, queda sin fundamento cuando se considera la causa como requisito del contrato y no de la obligación contractual, razonamiento que desarrolla en la obra citada.

(59) DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 12.

loco actúa impulsado por unos determinados motivos, por lo que el concepto no tendría ninguna operatividad (60).

Frente a las anteriores conclusiones, se alza una dirección objetivista, representada entre otros autores por BETTI, quien concluye que la causa del contrato es su «función económico-social». Esta posición se ha criticado afirmando que la causa no puede ser tal función económico-social, sino que en todo caso sería «el intento o la voluntad de las partes de obtener esa función económico-social» (61). Además, la función económico-social o práctica del negocio es el contenido del negocio mismo.

También puede identificarse una tendencia sincrética, en virtud de la cual el problema de la causa radicaría en la armonía entre la voluntad específica de los sujetos y el esquema preestablecido en la norma (PUGLIATI), posición de la que parte la expuesta por algunos autores españoles, como CLAVERÍA GOSÁLBEZ (62) (63).

LAJE cita como primer representante del anticausalismo a ERNST, quien publicó en 1826 un artículo titulado «La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?», en el que, con motivo de la revisión del Código Civil belga, proponía que se suprimieran todos los textos relativos a la causa, por considerarlos superfluos y creadores de errores y confusiones (64). Y no han faltado numerosas críticas posteriores como, por ejemplo, la mencionada de LAURENT o la de DABIN, que afirmó que «la teoría de la causa, producto de un error histórico, sólo representa, en realidad, una concepción falta de todo valor lógico y jurídico» (65).

(60) DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 180.

(61) Díez-PICAZO, L., «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *ADC*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, enero-marzo de 1963, págs. 21 y sigs.

(62) Según este autor: «para entender el concepto de causa es necesario observar no el tipo legal de cada contrato, el modelo configurado por la ley, sino el hecho de cada contrato que las partes celebran: no existe causa del contrato celebrado entre Pedro y Juan el 16 de agosto de 1990; los particulares, en el ejercicio de su autonomía, acuerdan que la producción de determinados bloques de efectos: a estos acuerdos se refiere el concepto de causa...»

(63) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Artículo 1.275», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pág. 562.

(64) LAJE, E. J., *La noción de la causa en el Derecho Civil*, Arayú, Buenos Aires, 1954, pág. 18.

(65) DABIN, J., *La teoría de la causa*, traducción por PELSMAEKER, F., adaptada al Derecho español por BONET RAMÓN, F., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 81.

4.3.2. *Confusión sobre la causa en el Derecho español*

En España, como es sabido, el legislador incluyó la causa como uno de los elementos esenciales del contrato, junto con el consentimiento y el objeto, en el artículo 1.261 de nuestro Código Civil. Y el artículo 1.275 del mismo Código consagra una invalidez total y automática de los contratos sin causa o con causa ilícita, afirmando que «*los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno*».

Estas líneas no albergan el propósito de hacer una exposición del tratamiento que la figura de la causa ha recibido de la doctrina española, propósito que excedería del objeto de estudio. Baste apuntar que ha sido un terreno dado a la polémica y a las posiciones encontradas, en gran parte debido a que es difícil ponerse de acuerdo sobre el propio significado de la palabra antes de discutir sobre su función en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, gran parte de las divergencias en la doctrina surgen de un desacuerdo inicial sobre el propio significado del término «causa» (66).

En relación con la «omnipresencia de la causa» en el Derecho español, DE LA CÁMARA afirmaba con cierta dosis de humor que las dificultades empiezan «cuando se trata de definir la causa y explicar, claramente, en qué consiste. Subrayo el adverbio porque yo no he sido capaz de entender con absoluta nitidez nada de lo que he leído, a propósito de esta oscura y huidiza noción. Después de haberme devanado los sesos tratando de comprender lo que leía, he abandonado el empeño en medio de un lamentable caos mental acompañado, generalmente, de un fuerte dolor de cabeza» (67).

Particularmente crítica de la configuración de la causa en nuestro ordenamiento jurídico es la opinión de RAMS ALBESA, quien alude a que la referencia al objeto y a la causa permiten «toda suerte, o casi, de retorcimientos interpretativos y favorecen la creación de una jurisprudencia errática y teorizante», concluyendo que «estamos en presencia de un precepto (el art. 1.261 del Código Civil) frustrado respecto de su concepción estructural y su vocación teleológica» (68).

En concreto, el citado autor alude a que, mientras que el artículo 1.261 del Código Civil, en el que se recogen los requisitos del objeto y de la causa, es de clara influencia francesa, los artículos 1.254 a 1.260 aparecen enraizados con las manifestaciones autóctonas que de la autonomía de la voluntad

(66) Así, por ejemplo, Díez-PICAZO intenta clarificar el concepto de causa partiendo de una diferenciación entre la causa de la atribución, la causa de la obligación y la causa del negocio.

(67) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Meditaciones sobre la causa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 1978, núm. 527, págs. 638 y 649.

(68) RAMS ALBESA, J., «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pág. 47.

dan la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, el principio aragonés del *Standum est chartae* o el navarro *Paramiento fuero vienze*, que mantienen «la formulación española de la libertad civil, que lleva ínsita algo más que la pura referencia a la libertad de forma y que trasciende respecto a una mera influencia espiritualista en la contratación entre particulares» (69).

En todo caso, las diferentes aportaciones de la doctrina española en relación con la causa sólo pueden merecer un juicio positivo. Y es que se puede criticar la falta de univocidad y la equivocidad del concepto de causa consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, pero lo cierto es que nuestro Código Civil está plagado de referencias a «esta oscura y huidiza noción», y la única manera de afrontar su existencia es tratar de aclarar qué es y para qué sirve. En particular, el estudio funcional de la causa tiene importancia a efectos de determinar las consecuencias que podrían derivarse de la ausencia de la exigencia de tal requisito en textos armonizadores como los Principios de UNIDROIT o los PECL.

4.3.3. *Anulación de los contratos con causa ilícita o contraria a las buenas costumbres*

Una de las funciones tradicionalmente atribuidas a la causa en los principales ordenamientos jurídicos europeos es la de permitir el control de los contratos cuyo propósito práctico sea contrario a las leyes imperativas. Igualmente, a través de la figura de la causa se garantiza un medio para impugnar la validez de los contratos que vulneren la *condictio ex turpi causa*, es decir, los contratos concluidos con un propósito deshonesto o que sean contrarios a la moral social imperante.

La repulsión y condena, y la consiguiente invalidez de los contratos ilegales o contrarios a las buenas costumbres o *bonos mores*, parece haber sido el principal problema que se ha pretendido resolver a través del concepto de la causa (70). Como ha señalado RAMS ALBESA, la causa aparece así como un recurso para «mantener un control jurídico-social sobre la sociedad que la generalización del pactismo ponía en serio peligro, por la vía de la ampliación de la *actio* derivada de la denominada *denuntiatio evangelica* y por la de examinar conforme a criterios morales el íntegro contenido (material y formal) de los pactos entre particulares» (71).

Sin embargo, al igual que en el supuesto del objeto, el control de la licitud y moralidad del contrato puede realizarse en cada ordenamiento jurídico aplicando las disposiciones generales que imponen límites imperativos a la auto-

(69) RAMS ALBESA, J., *De los requisitos...*, cit., pág. 25.

(70) Díez-PICAZO, L., *El concepto de causa...*, cit., pág. 17.

(71) RAMS ALBESA, J., *De los requisitos...*, cit., pág. 43.

nomía de la voluntad (por ejemplo, en el Derecho español, pueden aplicarse los arts. 1.255 y 6.3 sin necesidad de recurrir a lo dispuesto en el art. 1.275).

A igual resultado se puede llegar mediante la aplicación de las normas generales contenidas en los PECL sobre la materia, ya que como se ha expuesto, el artículo 15.101 declara la nulidad de los contratos contrarios a principios fundamentales de los países miembros de la Unión Europea, y el artículo 15.102 dispone que la infracción de una norma imperativa dará lugar a la aplicación de la consecuencia jurídica establecida expresamente por la norma imperativa infringida. Y como se ha puesto de manifiesto al tratar del requisito de la licitud del objeto, el hecho de que los Principios de UNIDROIT no contengan un precepto similar, no puede suponer la ausencia de límites derivados de la aplicación de normas imperativas que actúan de valladar frente a una ilimitada aplicación del principio de libre autonomía de las partes.

De lo anterior resulta que el requisito de la licitud de la causa no es un elemento indispensable para garantizar que los contratos se ajusten a la legislación imperativa y a las buenas costumbres. De hecho, parece preferible referir tales cuestiones al contrato en su conjunto y no al concepto de causa, tal y como se argumentó al tratar del requisito de la licitud del objeto.

4.3.4. Anulación de los contratos en los supuestos de simulación y error

Otra de las consecuencias de la regulación de la causa contenida en los principales ordenamientos jurídicos continentales es la nulidad de aquellos contratos en los que no existe causa o existe una causa falsa. Partiendo del Derecho español, que se empleará como ejemplo, el artículo 1.275 de nuestro Código Civil establece que no producirán efecto alguno los contratos sin causa, mientras que el artículo 1.277 establece que, aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.276 del mismo texto legal, la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.

En primer lugar, la referencia a la inexistencia de causa contenida en el artículo 1.275 plantea el problema de la simulación. Resulta indiscutible que la causa no existe en el supuesto de la simulación absoluta, cuando el negocio ha sido celebrado pero las partes no tienen el propósito de celebrar negocio alguno. En este sentido, son declarados nulos los contratos que, además de carecer de la causa que simulan, carecen también de la disimulada (72).

(72) En un primer momento se situó el problema de la simulación en el consentimiento, afirmando que se trata de una divergencia entre lo querido y lo declarado. Frente a ello, se ha afirmado que existe una verdadera y libre voluntad de crear la apariencia, y que la cuestión debe situarse en el terreno de la causa; el negocio se funda en una

En cuanto al artículo 1.276, dentro del mismo tienen cabida dos situaciones diferentes; la «causa falsa» puede ser referida tanto a los supuestos de simulación como a los de error sobre la existencia de la causa (causa putativa), supuesto que concurre cuando hay acuerdo sobre las partes respecto a cuál es la causa del contrato pero la misma no se da en la realidad.

A su vez, MORALES MORENO ha distinguido la causa falsa a la que se refiere el artículo 1.276 (que determina la nulidad) del supuesto de «falsedad de la causa» al que alude el artículo 1.301 (que determina la anulabilidad), afirmando con base en el Proyecto de 1851 que la causa falsa a la que se refiere este último artículo tendría por objeto permitir la impugnación del contrato cuando el error no se refiere a la sustancia de la cosa, sino a determinados motivos de los cuales las partes han querido hacer depender su obligación (73).

A los anteriores supuestos hay que añadir el caso del error *in negotio*, en el que no existe consentimiento sobre la causa por existir un desacuerdo básico sobre el tipo de contrato celebrado, siendo el contrato radicalmente nulo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código Civil. En palabras de POTHIER, «...es por eso que si alguien entiende venderme una cosa, y que yo creo recibirla a título de préstamo o por donación, en ese caso no hay ni venta, ni préstamo ni donación» (74).

Por tanto, a través de la regulación sobre la causa también se pretenden regular los casos de simulación, de error sobre la existencia de la causa y de error sobre los motivos determinantes, supuestos a los que hay que añadir además el caso del error *in negotio*, que es un error por falta de consentimiento sobre la causa.

Pues bien, los PECL regulan de forma específica la cuestión de la simulación en el artículo 6.103, estableciendo que «*cuando las partes hayan celebrado un contrato aparente con la voluntad de no reflejar su verdadero acuerdo, prevalece entre ellas el verdadero acuerdo*». La solución adoptada por los PECL es que el acuerdo secreto prevalecerá siempre que pueda considerarse válido, sin que la simulación sea por sí misma un motivo de invalidez. Sólo podría declararse tal nulidad del contrato en el caso de que el mismo pudiera considerarse ilegal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.102 de los mismos PECL (75).

causa que no existe porque las partes no quieren la efectiva producción del resultado empírico que de su negocio debía derivar.

(73) MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988, pág. 141 y sigs.

(74) POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones...*, cit., pág. 21.

(75) Los PECL no regulan los efectos de la simulación respecto a terceros con el argumento de que las soluciones nacionales son demasiado diferentes entre sí, por lo que el asunto habrá de regularse conforme a la legislación nacional que resulte aplicable.

En cuanto al error, la regulación de la materia en el artículo 4.103 de los PECL o en el artículo 3.5 de los Principios de UNIDROIT es suficientemente amplia como para comprender los supuestos a los que se ha aludido previamente, y que se pretenden resolver a través de las categorías del error que han sido mencionadas.

Por tanto, una adecuada regulación sobre la simulación y el error, como la contenida en los PECL o en los Principios de UNIDROIT, serviría para garantizar una función similar a la que se trata de cumplir en el ordenamiento jurídico español y en los principales ordenamientos jurídicos continentales con el requisito de la causa.

4.4. LA «CONSIDERATION»

Como es sabido, en el Derecho inglés se distinguen dos clases de contratos, formales y simples, derivándose su fuerza obligatoria, respectivamente, de la forma y de la «consideration».

Así, por un lado, el contrato formal («under seal») deriva su fuerza obligatoria de la forma, siendo por tanto un contrato abstracto, y cumpliendo una función similar a la que se cumplía mediante la *stipulatio* en el Derecho romano, en cuanto que es indiferente la causa que haya llevado a las partes a obligarse. El documento o «deed» tiene una fuerza probatoria absoluta.

Por otro lado, el contrato simple o no formal deriva su fuerza obligatoria de la existencia de una «consideration», requisito a través del cual se trata de garantizar la seriedad de la intención de las partes al obligarse, el mismo objetivo perseguido a través de la forma en los contratos formales.

Explica OSSORIO MORALES que la acción de «assumpsit» (76) inglesa tuvo en sus orígenes caracteres *ex delicto*, siendo fruto de una modificación de la acción de «trespass» (concebida para obtener la reparación del daño causado por cualquier delito), por lo que se fundaba en el detrimento o perjuicio sufrido por el acreedor. Después se fundió con la «action of debt» (cuya base era la existencia de un *quid pro quo*, es decir, una cosa recibida por el deudor o una prestación realizada en su favor), para dar vida a la doctrina de la «consideration». En virtud de la misma, para la obligatoriedad de un contrato no formal, era precisa la existencia de: a) un beneficio para el promitente como consecuencia de la prestación del deudor (el *quid pro quo* de la «action of debt»), y b) un perjuicio o pérdida para el acreedor (reminiscencia del carácter delictual de la acción de «trespass») (77).

(76) *Assumpsit super se*, tomar sobre sí, asumir.

(77) OSSORIO MORALES, J., *Estudios de Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1942, pág. 63 y sigs.

Una de las características esenciales de la doctrina es que la «consideration» ha de venir siempre del acreedor («must move from the plaintiff»), lo que significa que la contraprestación en que consiste la «consideration» ha de realizarse por aquél a quien la promesa se dirige. De esta regla deriva la prohibición general de los contratos a favor de tercero en el Derecho inglés, ya que quien no ha sido parte en el contrato no tiene acción para exigir el cumplimiento de la prestación pactada en su favor.

Además, la «consideration» ha de realizarse en atención a la promesa de la otra parte («in respect of the promise»), debiendo existir una relación causal entre ambas. La simple liberalidad no se considera como una relación causal a estos efectos, imponiéndose la exigencia de la onerosidad («valuable consideration»). En sus «Commentaries», BLACKSTONE define el contrato como «an agreement upon sufficient consideration, to do or not to do a particular thing», siendo la parte esencial la referencia no simplemente a la «consideration», sino a una «consideration» que sea considerada como suficiente (78). De esta regla deriva la prohibición general de los contratos gratuitos simples, admitiéndose únicamente los contratos gratuitos formales en el Derecho anglosajón.

La doctrina de la «consideration» viene a cumplir una función similar al requisito de la causa en el sentido de que pretende garantizar la seriedad de la intención de obligarse en los contratos no formales, pudiéndose interpretar ambas doctrinas como una reserva frente a la fuerza obligatoria de los simples acuerdos fruto del consentimiento. Sin embargo, no resulta sencillo comparar ambas figuras desde el punto de vista estrictamente jurídico, teniendo en cuenta la inexistencia de un concepto unívoco sobre la causa, y que la propia doctrina de la «consideration» tampoco es una doctrina clara.

En todo caso, partiendo de que la «consideration» es un requisito básico sólo para los contratos no solemnes, mientras que la causa es un requisito básico de todo contrato, ambas figuras sí se asemejan en el caso de los contratos onerosos, siempre que se entienda por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, como se hace en el artículo 1.274 del Código Civil español.

Como ha puesto de manifiesto ATIYAH (79), no cabe ofrecer una explicación clara sobre la doctrina de la «consideration». Algunas de las funciones son puramente negativas, habiéndose utilizado para identificar algunos tipos de acuerdos cuya ejecución se considera inapropiada, como las promesas realizadas bajo intimidación, las promesas domésticas o simples usos sociales, las promesas contrarias al orden público o las promesas cuya validez

(78) GUZMÁN BRITO, A., *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*, The Global Law Collection, Garrigues Legal Studies Series, Aranzadi, Madrid, 2005, pág. 448.

(79) ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., págs. 56-109.

exige un requisito especial de forma. También tiene funciones positivas, como la de identificar los acuerdos que deben ser objeto de protección legal, siendo la característica fundamental de éstos que el demandado haya recibido un beneficio o que el demandante haya confiado en una declaración de la otra parte en su perjuicio. En todos estos casos existe una íntima relación de la doctrina de la «consideration» con la doctrina del «estoppel», con la doctrina del enriquecimiento injustificado y con el supuesto de daños provocados en una de las partes cuando es inducida a celebrar el contrato como consecuencia de la manifestación falsa de la otra («tort of misrepresentation») (80).

De lo anterior se deriva que la doctrina de la «consideration» no es una doctrina transparente, y tampoco tiene un fin específico claro, razones por las cuales se ha reclamado su eliminación, afirmando que, en lugar de aplicar indirectamente una doctrina confusa como la «consideration», resultaría más coherente aplicar directamente otras instituciones jurídicas para conseguir los mismos fines que se pretenden con la misma, como las doctrinas sobre la figura jurídica de «duress» (intimidación), «public policy» (orden público) o «estoppel» (actos propios) (81). En idéntico sentido, si uno de los objetivos perseguidos mediante esta doctrina es que las promesas gratuitas tengan que revestir una determinada forma («deed»), bastaría con que se exigiera así expresamente, sin necesidad de acudir a la «consideration».

En particular, la rigidez de la doctrina se ha tratado de salvar en los Estados Unidos de América, permitiendo en algunos casos la validez de los contratos simples sin «consideration» mediante la aplicación de la doctrina del «estoppel» (la plasmación anglosajona del principio «venire contra factum proprium»), que previene a una de las partes de ir contra lo que ha dicho o hecho.

En este sentido, la función tradicional de la doctrina del «estoppel» en el «common law» ha sido la de que si una parte ha realizado alguna declaración sobre un hecho, y la otra parte ha confiado en tal declaración, sufriendo un perjuicio como consecuencia de tal confianza, entonces la parte declarante no puede negar la existencia de tal hecho.

Sin embargo, en el siglo XIX los Tribunales de los Estados Unidos comenzaron a aplicar la doctrina del «estoppel» cuando una persona había realizado una promesa y el destinatario de la misma había sufrido un perjuicio como consecuencia de haber confiado en tal promesa («promisory estoppel»). En este caso, se afirmaba que, aunque no hubiera «consideration», una vez que el destinatario de la promesa hubiera sufrido algún perjuicio como consecuencia de su confianza en la misma, el promitente no podía desdecirse y la promesa era vinculante («the promisor was estopped from going back on the promise») (82).

(80) HARRIS, P., *An Introduction to Law*, Cambridge University Press, 2005, pág. 395.

(81) ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., págs. 56-109.

(82) BEALE, H.; HARTKAMP, A.; KÖTZ, H., y TALLON, D., *Cases, Materials...*, cit., pág. 17.

En definitiva, parece que algunas funciones cumplidas a través de la doctrina de la «consideration» pueden tener una explicación histórica, pero hoy carecen de una justificación razonable. Como se preguntó LORENZEN: «¿Por qué se niega nuestro Derecho a declarar obligatoria una promesa hecha solemnemente por escrito —si no es un «deed»—, y en cambio se considera exigible una promesa verbal si a cambio de ella se dio algo —basta un grano de cebada— como «consideration?»» (83). Y aquellas funciones legítimas y razonables cumplidas a través de la doctrina de la «consideration» podrían satisfacerse aplicando de forma directa otras figuras jurídicas, como se ha afirmado por ATIYAH (84).

Por tanto, resulta plenamente justificada la decisión de los redactores de los Principios de UNIDROIT y de los PECL de prescindir de opciones dogmáticas que, como la «consideration», pretenden cumplir funciones que se pueden satisfacer de forma directa con otras figuras jurídicas. En particular, además de que los PECL admiten la validez de los contratos no formales gratuitos (art. 2.101) y de las estipulaciones a favor de tercero (art. 6.110), en contradicción con las soluciones propias del Derecho anglosajón, otras finalidades de la doctrina de la «consideration» podrían satisfacerse mediante la aplicación de las normas sobre el error, el dolo, las amenazas o la ventaja injusta (arts. 3 de los Principios de UNIDROIT y 4.103 y sigs. de los PECL).

5. CONCLUSIÓN

Las soluciones que han sido comentadas en líneas anteriores no pueden negar la importancia que los requisitos de la entrega, la forma, el objeto, la causa o la «consideration» han tenido y tienen en los respectivos ordenamientos jurídicos en que se exigen para la validez de los contratos. Estos requisitos permiten el cumplimiento de funciones legítimas y la protección de intereses que la merecen, y están de tal modo imbricados en cada ordenamiento jurídico que no podrían suprimirse sin que las funciones que con ellos se cumplen fueran debidamente atendidas con otras figuras jurídicas.

Por ello se ha tratado de poner de manifiesto que, por lo menos *a priori* y desde una perspectiva puramente teórica, las funciones que se cumplen mediante tales requisitos podrían cumplirse igualmente con otras figuras jurídicas o con distintas opciones de política jurídica como, por ejemplo, que los contratos no puedan ser anulados por imposibilidad originaria. Este aná-

(83) OSSORIO MORALES, J., *Estudios de Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1942, pág. 77.

(84) ATIYAH, P. S., *Atiyah's Introduction...*, cit., págs. 56-128.

lisis funcional permite poner en cuestión soluciones dogmáticas y compararlas con otras alternativas o equivalentes, ya que sólo así es posible progresar en la creación de una ciencia jurídica común.

Por tanto, más que centrar la atención en la circunstancia de que la eliminación de tales requisitos constituya una solución «mejor» desde el punto de vista jurídico, lo más relevante parece ser que esa eliminación es «posible», y en todo caso, contribuye a una mayor claridad de un ordenamiento jurídico en su conjunto. Sin entrar en las importantísimas contribuciones doctrinales sobre la causa, lo cierto es que éste término, así como el del objeto, no es unívoco, y conduce a confusión. Y lo mismo sucede con la doctrina de la «consideration».

Además, parece difícilmente justificable la anulación de un contrato de forma apriorística con el argumento de que el mismo carece de objeto o causa. Como se ha afirmado por RAMS ALBESA, la exigencia de que la causa de la obligación se establezca en el contrato no puede ser un verdadero requisito esencial o elemento estructural necesario para la existencia de éste (85), como nos pone de manifiesto el Derecho comparado, a la vista de los ejemplos alemán, suizo o argentino. Más aún teniendo en cuenta que uno de los principios fundamentales en la contratación internacional es el principio de conservación del negocio, de acuerdo con el cual debe presumirse que los contratantes son personas sensatas que no pretendían una declaración inútil o ineficaz.

En todo caso no puede obviarse que, en particular con la eliminación de la forma, se está dejando de cumplir una función respecto a la cual no se aporta ninguna alternativa equivalente.

En esta materia los textos armonizadores objeto de consideración otorgan total prioridad a la voluntad de las partes, de modo que aunque *a priori* resulte preferible que determinados contratos se celebren con cierta forma, se considera que ello no constituye una justificación suficiente para considerar la ausencia de dicha forma como una causa de nulidad del contrato. Esta opción está seguramente reforzada por la consideración de los textos armonizadores como un conjunto de reglas destinadas a ser empleadas en el comercio internacional, en el que la exigencia de formalidades se considera una carga contraria a la rapidez en la circulación de los bienes.

Sin embargo, como es sabido, la forma ha servido tradicionalmente para acreditar la voluntad del contratante de vincularse jurídicamente. Y aunque el consensualismo sea la tendencia general en todos los ordenamientos jurídicos modernos, éstos suelen contener excepciones en supuestos concretos, como en los casos de donaciones o transmisiones de la propiedad sobre bienes inmuebles, a efectos de facilitar la prueba. Como se ha destacado por FAJARDO

(85) RAMS ALBESA, J., *De los requisitos esenciales...*, cit., pág. 39.

FERNÁNDEZ, ninguno de los sistemas europeos considera exigible un contrato si carece a la vez de contraprestación, forma y entrega (86).

Por ello, al eliminar el requisito de la forma completamente, incluso para el caso de las donaciones de bienes inmuebles, los redactores de los Principios de UNIDROIT y de los PECL prescinden de un objetivo importante de política jurídica, cual es el de evitar la litigiosidad a que puede llevar la implantación de un consensualismo sin excepciones. Como se afirmó por IHERING, la forma es hermana gemela de la libertad, y supone siempre un contenido; «es el contenido desde el punto de vista de su visibilidad» (87). Y como se ha señalado por ZIMMERMAN, un ordenamiento jurídico equilibrado exige una *coincidentia oppositorum* entre el principio de equidad, que reclama la libertad de forma, y el principio de seguridad jurídica, que exige la forma (88) (89).

Por último, como se ha afirmado, la solución sobre los requisitos de validez del contrato, o más bien, sobre la ausencia de requisitos de validez del contrato, recogida en los PECL, no es original, sino que deriva de la primera redacción de los Principios de UNIDROIT. Pero es reseñable que los PECL recojan tal solución teniendo en cuenta que entre sus objetivos se encuentra no sólo el establecer un conjunto de reglas jurídicas que puedan servir a sujetos de diferentes culturas jurídicas, sino también, si no principalmente, el de servir de base a una futura unificación del Derecho europeo, objetivo que merece un breve comentario.

Sin entrar ahora a valorar la plausibilidad e incluso la conveniencia de este objetivo, que actualmente parece más una inquietud profesoral que una verdadera necesidad, el movimiento a favor de alguna clase de unificación del Derecho Privado europeo, más allá de la que se produce a través de las Directivas Comunitarias, está en marcha y cuenta con un impulso importante

(86) FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Forma, Objeto y Causa/Consideration», en *Estudios de Derecho Privado Europeo*, coordinado por CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2003, pág. 430.

(87) IHERING, R., *El espíritu del Derecho Romano*, abreviatura por VARELA, F., Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 213.

(88) «Strict formalism and rigidity are characteristic of an archaic agrarian society, governed by strict discipline and living in accordance with typified behaviour patterns. The other extreme is absolute freedom, unlimited individualism and arbitrariness. Its legal expression is formlessness and the boundless sway of equity; its general intellectual background is one of superabundance and profusion of material, spinelessness and mental exhaustion. Formalism and flexibility are intrinsically opposed to each other. The one makes for certainty of the law, the other for equity – the two principles on which justice is based. These principles are antagonistic. Yet the legal system must try to realize both simultaneously. That makes ideal justice a Utopian idea, for the one principle must always be precariously balanced against the other. To carry through the one without any regard to the other would lead to extreme injustice: *summum ius, summa iniuria*».

(89) ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations...*, cit., pág. 88.

de las instituciones comunitarias (90). Cuesta imaginar que este impulso se plasme en un verdadero código europeo de contratos vinculante para los Estados miembros, por lo menos en un futuro próximo, pero la iniciativa de armonización jurídica cuenta a su favor con un argumento de peso, como es que la unificación del Derecho privado europeo sería el instrumento técnico idóneo para garantizar la efectividad del principio de libre competencia en el seno de la Unión Europea.

Cualquiera que sea el resultado final del proceso, la incorporación de un conjunto de reglas jurídicas de elaboración doctrinal como Derecho aplicable en la contratación ya se ha mostrado muy útil en el comercio internacional, como lo muestra el ejemplo de los Principios de UNIDROIT, redactados antes que los PECL y que sin duda han servido de inspiración a los redactores de éstos. Los mismos vienen aplicándose con total normalidad en arbitrajes internacionales que resuelven disputas sobre contratos que se remiten a tales principios como Derecho aplicable o que simplemente se someten a los «principios generales de Derecho internacional» o a la *lex mercatoria*, lo que no obsta a la aplicación por los árbitros de las normas imperativas (91). Lo mismo podrá suceder con las distintas codificaciones de Derecho europeo.

Mientras, los intentos de armonización jurídica en la Unión Europea pueden ir fraguando el acuerdo sobre algunos principios esenciales que permitan la progresiva formación de una verdadera cultura jurídica europea. Y una de las muchas cuestiones sometidas a debate es la determinación de los requisitos de validez de los contratos, cuestión respecto a la cual se adoptan soluciones ligeramente diferentes en los Principios de UNIDROIT y los PECL y en el Código Europeo de Contratos del Grupo de Pavía, como se ha visto.

Aunque todos los textos armonizadores constituyen un paso relevante en esta importante tarea, se aprecia en los PECL un especial interés de integración de las culturas jurídicas del «civil law» y del «common law», lo que dota a este texto de una mayor universalidad y al mismo tiempo lo hace más vulnerable desde el punto de vista dogmático, al constituir algunas de sus normas un compromiso entre reglas de diferentes tradiciones jurídicas. De hecho, algunas soluciones de los PECL han sido duramente criticadas con el argumento de que sus redactores han ido mucho más lejos de lo que permite la búsqueda de un denominador común entre los diver-

(90) Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 (*DOCE* núm. C 158/401, de 26 de junio de 1989) y de 6 de mayo de 1994 [*DOCE* núm. 205 (519) de 25 de julio de 1994], en las que se solicitaba la iniciación de los trabajos preparatorios para la redacción de un Código Europeo de Derecho Privado.

(91) LEW, J.; MISTELIS, L., y KRÖLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, The Hague, pág. 455.

sos ordenamientos jurídicos europeos, según el encargo de la Comisión Europea (92) (93).

En todo caso, como pone de manifiesto ZIMMERMAN citando a SAVIGNY, el carácter histórico de la ciencia jurídica se desconoce y distorsiona cuando las instituciones jurídicas del pasado se conciben como algo tan elevado que han de mantener inalterado su primado en el presente y en el futuro. Por el contrario, su esencia radica en «reconocer el mérito y la independencia de cada siglo», enfatizando, tan sólo, «el lazo que liga el presente con el pasado» (94).

Por tanto, en el actual contexto europeo, de construcción de estructuras económicas y políticas comunes, el Derecho Civil, y sobre todo el Derecho de Contratos, debe cumplir con su vocación de universalidad (95).

En este contexto se enmarca la solución adoptada en los Principios de UNIDROIT y en los PECL respecto a los requisitos de validez del contrato, relativizando el mito de las respuestas correctas y contribuyendo a la claridad a la que debe aspirar cualquier conjunto de reglas jurídicas, teniendo en cuenta que las relaciones diarias y los acuerdos entre los contratantes deberían depender, en la medida de lo posible, de reglas claras, fácilmente comprensibles, y no de complejas y sutiles interpretaciones que puedan poner en peligro la conservación del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO Y AMAYUELAS, E., «Formación y perfección del contrato», en *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LA PUENTE (Coordinador), Ed. Colex, Madrid, 2003.
- ATYIAH, P. S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 2005.
- BEALE, H.; HARTKAMP, A.; KÖTZ, H., y TALLON, D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002.
- BONELL, M. J., Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, traducción española de A. M. GARRO, UNIDROIT, Roma, 1995.

(92) *C'est sans doute une démarche pragmatique traduisant l'absence d'accord (possible?) sur les concepts, mais cela ne répond pas à l'incitation de la Commission de la Commission à «profiter de l'existence des ordres juridiques nationaux pour trouver des dénominateurs communs, élaborer des principes communs et, le cas échéant, identifier les meilleures solutions» spécialement pour «la définition des concepts fondamentaux et des termes abstraits tels que contrat».*

(93) GHESTIN, J., «Cause de l'engagement et validité du contrat», en *LGDJ*, Paris, 2006, pág. 43.

(94) ZIMMERMAN, R., *Estudios...*, cit., pág. 54.

(95) DIEZ-PICAZO, L., «El sentido histórico del Derecho Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1959, pág. 64.

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Artículo 1.275», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.
- DABIN, J., *La teoría de la causa*, traducción por PELSMAEKER, F., adaptada al Derecho español por BONET RAMÓN, F., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Meditaciones sobre la causa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 1978, núm. 527.
- DÍEZ-PICAZO, L., «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de las obligaciones y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *ADC*, 27, 1994.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción, Teoría del contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, pág. 67.
- «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *ADC*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, enero-marzo de 1963.
- «El sentido histórico del Derecho Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1959.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, Edijus, Madrid, 2001.
- «Forma, Objeto y Causa/Consideration», en *Estudios de Derecho Privado Europeo*, coordinado por CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2003.
- GHESTIN, J., «Cause de l'engagement et validité du contrat», en *LGDJ*, Paris, 2006.
- GUZMÁN BRITO, A., «Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano», en *The Global Law Collection, Garrigues Legal Studies Series*, Aranzadi, Madrid, 2005.
- HARRIS, P., *An Introduction to Law*, Cambridge University Press, 2005.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1969.
- IHERING, R., *El espíritu del Derecho Romano*, abreviatura por VARELA, F., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.
- JORS, P., KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, traducción española de PRIETO CASTRO, Labor, Madrid, 1937.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1985.
- LAJE, E. J., *La noción de la causa en el Derecho Civil*, Arayú, Buenos Aires, 1954.
- LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1980.

- *Principios de Derecho Civil, III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- LEW, J.; MISTELIS, L., y KRÖLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, The Hague.
- MARKESINIS, B.; UNBERATH, H., y JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregón, 2006.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Buena fe», en *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LA PUENTE (coord.), Ed. Colex, Madrid, 2003.
- MELICH ORSINI, J., «La causa en el contrato y sus diversas funciones», en *ADC*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, enero-marzo de 1984.
- MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988.
- OSSORIO MORALES, J., *Estudios de Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1942.
- POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones*, traducido por M. C. DE LAS CUEVAS, Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- RADBRUCH, G., «El espíritu del Derecho inglés», en *Revista de Occidente*, 1958, Madrid.
- RAMS ALBESA, J., «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.
- SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- TERRÉ, F.; SIMMLER, P., y LEQUETTE, Y., *Droit Civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 2005.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1963.
- ZIMMERMAN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción española de Antoni VAQUER ALOY, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1995.

RESUMEN

DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Este trabajo tiene por objeto el estudio de los requisitos de validez de los contratos conforme al Derecho Uniforme, entendiendo por tal el conjunto de reglas jurídicas contenidas en textos redactados con la pretensión de trascender, mediante el estudio comparativo de diversas soluciones jurídicas, los esquemas conceptuales de un concreto ordenamiento.

El análisis de tales textos revela que las funciones que cumplen los requisitos de validez de los contratos en los ordenamientos jurídicos de «civil law» y

ABSTRACT

EUROPEAN CONTRACT LAW

This paper studies the requirements for contract validity under uniform law. «Uniform law» is taken to mean the legal rules contained in texts drafted with the idea of transcending the conceptual schemes of any one specific legislation through the comparative study of diverse legal solutions.

Analysis of texts of uniform law reveals that the functions fulfilled by the requirements of contract validity under civil law and common law can be met just as well by different legal figures or options of legal policy. This functional

«common law» pueden cumplirse igualmente con figuras jurídicas u opciones de política jurídica diferentes. Este análisis funcional permite relativizar el mito de las respuestas correctas y poner en cuestión ciertas soluciones dogmáticas al compararlas con otras alternativas o equivalentes, siendo éste el modo idóneo de progresar en la creación de una ciencia jurídica común.

De tal análisis funcional se desprende asimismo la especial claridad de algunos textos de Derecho Uniforme objeto de estudio, virtud a la que debe aspirar cualquier conjunto de normas jurídicas, teniendo en cuenta que las relaciones entre los contratantes deben depender de reglas claras, fácilmente comprensibles, y no de complejas y sutiles interpretaciones que puedan poner en peligro la conservación del contrato.

analysis relativises the myth that there is a right answer and a wrong answer, and it questions certain dogmatic solutions by comparing them with alternative or equivalent solutions, this being the best way of forging ahead in the creation of a common legal science.

Functional analysis moreover shows that some texts of uniform law studied in the paper are especially clear. Clarity is a virtue to which all laws ought to aspire, bearing in mind that the relationship between the parties to a contract have got to depend on clear, easily comprehensible rules, not complex subtle interpretations that could endanger the contract's continued existence.

*(Trabajo recibido el 22-01-08 y aceptado
para su publicación el 14-05-08)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resoluciones de 8, 9, 10, 11, 12 y 14-4-2008
(*BOE* 7-5-2008)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 7

OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN. NOTA DE CALIFICACIÓN: REQUISITOS.

Se puede practicar la inscripción de una venta de un departamento privativo aunque no conste registralmente la terminación de obra a que se alude en la propia escritura de venta. Es suficiente con que el Registrador haga la pertinente advertencia en la nota de despacho. La calificación ha de ser íntegra, recogiendo todos los eventuales defectos que concurran en el título.

Resolución de 15-4-2008
(*BOE* 7-5-2008)
Registro de la Propiedad de Avilés

DERECHO DE REVERSIÓN: TRANSMISIÓN. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

El derecho de reversión que corresponde al titular expropiado es, en principio, transmisible y dicha transmisión, susceptible de inscripción. Pero es necesario que la expropiación conste previamente inscrita y que se haya entablado el proceso en el que el derecho de reversión se reconoce frente a todos los titulares de derechos inscritos sobre la finca.

Resolución de 16-4-2008
(*BOE* 19-5-2008)
Registro de la Propiedad de Escalona

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. EXCESOS DE CABIDA: DUDAS SOBRE IDENTIDAD DE LA FINCA.

La calificación registral ha de ser íntegra, recogiendo en una nota todos los eventuales defectos que afecten al título presentado. No puede alegarse dudas fundadas para la constatación de un exceso de cabida cuando dichas dudas tienen su origen en la supuesta afectación por un expediente de deslinde que no aparece anotado registralmente.

Resolución de 16-4-2008
(BOE 12-5-2008)
Registro de la Propiedad de Sacedón

EXCESOS DE CABIDA: DUDAS RESPECTO A LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida requiere que el Registrador no albergue dudas fundadas sobre la identidad de la finca, como las que se pueden generar en el caso de que la finca se haya formado por segregación, o de que el exceso sea de una enorme magnitud.

Resolución de 17-4-2008
(BOE 13-5-2008)
Registro de la Propiedad de Castro del Río

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 254 Y 255 DE LA LH. CANCELACIÓN DE HIPOTECA.

La calificación del Registrador ha de estar debidamente fundamentada. La calificación ha de ser además íntegra, es decir, ha de contener la totalidad de los eventuales defectos apreciados en el documento. En este sentido, considerando los principios del procedimiento administrativo y las últimas reformas introducidas en la legislación hipotecaria, los artículos 254 y 255 de la LH han de ser interpretados en términos que impliquen que el Registrador haga una nota de calificación incluyendo no sólo el defecto de falta de acreditación de la presentación y pago del impuesto, sino también cualesquiera otros de que pudiera adolecer el documento. Por otro lado, el Registrador se debe limitar a apreciar si el acto está o no sujeto al impuesto, pero sin exigir la previa presentación a liquidación en el caso de que sea aplicable una exención como lo es en las cancelaciones de hipoteca.

Resoluciones de 24 y 25-4-2008
(BOE 13-5-2008)
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 1, y Alicante, número 3

HIPOTECA: EN GARANTÍA DE DIVERSAS OBLIGACIONES. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO: ALCANCE.

Es admisible que mediante una hipoteca se garantice un préstamo en el que se han distinguido dos tramos distintos, uno a tipo libre, y otro con la

subvención prevista en un plan de vivienda protegida. Y ello por obvia deducción del principio, según el cual no hay obstáculo en asegurar con una sola hipoteca diversas obligaciones que tengan conexión entre sí. La calificación del Registrador designado por el cuadro de sustituciones no es un recurso, debiendo ceñirse a los defectos originalmente apreciados. Si el segundo Registrador estima que sólo concurren uno de los defectos apreciados por el primero, sólo podrá pronunciarse la Dirección General en vía de recurso respecto del defecto confirmado por dicho Registrador sustituto.

Resolución de 28-4-2008

(BOE 13-5-2008)

Registro de la Propiedad de Negreira

URBANISMO: RECTIFICACIÓN DE ACTOS INSCRITOS. APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ENAJENACIÓN.

Una vez practicada la inscripción de un proyecto de compensación, no cabe ahora, por medio de un denominado convenio urbanístico, modificar aspectos del mismo, siendo preciso seguir el mismo procedimiento que en su momento se utilizó para la aprobación de dicho proyecto de compensación. No es posible transmitir un supuesto aprovechamiento urbanístico perteneciente a un ayuntamiento, dado que en realidad dicho aprovechamiento se halla materializado en la titularidad de una participación de una concreta finca inscrita a nombre del mismo. Para enajenar bienes de una entidad local ha de seguirse el procedimiento previsto al efecto en la legislación correspondiente.

Resolución de 30-4-2008

(BOE 23-5-2008)

Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 2

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ENAJENACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

Tratándose de la enajenación por el procedimiento de adjudicación directa a un mismo comprador de una serie de fincas de un ayuntamiento, procede acumular el valor de todas ellas a los efectos de determinar si supera el 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto y, en consecuencia, es necesaria la previa autorización de la Comunidad Autónoma. El Registrador puede calificar la omisión de trámites esenciales del procedimiento, siempre que dicha omisión sea notoria.

Resolución de 5-5-2008

(BOE 24-5-2008)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

HIPOTECA: CALIFICACIÓN CLÁUSULAS OBLIGACIONALES. VINCULACIÓN A LA RELACIÓN LABORAL DEL PRESTATARIO. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO: ALCANCE.

Las cláusulas de carácter meramente personal de una escritura de préstamo hipotecario se transcribirán directamente en el cuerpo de la inscripción, sin ser sometidas a calificación registral. Es posible vincular aspectos del préstamo, e incluso su eventual vencimiento anticipado, a las vicisitudes de la relación laboral del prestatario con la entidad prestamista. La calificación del Registrador designado por el cuadro de sustituciones no es un recurso, debiendo ceñirse a los defectos originalmente apreciados, aunque no puede limitarse a confirmar sin más la calificación inicial.

Resolución de 6-5-2008

(BOE 23-5-2008)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

HIPOTECA: CALIFICACIÓN CLÁUSULAS OBLIGACIONALES. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO: ALCANCE.

Las cláusulas de carácter meramente personal de una escritura de préstamo hipotecario se transcribirán directamente en el cuerpo de la inscripción, sin ser sometidas a calificación registral. Es posible pactar la capitalización de intereses en tanto no se vulneren los límites del artículo 114. La calificación del Registrador designado por el cuadro de sustituciones no es un recurso, debiendo ceñirse a los defectos originalmente apreciados, aunque no puede limitarse a confirmar sin más la calificación inicial.

Resolución de 8-5-2008

(BOE 23-5-2008)

Registro de la Propiedad de León, número 2

BIENES GANANCIALES: PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. ADQUISICIONES POR DERECHO DE RETRACTO.

La presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1.361 del Código Civil cede en caso de que los bienes adquiridos lo sean por consecuencia del ejercicio de un derecho de retracto que tenga su origen en una titularidad de carácter privativo.

Resolución de 9-5-2008

(BOE 4-6-2008)

Registro de la Propiedad de Villajoyosa

COSTAS: SERVIDUMBRE DE PROTECCIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

No puede inscribirse una declaración de obra nueva existiendo un certificado del Servicio Periférico de Costas que determina que la misma se ha ejecutado dentro de la zona de servidumbre de protección. No puede el Registrador valorar si la delimitación de esa zona de servidumbre se ha realizado correctamente, o si, por el contrario, ha vulnerado el procedimiento previsto al efecto.

Resolución de 12-5-2008

(BOE 5-6-2008)

Registro de la Propiedad de Vigo, número 2

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

No se puede practicar la inmatriculación de una finca si los datos de la certificación catastral no coinciden con los del título, sin que sea aplicable el margen del 10 por 100 de diferencia de superficie previsto en la legislación catastral a los efectos de la constancia registral de la referencia catastral.

Resolución de 13-5-2008

(BOE 13-6-2008)

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes Resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige, para poder cancelar por caducidad la referida anotación, que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 14, 16, 19 y 20-5-2008

(BOE 7 y 9-6-2008)

Registro de la Propiedad de Estepona, número 2

PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN HIPOTECARIA. INTERESES. ANATOCISMO. CLÁUSULAS OBLIGACIONALES. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

Se debe considerar, conforme con las exigencias del principio de determinación hipotecaria, la fijación de la duración de la obligación asegurada con referencia a hechos futuros, ciertos o inciertos, pero determinados.

En cuanto al pacto sobre imputación de pagos, ha de admitirse un amplio juego del principio de autonomía de la voluntad, considerando la específica naturaleza del negocio.

Los intereses remuneratorios y de demora han de garantizarse separadamente al constituir la hipoteca.

En relación con los pactos sobre el tipo de interés remuneratorio, cabe cualquier opción, siempre que no suponga dejar en manos de una de las partes la determinación del mismo (art. 1.256 del CC).

El pacto de anatocismo no puede ser admitido desde la perspectiva del derecho real de hipoteca, en tanto es contrario a la determinación exigible respecto a las cantidades efectivamente garantizadas por razón de los intereses. No se prejuzga su validez obligacional. No puede el Registrador valorar el cumplimiento de la Ley de Usura.

Es admisible el pacto por el que se limita la responsabilidad del deudor al valor de la finca hipotecada y enajenada con arreglo a mercado.

Respecto de los intereses variables, lo esencial, a efectos del principio de determinación, es la fijación de un máximo.

Es admisible el pacto que obliga a revisar el valor de tasación de la finca hipotecada al alza si ésta aumenta de valor durante la vigencia del préstamo.

La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales que no tienen acceso al Registro.

El hecho de que el préstamo no sea exigible hasta el vencimiento final del plazo pactado, no convierte a esta hipoteca en una modalidad de hipoteca de máximo, de cuenta corriente.

El ámbito de la calificación no alcanza a la consideración de invalidez de ciertas cláusulas a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios.

Resolución de 21-5-2008

(BOE 6-6-2008)

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 254 Y 255 DE LA LH. CANCELACIÓN DE HIPOTECA. ZONA DE ESPECIAL PROTECCIÓN AGRARIA EN GALICIA.

La calificación del Registrador ha de estar debidamente fundamentada. La calificación ha de ser además íntegra, es decir, ha de contener la totalidad de los eventuales defectos apreciados en el documento. En este sentido, considerando los principios del procedimiento administrativo y las últimas reformas introducidas en la legislación hipotecaria, los artículos 254 y 255 de la LH han de ser interpretados en términos que impliquen que el Registrador haga una nota de calificación, incluyendo no sólo el defecto de falta de acreditación de la presentación y pago del impuesto, sino también cualesquiera otros de que pudiera adolecer el documento. Por otro lado, el Registrador se debe limitar a apreciar si el acto está o no sujeto al Impuesto, pero sin exigir la previa presentación a liquidación en el caso de que sea aplicable una exención como lo es en las cancelaciones de hipoteca. Si las fincas transmitidas se encuentran incluidas en una zona de especial protección agraria, de acuerdo con la legislación gallega, habrá de acreditarse la realización de las notificaciones previstas al efecto.

Resolución de 22-5-2008

(BOE 13-6-2008)

Registro de la Propiedad de Montánchez

LIBRO DE ACTAS: DILIGENCIA.

La diligencia de un libro de actas para una comunidad de propietarios que ni está inscrita, ni tampoco prevista registralmente su existencia, es posible, la nota marginal se sustituirá por la constancia de los datos en el libro auxiliar abierto al efecto.

Resolución de 26-5-2008

(BOE 13-6-2008)

Registro de la Propiedad de Iznalloz

MEDIOS DE PAGO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

La calificación del Registrador ha de estar limitada a la comprobación de que no consta en la escritura calificada la negativa de las partes a identificar en todo o en parte los medios de pago empleados, pero no al examen concreto de la forma y términos exactos de dichos medios de pago.

Resolución de 29-5-2008

(BOE 24-6-2008)

Registro de la Propiedad de Enguera

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales y no puede pretenderse su rectificación a través del recurso gubernativo.

Resolución de 2-6-2008

(BOE 24-6-2008)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No cabe la cancelación de una anotación de embargo por virtud de una resolución judicial recaída en su procedimiento en el que no ha intervenido el titular de dicha anotación.

Resolución de 3-6-2008

(BOE 24-6-2008)

Registro de la Propiedad de Arzúa

DATOS DEL DOCUMENTO.

No cabe denegar la inscripción exigiendo unos datos que ya resultan del propio documento.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 7-5-2008
(BOE 23-5-2008)
Registro Mercantil de Segovia

PODER. INTERPRETACIÓN. SUSTITUCIÓN.

Para la determinación del ámbito del poder y las facultades del apoderado, debe atenderse a la interpretación de la voluntad del poderdante.

Se puede distinguir entre un mandato general relativo a todos los actos del mandante pero concebido de modo expreso y que incluye los actos de dominio, y un mandato general concebido en términos generales, que sólo incluye los actos de administración.

El poder debe interpretarse de forma estricta, ni extensiva ni restrictiva. Un poder que faculta para administrar, regir y gobernar en toda su amplitud a determinada entidad ostentando su representación con el uso de la firma social en cuantos actos, contratos y negocios tuviera interés o fuera parte, es un poder general en el ámbito mercantil que incluye toda clase de actos y operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa. Si el apoderado, en este caso, está autorizado para sustituir su poder, puede hacerlo enumerando detalladamente las facultades conferidas.

Para que el mandato se repute comisión mercantil ha de tener por objeto un acto u operación de comercio, por lo que el poder para pleitos no puede ser reputado comisión mercantil sino mandato civil, y el apoderado puede sustituir su poder sin necesidad de estar expresamente autorizado por su mandante.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

El Título Primero de la Constitución tiene como rúbrica los Derechos y Deberes Fundamentales, y los artículos objeto de análisis se hallan en la Sección Primera del Capítulo Segundo, dedicada a los *derechos fundamentales y a las libertades públicas*.

El supuesto que estudiamos hoy se centra en las opiniones manifestadas por un militar a través de una carta contra el Director del Museo del Aire, Excmo. Señor General L. C. A.

La cuestión jurídica se centra en determinar si dichas manifestaciones están o no amparadas en el artículo 20.1.º de la CE (2) en relación con el artículo 18.1 de la CE (3); y determinar si el sujeto, dada su condición de militar, tenía o no limitado su derecho a criticar la labor efectuada por el Director del Museo del Aire.

(1) Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo Militar, sentencia de 4 de febrero de 2008, recurso 201/94/2007. Ponente: Juanes Peces, Ángel. Número de Recurso: 201/94/2007. Jurisdicción: MILITAR. LA LEY 1697/2008.

(2) Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:

A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

A la libertad de cátedra.

A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

(3) Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...

La cuestión central es *si un militar puede o no ejercer el derecho a expresar libremente sus ideas sobre la forma en que un mando superior gestionaba el Museo del Aire*.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS FUERZAS ARMADAS

Es conocida la doctrina del TC referida a las libertades señalando que no son absolutas, pues su ejercicio está sujeto a límites constitucionales expresos y legales (STC núm. 371/93, de 13 de diciembre).

Manifiesta también el TC que algunos de estos límites son generales, otros en cambio son específicos. Hay sectores o grupos que por razón de la función que desempeñan están sometidos a límites específicos, lógicamente más estrictos: y éste es el caso de los militares donde *dichos límites se deben a la naturaleza del servicio que tales profesionales desempeñan, del grado de jerarquización y disciplina interna a que están sometidos* (STC núm. 69/89).

Dentro de las limitaciones a los derechos del artículo 20 CE se encuentran las referidas a los miembros de las Fuerzas Armadas en atención a las peculiaridades de éstas y a las misiones que se le atribuyen. Entre las singularidades de las mismas figura su carácter jerárquico, disciplinado y unido (arts. 1 y 10 de las Reales Ordenanzas). Como consecuencia de ello, el legislador ha establecido para las Fuerzas Armadas un régimen especial, tanto procedimental (SSTC núms. 21/81 y 97/85), como sustantivo al prever para sus miembros una serie de sanciones distintas a las comunes.

Y, precisamente entre las limitaciones impuestas a los miembros de las Fuerzas Armadas se hallan las relativas *al ejercicio del derecho a la libre expresión*, siempre y cuando dichos límites respondan a los principios primordiales de la Institución Militar que garantizan no sólo la necesaria disciplina, sino también el principio de unidad interna, lo que excluye manifestaciones de opinión legítimas en sí mismas, pero que pudieran introducir formas de debate partidista o, en términos de la STC núm. 97/85, «disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas», las cuales necesitan para el logro de sus misiones (al servicio siempre de la sociedad española y bajo las órdenes legítimas del Gobierno correspondiente), una especial cohesión.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho en su sentencia de 20 de mayo de 2003, entre otras cosas lo siguiente: «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales en una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno [...]» (4).

(4) En la misma sentencia se transcribe parte del artículo 10 del Convenio, conforme al cual:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas [...].

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la repu-

Y siguiendo con el carácter especial de las Fuerzas Armadas, en opinión doctrinal, dos grupos de razones justifican la pervivencia de su estatuto especial:

- La voluntariedad del ingreso (5),
- y el respeto a determinados principios que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se centran en la *neutralidad política* de una parte y en el de la *jerarquía* de otra (6).

Además, la limitación de los derechos de los militares responde, además, a dos principios básicos:

- La conveniente *despolitización* del Ejército.
- La necesidad de *mantener la disciplina* y el *principio de jerarquía*, principios imprescindibles, en palabras del Tribunal Constitucional, como hemos dicho antes, y de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

III. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES

En la actualidad se observa una cierta ampliación del derecho a la libertad de expresión de los militares. Por el contrario, como esta Sala ha dicho en

tación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

Asimismo, la referida STEDH, de 20 de mayo de 2003, dijo:

«...El Tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales en una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno. A reserva del párrafo 2 del artículo 10, vale no solamente para las “informaciones” o “ideas” admitidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquéllas que chocan, disgustan o inquietan: así lo quiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no es una “sociedad democrática”. Como señala el artículo 10 del Convenio, esta libertad está sometida a excepciones que deben, sin embargo, interpretarse estrictamente y la necesidad de cualquier restricción debe de estar establecida de manera convincente (ver, entre otras, sentencias Janowski vs Polonia [TEDH 1999/77], núm. 25716/94, ap. 30, TEDH 1999-I; Nilsen y Johnsen vs Noruega [TEDH 1999/59], núm. 23118/1993, ap. 43, TEDH 1999-VIII, y Fuentes Bobo vs España [TEDH 2000/90], núm. 39293/1998, 20-02-2000, ap. 43).

El adjetivo “necesaria”, en el sentido del artículo 10.2, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”. Los Estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de dicha necesidad, pero este margen corre parejo con el control europeo, tanto sobre la Ley como sobre las disposiciones que la aplican, incluso cuando emanan de una jurisdicción independiente. El Tribunal es, pues, competente para resolver en última instancia sobre si una “restricción” se concilia con la libertad de expresión que protege el artículo 10 (sentencia Janowski —TEDH 1999/77—, anteriormente citada, ap. 30).

(5) El argumento de la voluntariedad del ingreso en las Fuerzas Armadas, sometido en la actualidad a fuertes críticas, ha sido utilizado por el TEDH en el caso Kalaç contra Turquía de 1 de julio de 1997.

(6) Así, el principio de neutralidad política aparece claramente expresado en la STEDH de 20 de mayo de 1999, caso Rekvenyi contra Hungría, y el de la disciplina, entre otras, en la conocida sentencia Engel y otros contra Países Bajos [TEDH 1976/3], posteriormente desarrollada y ampliada en el caso Larissis y otros contra Grecia, de 24 de febrero de 1998, donde, entre otras cosas, se considera a esta estructura jerárquica como «propia de la condición militar».

ocasiones precedentes, se trata de garantizar por una parte la disciplina y la neutralidad política de las Fuerzas Armadas y, de otra, que no se reduzca a sus miembros al puro silencio (especial referencia hemos de hacer a nuestras sentencias de 23 de marzo de 2005 y 11 de febrero de 2005).

El problema se circunscribe a precisar los casos en que los militares *no pueden ampararse en el derecho a la libertad de expresión a la hora de emitir sus opiniones o ideas*. La respuesta nos la da el TEDH, cuya doctrina precisa que sólo cabe limitar el derecho de expresión de los militares cuando *exista una «necesidad social imperiosa», lo que ocurrirá allí donde pueda tener lugar una amenaza real para la disciplina y la cohesión interna de las Fuerzas Armadas* (7).

Pero es que en el supuesto de hecho no existía una necesidad social de limitar el derecho del sancionado a criticar la labor del General L. C. A. en su condición, no de militar, sino de Director del Museo del Aire.

Sus expresiones no constituyeron una amenaza real para la disciplina del Ejército al limitar su crítica, no a aspectos castrenses, sino a aspectos meramente burocráticos o de gestión. Consecuentemente, la crítica efectuada al Director del Museo del Aire estaba en principio amparada en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

Ahora bien, las libertades del artículo 20.1.a) CE no protegen, según una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, los simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones injuriosas o innecesarias a la hora de emitir cualquier crítica, opinión o idea, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad al ofendido (8).

(7) Que en su sentencia de 21 de enero de 1999 [TEDH 1999/77], Caso Janowski vs Polonia afirma que:

«Ha quedado establecido que el Convenio es válido en principio para los miembros de las Fuerzas Armadas y no solamente para los civiles. Al interpretar y aplicar las normas de dicho texto ... el Tribunal debe estar atento a las particularidades de la condición militar y a sus consecuencias en la situación de los miembros de las Fuerzas Armadas. Recuerda, a este respecto, que el artículo 10 no se detiene a las puertas de los cuarteles. Es válido tanto para los militares como para las demás personas dependientes de la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, como ya dijo el Tribunal, el Estado debe poder restringir la libertad de expresión allá donde exista una amenaza real para la disciplina militar, no concibiéndose el funcionamiento eficaz de un ejército sin unas normas jurídicas destinadas a impedir que se socave dicha disciplina. Las autoridades internas no pueden, sin embargo, basarse en tales normas para obstaculizar la manifestación de opiniones incluso cuando sean dirigidas contra el Ejército como institución (sentencias Engel y otros [TEDH 1976/3, anteriormente citada], pág. 23, ap. 54, Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi vs Austria, de 19 de diciembre de 1994, serie A, núm. 302, pág. 17, ap. 36, y Grigoriades vs Grecia, de 25 de noviembre de 1997 [TEDH 1997/95], repertorio de sentencias y resoluciones 1997-VII, págs. 2589-2590, ap. 45)».

(8) El Tribunal Constitucional (STC núm. 49/2001, de 26 de febrero) ha declarado que:

«...el artículo 20.1 no garantiza un pretendido derecho al insulto el artículo 20.1.a) CE (SSTC 105/1990, de 6 de junio, F. 8; 85/1992, de 8 de junio, F. 4; 336/1993, de 15 de noviembre, F. 5; 42/1995, de 13 de febrero, F. 2; 173/1995, de 21 de noviembre, F. 3; 176/1995, de 11 de diciembre, F. 5; 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 200/1998, de 14 de octubre, F. 6; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 11/2000, de 17 de enero, F. 7), pues la «reputación ajena», en expresión del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso Lingens, de 8 de julio de 1986 [TEDH 1986/8], §§ 41, 43 y 45;

El derecho al honor opera como un límite insoslayable que la misma Constitución impone al derecho a expresarse libremente (art. 20.1.a CE), prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación.

La cuestión a dilucidar se centra en examinar si alguna de las expresiones de la carta integran una intromisión ilegítima en el honor del General, o si, por el contrario, tal vulneración no se produjo por estar aquellas declaraciones amparadas en la libertad de expresión (art. 20.1 CE), a la vista de las concretas circunstancias que concurren en el presente caso.

Para realizar la ponderación debe tenerse en cuenta la relevancia pública del asunto (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 121/1989, de 3 de julio; 171/1990, de 12 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre, y 178/1993, de 31 de mayo) y el contexto en que se producen las manifestaciones enjuiciables (STC núm. 107/1988).

El Tribunal entiende que se trata de expresiones insultantes o vejaciones que provocan objetivamente el descrédito de la persona a que se refieren. Según la sentencia, «nos encontramos en presencia en algunos casos de afirmaciones carentes de fundamento o, por lo menos, no probadas (que permaneció como Director del Museo por pertenecer a un grupo fáctico común al Ministro anterior) y en otras, de frases claramente insultantes («con increíble desfachatez», «pintoresco personaje») constitutivas de una intromisión ilegítima». Por lo que las expresiones enjuiciadas conforman una clara intromisión ilegítima en el derecho al honor del Director del Museo del Aire, habiendo transgredido, en su consecuencia, el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

RESUMEN

DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Críticas al Director del Museo del Aire vertidas en una carta dirigida al General del Ejército y Jefe del Estado Mayor de la Defensa. Están amparadas por la libertad de expresión al no constituir una amenaza real para la disciplina del Ejército. Pese a ello, dichas críticas vulneran el derecho al honor del Director del Museo, al referirse a éste de forma insultante e injuriosa, sobrepasándose así los límites del derecho a la libertad de expresión de que goza el expedientado.

ABSTRACT

RIGHT TO HONOUR AND FREEDOM OF SPEECH

Criticism aimed at the director of the Air Museum in a letter addressed to the army general and chief of staff of defence. The criticism is protected by the writer's right to freedom of speech, as it does not pose any real threat to army discipline. It does, however, violate the museum director's right to honour by referring to him in an insulting, offensive way, overstepping the bounds of the freedom of speech enjoyed by the writer, who is now under inquiry.

caso Barfod, de 22 de febrero de 1989 [TEDH 1989/3], §34; caso Castells, de 23 de abril de 1992 [TEDH 1992/17], §§ 39 y 42; caso Thorgeir Thorgeirson, de 25 de junio de 1992 [TEDH 1992/52], § 63 y sigs.; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992 [TEDH 1992/56], §§ 34 y 35; caso Bladet Tromsø y Stensaas, de 20 de mayo de 1999 [TEDH 1999/22], §§ 66, 72 y 73), constituye un límite del derecho a expresarse libremente».

2. Familia

REQUISITOS LEGALES DEL ADOPTANDO MAYOR DE EDAD (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

La adopción se configura como un instrumento de integración familiar referido esencialmente a quienes más lo necesitan, los menores de edad, hasta el punto de que en su Preámbulo la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción) proclamaba que sólo es aplicable a los menores de edad «salvo supuestos muy excepcionales».

En este sentido, el nuevo artículo 175.2 del Código Civil pasó a establecer que únicamente podrían ser adoptados los menores no emancipados y, por excepción, sería posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no ininterrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido los catorce años.

En su nueva redacción, el artículo 175 del Código Civil venía así a amparar aquellos supuestos en que hubiera existido una realidad fáctica de plena integración, a todos los efectos, del adoptando en el entorno familiar del adoptante.

De este modo, *la posibilidad de adoptar al mayor de edad se ve circunscrita a los supuestos excepcionales a que se refiere la Ley*: mayores de edad y emancipados que hubieren convivido ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de haber cumplido los catorce años y hasta la emancipación, que podrá tener lugar por cualquiera de las causas del artículo 314 del Código Civil, entre las que se incluye la mayoría de edad.

El artículo 117.2 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (Código de Familia) (LA LEY, 3240/1998), que reproduce el artículo 175.2 del Código Civil, se podrá adoptar a una persona mayor de edad

(1) AP de Barcelona, Sección 18.^a, Auto de 14 de noviembre de 2007. Ponente: García Esquius, Ana María Hortensia. LA LEY 236017/2007.

Vid., en el mismo sentido: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, Auto de 15 de febrero de 2001, recurso 939/2000 que señala que «la posibilidad de adoptar al mayor de edad se ve claramente circunscrita a los supuestos excepcionales a que se refiere la ley: mayores de edad y emancipados que hubieran convivido ininterrumpidamente con el adoptante antes de haber desde antes de haber cumplido los catorce años de edad y hasta la emancipación que podrá tener lugar por cualquiera de las causas del artículo 314 del mismo Código Civil, entre las que se ha de incluir, lógicamente, el cumplimiento de la mayoría de edad».

Y la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.^a, Auto de 28 de septiembre de 2006, recurso 71/2006, que al tratar el tema de los apellidos de los adoptados mayores de edad dijo que en ese caso «pueden conservar los apellidos de origen si lo solicitan en el expediente de adopción (art. 128.4.º CF)».

o emancipada siempre que en cualquiera de los dos supuestos haya convivido ininterrumpidamente con la adoptante desde antes de haber cumplido los catorce años, o si ha estado en situación de acogimiento preadoptivo o bien simple, si al menos ha convivido durante el año inmediatamente anterior a la mayoría y ha continuado conviviendo sin interrupción.

La adopción se refleja muy gráficamente en el antiguo brocardo *adoptio imitatur naturam*, es decir, que la adopción no viene más que a constituir jurídicamente una relación de filiación que ya se venía produciendo en la realidad con la plena integración familiar con la convivencia del adoptante que durante la situación de minoría del menor ha venido actuando como si de un progenitor se tratara, creándose un vínculo familiar, emocional y relacional que se prolongará más allá de la mayoría de edad del adoptando y aún cuando éste dejara de convivir con el adoptante tras la mayoría de edad, pues a semejanza de lo que ocurre con la filiación biológica, a la mayoría de edad del hijo le sigue su independencia y creación del propio núcleo familiar sin que ello signifique ni comporte la ruptura de aquél del que proviene, pues los lazos familiares se mantienen.

II. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS PARA EL ADOPTANDO MAYOR DE EDAD

En el caso, debe confirmarse el auto de instancia desestimatorio de la solicitud de adopción formulada por la demandante respecto de una mujer mayor de edad con filiación reconocida.

En el caso de autos, la adoptanda, nacida en 1959 y sin relación de parentesco con la demandante, mantiene con ésta una relación íntima de amistad y convivencia ininterrumpida que se remonta a 1972, cuando dicha adoptanda se instaló en la localidad en la que reside la adoptante.

La que más tarde será futura adoptanda «recién llegada, entabla amistad con ella y su esposo, que le ofrecen alojamiento y posibilidades de establecerse en su nuevo entorno y que, como se produjo la desvinculación de los padres biológicos que continuaban en su localidad de origen, y desatendieron sus obligaciones paterno-filiales, ello dio lugar al incremento de la dependencia afectiva hacia los cónyuges mantenida por una situación ininterrumpida de acogimiento y convivencia, haciéndose cargo de todos sus gastos hasta que contrajo matrimonio en 1977».

De tales hechos se deduce que el requisito de la convivencia «ininterrumpida» hasta los catorce años de edad exigido por el artículo 117.2 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña no se ha cumplido.

Tampoco se cumple el hecho que desde que alcanzara la mayoría haya continuado conviviendo en una situación similar a la del vínculo familiar a que se pretende equiparar la adopción, ni que haya existido una situación de fuerte vinculación afectiva.

Y no queda claro que la adopción responda a la necesidad de otorgar cobertura legal o reconocer la existencia de un vínculo emocional y afectivo entre la demandante y la adoptanda, análogo al de la filiación, en la medida en que la existencia de dicho vínculo no ha resultado probado.

III. ALCANCE DEL CARÁCTER «EXCEPCIONAL» DE LA ADOPCIÓN DE MAYORES DE EDAD

A la hora de adoptar a mayores de edad, la autoridad judicial no debe seguir una perspectiva tendente a velar por los intereses del adoptando, quien por ser mayor puede ya tomar sus propias decisiones con libertad, siendo innecesaria esa última valoración de la situación por su parte.

El control judicial se debe limitar, en principio, al examen de la observancia o no de los requisitos o presupuestos legales para que sea procedente tal adopción de mayores. Así, los jueces y Tribunales deben gozar de un cierto margen de libertad para apreciar la concurrencia o no de motivos suficientes para conceder la adopción, y ello por la insuficiencia de la norma vigente reguladora.

La razón jurídica de esta excepcionalidad es la asimilación de esa convivencia anterior a la mayoría de edad a la convivencia propia de la adopción de menores. Pueden haber surgido razones especiales que han impedido al adoptante que convivía con el adoptando no pedir la adopción durante la minoría de edad.

Por tanto, cualquier demanda reclamando la adopción de un mayor de edad tiene que producirse, como regla, *inmediatamente después de llegar a la mayoría de edad*.

El legislador ha querido proteger más allá de la mayoría de edad a quienes, habiendo cumplido durante la minoría los presupuestos para ser adoptandos y habiéndose producido una verdadera integración en la familia del adoptante, alguna circunstancia muy especial lo ha impedido o dificultado grandemente.

Por ello no existen razones suficientes para admitir la adopción de un extraño mayor de edad, como ocurre en el caso analizado.

RESUMEN

ADOPCIÓN DE MAYOR DE EDAD

La posibilidad de adoptar al mayor de edad se ve circunscrita a los supuestos excepcionales a que se refiere la Ley: mayores de edad y emancipados que hubieren convivido ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de haber cumplido los catorce años y hasta la emancipación existiendo, además, una situación de fuerte vinculación afectiva.

ABSTRACT

ADOPTION OF A PERSON OF LEGAL AGE

The possibility of adopting a person who is already of legal age is restricted to the exceptional cases referred to by law: The emancipated person of legal age must have lived uninterruptedly with the adoptive parent from before the age of 14 until emancipation, and there must also be a strong emotional bond.

1.3. Derechos reales

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NECESIDAD DE EXPRESAR LA CAUSA EN LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. LA CAUSA Y EL REGISTRO

¿El sistema registral es causalista? Nuestro sistema civil es eminentemente causal, y de eso ya no cabe duda, pero nos preguntamos desde estas líneas si el sistema registral, al igual que el civil, dentro del cual se encuadra, es asimismo causal, y si la causa es tan necesaria como en aquél, y si debe o no expresarse en el mismo (en los asientos).

Para ello debemos empezar por decir que al hablar de causa en el Registro, nos estamos refiriendo a la causa del negocio o acto que ocasionó la modificación jurídico-real —pues ese es el objeto del Registro—, que es la que tiene la eficacia transmisiva o creadora de dicho derecho real y que debe incorporarse con él al Registro, y de la cual va a depender la validez y eficacia del derecho. Por lo tanto, es la causa del negocio inscribible a la que nos vamos a referir, olvidándonos de la causa de la atribución y la causa de la obligación.

La Dirección General se ha manifestado en numerosas ocasiones sobre la necesidad de causa en los negocios inscribibles, y además, como luego veremos, es necesario que se exprese en aquellos y conste en el asiento correspondiente, sin que quepa la presunción de causa del artículo 1.277 del Código Civil en el ámbito registral; haciendo entonces nuestro sistema registral, y desde mi punto de vista más causal, si cabe, que el propio civil.

Veamos, a continuación, la evolución jurisprudencial de las resoluciones sobre la necesidad de causa y de su expresión en el Registro.

II. LA NECESIDAD DE CAUSA

La Dirección General de los Registros y del Notariado tiene una posición claramente causalista del sistema registral, pues ha manifestado en una pluralidad de resoluciones la necesidad de que los títulos inscribibles en el Registro tengan causa, y que ésta es relevante.

Existió una primera resolución aislada en la que se siguió una concepción abstracta respecto a la causa del negocio a efectos de inscripción. Fue la RDGRN, de 31 de julio de 1928, hoy ya superada, en la que se pretendía inscribir una hipoteca en garantía de deuda ajena, en la que se afirma que no es necesario hacer constar las razones por las que se constituía hipoteca. La DGRN dice que según las doctrinas dominantes (las germanas) basta un acuerdo de voluntades o una declaración de voluntad unilateral para provocar un asiento registral, según recogía el artículo 138 LH. Además, admite la aplicación de la presunción de causa del artículo 1.277 del Código Civil en el ámbito hipotecario. Esta primera resolución no tuvo continuación y su doctrina se ha superado.

Con posterioridad a esta resolución, el resto de las resoluciones han seguido y mantenido una tesis causalista, en el sentido de exigir como necesaria la causa del acto o negocio inmobiliario inscribible.

Baste ver todas las relativas a la superación del consentimiento formal cancelatorio, abogando por su carácter causal. En este sentido, probablemente sea la RDGRN de 2 de noviembre de 1992 la más significativa, ya que se pronuncia abiertamente en contra de la admisión de un consentimiento formal en el consentimiento cancelatorio, y rechaza su posible abstracción, declarando rotundamente la causalidad del consentimiento para la cancelación, y, en concreto, lo hace con respecto a una cancelación de hipoteca. Los hechos que dan lugar a esta resolución parten de la denegación de la escritura de cancelación por parte del Registrador, por no expresar su causa. La DGRN resuelve la cuestión, remarcando el carácter causal de la cancelación y la necesidad de expresar dicha causa. Al ser siempre necesaria la causa, y como no se ha expresado, el Centro Directivo, deduce la renuncia como causa de ésta, de una declaración del acreedor hipotecario que expone que «libera de toda responsabilidad derivada de la hipoteca» a la finca en cuestión. El requisito de la causa lo exige el principio de determinación registral y es presupuesto de la función calificadora del Registrador —pues no son los mismos requisitos los que se exigen para la extinción de un derecho limitado por redención, que para la extinción por pago de crédito hipotecario, o para la extinción por donación; ni se exige la misma capacidad y autorizaciones para un acto de extinción que implique una renuncia o una enajenación a título oneroso, etc.—, además de venir exigido expresamente en el artículo 193.2 RH. Igualmente, aboga la Dirección General por la necesaria interpretación sistemática del artículo 82, con los artículos 2, 79 y 80 LH, que pone de relieve la causalidad del consentimiento cancelatorio.

Reitera la doctrina contenida en esta resolución, rechazando el consentimiento formal del artículo 82.1 LH, y abogando por un negocio cancelatorio causal, las siguientes Resoluciones: 22 de agosto de 1978, 27 de septiembre de 1999, 12 de septiembre de 2000, 20 de febrero de 2003 y 16 de octubre de 2006.

Antes de esta Resolución de 1992, otras también habían señalado que la causa es requisito necesario en una cancelación. Así parece extraerse de la RDGRN de 18 de enero de 1867, que determinó la procedencia de la práctica de una cancelación al tener una causa que la justifica. La RDGRN de 16 de junio de 1898, declaró la conformidad de una cancelación porque ha sido practicada en virtud de título y causa correspondiente, rechazándose, por tanto, su anulación. Ya, más recientemente, destaca la RDGRN de 3 de diciembre de 1986, en la que se dispone que «el consentimiento que anticipadamente presentara la parte vendedora no puede suplir esa deficiencia, pues si bien es cierto que los otorgantes pueden configurar otros supuestos de extinción del derecho inscrito distintos del pago del débito garantizado, no pueden prever un mecanismo cancelatorio que obvie la exigencia básica de justificación fehaciente de la realidad de la causa de la extinción que se pretende reflejar registralmente». Por lo tanto, no basta un consentimiento que no se apoye en la causa correspondiente, sino que, según se demuestra, la causa es un requisito indispensable en el negocio cancelatorio, sin ser una excepción la cancelación negocial de hipoteca.

Igualmente, son interesantes las resoluciones sobre el reconocimiento de dominio. La RDGRN de 18 de octubre de 1989 señala que no cabe inscribir el reconocimiento de dominio sin expresión de la causa del mismo, realizado por

el apoderado con facultades para determinados actos jurídicos, que no comprenden el mismo. Y la RDGRN de 19 de enero de 1994 va más allá, pues en ella se rechaza la inscripción de una escritura de reconocimiento de dominio sin expresión de su causa. Afirma la DGRN que no es inscribible dicha escritura porque en nuestro sistema jurídico el solo acuerdo de voluntades, aunque vaya seguido de la *traditio*, carece de virtualidad para provocar la transmisión del dominio; se precisa un título traslativo oneroso o gratuito que debe ir seguido de la tradición, y eso debe hacerse constar, pues es el único medio que el Registrador tiene para calificar los requisitos de capacidad y forma exigidos por la Ley. Varias son también las resoluciones sobre la causa en los negocios de atribución al carácter ganancial a determinados bienes inmuebles entre los cónyuges. En este sentido, la RDGRN de 26 de octubre de 1992 manifiesta que la inscripción de la transferencia de un bien privativo al patrimonio ganancial exige presentar el título o causa de la transmisión, no bastando por tanto el acuerdo de los cónyuges para agruparlo con otro solar ganancial y dar entonces dicho carácter a toda la finca agrupada; la RDGRN de 11 de julio de 1993 afirma que es imprescindible la exacta especificación de la causa para poder inscribir cualquier acto traslativo, conforme a los principios de legitimación y especialidad, por lo que no es inscribible la aportación de determinados bienes privativos a la sociedad de gananciales si no se expresa su causa. Sostienen lo mismo las RRDGRN de 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1999, 6 de marzo de 1997, 15 de diciembre de 1999, 6 de junio de 2001 y otras varias.

La RDGRN de 16 de octubre de 1989 señala la importancia de la causa del negocio a efectos de la unidad negocial de los pactos del mismo. La causa es imprescindible para la unidad causal de todo el contenido negocial, de forma que no se puede inscribir una transmisión dominical sin inscribir previamente la condición resolutoria en garantía de determinadas obligaciones.

Precisamente, basándonos en la doctrina de esta resolución, que compartimos, se nos hace muy difícil entender la RDGRN de 12 de mayo de 1994, en la que se permite la inscripción de una adquisición de dominio de un determinado inmueble, como consecuencia de ejercitar la opción de compra resultante de un contrato de leasing, sin necesidad de que conste previamente inscrito el leasing. Vulnera esta resolución el principio causal, el de tracto sucesivo y el de especialidad, pues no entendemos cómo permite transmitir ese dominio sin necesidad de hacer referencia alguna a su causa, que era el propio contrato de leasing. ¿Hemos de ver aquí la admisión de la inscripción de contratos abstractos? Desafortunada donde las haya, no creo que en esta resolución se dé pie a la abstracción. Simplemente la DGRN yerra al entender de forma equivocada la naturaleza del contrato atípico de leasing, pues considera que la compraventa resultante del derecho de opción de compra es un negocio independiente del contrato de leasing precedente; y, si es independiente, no es su causa, y por tanto no vulnera la causalidad. El problema es que la naturaleza del contrato de leasing como contrato atípico es, además, compleja, formada por varios negocios jurídicos unidos entre sí, con unidad causal y negocial, pues la compraventa final sólo es consecuencia del propio arrendamiento anterior, conformando todos ellos, de forma indisoluble, el contrato de leasing (1).

(1) Sobre esta Resolución y los problemas de la inscripción del leasing, véase GARCÍA GARCÍA, J. M., «El deterioro del sistema inmobiliario registral: la RDGRN de 12 de mayo de 1994», en *RCDI*, 1994, núm. 623, págs. 1645-1664; y GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., «Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1994», en *RDP*, año 80, mes 4, 1996, págs. 308-317.

No hay, por tanto, en estas resoluciones, atisbos de abstracción registral, ni siquiera en esta última, luego podemos afirmar, que la jurisprudencia registral reitera, confirma y defiende la tesis causalista.

II. NECESIDAD DE EXPRESIÓN DE CAUSA

Que la causa del negocio es fundamental, no cabe ninguna duda, pero, ¿es necesario, además, expresar la causa del negocio inscribible?, hemos visto que desde luego ese negocio debe ser causal, pero, ¿podemos aplicar al ámbito registral la presunción de causa del artículo 1.277 del Código Civil, o por el contrario, ésta no actúa en el Registro y debe expresarse siempre la causa?

La presunción del artículo 1.277 del Código Civil es una abstracción procesal, formal, que lo que hace es liberar al demandante de probar la causa del negocio en cuya virtud reclama, pasando la carga de la prueba al demandado a quien corresponderá probar su ilicitud o su ausencia, pero, por tanto, confirmando siempre, la necesidad de esa causa subyacente, no expresada, que existe siempre.

Esta presunción así concebida no puede aplicarse en el Derecho Hipotecario, no sirve, por tanto, la presunción establecida en el artículo 1.277 del Código Civil en este ámbito. No se puede aplicar esta presunción, porque, como dice la DGRN, en la RDGRN de 2 de noviembre de 1992: «1.º el destinatario de este precepto es el Juez y no el Registrador. 2.º Se trata de un precepto de alcance procesal. 3.º Se trata de una presunción de carácter procesal y mero alcance *iuris tantum*. 4.º Dicho precepto responde a la orientación espiritualista o aformalista que sigue el Código Civil en materia de contratación, que se cumplía si se exigiera la expresión formal de la causa. 5.º Que se crearía confusión al trasladar al ámbito hipotecario la aplicación del artículo 1.277 del Código Civil».

De igual modo, AMORÓS GUARDIOLA (2) afirma que la presunción del artículo 1.277 del Código Civil, «juega en el ámbito de la validez civil de los contratos, y aun dentro de éste con una eficacia principalmente procesal o probatoria, no sustantiva o material, y como tal presunción puede ser destruida por la prueba en contra, pero no alcanza al plano la publicidad registral que se rige por otros principios. El cumplimiento de un requisito imperativo y esencial para la validez del acto debe acreditarse en forma plena para que pueda estimarse realizado y pueda ser inscrito después de probar esa validez; no cabe a estos efectos una prueba presunta o incompleta». Confirma esta idea GARCÍA GARCÍA (3) al considerar inaplicable la presunción del artículo 1.277 del Código Civil en Derecho Hipotecario, pues en éste «la expresión de causa es fundamental a efectos de obtener una inscripción en el Registro».

La DGRN ha confirmado que la presunción de causa no puede aplicarse en el ámbito registral en las RRDGRN de 26 de mayo de 1999 y 28 de enero de 1999, en esta última se dice expresamente: «la causa como elemento esencial que es del propio contrato traslativo (arts. 1261.3 y 1.275 del Código Civil), ha

(2) Véase, AMORÓS GUARDIOLA, M., «La evolución de la doctrina española sobre la presunción de existencia de causa», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. 8, 1998, pág. 60.

(3) Véase, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 549.

de incluirse entre los extremos sujetos a calificación, de suerte que es necesaria su expresión en los títulos inscribibles sin que pueda jugar en el ámbito registral la presunción que establece el artículo 1.277 del mismo Código».

Si cuando no se expresa la causa de un negocio o acto inscribible, ésta no se puede presumir —pues no se puede aplicar el art. 1.277 del Código Civil—, se debería concluir que no existe causa alguna. Esto sería un absurdo, pues ya se ha demostrado que la causa existe siempre, y que no cabe un negocio abstracto. Por lo tanto, debido a las consecuencias que acarrearía la no expresión de causa —como se acaba de ver—, hay que afirmar que siempre debe expresarse la causa de la cancelación.

Las siguientes Resoluciones de la DGRN ponen de manifiesto la posibilidad y conveniencia de calificar la causa del acto o negocio jurídico que da lugar a una inscripción registral y, consecuentemente, se desprende de ellas la necesidad de que se exprese dicha causa para la correcta calificación y práctica del asiento registral correspondiente:

La RDGRN de 12 de marzo de 1930 rechazó la inscripción del título presentado, por no especificar exactamente la causa jurídica de la transferencia que se había producido, no siendo suficiente, a tal efecto, el concepto de adjudicación, por ser demasiado amplio. En concreto afirmaba que «ha de reconocerse que el concepto de adjudicación es tan amplio y puede depender de causas jurídicas tan diversas, que la manifestación de haberse adjudicado una finca por partes iguales a los cuatro hijos, sin indicar siquiera la causa jurídica de la transferencia, el tiempo en que se llevó a cabo, y la forma, verbal o escrita, en que se hizo, no se ajusta a los preceptos contenidos en los artículos 254 y siguientes del Reglamento Notarial, ni puede aspirar a los beneficios de la inscripción en un sistema hipotecario que, como el nuestro, exige la determinación específica de la base jurídica de toda transmisión de bienes». La RDGRN de 18 de mayo de 1955 rechazó, asimismo, la inscripción de la escritura presentada por aparecer descrita, en ésta, una causa —donación—, que no era la que efectivamente correspondía —convenio—. La RDGRN de 12 de febrero de 1958 puso de manifiesto la importancia de la causa, al ser uno de los requisitos esenciales del contrato y que, por lo tanto, debe de tenerse en cuenta a la hora de calificar la viabilidad o no de un documento presentado. La RDGRN de 3 de septiembre de 1982 insiste en la necesidad de acudir al título constitutivo —que engloba la causa— del derecho que se pretende inscribir, para averiguar su verdadero contenido y alcance conforme a lo que en él aparece expresado. La RDGRN de 30 de junio de 1987 establece la obligación del Registrador de atenerse a lo que resulte de la escritura presentada para la inscripción, donde la causa expresada en ella será lo que debe tener en cuenta a la hora de calificar el documento, y no otra cosa distinta. La DGRN de 8 de mayo de 2000, confirma la necesidad de que se exprese la causa de la aportación de los bienes a la sociedad de gananciales, y en un tema parecido la RDGRN de 15 de diciembre de 1999 rechaza la inscripción de la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales previa porque falta la expresión de la causa del desplazamiento patrimonial de un determinado bien. La RDGRN de 29 de julio de 1998 exige la expresión de causa —hecho de su levantamiento por el Juez o agotamiento de toda su eficacia por conclusión de la ejecución y adjudicación del bien trabado— en el mandamiento judicial que motiva una anotación de embargo. La RDGRN de 2 de noviembre de 1992 se manifiesta abiertamente a favor de la necesidad de

expresar la causa de la cancelación (4) cuando dice que «para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere la expresión de la naturaleza del título causal tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después, practicar debidamente los asientos que procedan. Esta misma doctrina ha de regir cuando, por consistir la vicisitud jurídico-real en la extinción o en la reducción de un derecho real inscrito, el asiento que proceda practicar sea un asiento de cancelación, total o parcial (cfr. arts. 79 y 80 LH), no ya sólo por exigirlo su naturaleza genérica de inscripción, sino también porque resulta impuesto por las normas específicas sobre cancelaciones: en aplicación del principio de determinación registral, se exige, entre las circunstancias del asiento de cancelación la expresión de la «causa o razón de la cancelación» (cfr. art. 193-2 RH). Y por último, la RDGRN de 18 de marzo de 1999 afirma con rotundidad: «la necesidad de expresar en el asiento cancelatorio la causa o razón determinante de esta actuación —cancelación— (cfr. arts. 103 LH y 193.1 RH)». En el mismo sentido y repitiendo la doctrina de estas dos últimas resoluciones, sobre la cancelación registral, como ya hemos mencionado antes, se encuentran las RRDGRN de 27 de septiembre de 1999, 20 de febrero de 2003 y 16 de octubre de 2006.

A la vista de todos estos pronunciamientos jurisprudenciales, podemos afirmar con total rotundidad que la causa, no sólo es necesaria, sino que debe expresarse siempre en el negocio inscribible y que debe, por tanto, plasmarse en el asiento registral correspondiente. De esta forma, el sistema registral es plenamente causalista, e incluso, podemos decir que más estricto que el civil, al no admitir la presunción de causa del artículo 1.277 del Código Civil.

RESUMEN

CAUSA

El sistema registral español es claramente causalista, lo que significa que el negocio o acto que ocasiona la modificación jurídico-real que llega al Registro, debe tener causa y además, ésta debe expresarse siempre en el título formal que recoge el acto o negocio, y por lo tanto, incorporarse con él al Registro de la Propiedad. En estas líneas hemos analizado la doctrina de la Dirección

ABSTRACT

CAUSE

The Spanish registration system is clearly cause-based, which means that the act occasioning any legal/real modification that reaches the registry must have a cause and in addition this cause must always be stated in the formal title containing the act and therefore incorporated with the title in the property registry. This paper analyses the doctrine of the Directorate-General of Registries

(4) A pesar de que la DGRN se manifiesta claramente a favor de la necesidad de expresar la causa de la cancelación, VALERO FERNÁNDEZ y MARTÍN MARTÍN lamentan que la misma, después de proclamar esta exigencia, «infiera la causa de expresiones tan dudosas como la del supuesto presente», ya que de la expresión «libera de toda responsabilidad derivada de la hipoteca» a la finca en cuestión, extrae la conclusión de que el acreedor ha renunciado a la dicha hipoteca. Véase VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., y MARTÍN MARTÍN, A. J., «Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General», en *RCDI*, 1993, págs. 1600-1605.

General de los Registros y del Notariado, proclive, siempre, a la necesidad de causa del sistema registral español.

and Notarial Affairs, which is always inclined toward the need for cause in the Spanish registration system.

1.4. Sucesiones

DIFERENCIA EN EL VALOR DE LOS LOTES DISPUESTA POR EL TESTADOR RESPETANDO LA LEGÍTIMA ESTRUCTA

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

1. PRECEPTOS APLICABLES DE LOS ARTÍCULOS 1.051 A 1.087 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.056 del Código Civil establece que cuando el testador hiciere la partición de sus bienes, ya sea por acto entre vivos o por última voluntad, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

El artículo 1.068 estipula que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

El artículo 1.075 del Código Civil establece que la partición hecha por el difunto sólo puede ser impugnada por causa de lesión cuando perjudique la legítima de los herederos forzosos o porque aparezca o racionalmente haya de presumirse que era otra la voluntad del testador. En este mismo sentido el artículo 1070.1 del Código Civil.

2. PLANTEAMIENTO

Con la partición culmina el proceso por el cual los llamados a una herencia adquieren los bienes hereditarios en el caso de ser varios los llamados. Mediante la partición se pone fin a la comunidad hereditaria al proceder a la adjudicación de los bienes. Este es su principal efecto, pues como dice Juan VALLET DE GOYTISOLO (1), es más correcto definirlo así que hacerlo por la cesación de la indivisión, puesto que la comunidad hereditaria puede convertirse en la partición en comunidad indivisa de todos y cada uno, o sólo de algunos, de los bienes.

Existen distintos tipos o clases de partición dependiendo de quien la lleva a cabo. En este análisis nos centraremos en la partición realizada por el testador. Supone la partición realizada por el testador una forma de precisar mejor la distribución de sus bienes con la ventaja añadida de intentar evitar las disputas a que suele dar lugar la partición de los bienes.

(1) Comentario al artículo 1.068 del Código Civil, pág. 445, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XIV, vol. 2, Edersa, 1989.

3. LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

En materia de sucesiones por causa de muerte, la voluntad del causante es la norma suprema que determina un especial régimen de impugnabilidad a la partición por él practicada. No cabe el ejercicio de las acciones de saneamiento por evicción o vicios ocultos, ni de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, salvo que conste su voluntad en contrario, lo que deberá ser probado por quien lo pretenda, según se desprende de los artículos 1070.1, 1.075 y 1.056 del Código Civil (2).

El artículo 1.056 dice que cuando el testador hiciere la partición de sus bienes *se pasará por ella*. La sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1945, ponía de manifiesto la amplia libertad que el artículo 1.056 otorga al testador «en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte».

La trascendencia del efecto de la expresión utilizada por el Código de que *se pasará por ella* cobra especial importancia en los supuestos de evicción y saneamiento de bienes objeto de la partición y en la materia de la posibilidad de impugnación (3).

La Dirección General de los Registros y el Notariado tiene declarado que el estado de comunidad hereditaria desaparece con la partición legalmente hecha, que levantando las limitaciones impuestas a cada uno de los llamados por el derecho de los demás confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados, y con ella las acciones para tomar posesión de los mismos, reclamarlos de sus coherederos, reivindicarlos de terceros e inscribirlos en el Registro de la Propiedad. Estos efectos se producen con máxima energía en el supuesto de que, con arreglo al artículo 1.056, el testador haya hecho la partición de sus bienes, puesto que ha de pasarse por la misma en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, y no puede ser impugnada por causa de lesión, fuera de ese caso, más que cuando aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador (Resolución de 13 de octubre de 1916).

La sentencia del Supremo, de 14 de junio de 1963, señala que si la testadora en el propio testamento hizo la partición de sus bienes entre los herederos, estos están obligados a acatar y respetar la partición hecha por aquélla.

4. NO HA DE PERJUDICAR LA LEGÍTIMA DE LOS HEREDEROS FORZOSOS

El Código impone un límite a la partición realizada por el testador: el respeto a la legítima de los herederos forzosos. Cuando el Código hace referencia a la legítima de los herederos forzosos ha de entenderse la legítima en sentido estricto, es decir, excluido el tercio de mejora, pues es bien sabido que la legítima amplia es tal respecto a los extraños pero no en cuanto a los legitimarios. Puede, por tanto, el testador mejorar a alguno de los legitimarios.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1962, manifestaba que sólo cabía la impugnación del testamento si perjudicaba las legítimas. Por

(2) M. PASQUAU LIAÑO, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por J. L. ALBÁCAR LÓPEZ y J. DE CASTRO GARCÍA, tomo III, Trivium, 1991, pág. 1202.

(3) VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.*, pág. 152.

no perjudicar la legítima, el Supremo entiende que no ha lugar al recurso de casación en la reciente sentencia de 29 de enero de 2008, en la que se pretendía anular la disposición testamentaria mediante la cual se procedía a la adjudicación de los bienes realizada en testamento notarial abierto, así como los cuatro testamentos notariales abiertos otorgados con posterioridad al citado anteriormente, y en los que con motivo de ventas efectuadas en vida de bienes inmuebles distribuidos en el primer testamento, se procedía a su sustitución por otros bienes. La base de la argumentación de la actora se encontraba en que, según ella, su madre creía que estaba distribuyendo de forma igualitaria sus bienes, interpretación que no se admitió, ya que la testadora explicaba en su testamento, de forma meridianamente clara, que había hecho las adjudicaciones «procurando la mayor justeza y equidad, y los herederos deberán respetarlas sin modificación alguna, aunque existiera alguna diferencia de valor. Si, a pesar de la voluntad de la testadora de mantener la justicia y equidad a que se hace mención, existiera alguna diferencia de valor, los herederos deberán respetar las hijuelas realizadas por la testadora conforme a la presente disposición sin modificación alguna...», toda vez que ninguno de ellos ha podido ser perjudicado en su legítima en virtud de la indicada partición, y deberá cualquiera de ellos soportar, si la hubiera, por causa de las hijuelas y adjudicaciones hechas, que deberán mantenerse en todo supuesto, una menor participación en los tercios de mejora y libre disposición».

De la sentencia anterior se desprende que la testadora no quiso la igualdad entre todos los herederos, que el criterio desigualitario que presidió la partición no perjudicaba la legítima de sus hijos y descendientes y que, incluso, previó el supuesto de que hubiera diferencias de valor en los bienes, ordenando que debían pasar por dicha partición reduciendo su participación en los tercios de mejora y libre disposición. Todo lo anterior lleva al alto Tribunal a la conclusión de que no existe error inducido o sustancial con relevancia jurídica anulatoria, pues la pretendida mayor justicia y equidad no equivale a la igualdad.

5. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO NO CORRESPONDE A LA CASACIÓN

El Supremo, en la sentencia de 29 de enero de 2008, dice que es doctrina reiteradísima el que «la interpretación de los testamentos es facultad de la instancia que debe ser mantenida en casación, salvo que se demuestre que es ilógica, arbitraria o incurra en evidentes errores de hecho». En este sentido, las sentencias de 30 de enero de 1997 y 21 de enero de 2003.

En numerosas ocasiones ha manifestado el Supremo que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia del pleito, analizando de nuevo todo el material probatorio (SSTS de 29 de enero de 2008, 9 y 14 de noviembre de 2001, 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2002, entre otras).

6. EFECTOS DE LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR

La sentencia del Supremo, de 21 de julio de 1986, dice que la partición realizada por el testador produce los mismos efectos que los que se derivan de la partición judicial o de la extrajudicial practicada por los propios herederos

o por albaceas o partidores que confieren a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados, sin perjuicio de las acciones de impugnación que puedan corresponderles si hay perjuicio en sus legítimas o porque aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador.

7. CONCLUSIÓN

La voluntad del testador debe alzarse por encima de la voluntad de los herederos, prevalecerá y no podrá ser impugnada si no perjudica la legítima o se deduce que es distinta la voluntad manifestada en una adjudicación participacional de la expresada en el propio testamento, en cuyo caso el heredero que se crea lesionado o que pretenda rescindir la partición deberá probar la voluntad del testador.

RESUMEN

PARTICIÓN POR TESTADOR

La partición de la herencia realizada por el testador. Análisis del posible error en la partición, dada la diferencia en el valor de los lotes. Conocimiento por parte del testador de la diferencia de valor de los lotes sin que llegue a perjudicarse la legítima.

ABSTRACT

PARTITION BY THE TESTATOR

Partition of the estate by the testator. Analysis of possible error in partition due to differences in lot value. The testator's knowledge of differences in lot value without actual detriment to the reserved portion.

1.5. Obligaciones y Contratos

EL CONTENIDO REAL DEL CONTRATO ES EL DETERMINANTE DE SU CALIFICACIÓN

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

1. INTRODUCCIÓN

Interpretar una norma es comprenderla, apropiarse de su sentido, captar el alcance y significado normativo de una regla, ya esté contenida en una ley, publica lex, o en un negocio jurídico, privata lex.

Interpretar un contrato consiste en averiguar el sentido de un supuesto de hecho que es un comportamiento humano, a diferencia de lo que sucede con la interpretación de la ley.

El intérprete tiene que concretar los datos, entre los que se encuentran sus afirmaciones, escritos, comportamientos relevantes, etc., también debe establecer su sentido contractual, buscando el propósito que anima a los contratantes, y precisando, en último término, ante qué contrato estamos y qué reglas debemos aplicar.

Nuestra doctrina distingue entre interpretación, como unas de las actividades que junto a la calificación y a la integración del contrato, se complementan a la hora de desentrañar cuál es el auténtico compromiso adoptado por las partes contratantes, su contenido y alcance. En realidad, hay que realizar al respecto, y por el siguiente orden, estas cuatro operaciones: 1) interpretación subjetiva o propiamente dicha; 2) calificación o conceptualización del contrato que han querido establecer los contratantes, es decir, dar un *nomen iuris* al contrato o a una parte del mismo, acorde con su tipo; 3) interpretación objetiva, y 4) por último, integración que presupone un contrato incompleto en su auto-regulación o declaración, las partes contratantes no pueden haber previsto todas las circunstancias que pueden acaecer en el futuro, las lagunas se completan, entonces, por medio de la integración.

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

La interpretación del contrato se rige por los principios de la primacía de la voluntad, auto-responsabilidad, y principio de confianza. La STS de 23 de mayo de 1935 señaló que en nuestro Código Civil puede admitirse, como regla general, que es preferente la voluntad real a la declarada, pero este principio debe atenuarse con estas dos restricciones:

- a) La divergencia ha de ser probada por quien la afirme.
- b) Cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, auto-responsabilidad, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, confianza, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración.

El principio de primacía de la voluntad se refiere a la voluntad común de los contratantes. Mientras que el artículo 1281.I del Código Civil establece que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas», el artículo 1281.II añade: «Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

La misión del intérprete consiste en averiguar la verdadera voluntad de los contratantes. Aunque el párrafo primero del citado artículo 1.281 efectúa una presunción en favor del sentido literal, cabe prueba en contrario. Por lo tanto, no cabe entender el aforismo de que no se interpreta lo que no está claro (1).

La jurisprudencia, en SSTs de 20 de diciembre de 1988 y 25 de febrero de 1994, aplica lo que llama *principio in claris non fit interpretatio*, haciendo prevalecer lo establecido en el artículo 1281.I del Código Civil cuando la redacción de la cláusula o contrato es suficientemente expresiva, precisa y clara, en

(1) Así lo disponen las SSTs de 31 de diciembre de 1997 y 6 de noviembre de 1998, pues el artículo 1.281 es un precepto que no excluye la interpretación, sino que la presupone.

cuyo caso no son de aplicar otras reglas interpretativas diferentes a la que corresponde el sentido gramatical, de carácter secundario o subsidiario, consignadas en los artículos 1.282 y siguientes del Código Civil» (2). Para la STS de 18 de marzo de 1997, el párrafo segundo del artículo 1.281 atiende a la eventualidad de que sea evidente una discrepancia de la voluntad o intención común de las partes con los términos literales, y entonces obliga a atenerse a la primera, de lo que cabe concluir que, ante términos claros del contrato, no debe buscarse ninguna voluntad que no aparece expresada.

3. CRITERIOS LEGALES DE INTERPRETACIÓN

Las normas del Código Civil sobre la interpretación del contrato se caracterizan por:

- a) Tener carácter imperativo, lo que explica que la STS de 17 de junio de 1986, admitiera el recurso de casación cuando se infringieron estas normas. La excepción la supone el artículo 1.289 del Código Civil, que establece un criterio supletorio, «cuando fuese absolutamente imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes».
- b) Los criterios de interpretación se complementan sin que prevalezcan unos sobre los otros (3).

Existen criterios de *interpretación subjetiva*, artículos 1.281 a 1.283 del *Código Civil*, en los que se busca la intención común de los contratantes, para juzgar su intención deberá atenderse a sus actos coetáneos y posteriores al contrato. También deberán tenerse en cuenta los actos anteriores o los contratos precedentes, lo cual nos permitirá una interpretación histórica del mismo. Aunque si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. En los contratos escritos ha de estarse a la letra de los mismos, en los verbales a las palabras pronunciadas, pero si las palabras fueran contrarias a la intención de los contratantes habrá de tenerse en cuenta la intención (4).

Por otro lado, los criterios de interpretación objetivos juegan con independencia de la voluntad de los contratantes, tratando de eliminar las dudas o ambigüedades y estableciendo pautas aplicables a toda interpretación. La *interpretación objetiva*, artículos 1.284 a 1.289 del *Código Civil* es subsidiaria de la subjetiva y sirve para suplir las lagunas resultantes de las declaraciones de voluntad contractuales. No debemos dejar de lado la existencia del principio de conservación del negocio, en base al cual es ilógico pensar que celebrado un contrato o insertada una cláusula en el contrato por las partes, éstas no han querido nada. Por lo que si alguna de las cláusulas contractuales admite diversos sentidos, se estará a lo más adecuado para que se produzca efecto.

Cabe realizar una interpretación sistemática del contrato, pues las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas con las otras, atribuyéndose

(2) Como mantienen las SSTs de 19 de marzo y 19 de junio de 1999, entre otras.

(3) Autores como DE CASTRO, DIEZ-PICAZO, LÓPEZ LÓPEZ y CLAVERÍA, dan valor preferente a los criterios subjetivos.

(4) Cabe citar, a este respecto, las SSTs de 20 de julio de 1994 y de 21 mayo de 1997.

a las dudosas el sentido que resulte de todas ellas, a fin de resolver contradicciones, no sólo entre cláusulas sino entre diversos contratos que forman una unidad negocial.

Además, las palabras que puedan tener diversas acepciones se entenderán de acuerdo a las más conforme naturaleza y objeto del contrato (art. 1.286 del Código Civil). En este precepto, naturaleza equivale a tipo contractual, y objeto a fin económico-social: el ejemplo típico es el término resolución, que tiene un sentido diverso en la compraventa y en el arbitraje.

El uso o la costumbre de un país es un criterio interpretador de las ambigüedades del contrato, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse (art. 1.287 del Código Civil). Así ocurre, por ejemplo, en el caso de que se emplee la palabra fanega, medida de extensión variable, según la comarca.

Se sanciona a quien viola el deber de explicarse con claridad. Es una concreción del principio de la buena fe, pues afirma que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (art. 1.288 del Código Civil). Advierte la STS de 27 de septiembre de 1996, que «este precepto no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos, y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido sino que origina varios en análogo grado de credibilidad».

Si resultase absolutamente imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, se otorgan las siguientes reglas: si las dudas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses, y si fuere oneroso a favor de la mayor reciprocidad de intereses, pero si recayeren sobre el objeto principal del contrato y no puede conocerse cuál fue la verdadera intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

En la órbita del recurso de casación, tiene establecido la jurisprudencia, en las SSTs de 26 de enero y 19 de febrero de 1996, entre otras muchas, que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer sobre el de los recurrentes, a menos que se demuestre que aquél sea ilógico o carente de racionalidad.

4. ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 1.281 A 1.289 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.281 del Código Civil es el primero de los que componen el Capítulo IV (Título II, Libro IV) dedicado a la «interpretación de los contratos».

La interpretación del contrato es aquella operación que consiste en mostrar la explicación y el significado del mismo, con la finalidad básica de establecer el alcance de la vinculación entre las partes, especialmente en función del cumplimiento o ejecución de aquél.

Nuestro Derecho, a tenor del contenido de las normas que regulan la interpretación contractual, parece inclinarse por la teoría subjetiva, pues la intención de los contratantes tiene decisiva importancia e incluso obliga a su investigación. Así, el Tribunal Supremo ha apoyado la orientación subjetivista, pero con atemperaciones de signo objetivista.

La interpretación es, ante todo, una cuestión de hechos y en la actualidad, la doctrina mayoritaria sostiene que las normas de interpretación, como nor-

mas jurídicas que son, sujetan la interpretación a determinadas reglas de Derecho que no pueden ser ignoradas por el Juzgador.

Además, la interpretación literal excluye averiguar la supuestamente encubierta, de manera que la aplicación del párrafo segundo del artículo 1.281, que comentamos, se encuentra subordinada a que no conste, por aplicación del párrafo primero, cuál sea la verdadera intención de los contratantes, pues, si pese a la claridad de los términos empleados éstos «dejan dudas» sobre la intención de los contratantes, prevalecerá la que se estime «intención evidente» de los mismos, aunque las palabras parezcan contrarias a la misma. Las «dudas», por tanto, tienen, como punto de referencia, las palabras claras, precisamente, porque, no obstante las mismas, aflora una «intención evidente» de los contratantes que no se corresponde con las palabras. En definitiva, la norma presupone la coincidencia entre expresión clara y voluntad interna, por ello debe atenderse con preferencia a lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 1.281, y, sólo cuando su aplicación resulta insatisfactoria ha de acudir a la utilización de las demás reglas hermenéuticas. No se debe, en consecuencia, tergiversar lo que, en principio, aparece claro.

Es precisa pues, una previa interpretación para llegar a la correcta calificación del contrato, la cual está por encima de la declaración y de la voluntad de los sujetos: «los contratos son lo que son y no lo que las partes digan», ha manifestado la doctrina, y así lo ha seguido la jurisprudencia en las SSTS de 22 de octubre y 10 de noviembre de 1986, 7 de julio de 1987, 3 de mayo de 1993 y 28 de septiembre de 1998.

La función del intérprete es indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, y la reciente jurisprudencia opta por el denominado «canon de la totalidad», es decir, el que se deriva de la aplicación combinada de las reglas de interpretación sistemática (art. 1.285 del Código Civil) y objetiva o finalística (arts. 1.286 y 1.289 del Código Civil), y como elementos correctores, los principios de conservación del negocio (art. 1.284 del Código Civil) y buena fe (art. 1.288 del Código Civil), siendo ya constante la doctrina jurisprudencial en el sentido de que son estas reglas, y no aisladamente cualquiera de ellas, las que deben presidir la hermenéutica contractual (SSTS de 3 de febrero de 1998 y 19 de febrero de 1996).

La jurisprudencia es reiteradísima en orden a que la interpretación del contrato es facultad del Tribunal de instancia, no susceptible de revisión en casación, salvo si resulta ser ilógica, absurda o contraria a derecho: en este sentido cabe citar, entre otras, las SSTS de 30 de octubre y 10 y 22 de noviembre de 1982; 17 de marzo y 23 de mayo de 1983; 4 de mayo de 1984; 26 de septiembre de 1985; 28 de febrero de 1986; 23 de septiembre y 10 de octubre de 1987; 1 de junio y 14 de octubre de 1988; 29 de marzo de 1989; 22 de febrero de 1990 y 18 de enero y 9 de abril de 1991; 15 de febrero, 19 de febrero, 1 de abril, 9 de abril, 18 de julio, 30 de octubre, 5 de noviembre, 23 de noviembre, todas ellas de 1996; 5 de marzo, 14 de mayo, 23 de junio, 23 de julio, todas ellas de 1997; 24 de febrero, 25 de febrero y 10 de junio de 1998; 11 y 19 de junio, 20 de julio, 2 de octubre, 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1999; 20 de enero de 2000; 11 de marzo, 21 de abril, 28 de noviembre y 2 de diciembre de 2003, y 23 de enero de 2004.

La doctrina jurisprudencial más general ha señalado que las normas o reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales, tiene rango preferencial y prioritario la

correspondiente al párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal, así lo disponen las SSTs de 20 de mayo de 1991 y 1 de junio de 1997.

La interpretación de la literalidad de los contratos, conforme al artículo 1.281 del Código Civil, se impone y resulta prioritaria en cuanto pone de manifiesto la intención y voluntad de sus otorgantes, de tal manera que no cabe la posibilidad de entrar en juego las demás reglas de hermenéutica contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, tal y como manifiestan las SSTs de 10 de mayo de 1991, 30 de marzo de 1992, 1 de marzo de 1993, 29 de marzo de 1994 y 28 de marzo de 1996.

El artículo 1.282 del Código Civil trata de indagar acerca de la común voluntad de los contratantes mediante nuevos datos que no son ya las meras palabras, sino que toma en consideración las conductas de éstos, según las secuencias contractuales, puesto que sus actos concretos manifiestan, en principio, lo que quieren en relación con su verdadera voluntad.

La referencia al carácter «principal» que, en este sentido asumen los actos «coetáneos» y «posteriores» al contrato, significa dos cosas: 1) Que, como lo que se indaga es la voluntad común de los contratantes, obviamente, los actos que más vigor interpretativo tienen son los que ocurren cuando esa voluntad se está formando (actos coetáneos), o cuando, ya formada, se ejecuta o da pie a su ejecución (actos posteriores). 2) Que su consideración de elementos primordiales no excluye otros datos que sirven a la averiguación de la voluntad, entre éstos, los actos anteriores o preparatorios del contrato.

La interpretación de los contratos, aunque haya de partir de la expresión contenida en las palabras, no puede hacerse en el sentido gramatical de las mismas, y ha de indagar la intención de las partes y el espíritu y finalidad que hayan presidido el negocio, como así vienen a sancionarse en el artículo 1.282, que ahora estudiamos, y como lo disponen las SSTs de 14 de abril de 1944, 14 de enero de 1964 y 18 de julio de 1994.

El artículo 1.282 se presenta como complemento, a los fines de interpretación de los negocios jurídicos, de la regla contenida en el párrafo 2.º del artículo 1.281 pues, como viene repitiendo esta Sala, la finalidad de este artículo radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes, para juzgar de cuál el intérprete deberá atenerse, principalmente, a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, lo que tampoco excluye a los anteriores, tal y como declara la STS de 30 de septiembre de 1993.

La interpretación de los contratos ha de atenerse a la voluntad bilateral o «común» de ambas partes, quedando excluida como regla general la mera voluntad «interna» de cualquiera de las partes o de las dos, que puede servir, no obstante, para concretar aquella común, de modo que la voluntad interna de un contratante no tendrá efectos si, por su declaración o manifestación, el otro, según los usos y buena fe, entendió cosa distinta a aquélla, siendo esta dirección objetivista la que conduce a que, en caso de discordia, sean los Tribunales los que hayan de pronunciarse acerca del sentido que ha de darse a los pactos, a tenor de normas aplicables al texto prefijado, citando a este

respecto las SSTs de 17 de febrero de 1981, 28 de diciembre de 1982, 14 de mayo y 8 de noviembre de 1983.

El artículo 1.283 del Código Civil contiene una regla interpretativa que redundante, desde la perspectiva de las palabras empleadas para la expresión de la voluntad común contractual, en los principios ya expresados al comentar los artículos precedentes. Tal regla, coincidente con la prevalencia de la intención sobre las palabras, se formula de manera que explicita la necesidad de adecuar la intencionalidad de las partes contratantes a la literalidad empleada en la expresión de la voluntad contractual, pues las «cosas» parecen referirse al objeto del contrato y los «casos» a los supuestos de hechos que reflejan.

El precepto no sólo veda la interpretación extensiva de las palabras de las partes sino, también, la restrictiva, en definitiva, exonera la búsqueda de la real voluntad común.

Los artículos 1.281 y 1.283 del Código Civil en cuanto sancionan el principio de interpretación literal de las cláusulas contractuales y la prohibición de que puedan entenderse comprendidas en un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, no vedan ni pueden vedar a los Tribunales de instancia la posibilidad de llegar por un análisis conjunto y sistemático de varias estipulaciones determinantes de las recíprocas pretensiones de los intervinientes en el negocio jurídico, a fijar el alcance de tales prestaciones, así lo dispone la STS de 30 de noviembre de 1992.

El artículo 1.283, al igual que el 1.281, contiene un principio de interpretación literal de las cláusulas contractuales y la prohibición de que puedan entenderse comprendida en ellas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, como disponen las SSTs de 30 de diciembre de 2003 y 12 de noviembre de 2004.

El artículo 1.284 del Código Civil impide el empleo de términos equívocos con diversos sentidos o incluso contrapuestos que conduzcan a una interpretación absurda que prive de efectos a una cláusula o al contrato mismo. La lógica impone que la cláusula, o el contrato se interprete, en atención a su finalidad y, por tanto, otorgando efecto al sentido o acepción más conforme con la naturaleza del contrato.

Es presupuesto ineludible para la aplicación del precepto que los diversos sentidos que admita el contrato o una cláusula del mismo susciten dudas sobre el efecto pretendido o su ineficacia, pues no se trata de establecer un efecto que las partes no quieran. No obstante, que el precepto implícitamente acoja el principio de conservación del contrato al establecer una regla que responde a favor del negocio, su tenor, en conjunto, se mantiene fiel a la prevalencia de la interpretación subjetiva, pues el efecto que se considere, produce, hay que deducirlo de la intención de las partes.

El artículo 1.284 sólo entra en juego cuando la intención de las partes al contratar no ha podido ser precisada a través de las normas o reglas contenidas en los precedentes artículos 1.281 y 1.282, tal y como refleja la STS de 28 de septiembre de 1996.

El artículo 1.284 está dictado, como ha repetido ya una vetusta doctrina jurisprudencial, en las SSTs de 18 de febrero de 1974, 30 de mayo de 1991 y 11 de marzo de 2003, para excluir una interpretación que haga las cláusulas de un contrato baldías, inútiles o ilusorias.

El artículo 1.284 impide que el empleo de términos equívocos, con diversos sentidos o incluso contrapuestos, conduzca a una interpretación absurda

que prive de efectos a una cláusula o al contrato mismo. Este artículo sólo entra en juego cuando la intención de las partes al contratar no ha podido ser precisada a través de las normas o reglas contenidas en los precedentes artículos 1.281 y 1.282 y lo mantiene la STS de 28 de septiembre de 1996. En realidad, el precepto presupone que en el método interpretativo a seguir se atienda al contrato en su conjunto, o con otras palabras, se proceda a realizar una interpretación sistemática del mismo.

El artículo 1.285 del Código Civil manda interpretar las unas por las otras las cláusulas de los contratos, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, lo cual fue infringido por el Tribunal *a quo* al interpretar el contrato con apoyo en una de sus cláusulas prescindiendo de otra que venía a delimitar el alcance del supuesto derecho a rescisión que una de las partes se atribuía, tal interpretación impugnada desatiende el elemento sistemático resultante del conjunto de lo acordado y como declaró la STS de 18 de octubre de 1962, la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás sino en el todo orgánico que constituye.

La interpretación de la totalidad del contrato, artículo 1.285, es insoslayable para indagar la intención de las partes, artículo 1.281, la cual «no se puede encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye, tal y como disponen las SSTS de 18 de octubre de 1962, 30 de octubre de 1963, 30 de noviembre de 1964, 20 de febrero de 1966, 2 de febrero de 1975, 5 de febrero de 1985, 18 de junio de 1992, 20 de abril de 1993, 10 de mayo de 1994 y 19 de octubre de 1995».

Es doctrina jurisprudencial consolidada que el artículo 1.285 proclama el principio de interpretación sistemática, el cual tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye. Y en este mismo sentido se manifiestan las SSTS de 24 de junio y 4 de diciembre de 1989, 21 de febrero y 23 de junio de 1991, 22 de mayo de 1992 y 26 de abril de 2002.

El artículo 1.286 del Código Civil destaca la referencia a la «naturaleza y objeto del contrato», como razón de entendimiento de las palabras que tengan «distintas acepciones». El artículo presupone que la interpretación literal no ha bastado para establecer el sentido de determinadas cláusulas o del contrato, precisamente porque las palabras empleadas obligan a establecer entre varias acepciones, una, justo la que sea «conforme» con la naturaleza del contrato.

Se trata de buscar un elemento relativamente objetivo que oriente sobre el verdadero sentido de las cláusulas, obviando las equívocidades de los términos empleados pues, la expresión «objeto» parece aludir a la finalidad del mismo que remite igualmente a la causa, así lo refleja la STS de 12 de abril de 2003.

El artículo 1.287 del Código Civil recoge dos hipótesis diferenciadas que se resuelven con la aplicación de un elemento común. La primera se refiere al supuesto de que el contrato contenga ambigüedades, puestas de relieve durante la tarea hermenéutica. La segunda, que en el contrato se hayan omitido cláusulas «que de ordinario suelen establecerse». En ambos casos la norma dispone que se acuda al «uso o a la costumbre del país», a los fines de aclarar las ambigüedades o completar el contenido del contrato. El «uso o la costumbre del país», son datos externos al contrato, llamados a la tarea hermenéutica, como remedio externo, en defecto, por tanto, de otros criterios cuando la ambigüedad sea patente, o clara la omisión de cláusulas.

El artículo 1.287, que comentamos, en su función de integración interpretativa, se refiere a un uso no probado, pues no puede considerarse como tal el hecho de que en los contratos del tracto sucesivo o de ejecución diferida se establezca el plazo de cumplimiento de sus obligaciones por los contratantes, lo cual evidentemente no es un uso observado sólo en el lugar en que se celebró el contrato, que es a lo que se refiere el artículo 1.287, sino una estipulación a establecer en toda clase de contratos y en todo el territorio nacional y cuya omisión en un determinado contrato puede ser suplida por los Tribunales, tal y como dispone la STS de 30 de abril de 1994.

El artículo 1.288 del Código Civil, por su parte, alude a «cláusulas oscuras» entendidas en el sentido de proporcionar interpretaciones de signo favorable como no favorable a una de las partes, de tal forma que si hubiere una parte causante de la oscuridad, la interpretación que se elija no deberá ser la favorable a ella. La regla *contra preferentem* que contiene este precepto, se apoya en los deberes que impone la buena fe en la contratación, de modo que cada contratante asume la carga de expresarse con la claridad conveniente al efecto de conseguir una voluntad común, basada en el pleno conocimiento. El contratante que libera mal o inapropiadamente esa carga, originando oscuridad, responde ante el otro de las consecuencias de la misma, que, en lo que concierne a la interpretación del contrato, se traduce en la imposibilidad de obtener ventajas o beneficios derivados de aquélla. La regla tiene su campo de aplicación abonado en los contratos de adhesión y en las condiciones generales, pero no se trata de una norma rígida ni absoluta y para su aplicación ha de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, de esta manera resulta relegado el precepto, así lo dispone la STS de 17 de octubre de 1998. Es, indiscutiblemente, una aplicación concreta del principio de la buena fe en la interpretación negocial y requiere no sólo la redacción unilateral del contrato sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona.

El citado artículo 1.288 no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad, en este sentido se manifiestan las SSTS de 27 de septiembre de 1996 y 23 de enero de 2003.

Por último, *el artículo 1.289 del Código Civil* entra en juego cuando se agotan los medios de interpretación previstos por las normas anteriores. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de marzo de 1965, 12 de febrero de 1986, 20 de enero de 1990, 15 de octubre y 6 de julio de 1993 y 29 de octubre de 1996. A partir de esta evidencia han de distinguirse dos hipótesis, según que las dudas no resueltas recaigan sobre las «condiciones accidentales» del contrato o «sobre el objeto principal del contrato». La primera hipótesis contempla la imposibilidad interpretativa que se supone proyectada sobre las «condiciones accidentales» o sea, aquéllas que no afectan a los elementos esenciales del contrato. A su vez, las «condiciones accidentales» deben relacionarse con la naturaleza del contrato en el que se plantean las dudas irresolubles:

- si el contrato fuere gratuito, las dudas se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses, criterio plenamente razonable a tono con la causa del negocio y

- si el contrato fuera oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses, solución acorde, asimismo, con la causa del contrato, conforme al principio de la mayor conmutatividad, o equivalencia de prestaciones.

Y la segunda hipótesis contempla la imposibilidad interpretativa, pero referida al objeto principal del contrato, empleado este concepto, según entiendo, como la causa del contrato. En este caso, dada la gravedad de las dudas que afectan a la esencia del contrato, el legislador, de manera redundante, advirtiendo sobre la importancia de la sanción, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes decreta la nulidad del contrato. La nulidad del contrato es, desde luego, la única consecuencia a que puede llegarse, puesto que lo que hay es una mera apariencia de contrato al no poder concretarse uno o varios de esos elementos esenciales, se trata, por tanto, de nulidad radical o inexistencia.

5. CONCLUSIONES

Las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil constituyen un conjunto subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al artículo 1.281, párrafo 1.º del Código Civil, de tal manera que, si la claridad de los términos de un contrato no deja duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas respecto de la que preconiza la interpretación literal, tal y como disponen las SSTs de 13 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986, 29 de marzo de 1994 y 10 de junio de 1998. Y es que cuando hay discrepancias entre el alcance y el significado de los acuerdos de las partes, el último intérprete es el Juez que resolverá el conflicto.

La necesidad o conveniencia de estas normas ha sido puesta en tela de juicio por un importante sector doctrinal y son muchos los códigos que prescinden de las mismas, por la dificultad que supone reducir a disposiciones legales una actividad fundamentalmente regida por los criterios de la lógica y del buen sentido.

La interpretación es, en definitiva, la búsqueda de la voluntad de los contratantes a través de los diversos signos empleados para expresarla y es, ante todo, una cuestión de hechos. La complejidad estructural del contrato obliga a armonizar las teorías acerca del método de interpretación que se emplee. Según la teoría objetiva, lo que interesa es la voluntad declarada, puesto que la confianza y la regularidad del tráfico y el principio de buena fe que se asienta, también, en la confianza recíproca de las partes, exigen que sea la declaración de voluntad emitida en cuanto manifestación externa, y, por lo tanto, capaz de ser conocida, la guía fundamental de la operación hermenéutica. Y conforme a la teoría contrapuesta o subjetiva la indagación de la voluntad interna de cada contratante resulta primordial para determinar el sentido de su declaración y, consecuentemente, la explicación de su vinculación.

La interpretación es, por lo tanto, una tarea que pretende desentrañar el sentido y significación completa del contrato, por ello, la interpretación parcial o aislada de sus cláusulas o elementos correspondientes repugna a la función de

totalidad que cumple aquélla pues, si las palabras son claras y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, la interpretación fluye naturalmente y sin complejidad y, en cambio, las dudas que suscitan determinadas cláusulas pueden resolverse con el examen del conjunto de todas.

RESUMEN

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Interpretar un contrato es mostrar la explicación y el significado del mismo. La finalidad que persigue la interpretación es establecer una vinculación entre las partes que en él intervienen. La naturaleza del negocio jurídico depende de la intención de los declarantes y de la declaraciones de voluntad que la integran.

ABSTRACT

CONTRACT INTERPRETATION

To interpret a contract is to explore the explanation for and meaning of the contract. The goal of contract interpretation is to establish a link between the parties to the contract. The nature of the legal act depends on the declarants' intention and on the declarations embodying said intentions.

LA ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA Y SU RELACIÓN
CON LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Licenciada en Derecho

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 14 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, regula la enajenación de vivienda arrendada por el arrendador y las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma en todo lo relativo a la continuidad del arrendamiento previamente concertado. En este trabajo vamos a estudiar cómo afecta la enajenación a los derechos del arrendatario, es decir, si éste conserva los derechos que tenía frente al antiguo propietario o, si por el contrario, el comprador de la vivienda puede dar por terminada la relación arrendaticia.

En este artículo se trata de dar solución a los diferentes intereses en juego que se producen con motivo de la enajenación. Por un lado, el del arrendador, que como propietario de la vivienda que es, tiene derecho a enajenarla, por otro lado, el interés del adquirente en disfrutar de la vivienda, sin tener en cuenta un arrendamiento que él no pactó y, finalmente, el del arrendatario a mantener la estabilidad de la vivienda, al menos temporalmente, por ello, en aras de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario se obliga al adquirente a subrogarse en los contenidos de la relación arrendaticia que consten previamente inscritos o que haya conocido de una manera clara.

Parangonando el artículo 14 de la LAU con el 1.571 del Código Civil observamos claras diferencias, ya que el 1.571 del mencionado Código, recogiendo la máxima romanista *venta quita renta*, reconoce el derecho del adquirente de vivienda arrendada «a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». En esta norma se le da al comprador la posibilidad de dar por terminado el arrendamiento, sin que de ello debamos deducir que la venta produzca la extinción *ipso iure* del arrendamiento (1).

La aplicación del artículo 1.571 del Código Civil se va reduciendo ante la aparición de normas especiales (como el artículo que estamos estudiando) que persiguen fundamentalmente la protección del arrendatario e imponen al adquirente la obligación de subrogarse en la posición jurídica del arrendador durante el plazo de duración mínimo legal, que es de cinco años.

Es fundamental determinar el concepto de «enajenación» ex artículo 14 de la LAU, dentro del cual, cabe incluir no sólo la venta, sino cualquier transmisión dominical de la vivienda arrendada, como la permuta, dación en pago, aportación a una sociedad..., tanto a título oneroso como a título gratuito (2), si bien hay que tener en cuenta, que sólo el adquirente a título oneroso puede quedar protegido por el artículo 34 de la LH, por lo tanto el que adquiera a título gratuito se subroga en el arrendamiento por la totalidad de la duración pactada.

La combinación de los artículos 14 y 13 de la LAU nos lleva a entender que los actos de enajenación incluidos en el ámbito de aplicación de la norma que estamos exponiendo han de ser realizados por el arrendador que sea propietario de la vivienda, ya que los otorgados por titulares de otros derechos reales de goce, como el usufructuario o el superficiario tienen su regulación específica en el artículo 13 de la LAU, que determina la terminación del arrendamiento por la resolución del derecho de goce del arrendador.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA

La enajenación de la vivienda arrendada produce diferentes efectos atendiendo a la duración del contrato de arrendamiento, según se haya pactado una duración inferior a cinco años (que es el plazo mínimo legal *ex art.* 9 de la LAU) o se hubiera previsto un plazo superior. Vamos a analizar ambos supuestos:

1. CONTRATOS DE DURACIÓN NO SUPERIOR A CINCO AÑOS

El artículo 14.1 de la LAU dice: «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador duran-

(1) Este es el criterio que sigue tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia del TS en sentencias de 28 de julio de 1993, 29 de septiembre de 1997 y 21 de julio de 1998, entre otras.

(2) En contra de esto último destaca la opinión de SERRANO ALONSO en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, de 24 de noviembre de 1994, dirigidos por O'CALLAGHAN, pág. 148, considera que la enajenación comprende la compraventa de la vivienda arrendada y la permuta de la misma, que son actos de enajenación o de disposición onerosa, quedando excluidos los actos de disposición a título gratuito que realice el arrendador, de manera que la donación de la vivienda no afecta a la relación arrendaticia.

te los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria». Por tanto, el contrato no se extingue sino que continúa vigente hasta que transcurra el plazo mínimo de cinco años y el arrendatario conserva todos los derechos que tenía frente al anterior propietario y esto tiene lugar aunque el arrendamiento no esté inscrito y aunque el adquirente esté protegido por la fe pública registral.

Se combinan así dos intereses en juego: el del arrendatario de vivienda, de mantener la estabilidad del arrendamiento por un plazo de cinco años, y el de los adquirentes que, en aras de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, han de subrogarse en los contenidos de la relación arrendaticia que consten previamente inscritos o que hayan llegado a conocer de modo claro.

La alusión que hace este artículo al 34 de la LH ha sido criticada por la mayor parte de la doctrina, ya que reunir o no los requisitos del tercero hipotecario influye a efectos de que se consolide o no una adquisición *a non domino*, pero es irrelevante a efectos de que proceda una subrogación arrendaticia. En realidad lo que el legislador pretende con dicha mención es introducir una excepción al principio de inoponibilidad de lo no inscrito que resulta del juego de los artículos 32 y 38 de la LH, consagrando la oponibilidad de todo arrendamiento al adquirente de la vivienda durante los cinco primeros años de duración, es una manifestación más de la finalidad tuitiva de los derechos del arrendatario ínsita en el espíritu de la norma.

Atendiendo a la naturaleza jurídica de esta figura ex artículo 14 LAU, parece que se asemeja más a una cesión del contrato que a una subrogación, ya que el vendedor le cede al comprador, mediante contrato, todos los derechos y obligaciones que le corresponden en el arrendamiento.

En la tramitación parlamentaria de esta norma desapareció el requisito según el cual el enajenante de la vivienda arrendada quedaba obligado a comunicar esta circunstancia por escrito al arrendatario en los treinta días siguientes a la perfección del contrato, en la actualidad aunque no se dice nada sobre ello, es lógico, en aras de la buena fe contractual, que el arrendatario sea informado por el enajenante de la enajenación realizada al objeto de que conozca la nueva parte contractual; de todas formas, mientras dicha notificación no se realice, los pagos de renta hechos por el arrendatario se consideran liberatorios ex artículo 1.527 del Código Civil, sin olvidarnos tampoco del derecho de adquisición preferente que regula el artículo 25 de la LAU.

Nada obsta a que el adquirente y transmitente alcancen determinados pactos sobre las condiciones en que ha de producirse dicha cesión o subrogación contractual, teniendo siempre en cuenta los límites del artículo 1.255 del Código Civil, para garantizar así la duración mínima legal.

2. CONTRATOS DE DURACIÓN SUPERIOR A CINCO AÑOS

El artículo 14.2 de la LAU dice: «Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que en él concurren los requisitos del artículo 34 de la LH. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir».

Si el arrendamiento se pactó por un plazo superior a cinco años, la regla general es que el adquirente tiene que soportar el arrendamiento por la totalidad de la duración pactada, si bien se introduce como excepción que en el adquirente de la vivienda concurren los requisitos del artículo 34 de la LH, en cuyo caso el comprador se subroga en las obligaciones del arrendador sólo hasta el cumplimiento de los cinco primeros años, transcurridos los cuales, el adquirente está facultado para dar por terminado el arrendamiento.

Todo esto nos lleva a preguntarnos cuándo el adquirente puede alegar su condición de tercero hipotecario para así acortar la duración del arrendamiento. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos del artículo 34 de la LH, es decir, que se trate de un adquirente de buena fe, que haya adquirido a título oneroso y mediante un acto válido de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir y que haya inscrito su derecho.

De estos requisitos el que más dificultades plantea a efectos de acreditar su concurrencia es el de la buena fe. En principio, la buena fe es el desconocimiento de la existencia del arrendamiento en la realidad, sin que tampoco conste inscrito en el Registro. Entiendo que se trata de la buena fe del artículo 34 de la LH, no de la buena fe del artículo 36 de la LH, que tiene su ámbito de aplicación en sede de usucapión.

Parece que no existirá buena fe, aunque no esté inscrito el arrendamiento, si el adquirente conocía o podía conocer la existencia del arrendamiento empleando una mínima diligencia, ya que aunque la buena fe se presume en el adquirente, la posesión de la vivienda arrendada implica una situación arrendaticia que difícilmente el adquirente podrá desconocer, si bien corresponde al arrendatario demostrar este conocimiento que en mi opinión enervaría los efectos protectores de la buena fe (3), la cual deberá ser apreciada atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Lógicamente si el arrendamiento está inscrito, el adquirente no puede ser considerado tercero hipotecario, ya que no puede alegar desconocimiento de la situación registral y por tanto, el arrendamiento le es oponible por todo el tiempo de duración pactado (4). Recordemos que tras la modificación del artículo 2.5 de la LH por la Disposición Adicional 2.^a de la LAU, se facilita la

(3) En este punto son distintas las opiniones doctrinales suscitadas. Parte de la doctrina ha defendido que la apariencia arrendaticia evidente excluye la buena fe, ya que ésta conlleva desconocimiento del arrendamiento, el cual supone un *ius possessionis* público y notorio que elimina *per se* la ignorancia del arrendamiento. Otros autores como PAU PEDRÓN en su obra *La protección del arrendamiento urbano*, consideran que la apariencia arrendaticia no desvirtúa la buena fe, ya que de lo contrario la prueba para destruir la buena fe se estaría facilitando injustificadamente en el arrendamiento frente a cualquier otro derecho real.

Por su parte, MARÍN LÓPEZ señala que: «no parece posible sostener la existencia de una buena fe “arrendaticia” superpuesta y diferente a la buena fe “hipotecaria” que presume el apartado segundo del artículo 34 de la LH, ni es razonable imponer al adquirente de la vivienda arrendada un canon de diligencia más gravoso que a cualquier otra persona que adquiera a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades transmisivas e inscriba su derecho».

(4) En este sentido, SERRANO ALONSO señala que: «La calificación del adquirente como tercero de buena fe o sin ella depende de la circunstancia de haberse inscrito el contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad y que la vivienda figure inscrita a nombre de la persona que resulte ser el arrendador» en *Comentarios a la LAU*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, pág. 150.

inscripción de los arrendamientos, inscripción también facilitada por el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero.

En definitiva, si concurren los requisitos del artículo 34 de la LH, el adquirente sólo debe soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para cumplir el plazo mínimo legal de cinco años, ahora bien, para que el arriendo finalice es necesario no sólo que se produzca la enajenación, sino que el propio adquirente use de su derecho a darlo por terminado, en este caso surge a favor del arrendatario el derecho a ser indemnizado por el enajenante.

El *quantum* de la indemnización no se rige por las reglas generales de los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil, sino por los criterios establecidos en el artículo 14.2 de LAU, consistiendo en el abono de una cantidad equivalente a una mensualidad de renta por cada año del contrato que excediendo de cinco reste por cumplir. La renta será la que esté en vigor en el momento de la extinción del contrato, teniendo por lo tanto en cuenta las sucesivas actualizaciones de la renta de los años anteriores.

Las partes intervinientes en el contrato pueden pactar cualquier otra indemnización, pero siempre respetando la cuantía mínima, ex artículo 14.2 de la LAU, y siempre que no se perjudique al arrendatario, ya que entonces sería nula por aplicación del artículo 6 de la LAU.

III. PACTO DE EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO

El artículo 14.3 regula esta materia diciendo: «Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años».

Si el arrendamiento está inscrito, en la inscripción se hará constar la existencia del pacto, y existiendo éste, el adquirente ya no necesita reunir los requisitos del artículo 34 de la LH y sólo deberá soportar el arrendamiento durante el plazo de cinco años.

Las partes a las que se refiere la norma son las que intervienen en el arrendamiento, es decir, arrendador y arrendatario, no las que intervienen en la enajenación, ya que los pactos entre enajenante y adquirente no podrían en ningún caso perjudicar los derechos del arrendatario, ya que vulnerarían el artículo 6 de la LAU.

Nos podemos plantear si este pacto de extinción excluye la posibilidad de indemnización a favor del arrendatario, el artículo 14 de la LAU sólo contempla dicha posibilidad cuando el arrendatario ha sido privado del disfrute de la vivienda por la enajenación de la misma. Hay autores que entienden que también en este caso el arrendatario tiene derecho a ser indemnizado, ya que el pacto determina la oponibilidad del arrendamiento, pero no exonera al arrendador de su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la vivienda durante el plazo pactado. En mi opinión, la existencia de este pacto libremente concertado por el arrendatario, le impide reclamar con posterioridad cualquier tipo de indemnización, ya que no existe incumplimiento contractual por parte del enajenante.

RESUMEN

ENAJENACIÓN VIVIENDA ARRENDADA

En este trabajo hemos analizado las consecuencias jurídicas que se derivan de la enajenación de la vivienda arrendada, ex artículo 14 de la LAU, distinguiendo entre los contratos de arrendamiento de duración inferior a cinco años, en cuyo caso el adquirente se subroga en la posición jurídica del arrendador durante el plazo mínimo legal de cinco años y ello con independencia de su posible condición de tercero hipotecario, y los contratos de duración superior a cinco años en los cuales el arrendamiento también continúa tras la enajenación pero su duración es distinta según concurran o no en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la LH: si concurren deberá soportar el arriendo sólo durante el tiempo que falte hasta completar cinco años y si no concurren deberá soportarlo por la totalidad del plazo pactado.

Si las partes han pactado la extinción del arrendamiento por enajenación de vivienda, el adquirente deberá también respetar el tiempo que falte para el transcurso del plazo de cinco años.

ABSTRACT

ALIENATION OF LEASED HOUSING

This paper analyses the legal consequences of alienating leased housing under article 14 of the Urban Leasing Act. A distinction is drawn between leases for less than five years and leases for more than five years. In the case of a lease for less than five years, the purchaser steps into the landlord's legal position for the legal minimum of five years, altogether separately from the purchaser's possible capacity as a third party in a mortgage situation. In the case of a lease for more than five years, the letting arrangement also continues after alienation, but its term is different depending on whether or not the purchaser meets the requirements in article 34 of the Mortgage Act; if so, the purchaser must put up with the letting arrangement only for the time remaining until the five years are up, and if not, the purchaser must put up with the letting arrangement for the full accorded term.

If the parties have accorded that the lease will terminate if the housing is alienated, the purchaser must also respect the time remaining for the five-year term to expire.

1.6. Responsabilidad Civil

APUNTES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

La jurisprudencia ha ido construyendo, en los últimos tiempos, una consolidada doctrina en torno a la reparación del daño ambiental. Cabe destacar,

como ya hecho algún autor (1), una de sus últimas sentencias (2), en la que se ha recogido de forma clara y completa algunas cuestiones en torno al estado actual de la responsabilidad civil extracontractual, por daños en los que queda afectado el medio ambiente.

La importancia del medio ambiente en la sociedad actual, en la que cada vez se producen más atentados al mismo, y muchos de ellos de gravísimas consecuencias, bien merece cuanto menos hacer algún apunte sobre la cuestión. Dejaremos a un lado, al menos por ahora, la Ley de Responsabilidad Medioambiental (3), pues tal y como señal la Exposición de Motivos, contiene un régimen administrativo (4) de responsabilidad de carácter objetivo e ilimitado basado en el sistema de prevención y de que *quien contamina paga*, para centrarnos en analizar los medios jurídicos-civiles de defensa.

Por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momentos determinados, la vida y el desarrollo de organismos y estado de los elementos inertes, en una conjugación integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos, tal y como viene definido en la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1003).

La protección del medio ambiente está proclamada en el artículo 45.1 de la Constitución Española, que contiene un mandato de defender y restaurar el medio ambiente dirigido a los poderes públicos y la obligación de establecer un sistema que permita hacer efectiva esa reparación del daño causado.

(1) RUBIO TORRANO, E., «¿Son indemnizables los daños por contaminación estética o visual?», en *Aranzadi Civil*, Parte Tribuna, núm. 11/2007 (2007), (BIB 2007/1355).

RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2007» (RJ 2007, 3431)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Parte Comentario, núm. 76/2008 (enero-abril de 2008), (BIB 2008/122).

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007/3431).

(3) Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental, de 23 de octubre (BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2007). Traspone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad mediambiental en relación con la prevención de daños ambientales. Para el estudio en profundidad de esta materia puede verse, LOZANO CUTANDA, B., «La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de “responsabilidad del Derecho publico”, que introduce la Directiva 2004/35/CE», en *Justicia Administrativa*, núm. 26, Lex Nova, 2005, págs. 5 a 33, y *Derecho Ambiental Administrativo*, 7.ª ed., Dykinson, 2007, págs. 263 a 284.

(4) Tal y como establece el artículo 5 de la Ley 26/2007, bajo la rúbrica *Daños a particulares*: «1. Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros patrimoniales que no tengan la condición de daños ambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a la responsabilidad mediambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación. 2. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños ambientales que se les haya irrogado, en la medida en que tales daños queden reparados por la aplicación de esta Ley. El responsable al que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda. 3. En ningún caso las reclamaciones de los perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de aplicación de esta Ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello». Debe señalarse que se trata de un artículo que tiene una redacción cuanto menos confusa.

Existe un derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado como condición indispensable para el desarrollo de la persona, teniendo en cuenta que los daños al medio ambiente, que se producen u originan a causa de actividades o prácticas agresivas de deterioro y degradación, afectan tanto a derechos e intereses de carácter público como de Derecho Privado. Veremos desde esta última óptica brevemente, cuál ha sido la respuesta jurisprudencial al problema de los daños.

II. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE TUTELA FRENTE AL DAÑO MEDIO AMBIENTAL

Aunque, principalmente, nos vamos a centrar en la responsabilidad civil por la reparación de daños ambientales, conviene puntualizar que existen otras técnicas o medios de defensa que ofrece el Derecho Civil, a los que seguidamente haremos referencia, tales como:

El abuso del derecho (art. 7.2 del Código Civil), cuando el daño ambiental se causa por el ejercicio abusivo de un derecho entendido como acción u omisión, que sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, lesionando derechos ajenos.

Las relaciones de vecindad (art. 590 del Código Civil), relativas a la imposición de un régimen de distancias; son límites a la propiedad, para hacer frente a las inmisiones dañosas que se pueden producir en las fincas vecinas. El Código Civil no define las inmisiones, pero se entiende que las producen: los gases, vapores, olores, humos, ruidos y otras injerencias o perturbaciones similares que sufre el titular de un inmueble procedentes de otro inmueble (por ejemplo, no se pueden construir cloacas cerca de una pared medianera). Así, la sentencia de 12 de diciembre de 1980, en materia de relaciones de vecindad e inmisiones o emisiones nocivas en propiedad ajena, señala que: «si bien el Código Civil no contiene una norma prohibitoria de toda imisión perjudicial o nociva, para resolver estos conflictos la regla debe ser inducida de una adecuada interpretación, fundamentando la adecuada tutela legal en el artículo 1.902 del Código Civil y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento, según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1.908 del Código Civil, pues regla fundamental es que «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina»:

Defensa interdictal, se puede acudir, también, a la vía del antiguo interdicto, ahora sustituido por el juicio verbal. Pretende: que el poseedor obtenga una sentencia que condene al perturbador a abstenerse de realizar ciertos actos (antiguo interdicto de recobrar la posesión) o la suspensión de la obra nueva, demolición o derribo de obra, árbol o columna (antiguo interdicto de obra nueva).

La acción negatoria es otra de las vías para hacer frente a los daños ambientales producidos por las inmisiones que tiene el titular para hacer cesar las perturbaciones que afectan a su derecho. Pretende: la cesación de la intrusión y la imposición de medidas correctoras: como por ejemplo (obligar a abstenerse de perturbaciones futuras).

Por último, debemos recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha encontrado un nuevo cauce para la lucha frente al daño ambiental en la vulneración de los derechos fundamentales, tales como el relativo a la

intimidad personal y familiar, integridad física y moral, e inviolabilidad del domicilio, así la sentencia de 31 de mayo de 2007 recoge la doctrina de las sentencias de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994, 3), y la de 2 de octubre de 2001 (TEDH 2001, 567), o de 16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004, 68). Doctrina que luego han recogido los tribunales españoles, que han acudido en diversas sentencias en materia de contaminación acústica a señalar que estábamos ante lesiones de derechos fundamentales.

III. CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL

Abordando ya el análisis de la responsabilidad civil, conviene, en primer término, destacar que en materia de responsabilidad ambiental, la protección que otorga el Derecho Civil no es al daño al medio ambiente como tal, que afecta a los intereses difusos o colectivos, en el que los perjudicados somos todos, sino al daño individualizado que degradando o afectando al medio ambiente sufren las personas o su patrimonio (incluido el daño moral), es decir, del daño que la doctrina viene en llamar del «daño tradicional», y que afecta a los derechos privados subjetivos, distinción (5) que recoge acertadamente la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2004 (6), al señalar la diferencia que hay entre la protección al medio ambiente en abstracto y en concreto:

«La protección al medio ambiente puede considerarse en abstracto, como protección al ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y en concreto, como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales. La primera no ha sido objeto —difícilmente puede serlo en el ámbito del Derecho Civil— de sentencia alguna de esta Sala; la segunda tiene —aunque no siempre se ha indicado explícitamente— una reiterada jurisprudencia civil: daños en fincas por emisión de sustancias contaminantes por una central térmica, sentencia de 12 de diciembre de 1980; que trata en general de la *inmissio in alienum*; daño en arbolado por el polvo contaminante emanado de fábrica de cemento, sentencia de 17 de marzo de 1981; lo mismo, en naranjos, por polvo industrial, sentencia de 14 de julio de 1982 (*RJ* 1982, 4237); daños en fincas por humos sulfurosos procedentes de una central térmica, en sentencia de 27 de octubre de 1983; muerte de ganado por beber en aguas contaminadas por vertido de sustancias tóxicas en un río, sentencia de 31 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 444); muerte de truchas en la piscifactoría por vertidos en un río, sentencia de 13 de junio de 1988 (*RJ* 1989, 4872); daños en fincas y cosas por emisión de polvo por hornos de cal, sentencia de 16 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 101). La sentencia, más reciente, de 7 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2743), que reitera la doctrina de la anterior de 24 de mayo de 1993, contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica».

(5) Como afirma LOZANO CUTANDA, B., «Los daños ambientales (un vertido contaminante, un escape a la atmósfera de sustancias tóxicas, la contaminación del suelo, etc.), pueden producir dos tipos de lesiones de carácter muy diferente, aunque a veces ambos tienen lugar simultáneamente. Por un lado, se pueden ocasionar daños en los bienes o derechos privados o en las personas, y, por otro, daños en los recursos naturales que no producen ninguna lesión individualizada, a los que hemos designado como “daños ambientales autónomos” o “daños públicos ambientales”», en *Derecho Ambiental Administrativo*, págs. 263 y 264.

(6) *RJ* 2004, 153.

La jurisprudencia ha ido evolucionando en torno al contenido del medio ambiente que se puede proteger, ampliando progresivamente el abanico de los elementos objeto de protección, incluyendo una nueva realidad que se produce con la contaminación acústica en el concepto de inmisiones sonoras y por tanto situándola entre los daños indemnizables. Sin embargo, la reciente sentencia de 31 de mayo de 2007, del Tribunal Supremo, ha excluido la contaminación estética o visual (7), al entender que «la afectación del paisaje no merece, hoy por hoy, la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan, pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas».

IV. REQUISITOS PARA QUE NAZCA LA RESPONSABILIDAD

Aclarado, pues, a qué tipo de daños ambientales otorga protección el Derecho Civil, es necesario saber cuáles son los requisitos (8) necesarios para que pueda exigirse la responsabilidad civil por daño ambiental según la jurisprudencia: *a)* daño efectivo, *b)* acción u omisión (culposa o negligente), y *c)* y la existencia de un nexo causal entre ambos.

a) EN CUANTO A LA EXISTENCIA DEL DAÑO

Es necesario que se trate de un daño cierto y efectivo que afecte a la persona, por ejemplo, a su salud o a su patrimonio (deben entenderse incluidos los daños morales derivados de la lesión). Comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En este sentido, puede verse la sentencia de 28 de enero de 2004 (*RJ* 2004, 103) que «...declara acreditados los daños en la cabaña ganadera —que ...condena a indemnizar— y dice que: “continúan produciéndose emisiones contaminantes para los pastos y, por ende, para el ganado...” y añade: “...han logrado acreditar los actores la realidad actual del hecho originador del daño (emisiones contaminantes)”: del que deriva la “ineludible obligación de indemnizar los perjuicios causados por las emanaciones contaminantes”».

b) EN CUANTO A LA ACCIÓN U OMISIÓN ANTIJURÍDICA

El daño puede causarse además de por una acción, por la omisión de los medios conducentes a la desaparición del riesgo y la ausencia de medidas para evitar el daño. Conviene señalar que en los supuestos en los que el causante

(7) La sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2001, señalaba que: «un ambiente en condiciones aceptables de vida, no sólo significa situaciones favorables de conservación de la salud física, sino también ciertas cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre».

(8) Sobre los requisitos, puede verse, ÁLVAREZ LATA, N., «La responsabilidad por daños al medio ambiente», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, F., Aranzadi, 2.^a ed., 2003, págs. 1701 a 1758.

de daño ejerza la actividad en forma legal, cabe plantearse si puede haber daño, es decir, si el cumplimiento de la normativa reglamentaria impide la apreciación de responsabilidad.

c) IRRELEVANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA REGLAMENTARIA

El Tribunal Supremo recuerda que: «es unánime la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el cumplimiento de normativa reglamentaria no impide la apreciación de la responsabilidad cuando concurre la realidad del daño causado por la persona física o jurídica, a la que se le demanda el cumplimiento de la obligación de reparar el daño». Se considera que si pese al cumplimiento de las normas reglamentarias se producen hechos nocivos es porque tales medidas fueron insuficientes. Entre otras, caben citar las siguientes [sentencia de 16 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 101), sentencia de 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3727), de 7 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2437), sentencia de 28 de enero de 2004 (*RJ* 2004, 103)].

d) DOLO O CULPA. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Como es sabido, tradicionalmente se ha considerado que el artículo 1.902 del Código Civil consagra como régimen general en nuestro Derecho la responsabilidad subjetiva, por culpa o subjetiva, de tal forma que para que nazca la obligación de reparar el daño es necesario que haya culpa o negligencia, en la acción u omisión que lo causa.

e) RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 1.908 DEL CÓDIGO CIVIL

Frente a ella se alza la responsabilidad objetiva o sin culpa, en el que basta acreditar el daño para que habiendo un nexo de causalidad entre éste y la actividad que lo ha producido, nazca la obligación de reparar consagrada como régimen excepcional en los artículos 1.905-1.908 y 1.910 del Código Civil, y que tiene su campo de cultivo fuera de su regulación, en las actividades que generan riesgo. El artículo 1.908 del Código Civil contiene una norma específica que consagra una responsabilidad claramente objetiva; respecto a la agresión al medio ambiente, producidas por inmisiones industriales, las ya citadas sentencias de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997, destacan que dicho artículo «configura un supuesto de responsabilidad de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado».

f) TENDENCIA HACIA LA OBJETIVACIÓN

La doctrina ha resaltado cómo la jurisprudencia ha evolucionado gradualmente, siendo cada vez menos riguroso en la existencia de la culpa, debilitándose el criterio culpabilista, en busca de soluciones cuasi objetivas, hasta llegar a la responsabilidad por riesgo. Tendencia que ya pone de manifiesto la sentencia de 12 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4747).

La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3727), recoge claramente esta evolución al señalar: «en sede de teoría gene-

ral acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual “ex” artículo 1.902 del Código Civil... la doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius est commodum, eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*), y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada “teoría del riesgo”, ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantías se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos» (en el mismo sentido, la propia sentencia recoge las siguientes sentencias de 16 de octubre de 1989, 8 de mayo y 8 y 26 de noviembre de 1990).

La sentencia, más reciente de 7 de abril de 1997, que reitera la doctrina de la anterior de 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3727), contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica y dice literalmente: «el número segundo del artículo 1.908 del Código Civil, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado...».

g) NEXO CAUSAL

Es decir, tiene que probarse la relación de causalidad entre la acción u omisión (culposa o negligente, u objetiva) y el daño producido. Hay que destacar la dificultad de esta prueba en muchos de los casos. Por ejemplo, no se pudo demostrar el nexo causal en el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1990, en la que se producen daños en una piscifactoría por vertidos de una fábrica a un río (*RJ* 1990, 8053).

V. REPARACIÓN DEL DAÑO

En cuanto al resarcimiento del daño causado, no se refiere exclusivamente a la reparación de los perjuicios ocasionados, sino que también ha de extenderse a la adopción de medidas de prevención que impidan que las lesiones se sigan produciendo posteriormente, en esta línea puede verse, entre otras, las sentencias de 23 de diciembre de 1952 (*RJ* 1952, 2673), 5 de abril de 1960 (*RJ* 1960, 1670), 14 de mayo de 1963 (*RJ* 1963, 2699), sentencia de 12 de diciembre de 1980 [sentencias de 12 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4747), 16 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 101), 30 de mayo de 1997 (*RJ* 1997, 4331)].

Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2004, se señala que: «la indemnización de daños y perjuicios comprende el dèmerito producido en la cabaña ganadera, bien por pérdida de valor de las reses, bien por la pérdida de producción de las mismas o bien por haber sido sacrifi-

cadadas con posterioridad, quedando su determinación cuantitativa para la ejecución de la sentencia. A la que se suma el cese de las emisiones contaminantes que sobrepasen los límites tolerados por la legislación vigente no sólo para la salud de la persona humana, sino para evitar daños en los animales y en los bienes, procediendo, en caso contrario, al cese de la actividad industrial si ésta fuera la única manera de evitar la producción de los perjuicios».

Por otro lado, en los casos que exista una pluralidad de fuentes que producen el daño y no es posible determinar el daño, todos los responsables responden solidariamente frente a la víctima y mancomunadamente entre sí.

Es necesario destacar que los tribunales civiles se consideran competentes para imponer medidas correctoras como la paralización de actividades contaminantes, que dañan o ponen en peligro intereses particulares, pues se estima que el monopolio de la Administración en esta materia sólo existe para las actividades que dañan intereses generales (sentencia de 30 de mayo de 1997).

VI. PLAZO

Por lo que respecta al plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, es de un año contado desde el día en que pudo ejercitarse (arts. 1968.2 y 1.969 del Código Civil).

Ahora bien, es necesario señalar que cuando estamos ante los daños continuados también denominados de producción sucesiva, por producirse de forma interrumpida durante años, no se inicia el plazo (*dies a quo*), hasta que puede computarse el daño efectivamente causado, es consolidada la doctrina del Tribunal Supremo de que «la acción comenzará a computarse desde los últimos daños manifestados cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida. Así pueden verse las sentencias de 12 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4545), 12 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 530), 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990 y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993, 7 de abril de 1997, entre otras)». Es decir, se computan desde su verificación total.

En cuanto a los daños permanentes u originados por la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo, sigue la regla general de comienzo de plazo cuando la acción pudo ejercitarse.

VII. CONCLUSIONES

El Derecho español cuenta con distintos mecanismos que permiten luchar frente a las agresiones al medio ambiente. La responsabilidad civil extracontractual resulta un cauce adecuado e idóneo para su protección, cuando la vulneración al medio ambiente produzca daños tradicionales que afectan a los derechos subjetivos de los particulares. El análisis jurisprudencial permite observar cómo existe ampliación progresiva del concepto de daños ambientales, una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad y una constante y reiterada doctrina que reconoce el derecho a indemnización aunque la actividad dañosa cuente con autorización administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N., «La responsabilidad por daños al medio ambiente», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, F., Aranzadi, 2.^a ed., 2003, págs. 1701 a 1758.
- LOZANO CUTANDA, B., «La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de “responsabilidad del Derecho publico”, que introduce la Directiva 2004/35/CE», en *Justicia Administrativa*, núm. 26, Lex Nova, 2005, págs. 5 a 33, y *Derecho Ambiental Administrativo*, 7.^a ed., Dykinson, 2007, págs. 263 a 284.
- RUBIO TORRANO, E., «¿Son indemnizables los daños por contaminación estética o visual?», en *Aranzadi Civil*, Parte Tribuna, núm. 11/2007 (2007), (BIB 2007/1355).
- RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3431)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Parte Comentario, núm. 76/2008 (enero-abril de 2008), (BIB 2008/122).

RESUMEN

DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

Los daños al medio ambiente se han multiplicado en las últimas décadas, teniendo efectos negativos en los elementos naturales que nos rodean. La necesidad de reparar los daños causados ha hecho que la doctrina, desde la perspectiva jurídico-civil, busque diferentes instrumentos jurídicos de protección. Precisamente uno de esos instrumentos es la acción por responsabilidad civil extracontractual. La finalidad del presente comentario es realizar algunos apuntes sobre el estado actual de la jurisprudencia de la responsabilidad medioambiental.

ABSTRACT

ENVIRONMENTAL DAMAGE

Environmental damage has multiplied in recent decades, having negative effects on the natural elements around us. The need to repair such damage has led doctrine to seek different legal instruments of protection, from the perspective of civil law. One of the instruments found is action for extra-contractual civil liability. The purpose of this commentary is to note some points of the current state of case-law regarding environmental liability.

2. MERCANTIL

BREVES REFLEXIONES SOBRE LAS PRENDAS SOBRE CRÉDITOS SIN DESPLAZAMIENTO POSESORIO TRAS LA REFORMA DE LA LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

I. LA REFORMA

La Disposición Final tercera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, llevó a cabo la modificación de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954, en los siguientes términos:

1. Se modifica el artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954, que queda redactado del siguiente modo:

«1. (nuevo). Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuviesen hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar.

También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.

El presente apartado carecerá de efectos retroactivos».

2. Se introduce un párrafo 4 al artículo 8 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954, con el siguiente tenor:

«Los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento podrán servir de cobertura a las emisiones de títulos del mercado secundario».

3. Se introducen los párrafos 2 y 3 al artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954, con el siguiente tenor:

«Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas, siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto.

Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».

En términos de técnica legislativa, de nuevo nos encontramos con una importante novedad en materia de Derecho real de prenda como es la susceptibilidad de constituir prenda sin desplazamiento sobre créditos incluida en una Disposición Final de una Ley —la de Reforma del Mercado Hipotecario— que en principio nada tenía que ver con la meritada reforma mobiliaria introducida además en el proceso final de la Ley 41/2007, huérfana por tanto de discusiones parlamentarias al respecto.

Ahora bien, una cuestión es la técnica legislativa, que de inicio no podemos compartir, y otra es que estemos plenamente de acuerdo en que se adopte por el Ordenamiento Jurídico la solución de constatación registral de las prendas sobre derechos de créditos, aunque la modernización de nuestro sistema de garantías mobiliarias que se opera con esta reforma, posiblemente tuviera que haber venido acompañada de otras reformas de mayor calado para alcanzar las cotas de protección y seguridad que presumiblemente se perseguían mediante dicha modernización. En este sentido, nada más hay que tener en cuenta la regulación existente y controvertida que tiene la prenda sin desplazamiento de la posesión en ciertos aspectos tan importantes de la misma, como es la materia de su oponibilidad y reipersecutoriedad, para que, de entrada, dudemos del éxito de la nueva figura de garantía real, pese a lo loable de la reforma.

II. MOTIVOS PARA LA REFORMA

En un marco económico como el actual, no cabe duda de que los derechos de crédito son unos de los activos más importantes con los que cuentan los empresarios para poder acceder tanto a nuevos créditos mediante refinanciaciones privadas como a nuevos créditos mediante el recurso al mercado organizado de los mismos.

En este sentido y en el ámbito internacional, desde hace años se ha venido propugnando por el establecimiento de un sistema registral como presupuesto de la oponibilidad de las garantías mobiliarias. Así puede observarse el que puede denominarse modelo de garantías impuesto por el *Uniform Commercial Code* norteamericano (1999) en su artículo 9, regulador de las «security interest in personal property», que en el tema que nos ocupa se decanta claramente por el sistema registral como mecanismo de oponibilidad de las garantías mobiliarias. Modelo norteamericano que ha venido inspirando nuevas reformas normativas sobre garantías mobiliarias en otros países, como por ejemplo, la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Modelo registral, que es también uno de los seguidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional firmada en Nueva York el 12 de diciembre de 2001.

En clara sintonía con lo anterior, FERNÁNDEZ DEL POZO (1) ya se pronunció al respecto, abogando claramente sobre la publicidad registral de las garantías mobiliarias como adecuado sistema de oponibilidad de las mismas del siguiente modo: «...La realidad nos demuestra que los problemas de oponibilidad de la cesión de créditos se plantean no sólo en su pignoración sino en toda cesión de los mismos créditos... cualquiera que sea su causa. El UCC norteamericano ha zanjado la cuestión de manera radical, prescribiendo la inscribibilidad de todas las cesiones de créditos (aunque no sea con fines de garantía) y a los efectos de su oponibilidad a terceros: cfr. 9-109 (a) (3) UCC 1999. En esa misma línea se orienta la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional. Entiéndase bien la cosa: la inscripción no opera como requisito de eficacia real sino como instrumento de oponibilidad a terceros. Se trata, sencillamente, de sustituir el anacrónico y perturbador instrumento de oponibilidad del artículo 1.865 del Código Civil, por otro más robusto y con publicidad...».

Más recientemente sobre la materia, CARRASCO PERERA (2), aunque criticando la reforma realizada por la Ley 41/2007, se pronuncia sobre la cuestión del siguiente modo: «...A mí me parece bien como cuestión de principio que el sistema legal habilite un modo de constitución registral de los derechos de garantía sobre intangibles y bienes muebles no poseíbles. Ceteris paribus, y con excepciones que ahora omito, me parece el mejor sistema imaginado para proveer de eficacia erga omnes a estas formas de garantías mobiliarias ocultas...», aunque de forma muy gráfica continúa este autor en cuanto a la elección de la prenda sin desplazamiento como cobertura de la oponibilidad de las garantías mobiliarias basadas en la constancia registral de las mismas: «...pero también admito que el vino nuevo no puede guardarse en los odres viejos de la prensada del año 1954, que además no fueron concebidos para tal vino».

Pues bien, en nuestra opinión, la referida importancia de los derechos de crédito y la oponibilidad registral de los mismos como sistema más adecuado para proveer la eficacia erga omnes de las garantías mobiliarias, deberían haber supuesto no sólo la reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, sino una reforma de mayor calado en nuestro sistema de derechos reales para la consecución de dichos fines.

De esta forma se ha mantenido que (3): «...La publicidad registral de los créditos presenta indudables ventajas sobre las otras técnicas y sistemas de oponibilidad de su cesión. Sólo un exceso de imaginación nos lleva a decir que la notificación de la cesión al deudor cedido equivale al traslado posesorio. La notificación desempeña otro papel principal: no se trata de dar publicidad de la cesión a terceros (¿cómo habrán de enterarse de la cesión los postergados en sede concursal o extraconcursal?) sino de enervar la buena fe de quien, una vez notificado de la cesión, pretende luego quedar liberado si paga al acreedor primitivo y luego cedente. La cosa es clarísima en nuestra legislación: vid. artículos 1.527 del Código Civil; artículo 347 del Código de Comercio; artículo 110.2

(1) LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, *El Registro de Bienes Muebles. Los bienes muebles y la preferencia registral de los derechos inscritos*, Marcial Pons, 2005, pág. 168 y sigs.

(2) ÁNGEL CARRASCO PERERA, «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito (A propósito de la reforma operada por la Disposición Final 3.ª de la Ley 41/2007)», en *Diario La Ley*, núm. 6867, 23 de enero de 2008, Año XXIX.

(3) FERNÁNDEZ DEL POZO, *vid. op. cit.*, págs. 171 y 172.

y artículos 149 a 151 LH; artículos 242 y 243 RH; artículo 40 de la Ley de Contrato de Seguro; artículo 100.4 LCAP. En cuanto a la oponibilidad por la fecha (fehaciente) del contrato: no sólo la fehaciencia responde a otra razón histórica (evitar fraudes y colusiones entre las partes y en perjuicio de terceros) sino que la intervención pública no es garantía de publicidad (¿o se olvida que el protocolo notarial es secreto?). ¿Cómo han de conocer los acreedores postergados —embargantes, acreedores ordinarios, privilegiados con peor derecho— que ese crédito estaba gravado por muy públicamente intervenido que fuera en su momento el contrato? Se ha dicho, con mucha razón, que “el grado máximo de inutilidad de la publicidad negocial está en la tradición instrumental que se oculta en un protocolo secreto”.

Evidentemente y como el lector puede fácilmente comprobar, la tensión entre fehaciencia documental e inscripción, como manifestaciones de una oponibilidad pretendida, es el problema que subyace en el fondo, hasta tal punto que desde otro lado y con otra visión completamente distinta se dice que la inscripción de la prenda sin desplazamiento de créditos es la lápida funeraria de esta nueva figura. De esta forma valora la reforma José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ (4): «La reforma no ha sido suficientemente meditada y hubiera merecido un estudio reposado y la interlocución y colaboración de los distintos operadores sociales y jurídicos, a fin de presentar fórmulas sólidas y adecuadas que no amordacen ni solivianten el tráfico. Precisamente, por cuanto no se ha seguido este cauce, y se ha optado por su establecimiento de modo transversal, ofrece más incógnitas que seguridades. Así las cosas, la inscripción puede acabar erigiéndose en la lápida funeraria de esta nueva prenda, que no por ello hay que desechar en aquellos concretos casos en los que se revele de alguna utilidad».

Por nuestra parte, creemos que la intención era buena, pero los medios insuficientes, esto es, debería ser la constancia registral el mejor sistema de oponibilidad de los gravámenes sobre muebles, aunque para alcanzar tales fines, entendemos que la prenda sin desplazamiento, al menos en su versión actual, no es el vehículo más adecuado para la consecución de los mismos, básicamente por dos razones, que por el momento sólo enunciamos: la problemática de la oponibilidad y de la reipersecutoriedad en la prenda sin desplazamiento de la posesión.

Problemas que pese al poco transcurso de tiempo transcurrido desde la implantación de esta reforma, creemos que supondrán un auténtico lastre e impedimento al desarrollo de la prenda sin desplazamiento de créditos, máxime si ambas notas existen en la llamada prenda manual o posesoria, de la cual se defiende la oponibilidad *erga omnes* a través del desplazamiento posesorio y la constancia en documento público (arts. 1.863 y 1.865 del Código Civil), desplazamiento posesorio que ya ni siquiera se entiende como requisito constitutivo de la misma (ex art. 90.1.6.º de la Ley Concursal), y reipersecutoriedad en los términos, por ejemplo, de los artículos 1.860, 1.867 y 1.869 del Código Civil.

Comparativa de prendas, porque evidentemente, creemos en la dualidad de la existencia de ambas, tras la reforma realizada por la Ley 41/2007, es decir, es posible tanto la práctica de prendas posesorias sobre créditos como prendas sin desplazamiento de créditos, como acertadamente ha recogido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de

(4) José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, «Ley de Reforma del Mercado Hipotecario. Lapidaria inscripción. Prenda sin desplazamiento de créditos», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2008, núm. 18.

marzo de 2008 (BOE núm. 77 del sábado 29 de marzo de 2008) al sentar dicha dualidad en base a las siguientes evidencias:

«...La ausencia de una derogación expresa del artículo 1.868 del Código Civil. Recuérdesse que sobre su inciso inicial —“si la prenda produce intereses”—, se elaboró por el Tribunal Supremo la posibilidad de pignorar de modo ordinario créditos.

La inexistencia de una derogación de la normativa concursal. Carecería de sentido que la reforma del artículo 54 de la LHMPSD conllevara la del artículo 90.1.6.º de la LC; pero lo que tendría aún menor sentido es que, derivándose de las garantías mobiliarias, en general, una determinada preferencia en ejecución singular y universal, si ése hubiera sido el deseo de la reforma no se hubiera modificado el artículo citado de la LC que específicamente se refiere a la prenda de créditos dotando a su acreedor de la condición de singularmente privilegiado, exigiendo sólo un requisito, como es conocido: constancia documental pública.

La normativa de Derecho Civil especial. A tal fin debe recordarse cómo la prenda ordinaria de crédito tiene una regulación sustantiva específica en el ámbito de Cataluña. Así, el apartado tercero del artículo 569-13 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, afirma que “la prenda de créditos debe constituirse en documento público y debe notificarse al deudor o deudora del crédito empeñado”.

En idéntico sentido, la ausencia de una derogación o afectación al régimen específico previsto del Código de Comercio, del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, o de la misma normativa de contratación pública, ya sea la todavía vigente, o la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que entrará en vigor el próximo 1 de mayo de 2008».

III. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 18 DE MARZO DE 2008

No obstante el acierto inicial de la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de marzo de 2008, en cuanto a la dualidad de sistemas pignoratícios, verdadero objeto de las dos consultas realizadas respectivamente por la Asociación Española de Banca y por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, se recoge en dicha Resolución, lo que podríamos denominar una especie de «contrarreforma», en el sentido de exponer cuestiones que entendemos ajenas al Centro Directivo y más propias del Poder Judicial, como son las soluciones que han de darse en supuestos de concurrencias entre prendas ordinarias y prendas sin desplazamientos, o incluso en el sentido de llevar a cabo el análisis de una figura como es la prenda posesoria ajena por completo al ámbito registral propio de su ámbito de actuación, comparándola con la prenda registral sin desplazamiento hasta extremos tales como para negar mucha de la importancia que la inscripción de esta segunda tiene o debería tener.

Así, en primer lugar, en función del análisis que realiza del artículo 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, el Centro Directivo mantiene que la inscripción de la prenda sin desplazamiento es un requisito de eficacia y no de constitución, ya que la ausencia de inscripción «privará al acreedor... pignoratício de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley». Sin embargo, entendemos que la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de la prenda sin desplazamiento de la posesión

tiene carácter constitutivo, como sostiene la mayor parte de la doctrina (5) y como también se pronuncia la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. De esta forma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 1993 (RJ 1993/800) estableció que: «...cuando se produce el conflicto, en base del embargo practicado por la Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social de 25-3-1988, aún no existía jurídicamente dicha prenda, por cuanto que, siendo requisito básico y fundamental en coherencia con el carácter constitutivo de la prenda mobiliaria —exigencia claramente establecida por el art. 3 de su Ley específica de 16-12-1954—, la inscripción en el Registro de su escritura constitutiva...».

También la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2006 (RJ 2006/1589), estableció lo siguiente: «...Si la inscripción de la prenda sin desplazamiento se deniega no opera la figura de la conversión, transformándose el contrato creador de aquella garantía en otro originador de una prenda ordinaria porque carece obviamente de uno de los requisitos del contrato en que pudiera convertirse (el desplazamiento posesorio). Además, tal conversión no cuenta ni con precepto legal que la admita ni convención que la acuerde. En todo caso, seguiría faltando el requisito legal de la desposesión (....) Por las razones que se explayaron al estimar el único motivo del recurso, la póliza de 3 de septiembre de 1993 no creó, por su falta de acceso al Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (hoy Registro de Bienes Muebles) una prenda sin desplazamiento sobre los bienes en ella enumerados, ni es admisible sostener que, pese a ello, puede ser considerada como prenda ordinaria».

No obstante lo anterior y al tenor literal del propio artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, la Dirección General continúa afirmando al respecto —a nuestro juicio, desafortunadamente— que: «...Esta contundente afirmación de la LHMPSD no se ve alterada por el inciso final del párrafo tercero del artículo 54 de la LHMPSD, según la redacción dada por la Ley 41/2007, pues aparte de que hubiera requerido una reforma específica para dicha garantía mobiliaria del artículo 3 de la LHMPSD, ese entendimiento implicaría una reforma en profundidad de esta Ley, lo que extravasa con mucho el objeto de la reforma que, como se expondrá, es más limitado. Si se afirma que esa prenda sin desplazamiento de intangible (derecho de crédito) requiere para su eficacia de inscripción, es por la simple razón de que, existiendo dificultades objetivas de determinación de los elementos indispensables para su constancia tabular (art. 57 de la LHMPSD), tal inscripción tiene una mayor importancia, lo que en modo alguno dota a la misma de requisito de validez. Sigue siendo un requisito de eficacia».

Junto con esta problemática introducida por la propia Dirección General en cuanto al carácter (por otro lado, tan debatido) del carácter constitutivo o no de la inscripción de la prenda sin desplazamiento posesorio, no es menos cierto —antes de entrar en la materia de oponibilidad y reipersecutoriedad— que tampoco es un aspecto que pueda ayudar al desarrollo de las prendas sin desplazamiento de créditos el seguir considerando, como hace la propia Dirección General, que el Registro de Bienes Muebles es un mero registro de gravámenes y no de titularidades (pese a la Disposición Adicional 2.^a del Real Decreto 1928/1999 y al art. 29 de la Orden de 19 de julio de 1999) por lo que evidentemente no pueden aplicarse los efectos y principios tradicionales de un

(5) Vid., por todos, LACRUZ BERDEJO, «La forma constitutiva en la Hipoteca Mobiliaria y en la Prenda sin Desplazamiento», en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, Tomo I, 1992.

sistema inmobiliario registral. Así, se ha expuesto que el registro de prendas sin desplazamientos sobre créditos constituirá un «mero archivo de documentos», por lo que en nuestra opinión esta reforma debería haber ido acompañada también de una reforma de la regulación del Registro de Bienes Muebles con el ánimo de dotarle de una sustantividad y autonomía propia, al menos en el ámbito de las garantías mobiliarias, si lo que realmente se pretende es que la constatación registral construya un correcto mecanismo de oponibilidad registral de las garantías mobiliarias.

Así, coincidimos con CARRASCO (6) que la inaplicación de los principios derivados de la publicidad registral a la prenda sin desplazamiento de créditos hacen o suponen que ésta no sea el modelo más eficaz o al menos que su elección no contribuya al fin, si éste como creemos, debe ser la oponibilidad registral de las garantías mobiliarias.

De esta forma y con carácter tradicional desde las tesis que expusiera VALLET (7) al efecto, se viene manteniendo igualmente y con carácter general en nuestros días (vid. la propia Resolución de la Dirección General, de 18 de marzo de 2008) que a la prenda sin desplazamiento de la posesión no le es aplicable el principio de oponibilidad registral, conclusión —según se ha dicho— que ha venido marcando la poca fortuna de la prenda sin desplazamiento de la posesión, afirmándose igualmente la carencia de reipersecutoriedad de la misma.

Ello es así (entre otros motivos aducidos, para los que nos remitimos a los excelentes planteamientos que hiciera VALLET al respecto) porque el propio artículo 16 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento sólo reconoce la oponibilidad a la hipoteca mobiliaria y no a la prenda sin desplazamiento y porque el artículo 56 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento excluye expresamente el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, no desprendiéndose la reipersecutoriedad de la prenda de ninguno de los preceptos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión.

No obstante lo anterior, hay que reconocer que ha habido opiniones doctrinales que se han alzado en contra de tales afirmaciones absolutas, así por ejemplo, DIEZ-PICAZO Y GULLÓN (8) (9) consideran que: «...*El principio de la oponibilidad erga omnes que se predica de la HM falta en la PSD, lo que ha hecho dudar a algunos autores que sea un auténtico derecho real o ha llevado a afirmar que no es más que un supuesto de crédito privilegiado el que el acreedor tiene sobre determinado bien. En realidad, la explicación puede hallarse en la misma naturaleza de los bienes susceptibles de PSD; admiten un fácil traslado capaz de alterar la publicidad registral al estar ésta conectada con un determinado status loci ... Por eso no es viable una norma como la del artículo 16 para la PSD porque en el tráfico de bienes muebles hay que constar con el artículo 464 del*

(6) Vid., *op. cit.*

(7) VALLET DE GOYTISOLO, *Revista del Derecho Notarial* (abril-junio de 1955); y VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Garantías Reales*, Editorial Montecorvo, 2.ª ed., pág. 516 y sigs.

(8) DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III. Derecho cosas y Derecho Inmobiliario Registral, Editorial Tecnos, 5.ª ed., 1994, págs. 566 y 567.

(9) Vid., también, a favor de la revisión de las tesis de VALLET, Carlos CORTIÑAS RODRÍGUEZ-ARANGO, *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo III, Reales, vol. 3.º, págs. 119 y sigs. Thomson-Civitas, 2003.

Código Civil (o bien el art. 85 del Código de Comercio) cuando éstos no son tan identificables por sí mismos como los aptos para la HM. La situación de los terceros adquirentes debe ser objeto de protección, pero en función del criterio sustitutivo de la eficacia legitimadora de la posesión por el de la inscripción registral al que nos hemos referido en el apartado c) del subepígrafe anterior. Ello lleva a afirmar que los adquirentes estarán inmunes a la PSD cuando son de buena fe, que la tendrán, en virtud de aquel criterio, cuando la garantía no figura inscrita en el Registro teóricamente competente, que es el único que deben consultar, aunque se halle en otro distinto que fue competente en su momento y lo desconozcan...».

En nuestra opinión y pese a los loables intentos doctrinales de superación de las tesis de VALLET, creemos que todavía puede mantenerse con gran fundamento la ausencia de inoponibilidad registral y reipersecutoriedad en las prendas sin desplazamientos de créditos, de ahí que la reforma normativa para la implantación y evidente desarrollo de las mismas no la consideremos suficiente o adecuada.

Por otro lado, la inexistencia de un *status loci* determinado para los créditos, también es otro de los elementos que por la propia dinámica registral pueden impedir el desarrollo de la prenda sin desplazamiento sobre créditos, lo cual necesariamente habría de pasar —a nuestro juicio— por una superación estricta de la localización como criterio de permanencia de la garantía, así como por una correcta determinación de la competencia registral en esta materia de prendas sin desplazamiento sobre créditos que entendemos habría de pasar por el del domicilio del pignorante para evitar así un «peregrinaje registral» en cuanto a la constancia tabular de tales garantías, llevándose como sistema de folio personal en vez de como sistema de folio real.

Además, la Resolución de la Dirección General, de 18 de marzo de 2008, entrando en «materia judicial», dedica un apartado a resolver la concurrencia entre la prenda sin desplazamiento y con desplazamiento, exponiendo al respecto lo siguiente: «...Por tanto, los momentos homogéneos a tener en cuenta son los expuestos; en el caso de que se constituya una prenda sin desplazamiento sobre un crédito previamente pignorado con una prenda ordinaria, si la fecha de ésta consta en un instrumento público y es anterior a la de la inscripción, prevalecerá la prenda con desplazamiento u ordinaria. Por el contrario, si la inscripción es de fecha anterior, primará ésta como regla general, si bien que existen matices evidentes, vista la literalidad del artículo 90.1.6.º de la LC, en la que la preferencia se deriva de la fecha del documento público. En este punto, y si la concurrencia se produce sobre un intangible, como es una prenda de créditos, la regla del artículo 55 de la LHMPD —imposibilidad de pignorar de modo ordinario lo ya pignorado sin desplazamiento— se relativiza notablemente, dadas las dificultades objetivas de un adecuado reflejo tabular de una prenda sin desplazamiento de créditos y del sistema de llevanza del Registro de Bienes Muebles cuando de esta garantía mobiliaria se trata».

Las conclusiones de la Dirección General en este importantísimo apartado, como se puede observar, tampoco favorecen en nada a las prendas sin desplazamientos de créditos. Aparte de asumir la dificultad del reflejo tabular de las mismas, lo que de nuevo nos da la razón de lo insuficiente de la reforma, prácticamente queda sin contenido a la misma al ni siquiera deducirse con claridad que en liza, vencería la prenda sin desplazamiento sobre la prenda ordinaria posterior, de no ser así, ¿para qué y por qué constituir una

prenda sin desplazamiento de créditos, si se relativiza de tal forma el propio artículo 55 de la Ley? (10).

IV. REFLEXIONES FINALES

En definitiva, un panorama poco alentador consistente en que según la interpretación expuesta sobre las prendas sin desplazamientos de la posesión, éstas no gozan de oponibilidad ni de reipersecutoriedad, la inscripción de la misma no es constitutiva, se relaja la prohibición de pignorar ordinariamente lo ya pignorado sin desplazamiento hasta el punto de no afirmarse con claridad que una prenda posesoria posterior cedería ante una prenda sin desplazamiento anterior, la tributación del 1 por 100 en AJD por la inscripción de la prenda sin desplazamiento (salvo que se constituya en póliza, salvando las restricciones a su utilización tras la última reforma del Reglamento Notarial), junto con los aducidos problemas de competencia registral y *status loci* del crédito pignorado, lo que supone que la reforma normativa realizada por la Ley 41/2007 no llegue (a nuestro juicio) a tener la importancia práctica que se hubiere deseado.

Incluso, MARTÍNEZ SANCHIZ (11) dice que la nueva figura sólo ostentaría algún interés por permitir expresamente la prenda de créditos ya pignorados, la prenda de créditos futuros y la prenda de créditos contra la Administración (posibilidades, que incluso, a nuestro juicio, ya existían con anterioridad a esta reforma).

En suma y como ya hemos adelantado, estamos de acuerdo con el fondo de esta reforma normativa consistente en la constancia registral de los derechos de crédito, puesto que creemos que supone una clara manifestación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española), puesto que, superando las problemas registrales para el correcto reflejo tabular de los mismos, no cabe duda de que favorece el conocimiento de las cargas de los créditos pignorables. Ahora bien, quizá la reforma tendría que haber abordado temas como el de la oponibilidad y reivindicabilidad de estas prendas, así como su concurrencia con las ordinarias, con el objeto de haber podido establecer unas claras bases que favorecieran el desarrollo de la misma, o haberse incardinado mediante una garantía real autónoma.

Finalmente, la reforma del meritado artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento suscita también determinadas dudas en cuanto a la extensión y ámbito de aplicación de su régimen. Me refiero al que fuera discutido tema y relativo al acceso del gravamen de las participaciones sociales al Registro de Bienes Muebles (la reformada norma veda tal acceso a las acciones de las sociedades anónimas al prohibir la constitución del gravamen sobre los derechos representados por valores). Mismas dudas al respecto que también nos suscitó no ha mucho tiempo el artículo 8.3 de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales, que recoge como objeto de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil: «*Cualquier cambio de socios y administra-*

(10) CARRASCO (vid., *op. cit.*) también considera que vencería la prenda sin desplazamiento sobre la prenda ordinaria posterior, solventadas las dificultades del artículo 55.2 de la Ley.

(11) Vid., *op. cit.*

dores, así como cualquier modificación del contrato social...» (12), (13), (14); dudas que se nos vuelven a plantear si someramente recordamos que uno de los criterios de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de enero de 2003, fue el que las participaciones sociales se encuentran al margen de toda inscripción en cualquier registro público, afirmando de esta forma: «...Y esto es lo que ocurre con las acciones de sociedades anónimas y participaciones de sociedades de responsabilidad limitada, respecto de las cuales, a mayor abundamiento, dicha inscripción pugnaría con las normas legales que rigen su tráfico o la legitimación para el ejercicio de derechos sociales al margen de toda inscripción en cualquier registro público y de una forma de todo punto incompatible con esa eventual inscripción...».

RESUMEN

PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

La Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario, ha modificado el artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, dando cabida a las prendas sobre derechos sin desplazamiento; nueva figura que ya ha sido tratada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de marzo de 2008, respondiendo a dos consultas privadas sobre la coexistencia de la nueva prenda sin desplazamiento sobre créditos con la tradicional prenda posesoria.

ABSTRACT

PLEDGE WITHOUT BAILMENT

Act 41/2007 reforming the mortgage market amended article 54 of the Act on the Chattel Mortgage and Pledge Without Bailment, making a place for pledges of rights without bailment. This is a new figure that was discussed by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' Decision of 18 March 2008 in reply to two private inquiries about the coexistence of the new pledge without bailment on credits and the traditional possessory pledge.

(12) Vid., a este respecto, y con mayor detalle, FRANCISCO REDONDO TRIGO, «La inscripción de las cargas y gravámenes sobre acciones y participaciones sociales en el Registro de Bienes Muebles (Una visión personal)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, 2003, núm. 675, págs. 105-142. Simplemente, y en estos momentos, cabe recordar que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de julio de 2002, acogió favorablemente dicha posibilidad de inscripción, para luego rechazarla mediante otra Resolución de fecha 29 de enero de 2003.

(13) Contrario a dicha inscripción se mostró, por ejemplo, ÁNGEL CARRASCO PERERA, «¿Es posible o necesaria la inscripción en el Registro de Bienes Muebles para la constitución de prenda sobre acciones y participaciones sociales? (Comentario a dos Resoluciones de la DGRN)», en *Aranzadi Civil*, núm. 6/2003, Parte Estudio, pág. 17 y sigs., Editorial Aranzadi, 2003.

(14) De forma favorable, se pronunciaron, entre otros: GARCÍA SOLÉ, F. y GÓMEZ-GALLIGO, F. J., *Derecho de los Bienes Muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid-Barcelona, 2002; Mercedes TORMO SANTOJA, «El acceso al Registro del derecho de prenda», en *La Notaría*. Colegi de Notaris de Catalunya, núm. 9-10, setembre-octubre 2003 (Vol. I); Fernando DÍAZ VALES, «El Registro de Bienes Muebles. Bienes y derechos inscribibles según la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 1-2, enero de 2004; y Pablo MARTÍNEZ-GUÓN MACHUCA, *Tratado de Derecho Mercantil. Los Registros Mercantil y de Bienes Muebles*, vol. 2, Marcial Pons, 2006.

3. URBANISMO

LA COMUNIDAD DE BIENES Y SU ADHESIÓN A UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 2001 (Sala de lo
Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) (RJ 2002/3049)*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

I. HECHOS

PRIMERO. Por acuerdo de 5 de octubre de 1994, el Ayuntamiento de Gijón resolvió designar a don José P. S. como representante en la Junta de Compensación de la Zona de Ordenación Particularizada, número 3, del Peri de Cimadevilla de las fincas pertenecientes en proindiviso a las entidades mercantiles Ipronsa y Explotaciones Jeyna, S. A., dejando sin efecto una designación anterior.

SEGUNDO. Por acuerdo de 14 de octubre de 1994, el Ayuntamiento de Gijón aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación de la Zona de Ordenación Particularizada, número 3, del Peri de Cimadelvilla.

TERCERO. Contra los acuerdos indicados en los dos anteriores antecedentes se interpuso por Explotaciones Jeyna, S. A., recurso contencioso-administrativo que fue tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con los números 1452/1994 y 94/1995 (acumulados) en el que recayó sentencia de fecha 9 de julio de 1997, por la que se estimaba el recurso interpuesto y se anulaban los actos administrativos en él impugnados.

CUARTO. Frente a la anterior sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación en el que, una vez admitido y tramitado conforme a las prescripciones legales, se ha señalado para la votación y fallo el día 5 de diciembre de 2001, fecha en la que se ha llevado a cabo el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Señor don Ricardo ENRIQUEZ SANCHO, Magistrado de la Sala.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Ayuntamiento de Gijón y la sociedad «Industria de la Promoción, S. A. —Ipronsa—» interponen recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 9 de julio de 1997, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Explotaciones Jeyna, S. A., contra dos acuerdos del Ayuntamiento de Gijón; uno, de 5 de octubre de 1994, por el que se designaba a don José P. S. como representante en la Junta de Compensación de la Zona de Ordenación Particularizada, número 3, del Peri de Cimadevilla, de las fincas incluidas en ese ámbito de actuación pertenecientes en proindiviso a Ipronsa y Explotaciones Jeyna, S. A., dejando sin efecto una

designación anterior, y otro, de 14 de octubre de 1994, por el que se aprobaba definitivamente el Proyecto de Compensación de dicha unidad de actuación. La indicada Resolución de 5 de octubre de 1994 dejó sin efecto otra anterior de 6 de junio de 1994 por la que, ante la falta de acuerdo de los copropietarios en el nombramiento de una persona que los representase ante la Junta de Compensación, el Ayuntamiento de Gijón había designado, conforme a lo previsto en el artículo 166.e) del Reglamento de Gestión (RG) a don José Manuel S. Y., representante de Explotaciones Jeyna, S. A., pese a que a dicha entidad pertenecía sólo una novena parte de las cuotas del condominio. Ipronsa, propietaria, además de esas ocho novenas partes en el citado condominio que suponía el 44,74 por 100 del conjunto de la unidad de actuación, del resto de las fincas integrantes de aquélla, presentó el correspondiente proyecto de compensación que no obtuvo la aprobación en la Junta de Compensación por haber votado en contra el señor S. Y. A raíz de ese acuerdo, Ipronsa solicitó que se nombrase como representante del condominio a una persona designada por ella, el señor P. S., y aceptada esa designación por el Ayuntamiento de Gijón en el antedicho acuerdo de 5 de octubre de 1994, fue sometido nuevamente a la Junta el Proyecto de Compensación que obtuvo su aprobación por el acuerdo de 14 de octubre de 1994, también anulado por la sentencia de instancia.

La Sala de instancia ha anulado el acuerdo de 5 de octubre de 1994, por entender que el artículo 166.e) no autoriza la remoción del representante primeramente designado, sin que pueda admitirse, añade la sentencia recurrida, que el Ayuntamiento «actuó refrendando un acuerdo de la mayoría, pues en ningún momento se le acreditó que existiese», expresión que sólo puede entenderse en el sentido de que no hay acuerdo formal en que los titulares del condominio decidan por mayoría la sustitución de su representante en la Junta de Compensación, pues es cuestión no discutida que a Ipronsa le correspondían ocho novenas partes de la copropiedad.

SEGUNDO. Al amparo del artículo 95.1.3.º de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción (*RCL* 1956, 1890 y *NDL* 18435), tanto el Ayuntamiento de Gijón como Ipronsa alegan que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia omisiva al no resolver sobre una causa de inadmisibilidad formulada en la contestación a la demanda, como es la falta de legitimación de Explotaciones Jeyna, S. A. Ciertamente la sentencia de instancia no se pronuncia expresamente sobre esta causa de inadmisibilidad, pero también lo es que en el suplico de la contestación a la demanda de Ipronsa, que es la que suscitó esta cuestión, no se pidió la inadmisión del recurso y en los Fundamentos de Derecho ni siquiera se invocó el artículo 82 LJCA. Por otra parte, la cuestión de la legitimación de Explotaciones Jeyna, S. A. está estrechamente ligada a la cuestión de fondo discutida en el proceso, por lo que no puede reprocharse a la Sala *a quo* que no contenga un pronunciamiento específico sobre ello.

TERCERO. En su segundo motivo de casación ambas partes recurrentes vuelven a insistir en la falta de legitimación de Explotaciones Jeyna, S. A., esta vez desde el punto de vista de los artículos 392 y 398 del Código Civil. Argumentan que puesto que en la Junta de Compensación quien aparece como titular es la comunidad de bienes en sí y no los propietarios de las distintas cuotas en que la propiedad resulta dividida y como aquella titularidad se determina por la regla de las mayorías, no cabe reconocer legitimación a un copropietario del condominio, en contra de los intereses de la mayoría de los copropietarios. Sin embargo, la legitimación que aquí nos interesa es la

del interés directo en la anulación de los actos administrativos impugnados, según resulta del artículo 28.1.a) LJCA, y es claro que quien había propuesto la designación de representante ante la Junta de Compensación de unas fincas en proindivisión y esa propuesta había sido aceptada, tiene interés en la anulación de un acuerdo en que se dispone la sustitución de ese representante.

CUARTO. La cuestión de fondo se plantea en el tercer motivo de casación. En él se invocan los artículos 398 y 1.733 del Código Civil y 166.e) RG (RCL 1979, 319 y *ApNDL* 13927) y se combaten las dos razones expuestas por el Tribunal de instancia como fundamento de su decisión, esto es, que el artículo 166.e) no autoriza la remoción del representante de una comunidad de propietarios y que no existe acuerdo formal de la comunidad designando ese nuevo representante.

Ninguna de esas razones pueden ser compartidas por la Sala. El artículo 166.e) del Reglamento de Gestión Urbanística impone al órgano actuante el deber de designar un representante de los cotitulares de una finca o derecho que deban incorporarse a la Junta de Compensación si aquellos no lo nombrasen. Este precepto responde a la finalidad de evitar que las discrepancias existentes en el seno de la copropiedad interfieran el funcionamiento de la Junta de Compensación. Se trata de una facultad subsidiaria a la de los propios cotitulares del bien o derecho, por lo que claramente puede concluirse que los copropietarios siempre pueden designar a una persona que los represente ante la Junta de Compensación, aunque no lo hayan hecho inicialmente, y que pueden alterar la designación cuantas veces estimen pertinente.

Tampoco cabe negar a la Administración la facultad de modificar el nombramiento del representante primeramente designado en defecto de los copropietarios, si se comprueba que existen razones que justifiquen su sustitución.

El artículo 166.e) exige a los copropietarios el nombramiento de una sola persona que los represente ante la Junta de Compensación, pero no impone que ese nombramiento se efectúe por unanimidad. No contiene regla alguna sobre la forma en que se haya de adoptar ese acuerdo, por lo que han de aplicarse las reglas generales sobre la comunidad de bienes contenidas en el Código Civil, cuyo artículo 398 responde el principio de la adopción de acuerdos según el criterio de la mayoría, en función de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad, cuando se trate de proveer a la administración y mejor disfrute de la cosa común, y al de la unanimidad cuando se refiera a actos de disposición o de extraordinaria administración. Estos criterios básicos han de modularse en atención a la naturaleza y finalidades que persigue el funcionamiento de la Junta de Compensación. Así la incorporación a la Junta, aunque es una decisión de suma importancia porque conduce a una transformación radical de los derechos de los titulares de las fincas que se suman al sistema, no responde a una decisión autónoma de aquellos sino que viene determinada por la necesidad impuesta por el planeamiento de proceder a la urbanización del ámbito territorial en que se encuentren las fincas. La decisión de incorporarse a la Junta es importante, pero más aún lo es la de no participar en el sistema, pues entonces los copropietarios corren el riesgo de la expropiación o el de tener que incorporarse tardíamente a una Junta de Compensación en la redacción de cuyos Estatutos y Bases de Actuación no han participado. Por todo ello la exigencia de unanimidad para la adopción de los acuerdos pertinentes al respecto es excesiva, y mas aún para todos los demás acuerdos que han de ir adoptándose durante el funcionamiento de la Junta. El criterio de la mayoría debe ser suficiente y por esta razón

ha de considerarse adecuado atender al acuerdo de la mayoría de los copropietarios para la designación de quien los deba representar ante la Junta de Compensación.

La Sala de instancia resalta que no se ha producido acuerdo alguno, reafirmado por la mayoría de los copropietarios, ordenando la remoción del representante existente, pero esta afirmación no puede ser compartida por la Sala. No cabe exigir a los titulares de bienes disfrutados en copropiedad formalidades específicas para la adopción de sus acuerdos. Cuando se requiera la mayoría es suficiente la constancia por cualquier medio de que están en favor del acuerdo propietarios que representen esa mayoría y ninguna duda existe de que Ipronsa era propietaria de ocho novenas partes de las cuotas de las fincas aportadas junto con Explotaciones Jeyna, S. A., por lo que procede la estimación del presente motivo de casación.

QUINTO. El estudio de la cuestión de fondo, confirmado según lo antes expuesto es el acuerdo del Ayuntamiento de Gijón, de 5 de octubre de 1994, se concreta en la decisión de si también es ajustado a Derecho el acuerdo del mismo Ayuntamiento de 14 de octubre de 1994, por el que se aprobaba definitivamente el Proyecto de Compensación de la Unidad de Actuación indicada, Zona de Ordenación Particularizada, número 3, del Peri de Cimadevilla, puesto que contra él, además del motivo de nulidad derivado de la nulidad del acuerdo de 5 de octubre de 1994, se alegaron otros que la Sala de instancia no tuvo necesidad de examinar.

SEXTO. En primer lugar, alega que es nula la transformación de la obligación de cesión al Ayuntamiento del 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico por una compensación económica. El artículo 102.1.3.º LJCA impone a esta Sala, tras la estimación del recurso de casación, resolver lo que corresponda «dentro de los términos en que apareciera planteado el debate», lo que significa que ha de atenderse a los términos del debate tanto ante el tribunal de instancia como ante el Tribunal de casación. Explotaciones Jeyna, S. A. no cuestionó ante el Tribunal Superior de Justicia la procedencia de la cesión al Ayuntamiento del 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico de la unidad de actuación, y tampoco ha hecho alusión a ello ante esta Sala, pese a que formuló su escrito de oposición al recurso de casación mucho después de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61) que declaró inconstitucionales, entre otros, los artículos 27 y 29 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), en cuya virtud se exigió esa cesión y se produjo su sustitución por una compensación económica, por lo que hemos de partir de la aceptación de dicho deber. En cuanto a la sustitución de la cesión de terrenos por la compensación económica correspondiente a ellos, tuvo su encaje en lo dispuesto en el citado artículo 29.1.a) 2.º

SÉPTIMO. Alega también Explotación Jeyna, S. A., que puesto que su aportación a la Junta de Compensación consistió en dos fincas disfrutadas en copropiedad con Ipronsa, que representaban el 44,74 por 100 del total de las fincas incluidas en la unidad de actuación, lo procedente hubiera sido que se le hubiera adjudicado otra finca en sustitución de las aportadas, respetando el mismo porcentaje en la copropiedad, en lugar de diluir su participación en el Proyecto de Compensación a un 4,98 por 100 del total de las aportaciones, que es lo que representa la proyección a la superficie del conjunto de la unidad de su cuota de participación de una novena parte en ese 44,74 por 100 de las fincas aportadas.

Sobre esas fincas en copropiedad, Explotaciones Jeyna, S. A. había entablado un proceso civil contra Ipronsa, a fin de obtener la disolución del condominio mediante venta en pública subasta de las fincas, conforme a lo previsto en los artículos 400 y 404 del Código Civil, que terminó por sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1994 (*RJ* 1994, 6984) en la que se accedía a dicha pretensión, y la sociedad recurrente entiende que el acuerdo del Ayuntamiento de Gijón, aprobatorio del proyecto de compensación elaborado por Ipronsa, implica un modo de frustrar la ejecución de lo resuelto por esa sentencia. Se trata, sin embargo, de una cuestión ajena a esta Jurisdicción. La ejecución de lo resuelto por la citada sentencia debió ser instado ante la Jurisdicción Civil si realmente Explotaciones Jeyna, S. A., consideraba que lo decidido allí condicionaba la forma en que el sistema de compensación había de desarrollarse, hasta el punto de exigir que a dicha sociedad se adjudicara al final del procedimiento otra finca en copropiedad con Ipronsa, sobre la que pudiera llevarse a cabo la disolución del condominio por su enajenación en pública subasta. De dicha sentencia se desprende que la existencia de ese procedimiento urbanístico no es obstáculo a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 404 del Código Civil, pero sin que ello suponga otra cosa que el procedimiento haya de seguirse conforme a las normas urbanísticas de aplicación, que serán las que determinen el modo y cuantía de las compensaciones debidas a Explotaciones Jeyna, S. A., por su aportación a la Junta de Compensación.

El sistema de compensación, como la reparcelación que se lleva a cabo en el de cooperación, conduce a la atribución a los titulares de fincas previamente aportadas a la Junta de Compensación de otras en las que aquellos puedan hacer efectivos los correspondientes aprovechamientos urbanísticos, pero no altera la naturaleza de estas fincas adjudicadas que suceden subjetiva y objetivamente a las aportadas. A falta de acuerdo expreso entre los interesados, si las fincas aportadas pertenecían proindiviso a varias personas, los derechos correspondientes a las adjudicaciones efectuadas como consecuencia de esa aportación deben hacerse también en condominio, según las mismas cuotas de participación preexistentes. Los copropietarios se integran en la Junta precisamente como titulares de una determinada finca y la contraprestación derivada de esa aportación ha de respetar la misma situación de cotitularidad existente al iniciarse el procedimiento. Cabe la posibilidad de adjudicar en comunidad determinadas fincas en sustitución de otras aportadas en propiedad exclusiva [arts. 94.1 y 167.1.g) RG], pero no el supuesto inverso, si no existe unanimidad entre los copropietarios.

La Base 9.^a de los Estatutos de la Junta de Compensación de la Zona de Ordenación Particularizada, número 3, del Peri de Cimadevilla que establecía que: «cuando la escasa cuantía de los derechos de alguno de los propietarios o copropietarios no permita que se les adjudiquen fincas independientes, se sustituirá tal adjudicación por una indemnización en metálico», que es la que ha aplicado el Ayuntamiento de Gijón para sustituir la adjudicación de una finca en favor de Explotaciones Jeyna, S. A., por una compensación en metálico, ha de interpretarse en conexión con el artículo 94.3 RG, del cual es desarrollo. Esos derechos de los copropietarios son los correspondientes a la finca aportada en copropiedad, y han de ser recibidos también en copropiedad, porque el procedimiento de compensación no puede modificar las reglas que sobre la extinción del condominio establece el Código Civil.

En consecuencia, no es ajustado a derecho la aplicación de esa norma a la entidad recurrente con base en que su cuota de participación en el conjunto

de las fincas aportadas supone únicamente el 4,980 por 100 del total de los derechos de los demás propietarios, pues ese derecho de Explotaciones Jeyna ha de materializarse sobre la finca adjudicada en sustitución de las aportadas por ella a la Junta, que suponían el 44,74 por 100 del conjunto de fincas aportadas a la Junta. El coeficiente a que alude el artículo 86.2, párrafo segundo RG para determinar el derecho de los propietarios para el reconocimiento de derechos y adjudicación de fincas resultantes, ha de obtenerse en atención a las fincas aportadas, con independencia de si pertenecen a una persona o a varias en copropiedad. No es aceptable, como se hace en el acuerdo impugnado, extraer el coeficiente, no de la finca aportada por Explotaciones Jeyna, S. A., sino de la cuota de participación de dicha sociedad en aquella finca y luego sustituir su contraprestación en especie por una compensación en metálico amparándose en la escasa cuantía de ese coeficiente; por todo ello procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el indicado proyecto de compensación.

OCTAVO. Conforme al artículo 102 de la Ley de esta Jurisdicción (*RCL* 1956, 1890 y *NDL* 18435), no procede hacer declaración expresa sobre las costas causadas en la instancia ni en este recurso.

FALLAMOS: 1.º Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Gijón y por la entidad mercantil Ipronsa contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 9 de julio de 1997.

2.º Casamos dicha Resolución.

3.º Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Explotaciones Jeyna, S. A. contra el acuerdo del Ayuntamiento de Gijón, de 5 de octubre de 1994, por el que se designó a don José P. S. como representante en la Junta de Compensación de la Zona de Ordenación particularizada, número 3, del Peri de Cimadevilla de las fincas pertenecientes en proindiviso en la citada sociedad a Ipronsa.

4.º Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Explotaciones Jeyna, S. A., contra el acuerdo del Ayuntamiento de Gijón de 14 de octubre de 1994, por el que se aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación de la antes indicada unidad de actuación, y anulamos dicho acuerdo por no ser ajustado al ordenamiento jurídico.

5.º No hacemos especial declaración sobre las costas causadas en la instancia y en este recurso.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el sistema de compensación, la gestión y ejecución de la urbanización de un polígono o unidad de actuación se realiza por los mismos propietarios del suelo comprendido en su perímetro, con solidaridad de beneficios y cargas, constituyéndose a tal fin en Junta de Compensación.

Los propietarios de las fincas afectadas pueden incorporarse de manera voluntaria a la Junta de Compensación. Respecto de los propietarios que no lo hacen, la legislación autonómica establece generalmente la expropiación de sus fincas, de la que será beneficiaria la propia Junta de Compensación. En algunas Comunidades Autónomas se recoge una alternativa a la expropiación,

consistente en la reparcelación forzosa de los terrenos no incorporados, que se articula mediante su ocupación en favor de la Junta de Compensación, reconociéndose a sus titulares el derecho a la adjudicación de terrenos edificables en proporción a la superficie aportada, con la reducción adecuada para compensar los gastos de urbanización correspondientes (1).

La decisión de adherirse o no a la Junta es una mera volición interna del propietario. Ahora bien, en los casos en que alguna de las fincas incluidas en la unidad de actuación pertenece a más de una persona, se plantea el problema de determinar la forma en que los cotitulares deben adoptar esa decisión. Lo usual es que todos ellos acuerden voluntariamente incorporarse a la Junta, pero puede ocurrir que existan voces discordantes dentro de la comunidad de bienes. En consecuencia, debe precisarse cómo puede formarse y declararse esa decisión. ¿Puede ésta adoptarse por acuerdo mayoritario? ¿Es precisa la unanimidad? ¿Caben fórmulas alternativas?

El problema se acentúa por la heterogeneidad de las situaciones de cotitularidad que pueden recaer sobre las fincas afectadas, tales como las comunidades hereditarias, la sociedad de gananciales, las titularidades *ob rem* o la propiedad *pro diviso*, entre otras, cada una de ellas con su peculiar régimen jurídico. Sin embargo, con el fin de no extendernos en este comentario más de lo razonable, nos ceñiremos al supuesto de hecho contemplado por la sentencia, que es el de la comunidad ordinaria, romana o por cuotas.

Por la misma razón apuntada vamos a tratar la cuestión suscitada en términos generales, sin profundizar en las especialidades de la legislación autonómica, que sólo mencionaremos de manera puntual, y que, a pesar de la importancia de la cuestión suscitada, no suele pronunciarse de modo directo sobre los requisitos de la incorporación por las comunidades de bienes a la Junta de Compensación.

Por su parte, el Reglamento de Gestión Urbanística se refiere a la comunidad de bienes sólo para regular supuestos de hecho distintos del que nos ocupa, como la necesidad del nombramiento de un representante para que actúe en nombre de los copropietarios en el seno de la Junta de Compensación o la responsabilidad solidaria de los mismos frente a ésta (art. 166). Igualmente la contempla el artículo 157, al que haremos referencia después.

Tampoco la Jurisprudencia se prodiga en ofrecernos una solución a la cuestión debatida. Tan sólo encontramos algunas sentencias aisladas que contienen algún pronunciamiento sobre ella con carácter incidental, y así sucede con la sentencia que comentamos y alguna otra a la que más adelante nos referiremos.

Con las premisas anteriores, comenzaremos con la exposición de la perspectiva desde la que se acomete el problema por la sentencia comentada y sus posibles derivaciones, para luego exponer nuestra propuesta de sustituirla por otra diferente.

2. EL ENFOQUE DEL PROBLEMA POR LA SENTENCIA

La doctrina y la Jurisprudencia suelen atender a la naturaleza del acto de aportación a la Junta de Compensación para pronunciarse sobre la legitima-

(1) Es el caso, por ejemplo, del artículo 135 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y del artículo 156 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia.

ción de los comuneros para incorporar a la misma la finca poseída en común, aplicando las normas generales de la comunidad de bienes en el Código Civil y amparándose en ciertos pronunciamientos de la legislación del suelo.

Aplicando este criterio que podría calificarse como «tradicional», resulta que si la adhesión a la Junta de Compensación se califica como un acto dispositivo, será necesaria la voluntad concorde de todos los copropietarios, de conformidad con el artículo 397 del Código Civil. Por el contrario, si se estimase que se trata de un acto de administración ordinaria, bastaría el acuerdo de los que representen la mayoría de las cuotas de participación, por aplicación del artículo 398.

Cabría también mantener una posición intermedia, ya que la legislación urbanística permite a los Estatutos optar entre la transmisión a la Junta de Compensación del dominio sobre las fincas aportadas a ella y la transmisión de una mera facultad o titularidad fiduciaria sobre las mismas. En el primer caso la adhesión sería un acto de disposición y en el segundo podría calificarse como de gestión o administración ordinaria o extraordinaria.

Los más osados podrían incluso considerar que la aportación no puede encuadrarse en ninguna de esas dos categorías, sino que se trataría más bien de un acto de conservación patrimonial, para lo que cualquiera de los condueños estaría legitimado por sí solo, ya que la consecuencia de la no incorporación de la finca sería, generalmente, la pérdida del dominio sobre la misma por expropiación en beneficio de la Junta o, en los casos de reparcelación forzosa, la pérdida de parte del aprovechamiento que en otro caso correspondería a los condueños.

A pesar de que, según veremos, consideramos erróneo el criterio básico de partir del examen de la naturaleza de la incorporación a la Junta para optar entre una y otra tesis, resulta conveniente que antes de exponer nuestra opinión nos detengamos en las posibles consecuencias de la aplicación de dicho criterio.

2.1. La regla de la unanimidad

La legislación autonómica sobre el suelo suele recoger la regla que el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 contenía en los apartados 1 y 2 de su artículo 129, al establecer que «la incorporación de los propietarios a la Junta de Compensación no presupone, salvo que los Estatutos dispusieran otra cosa, la transmisión a la misma de los inmuebles afectados a los resultados de la gestión común. En todo caso, los terrenos quedarán directamente afectos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema (...)» y «las Juntas de Compensación actuarán como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquella, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos» (2).

Si partimos del enfoque «tradicional» que antes se ha expuesto, cabría entender que si los Estatutos prevén la transmisión dominical de las fincas a la Junta, sería necesario el consentimiento de todos los condóminos para su realización.

(2) Lo mismo establecía el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (art. 159.1.^a).

En otro caso, es decir, si no se transmite la propiedad a la Junta, cabría sostener el carácter no dispositivo de la aportación, por lo que ésta podría producirse por acuerdo mayoritario. Incluso en este supuesto cabría argumentar que, a pesar de que la Junta no adquiere el dominio de las fincas, sí se le transmite en todo caso su «pleno poder dispositivo», por lo que también sería preciso el acuerdo unánime de los proindivisarios de la finca común.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 11 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007/208174) opta abiertamente la tesis de la unanimidad, señalando que «la argumentación de naturaleza privatística desde el punto de vista de la normativa que invoca (la recurrente) carece de operatividad, desde el momento en que, siendo condómino del bien a aportar, el artículo 166.e) del Reglamento de Gestión Urbanística es suficientemente revelador al exigir en estos casos de propiedad compartida un representante que actúe en nombre de todos los condóminos o copropietarios y que se aporte la finca en comunidad como un todo, con independencia de las relaciones que puedan darse entre los copropietarios, exigencia que en el presente supuesto tampoco se ha cumplido de modo voluntario, por lo que la no incorporación del bien afectado determinó la sanción expropiatoria, sanción a la que no es óbice el que la recurrente solicite la incorporación de su cuota correspondiente en el condominio, ya que la ausencia de garantías de que la finca en cuestión resultare adjudicada a la misma, presupuesto necesario para que su incorporación pudiese surtir los efectos que pretende, es obvia. Ergo la actora si no podía disponer del bien en cuestión mal podría incorporarse a la Junta de Compensación».

En definitiva, según esta sentencia, la aportación a la Junta de una finca perteneciente en proindiviso a varias personas sólo podría producirse si éstas lo acuerdan así unánimemente; en caso de discordancia por parte de alguno de los comuneros, no sería posible la incorporación de la finca, procediendo en consecuencia su expropiación.

Si se acepta esta postura, puede suceder que los comuneros que, ostentando la práctica totalidad de las cuotas en la comunidad de bienes, deseen sumarse a la Junta de Compensación y a pesar de ello se vean condenados a ser expropiados por la sola voluntad discordante de uno de ellos, que acaso tenga una participación indivisa insignificante. Tal consecuencia resulta excesiva porque coarta la libertad de los propietarios y contradice frontalmente el carácter puramente voluntario que la legislación atribuye desde antiguo a la adhesión por los propietarios a la Junta (3).

A simple vista, podría apreciarse un apoyo legislativo a la regla de la unanimidad en el artículo 157 del Reglamento de Gestión Urbanística cuando, tras establecer como regla general la obligatoriedad de la constitución de la Junta de Compensación, señala en su apartado 3 que se exceptúa de esta regla «el supuesto de que todos los terrenos pertenezcan a un solo propietario», añadiendo que «si todos los terrenos perteneciesen a una comunidad proindiviso, ésta se

(3) Esa libertad de elección ya se encontraba presente en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (art. 127, que determinaba quiénes y cuándo «podrán incorporarse» a la Junta de Compensación) y más tarde, en el Texto Refundido de 1992 (art. 158). Las Leyes estatales del Suelo posteriores no regularon los sistemas de actuación urbanística por ser materia que la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997, declaró reservada a la competencia de las distintas Comunidades Autónomas, pero éstas no se apartaron del modelo tradicional en cuanto a la libre elección por parte de los propietarios afectados.

considerará como propietario único a los efectos del sistema de compensación, si no existiese oposición por parte de ninguno de los condueños».

Esta regla está pensada, como se ve, para una finalidad diferente de la que contemplamos, pues no se refiere al momento de la constitución de la Junta de Compensación o a la adhesión posterior, sino al momento inicial del sistema de compensación. Además, sólo contempla la hipótesis de que no existan en el ámbito otras fincas pertenecientes a terceros. Concurriendo estos dos presupuestos, la consecuencia es que no es necesaria la constitución si todos los copropietarios están de acuerdo en promover la iniciativa. Pero ninguno de tales presupuestos se da en el caso que estamos considerando, en el que ya se ha producido la iniciación del sistema, siendo precisa la constitución de la Junta de Compensación, y además la finca en proindiviso no es la única del ámbito. Por ello, dado el carácter excepcional de la norma, la exigencia de la unanimidad no puede extenderse a un supuesto radicalmente distinto, por aplicación del artículo 4.2.º del Código Civil.

2.2. El principio mayoritario

La sentencia comentada rechaza el criterio de la unanimidad y se decanta por el de la mayoría, considerándolo aplicable a toda decisión que haya de tomarse por los condueños, en especial el del nombramiento de quien les deba representar para que actúe en nombre de la misma, pero extendiéndolo a cualquier otro acuerdo, entre los que expresamente incluye la decisión de adherirse a la Junta.

Dice así el Fundamento de Derecho Cuarto: «la incorporación a la Junta, aunque es una decisión de suma importancia porque conduce a una transformación radical de los derechos de los titulares de las fincas que se suman al sistema, no responde a una decisión autónoma de aquéllos sino que viene determinada por la necesidad impuesta por el planeamiento de proceder a la urbanización del ámbito territorial en que se encuentren las fincas. La decisión de incorporarse a la Junta es importante, pero más aún lo es la de no participar en el sistema, pues entonces los copropietarios corren el riesgo de la expropiación o el de tener que incorporarse tardíamente a una Junta de Compensación en la redacción de cuyos Estatutos y Bases de Actuación no han participado. Por todo ello la exigencia de unanimidad para la adopción de los acuerdos pertinentes al respecto es excesiva, y mas aún para todos los demás acuerdos que han de ir adoptándose durante el funcionamiento de la Junta».

Compartimos el razonamiento que se acaba de transcribir. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo en las consecuencias que de él extrae la propia sentencia. Según se desprende de su lectura, basta el acuerdo de la mayoría de cuotas para incorporar la finca común a la Junta de Compensación, y ello a pesar de que alguno de los copropietarios haya manifestado expresamente su voluntad en contra, solicitando la expropiación de sus derechos. En suma, verificado el acuerdo mayoritario, la finca común quedaría incorporada a la Junta con todas sus consecuencias.

Esta doctrina no está exenta de reparos. En primer lugar, cabría discutir si debe aplicarse cualquiera que sea la forma estatutariamente establecida para la aportación de los bienes a la Junta de Compensación, es decir, incluso en los casos en que tiene lugar mediante la transmisión en pleno dominio de los mismos.

En segundo término, esta solución supone, al igual que la anterior, la imposición del acuerdo de la mayoría a aquellos copropietarios que representen la menor parte de las cuotas en la comunidad, produciéndose de manera forzosa su adhesión, en contra del carácter voluntario que atribuye en general la legislación urbanística al ingreso en la Junta de Compensación. No encontramos precepto ni razón alguna que justifique esta imposición, como luego veremos.

2.3. La tesis del acto de conservación

Como ya hemos apuntado, cabría incluir aquí una posible tercera vertiente del problema que planteamos, dentro del mismo criterio anterior de atender a la naturaleza del negocio jurídico de la incorporación a la Junta de Compensación. Se trataría de considerar que dicho negocio no es ni un acto de disposición ni de mera administración, sino que se impone si no se quiere perder la finca por la vía de la expropiación.

La consecuencia de esta construcción es que bastaría la voluntad de uno solo de los condueños para incorporar la finca entera a la Junta, vinculando así a los demás.

Esta solución, al igual que sucede con las dos anteriores, resultaría inadmisibles, entre otras razones, porque cercena la libertad de los condueños, que se verían compelidos a formar parte de la Junta de Compensación por un acto unilateral de uno de ellos, sin que exista base legal alguna para ello.

3. NUESTRA OPINIÓN SOBRE EL TEMA

3.1. El cambio de perspectiva que proponemos

Nosotros entendemos que debe prescindirse de la naturaleza jurídica de la adhesión a la Junta y poner el acento en la libertad de los propietarios afectados para decidir si se suman a ella o no. El reconocimiento de esta libertad es una manifestación de la esencia del propio sistema de compensación: el protagonismo de los particulares en la gestión y en la urbanización del ámbito, por lo que aquella libertad debe reconocerse de manera individual a todos los propietarios, sean titulares de una finca en su totalidad, o sólo de una cuota indivisa de la misma.

Dicho de otro modo, cuando alguna de las fincas incluida en la unidad de ejecución pertenezca en proindiviso a varias personas, cada una de éstas podrá decidir si se adhiere o no a la Junta con su cuota en la finca común. No se trataría ya de aportar la finca común en su totalidad (por la decisión unánime, mayoritaria o de uno solo de los condueños, según nos decantemos por una de las soluciones que hemos visto en el apartado anterior), sino de la aportación por cada comunero de su participación indivisa, que se traduciría en la correspondiente cuota de participación en la Junta como si se tratara de una finca más. Del mismo modo, procederá la expropiación forzosa de las cuotas de los comuneros que no se hayan adherido voluntariamente. Esta solución es la más acorde con la plena disposición que el artículo 399 del Código Civil reconoce a cada comunero sobre su cuota.

3.2. La crisis de la comunidad de bienes ante el sistema de compensación

Ciertamente, en el expediente de compensación se produce una profunda transformación de los derechos de cada propietario. Pero esta transformación no es consecuencia de la adhesión a la Junta de Compensación, porque afecta tanto a los propietarios adheridos como a los no adheridos. La causa de dicha transformación se encuentra en la delimitación de la unidad de ejecución y en la elección del sistema. Producida ésta, los propietarios deberán promover la iniciativa mediante la presentación de las bases y estatutos o la documentación requerida por la legislación aplicable para la constitución de la Junta de Compensación. Si así no lo hicieren, se acudirá a otras vías para implementar el desarrollo del ámbito, como el cambio del sistema de actuación o la entrada de un agente urbanizador. Constituida la Junta, todos los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación quedan directamente afectos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, y los propietarios son libres de adherirse a ella o no. Si lo hacen, participarán de la reparcelación, con la consiguiente sustitución de las fincas o derechos aportados por las fincas de resultado que les sean adjudicadas. Si, por el contrario, no se adhieren oportunamente, sufrirán la expropiación de sus derechos o, en su caso, quedarán sometidos a la reparcelación forzosa.

En consecuencia, esa profunda transformación es independiente del negocio de aportación a la Junta, que pasa de este modo a un segundo plano. La aplicación del sistema de compensación sumerge las fincas afectadas en una situación de crisis que afecta de manera radical a los interesados, al margen de las decisiones que cada uno pueda adoptar para sumarse o no al proceso.

Evidentemente, las fincas en proindivisión se ven también afectadas por esa crisis. Cuando todos los copropietarios están de acuerdo en el modo de proceder ante ella, la situación es idéntica a la de las demás fincas, de manera que, si deciden adherirse, la finca se incorpora a la Junta como si perteneciera a una sola persona, por lo que los condueños deben comparecer ante la entidad bajo una misma representación y responden solidariamente de las deudas correspondientes a la finca. Pero cuando esta situación crítica se une a la división de los condueños a la hora de decidir si se incorporan o no a la Junta de Compensación, quiebra la cohesión entre los mismos que justifica el mantenimiento del régimen de comunidad de bienes. La combinación de esos dos factores sobre el condominio (aplicación del sistema de compensación y contradicción de voluntades entre los copropietarios) supone la ruptura de la voluntad de mantener la finca indivisa, por lo que debe equipararse a estos efectos a la solicitud por alguno de los condueños de la división de la cosa común. De este modo, se diluye la idea de la comunidad de bienes en favor de los derechos individuales que corresponden a cada uno en la Junta, en función de su cuota respectiva, lo que justifica que cada uno de los comuneros pueda seguir su camino y ejercitar su libertad de adherirse o no a la misma, como si se tratase de propietarios de fincas independientes.

Son dos, por tanto, las hipótesis que pueden producirse en los casos de copropiedad de una de las fincas afectadas: que todos actúen de común acuerdo y que existan discrepancias en torno a las decisiones que haya que adoptar. Para examinar sus consecuencias respectivas, resulta conveniente distinguir los tres momentos que pueden considerarse cruciales a la hora de adoptar decisiones:

a) El momento inicial del sistema de compensación

Si en este momento todos los copropietarios de la finca referida se hallan de acuerdo en promover la iniciativa, será la participación de dicha finca, en relación con el total del ámbito, la que habrá de computarse a los efectos de apreciar si concurre el porcentaje de la superficie (o del aprovechamiento, según el caso) exigidos por la Ley aplicable para ello.

Si, por el contrario, no existe ese acuerdo, a la iniciativa podrán concurrir los que lo deseen, en cuyo caso sólo se tomará en consideración a los mismos efectos la participación individual de éstos en el total del ámbito, según su cuota indivisa en la finca, pero no la que pudiera corresponder a los demás copropietarios.

b) El momento de la adhesión a la Junta de Compensación

En este segundo momento, si todos los copropietarios tienen la voluntad de adherirse, podrán hacerlo concurriendo juntos a la escritura de constitución u otra posterior, o bien bajo una misma representación, aportando en ambos casos el pleno dominio de la finca.

En otro caso, podrán concurrir al otorgamiento quienes lo deseen, pero sólo por su cuota respectiva.

c) El funcionamiento de la Junta de Compensación

Una vez producidas las correspondientes adhesiones a la Junta, el funcionamiento del sistema será también diferente en uno y otro caso. Cuando lo aportado a la Junta sea la finca en su totalidad por acuerdo unánime de sus condueños, lo relevante frente a ella será la finca, y no las cuotas indivisas, que sólo en el momento de la adjudicación de las fincas de resultado serán consideradas por la Junta. Pero durante el funcionamiento de la Junta anterior a la adjudicación, las cuotas indivisas de los condóminos tendrán un efecto meramente interno entre ellos, por lo que el tratamiento de la finca común será el mismo que el de las de propietario único. De ahí la necesidad del nombramiento por los condueños de una persona que les represente ante la Junta y la responsabilidad solidaria de aquéllos frente a ésta.

Adherida sólo una parte de los condueños, cada uno de ellos actuará individualmente; lo que en este caso se equipara al propietario único es cada comunero adherido respecto de su cuota indivisa. Por esta razón resulta inoperante en este supuesto de crisis la norma del Reglamento de Gestión que impone, en condiciones normales, el nombramiento de un representante de la comunidad en la Junta de Compensación, porque no hay comunidad a la que representar. Igualmente no cabe, a nuestro entender, invocar en esa situación la responsabilidad solidaria de los copropietarios respecto de los gastos de urbanización que corresponda a la finca en relación con el ámbito, pues el copropietario adherido responderá individualmente según la participación correspondiente a su cuota indivisa en la Junta.

3.3. *El apoyo legal y jurisprudencial*

En el sistema de compensación, el protagonismo de la gestión urbanística corresponde, como hemos visto, a los propietarios de terrenos incluidos en la unidad de actuación. Tales propietarios pueden adoptar los acuerdos pertinentes sobre el modo en que se va a llevar a cabo la distribución de beneficios y cargas y la reordenación de la superficie afectada de conformidad con la ordenación diseñada por el correspondiente instrumento de planeamiento. El medio para lograr ese resultado es la constitución de la correspondiente Junta de Compensación, cuyos Estatutos determinan el régimen de adopción de los acuerdos necesarios entre los distintos propietarios para desembocar en el Proyecto de Compensación o Reparcelación.

La constitución de la Junta de Compensación es, pues, una carga o deber que atañe en general a todos los propietarios de los terrenos afectados y se entiende cumplido si los adheridos a ella representan el porcentaje establecido por la legislación urbanística aplicable. La consecuencia de que no se llegue a constituir la Junta es generalmente la sustitución del sistema de compensación por otro legalmente previsto. Pero no se trata de una obligación individualmente impuesta a cada uno de los propietarios, que son libres de concurrir o no a la constitución y de adherirse o no a la Junta constituida.

La regla expuesta tiene una excepción lógica: no es precisa la constitución de la Junta cuando todos los terrenos pertenecen a un propietario único, porque en este supuesto no se da la contraposición o el contraste de intereses que justifique dicha constitución. La sola voluntad del propietario único, formulada con los requisitos y dentro de los límites señalados por la Ley y el planeamiento, basta por sí sola para lograr el resultado que, en otro caso, requeriría el acuerdo de los interesados en el seno de la Junta de Compensación.

Exactamente lo mismo sucedería si todos los terrenos pertenecieran a una comunidad por cuotas y todos los comuneros actuaran de mutuo acuerdo, ya que tampoco en este caso cabe hablar de intereses contrapuestos, sino coincidentes. Por eso, la legislación equipara este supuesto al del propietario único y no exige tampoco la creación de la Junta.

Para que así ocurra, es preciso que todos los condueños actúen de consuno, como exige el artículo 157.3.º del Reglamento de Gestión. Ello se debe a que, existiendo oposición por parte de alguno de ellos, surge la contradicción de intereses que hace necesaria la constitución de la Junta de Compensación para dirimir sus diferencias, conforme a la regla general.

Pero lo que realmente revela el precepto citado es la posibilidad de que cada condueño acuda a la Junta de Compensación, de obligada constitución en ese caso de discordia, con independencia de lo que decidan los demás condueños. De este modo, algunos comuneros decidirán adherirse a la Junta y otros no. Esta situación necesariamente supone la sustitución de las participaciones indivisas que cada uno de los copropietarios adheridos tenían sobre la finca por las nuevas cuotas de participación que le corresponderán en la Junta de Compensación, que serán distintas de aquéllas al excluir las cuotas de los no adheridos (4).

(4) Imaginemos que la unidad de actuación está constituida por una sola finca que pertenece a cinco comuneros por iguales partes indivisas. Sólo tres de ellos quieren constituir la Junta de Compensación, procediendo la expropiación de las cuotas de los

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de abril de 2003 (*JUR* 2005/61109) se hace eco de esta distinción entre las cuotas existentes dentro de la comunidad de bienes y la de participación de la finca en la Junta de Compensación, al afirmar lo siguiente: «lleva razón la parte apelante cuando sostiene, que siendo cada parte titular de la mitad del proindiviso, esto es, del 50 por 100, la división material de la finca, que representa el 40 por 100, aproximadamente, de la superficie de la unidad de ejecución, lo único que supondrá es que cada una de las partes podrá actuar por ese 50 por 100 con independencia de la otra y que tener un interés del 50 por 100 —mitad del proindiviso— de una finca, que conlleva un interés del 40 por 100 en la unidad de ejecución en que está incluida, es exactamente igual, a todos los efectos patrimoniales, que tener el 100 por 100 de cuota de propiedad en una finca con un interés del 20 por 100 en dicha unidad de ejecución».

Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en su sentencia de 30 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/8333), aunque no llega a entrar en el fondo de la cuestión, sí contempla la posibilidad de expropiar las participaciones indivisas de algunos de los copropietarios, estando el resto de ellos adheridos a la Junta.

Con mayor contundencia lo admite la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de febrero de 2006 (*JUR* 2007/169289).

3.4. La adjudicación de las fincas de resultado y su inscripción en el Registro de la Propiedad

Otra de las cuestiones sobre las que se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo comentada es la relativa a la forma en que debe adjudicarse entre los comuneros la finca o fincas de resultado, afirmando al respecto en su Fundamento de Derecho séptimo que: «A falta de acuerdo expreso entre los interesados, si las fincas aportadas pertenecían proindiviso a varias personas los derechos correspondientes a las adjudicaciones efectuadas como consecuencia de esa aportación deben hacerse también en condominio, según las mismas cuotas de participación preexistentes. Los copropietarios se integran en la Junta precisamente como titulares de una determinada finca y la contraprestación derivada de esa aportación ha de respetar la misma situación de cotitularidad existente al iniciarse el procedimiento. Cabe la posibilidad de adjudicar en comunidad determinadas fincas en sustitución de otras aportadas en propiedad exclusiva [arts. 94.1 y 167.1.g) RG], pero no el supuesto inverso, si no existe unanimidad entre los copropietarios».

No podemos compartir tampoco esta conclusión de la sentencia, y no sólo por resultar contraria a la tesis que sostenemos sobre la independencia de las cuotas de los comuneros que se hayan adherido cuando hay otros que no lo han hecho. Las Leyes del Suelo establecen algunos supuestos en los que cabe la adjudicación de fincas de resultado en régimen de comunidad. Pero es indudable que estos supuestos tienen un carácter netamente excepcional, por lo que los inconvenientes que surgen de las situaciones de comunidad exigen evitarlas en lo posible, como ha reiterado la Jurisprudencia, y este principio

otros dos. Cada uno de los tres adheridos tendrá en la Junta una participación de una tercera parte sobre el aprovechamiento lucrativo total del ámbito (en lugar de la quinta parte que le correspondía en el condominio).

se impone también en los casos de comunidad sobre las fincas de origen. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio del criterio diferente que puedan adoptar al respecto las normas autonómicas.

Por tanto, sólo en los casos en los que no quepa la adjudicación de fincas independientes será recomendable evitar el proindiviso en las de resultado. Evidentemente, esta norma no excluye que, estando todos los condóminos de acuerdo en que se les adjudique la finca de resultado en la misma forma comunitaria, pueda accederse a esta petición por la Junta, siempre y cuando lo permita la nueva ordenación resultante de la reparcelación. Lo mismo se entiende si los Estatutos se pronuncian expresamente sobre el particular, como ocurre en el caso examinado.

En este sentido, contrario a la adjudicación en proindiviso, se manifiesta la sentencia de 18 de noviembre de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos (*RJCA* 2005/1067).

Por último, el artículo 13 del Real Decreto 1093/1997, respecto de las fincas aportadas en régimen de comunidad de bienes, establece como presupuesto para la inscripción de las fincas de resultado «en la proporción en que constasen inscritas las de origen», que «el Proyecto no especificase la forma de la adjudicación», por lo que se trata de una regla subsidiaria de lo que decida al respecto el citado Proyecto. Es decir, que sólo se inscribirá en esa proporción si, por imperativo legal o estatutario, o por imposibilidad o inconveniencia, el Proyecto no adjudica parcelas independientes, pero el precepto no sólo no impide que se haga esta adjudicación independiente, sino que abre claramente la puerta a esta posibilidad.

RESUMEN

JUNTA DE COMPENSACIÓN

En estas líneas se realiza un breve examen de los requisitos necesarios para la incorporación a una Junta de Compensación de fincas pertenecientes a varias personas en régimen de comunidad por cuotas y de los efectos de dicha incorporación.

ABSTRACT

COMPENSATION BOARD

This is a brief examination of the requirements necessary in order for properties belonging to several persons as joint owners by shares to be incorporated in a compensation board and the effects of incorporating such properties in a compensation board.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Reforma por la que se modifican diversos artículos del Reglamento del Senado.

— Resolución de 29-4-2008. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 2/2008, de 21-4-2008, de medidas de impulso a la actividad económica.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 750/2008. 9-5-2008. Nombra Fiscal General del Estado a don Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución de 9-5-2008. DGRN. Corrección de errores. Resolución de 8-1-2008, por la que se resuelve el concurso ordinario número 273, para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 7-11-2007, y dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 12-5-2008. DGRN. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por Resolución de 19-3-2008, y se dispone su publicación y comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 18-6-2008. DGRN. Anuncia Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 274.

— Instrucción de 12-5-2008. DGRN. Relativa al artículo 22 del Reglamento Notarial.

— Instrucción de 28-5-2008. DGRN. Funcionamiento y organización de los Registros Civiles delegados a cargo de los Juzgados de Paz y su informatización.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

— Resolución de 19-5-2008. Publica concurso para la provisión de Notarías vacantes.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 861/2008. 23-5-2008. Modifica el Reglamento del IRPF en materia de pagos a cuenta sobre los rendimientos del trabajo y de actividades económicas.

— Orden 1420/2008. 22-5-2008. Aprueban los modelos de declaración del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2007, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática, y se modifican otras disposiciones en relación a la gestión de determinadas autoliquidaciones.

— Orden 1428/2008. 22-5-2008. Modifica la Orden 3432/2004, de 13-10-2004, por la que se crean la Mesa Única de Contratación y la Junta de Contratación de los Servicios Centrales en el MEH y el registro voluntario de licitadores del departamento.

— Orden 1796/2008. 19-6-2008. Modifica la Orden 672/2007, de 13-3-2007, por la que se aprueban los modelos 130 y 131 para la autoliquidación de los pagos fraccionados a cuenta del IRPF correspondientes, respectivamente, a actividades económicas en estimación directa y a actividades económicas en estimación objetiva, el modelo 310 de declaración ordinaria para la autoliquidación del régimen simplificado del IVA, se determinan el lugar y forma de presentación de los mismos y se modifica en materia de domiciliación bancaria la Orden 3398/2006, de 26-10-2006.

— Resolución de 23-4-2008. Regula el procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa prevista en el artículo 23 de la Ley 15/2007, de 3-7-2007, de Defensa de la Competencia.

— Resolución de 16-6-2008. Modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del IVA del ejercicio 2008 relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

— Corrección de errores. Real Decreto 166/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la Comunitat Valenciana.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 19-5-2008. Mensualmente hace públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-6-2008. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 3/2008. 22-5-2008. Dirigida a las entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 2/2008. 26-3-2008. Modifica parcialmente la Circular 4/1994, de 14-12-1994, sobre normas contables, obligaciones de información, determinación del valor liquidativo y coeficientes de inversión y operativos y actuaciones en las tasaciones de inmuebles de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria.

MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Real Decreto Legislativo 2/2008. 20-6-2008. Aprueba el TR de la Ley del Suelo.

— Orden 1744/2008. 9-6-2008. Regula el Registro General del Código Técnico de la Edificación.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Resolución de 28-5-2008. Modifica la de 17-7-2001. Dicta instrucciones para efectuar, por medios telemáticos, el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 16-6-2008. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 3-1-2007.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 869/2008. 23-5-2008. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia.

— Corrección de errores. Real Decreto 438/2008. 14-4-2008. Aprueba la estructura orgánica básica de los Departamentos Ministeriales.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 865/2008. 23-5-2008. Regula la composición, funciones y funcionamiento de la Comisión Interministerial para el Medio Rural, del Consejo para el Medio Rural y de la Mesa de Asociaciones de Desarrollo Rural.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 863/2008. 23-5-2008. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3-11-2003, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico.

— Resolución de 8-5-2008. Crea un Registro Electrónico en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la recepción, remisión y tramitación de solicitudes, escritos y comunicaciones, y se establecen los criterios generales para la tramitación telemática de determinados procedimientos.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 20-5-2008. Declara la nulidad de diversos apartados del artículo primero del Real Decreto 45/2007, de 19-1-2007, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto 2-6-1944, y los artículos del Reglamento Notarial a que se

refieren (la sentencia íntegra se encuentra publicada en el BCRE, núm. 146, pág. 1461).

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto-ley 1/2008. 3-6-2008. Medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía.

— Decreto 120/2008. 29-4-2008. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Pesca.

— Decreto 239/2008. 13-5-2008. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio.

— Decreto 305/2008. 20-5-2008. Establece la Estructura Orgánica de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

— Resolución de 30-4-2008. Publica la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

— Acuerdo de 3-6-2008. Medidas para potenciar la liquidez y la internacionalización de la economía andaluza y fomentar la competencia.

ARAGÓN

— Ley 1/2008. 4-4-2008. Establece medidas urgentes para la adaptación del ordenamiento urbanístico a la Ley 8/2007, de 28-5-2007, de suelo, garantías de sostenibilidad del planeamiento urbanístico e impulso a las políticas activas de vivienda y suelo en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 2/2008. 14-5-2008. Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 55/2008. 1-4-2008. Aprueba el Reglamento de las Empresas de Turismo Activo.

ASTURIAS

— Ley 2/2008. 25-4-2008. Medidas Presupuestarias Urgentes.

— Decreto 42/2008. 15-5-2008. Aprueba definitivamente las Directrices Sectoriales de Ordenación del Territorio para el aprovechamiento de la energía eólica.

— Corrección de errores. Decreto 22/2008. 27-3-2008. Primera modificación del Decreto 13/2007, de 14-2-2007, por el que se establece la docu-

mentación que determinadas sociedades mercantiles, entidades y entes públicos, fundaciones y consorcios deben remitir a la Consejería competente en materia económica y presupuestaria.

BALEARES

— Ley 2/2008. 26-3-2008. Crédito extraordinario para subvenciones electorales.

— Ley 3/2008. 14-4-2008. Creación y regulación de la Agencia Tributaria de las Illes Balears.

— Ley 4/2008. 14-5-2008. Medidas urgentes para un desarrollo territorial sostenible en las Illes Balears.

— Ley 5/2008. 14-5-2008. Actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo para viviendas de protección pública.

— Ley 6/2008. 22-5-2008. Estatuto de los ex presidentes del Parlamento de las Illes Balears.

— Decreto 68/2008. 6-6-2008. Regula las ayudas para favorecer el acceso a la vivienda en el marco del Plan Estratégico de Vivienda 2008-2011 de las Illes Balears.

— Orden 13-5-2008. Aprueban los modelos 660 y 661 de declaración y 650, 651, 653, 654 y 655 de autoliquidación del IS y D.

CANTABRIA

— Decreto 15/2008. 22-2-2008. Regula las Reservas Regionales de Caza en el desarrollo de la Ley 12/2006, de 17-7-2006, de Caza de Cantabria.

— Decreto 44/2008. 24-4-2008. Modificación parcial del Decreto 12/2006, de 9-2-2006, por el que se establecen medidas para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda en Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 1/2008. 17-4-2008. Creación de la empresa pública de gestión de suelo.

— Ley 3/2008. 12-6-2008. Cortes de Castilla-La Mancha de montes y gestión forestal sostenible de Castilla-La Mancha.

— Resolución de 28-4-2008. Modifica los Anexos I, III y IV de la Orden 23-5-2001, de la Consejería de Economía y Hacienda, sobre regulación de las condiciones de prestación del servicio de caja y de colaboración en la recaudación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 3/2008. 17-6-2008. Aprobación de las Directrices Esenciales de Ordenación del Territorio de Castilla y León.

CATALUÑA

- Ley 3/2008. 23-4-2008. Ejercicio de las profesiones del deporte.
- Ley 4/2008. 24-4-2008. Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.
- Ley 5/2008. 24-4-2008. Derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.
- Resolución de 1551/2008. 30-4-2008. Da publicidad a la Resolución de 18-4-2008, que se dicta en el recurso gubernativo interpuesto por la señora J. S. S., en representación de la señora M. D. A. G., contra la calificación de la Registradora de la Propiedad Titular del Registro de Gavà.
- Resolución de 19-5-2008. Publica concurso para la provisión de Notarías vacantes.

EXTREMADURA

— Ley 1/2008. 22-5-2008. Creación de Entidades Públicas de la Junta de Extremadura.

GALICIA

- Ley 2/2008. 6-5-2008. Desarrolla la libre prestación de servicios de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia.
- Ley 3/2008. 23-5-2008. Ordenación de la minería de Galicia.
- Ley 5/2008. 23-5-2008. Regula el Consejo Gallego de Relaciones Laborales.
- Decreto Legislativo 1/2008. 13-3-2008. Aprueba el TR de la Ley de la Función Pública de Galicia.
- Decreto 90/2008. 24-4-2008. Modifica el Decreto 157/2006, de 7-9-2006, de rehabilitación y renovación de calidad de viviendas en el medio rural y en conjuntos históricos de Galicia.
- Decreto 101/2008. 30-4-2008. Regula las unidades de gestión forestal en Galicia.
- Decreto 106/2008. 15-5-2008. Regula la legalización de documentos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia que deban surtir efectos en el extranjero.

— Decreto 115/2008. 29-5-2008. Modifica el Decreto 18/2006, de 26-1-2006, por el que se establecen las ayudas públicas en materia de vivienda a cargo de la Comunidad Autónoma de Galicia y se regula la gestión de las previstas en el Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005, para el periodo 2005-2008 y el Decreto 48/2006, de 23-2-2006, por el que se regula el programa de vivienda en alquiler.

— Orden 19-5-2008. Desarrolla el Decreto 146/1997, de 22-5-1997, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Corrección de errores. Decreto 253/2007. 13-12-2007. Régimen jurídico del suelo y de las edificaciones promovidas por el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo.

LA RIOJA

— Ley 1/2008. 19-5-2008. Reforma de la Ley 6/2006, de 2-5-2006, del Defensor del Pueblo riojano.

— Ley 2/2008. 19-5-2008. Modificación del nombre del municipio de Ajamil.

MURCIA

— Ley 1/2008. 21-4-2008. Modifica la Ley 4/1996, de 14-6-1996, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.

— Ley 2/2008. 21-4-2008. Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Decreto 72/2008. 2-5-2008. Aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma.

NAVARRA

— Ley Foral 7/2008. 19-5-2008. Modificación de las Leyes Forales 14/2004, de 3-12-2004, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, y 15/2004, de 3-12-2004, de la Administración de la Comunidad Foral.

— Ley Foral 9/2008. 30-5-2008. Derecho a la vivienda en Navarra.

— Ley Foral 10/2008. 30-5-2008. Modifica el artículo 5 de la Ley Foral 10/1990, de 23-11-1990, de Salud.

— Decreto Foral Legislativo 3/2008. 26-5-2008. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

PAÍS VASCO

— Ley 3/2008. 13-6-2008. Segunda modificación de la Ley de la Escuela Pública Vasca.

— Decreto 72/2008. 29-4-2008. Creación, organización, y funcionamiento de los registros de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos.

— Decreto 105/2008. 3-6-2008. Medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006, de 30-6-2006, de Suelo y Urbanismo.

— Orden 11-4-2008. Reguladora del servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Hacienda General del País Vasco.

— Orden 15-5-2008. Determinación de precios máximos de VPO.

— Orden 16-4-2008. Reguladora del Registro de Solicitantes de Vivienda.

— Orden 16-4-2008. Procedimientos de adjudicación de VPO.

— Orden 16-4-2008. Sobre circunstancias de necesidad de vivienda.

— Orden 22-5-2008. Procede al nombramiento de notarios en resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Corrección de errores. Decreto 43/2007. 13-3-2007. Aprueba definitivamente el Plan Territorial Sectorial de Protección y Ordenación del Litoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 4/2008. 15-5-2008. Creación del Colegio Profesional de Técnicos Superiores Sanitarios de la Comunitat Valenciana.

— Ley 5/2008. 15-5-2008. Creación del Colegio Profesional de Licenciados en Ciencias Ambientales de la Comunidad Valenciana.

— Orden 29-5-2008. Aprueba la aplicación de cercados, relativa a la transmisión electrónica de datos acreditativos de que determinadas personas físicas y jurídicas interesadas en procedimientos administrativos tramitados por la Generalitat, se encuentran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias con la hacienda estatal y con la hacienda autonómica valenciana, así como de sus obligaciones con la SS.

— Corrección de errores. Ley 14/2007. 26-12-2007. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 16 de junio de 2008 tuvo lugar en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de Córdoba, organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en colaboración con la Cátedra Bienvenido Oliver de la Universidad de Córdoba, la *PRESENTACIÓN DEL LIBRO INSTITUCIONES DE DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO*, de Antonio MANZANO SOLANO y María del Mar MANZANO FERNÁNDEZ.

Intervinieron:

- Señor don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- Ilmo. señor don José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Catedrático de Derecho Civil y Director de la Cátedra B. Oliver de la Universidad de Córdoba.
- Señor don Antonio MANZANO SOLANO, Registrador de la Propiedad y Director adjunto de la Cátedra B. Oliver.
- Doña María del Mar MANZANO FERNÁNDEZ, Profesora Titular de Derecho Civil.
- Ilmo. Señor don José REBOLLO PUIG, Decano del Colegio de Abogados de Córdoba.

ARAGÓN

El día 7 de mayo, organizada por la Cámara de Comercio de Zaragoza y ESADE Business Scholl, se presentó la *SEGUNDA EDICIÓN DEL PROGRAM FOR MANAGEMENT DEVELOPMENT. PMD*, con el siguiente programa:

Apertura: A cargo de don Manuel TERUEL IZQUIERDO, Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza.

Presentación del PMD de ESADE en Zaragoza: Por don Joan ROIG ALDASORO, Director del Programa.

Conferencia: «Desde la creatividad hasta la creación de nuevos mercados», por don Fernando TRÍAS DE BES.

El día 14 de mayo, organizada por Iberjaca, la Fundación Transpirenaica y el Colegio Mayor Miraflores, tuvo lugar la *ÚLTIMA SESIÓN DEL CICLO GRANDES DESAFÍOS PARA EL TERCER MILENIO*.

Debate: Moderado por doña Natalia BLÁZQUEZ, Directora Gerente de la Fundación Transpirenaica.

Ponentes: Don Simón CASAS, Director General de Transportes del Gobierno de Aragón; don Jean-Louis CHAUZY, Presidente del Consejo Económico y Social de Midi-Pyrénées y de Eurosud Transport; don Luis DE GRANDES, europarlamentario, miembro de la Comisión de Transportes y Turismo del Parlamento Europeo, y don Manuel TERUEL, Presidente de la Cámara de Comercio de Zaragoza.

Los días 14 y 15 de mayo, organizado por el Ministerio de Economía y Hacienda, tuvo lugar, en Zaragoza, el SEMINARIO *CIRCULACIÓN Y BLANQUEO DE CAPITAL*ES, con arreglo al siguiente programa:

Presentación: A cargo de doña Ana ALONSO MARTÍN, Delegada del IEF en Cataluña y Aragón, y de doña Nuria POZUELO ANTONI, Delegada Especial de la AEAT en Aragón.

Ponencias:

INTRODUCCIÓN: *Antecedentes. Evolución histórica al blanqueo de capitales. La problemática económica del blanqueo de capitales. Riesgos para el sistema financiero. Sistema preventivo, sistema represivo y cooperación.*

Ponente: Don Gonzalo GÓMEZ DE LIAÑO POLO, Jefe de Estudios, Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Economía y Hacienda.

EL MARCO PREVENTIVO DEL BLANQUEO DE CAPITALES

1. *Estructura mundial y europea. La colaboración internacional contra el blanqueo de capitales. El Grupo de Acción Financiera Internacional (orígenes, organización, 40 recomendaciones, evaluaciones mutuas, NCCT, grupos regionales). Comité de Basilea. Instituciones Financieras Internacionales (FSAP, ROSC). Grupo EGMONT. Intercambio de información.*
2. *Legislación comunitaria (Directivas) y española (Ley y Reglamento):*
 - *Obligaciones de los sujetos obligados.*
 - *Sujetos obligados. Identificación (formal, material, excepciones). Examen. Conservación de documentos. Colaboración con el Servicio. Abstención. Tipping off. Órganos/procedimientos adecuados. Declaración de movimientos de efectivo (relación de blanqueo de capitales con el control de los movimientos de capitales). Otros aspectos regulados por la Ley.*

- Aspectos institucionales. *La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. La Secretaría. El Servicio Ejecutivo. Otros órganos. Los procedimientos sancionadores administrativos: Especialidades, problemas de prueba, etc.*
- 3. *El Sistema Preventivo y la financiación del terrorismo. Las Ocho más una recomendaciones especiales. Convenios Internacionales. Resoluciones del Consejo de Seguridad. Derecho Comunitario (Posiciones Comunes, Reglamentos). Ley de Bloqueo (Comisión de Vigilancia).*
- 4. *Zonas internacionales de riesgo. Paraísos fiscales, instrumentos offshore y otros mecanismos de elusión, el secreto bancario.*
- 5. *Nuevas tendencias regulatorias.*

Ponente: Don Juan Antonio ALIAGA MÉNDEZ, Director de la OCP del Consejo General del Notariado.

EL MARCO REPRESIVO-PENAL DEL BLANQUEO DE CAPITALS

- *Antecedentes normativos internacionales con incidencia en el orden penal.*
- *Análisis de diferentes aspectos del tipo penal de blanqueo de capitales (arts. 301 a 304 del CP).*
- *Problemática procesal y probatoria en el delito de blanqueo de capitales. La prueba por indicios.*
- *El comiso. Régimen específico para el blanqueo procedente del tráfico ilegal de drogas.*
- *La jurisprudencia en materia de blanqueo de capitales.*
- *Los tipos penales de financiación del terrorismo. Los delitos patrimoniales cometidos para financiar actividades terroristas. La colaboración económica con bandas armadas o grupos terroristas. La financiación pública de partidos, ONG's, o asociaciones relacionadas con el terrorismo. Problemas concursales.*
- *Responsabilidad de las personas jurídicas en el orden penal. Su aplicación en los delitos de blanqueo y financiación del terrorismo.*
- *Especialidades procesales en la investigación de la delincuencia económica organizada. La colaboración con la justicia. La entrega vigilada. El agente encubierto...*
- *Concurso en el blanqueo de capitales, especial estudio de su relación con el delito fiscal y otros ilícitos económicos. Posición de la AEAT.*

Ponentes: Don Javier ZARAGOZA AGUADO, Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional; don Luis MARTÍNEZ DE SALINAS, Magistrado, y don Daniel CAMPOS NAVAS, Fiscal excedente, abogado en ejercicio.

Moderador: Don Gonzalo GÓMEZ DE LIAÑO, Jefe de Estudios, Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Economía y Hacienda.

Los días 12 al 17 de mayo se celebró el XII CONGRESO IBEROAMERICANO DE *DERECHO E INFORMÁTICA*.

Los días 26 y 27 de mayo, organizadas por la Revista de Derecho Urbanístico y el Centro de Estudios Jurídicos Superiores, tuvieron lugar las JORNADAS: *LA NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y EL URBANISMO*.

Ponencias:

- «La nueva delimitación del ámbito objetivo y subjetivo del sector público en materia de contratos en la Ley 30/2007. Contratos administrativos y contratos privados».
- «Novedades referentes al procedimiento de contratación y perfección de los contratos del sector público. Su control jurídico: El nuevo recurso especial en materia de contratación, las medidas provisionales y el arbitraje».
- «Estudio especial de los procedimientos de selección y adjudicación de los contratos del sector público».
- «Novedades en materia de ejecución y extinción de los contratos. La subcontratación. Reclamaciones de cantidades en materia contractual».
- «La regulación de los actos de disposición de los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo en la legislación autonómica tras la Ley 8/2007 y la Ley 30/2007».
- «La contratación de la ejecución de obras por las Juntas de Compensación y otras entidades colaboradoras, y la Ley 30/2007 de contratos del Sector Público».
- «El agente urbanizador y la introducción de la libertad de empresa en la Ley 8/2007. Su incidencia sobre la legislación autonómica y la articulación contractual de la concesión al agente urbanizador».
- «Novedades en relación al contrato de obras y al contrato de concesión de obra pública. Incidencia en el ámbito local. Especial referencia a los aparcamientos subterráneos».

Los días 28 y 29 de mayo, organizadas por la Fundación Manuel Giménez Abad, la Fundación Fiedrich Ebert y las Cortes de Aragón, tuvieron lugar las JORNADAS: *LA REFORMA DEL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL Y DEL ESTADO FEDERAL ALEMÁN*, con arreglo al siguiente programa:

Apertura: A cargo de don Francisco PINA CUENCA, Presidente de las Cortes de Aragón.

Ponencias:

- «La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán: ¿Grandes reformas o pequeños pasos?»

Presentación y moderación: Don Francisco RUBIO LLORENTE, Presidente del Consejo de Estado.

Ponentes: Don Rudolf HRBEK, Centro Europeo de Estudios sobre el Federalismo; don Javier CORCUERA ATIENZA, Catedrático de Derecho Constitucional; don Carles VIVER I PI-SUNYER, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra, y doña Margaretha SUDHOF, Asesora del Presidente de la Comisión para la reforma de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder, Peter Struck.

- «Un primer balance tras la reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán».

Moderador: Don Dieter KONIECKI, ex Delegado de la Fundación Friedrich Ebert para España.

Ponentes: Don Francesc DE CARRERAS SERRA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona; don Antonio ARROYO GIL, Letrado de la Fundación *Democracia y Gobierno Local*. Premio *Manuel Giménez Abad* para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial; don Gurutz JÁUREGUI, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco, y don Wolfgang RENZSCH, Jean-Monnet Chair of European Studies, Universidad Otto von Guericke Magdeburgo.

- «La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán: Tendencias futuras».

Moderador: Don Fernando GURREA CASAMAYOR, Director General de Cooperación Autonómica, Ministerio de Administraciones Públicas.

Ponentes: Don Dirk BROUËR, Secretario General del Bundesrat, Berlín; don Francisco SOSA WAGNER, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de León, y don Manuel CONTRERAS CASADO, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza.

El día 28 de mayo, organizada por la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado y por el Colegio Notarial de Aragón, tuvo lugar una JORNADA SOBRE *EL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS*. La conferencia fue pronunciada por don Patricio MONZÓN MORENO, Director Ejecutivo de la Fundación Aequitas, que trató de los aspectos fiscales, y por don Manuel María RUEDA DÍAZ DE RÁBANO, Direc-

tor de la Sección Jurídica, que habló sobre los aspectos sustantivos de dicha institución.

El día 10 de junio, en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, el Excmo. señor doctor don Ángel BONET NAVARRO leyó el DISCURSO DE INGRESO en esa Corporación, como Académico de Número, que versó sobre *EL JUICIO DE SUFICIENCIA EN EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA DINERARIA*, al que contestó el Excmo. señor doctor don Agustín LUNA SERRANO, Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.

Los días 26 y 27 de junio, Zaragoza acogió el plenario de la CONFERENCIA DE REGIONES DE EUROPA SOBRE *MEDIO AMBIENTE* (ENCORE), en el que participaron los ministros regionales europeos de Medio Ambiente. Participaron, además, la Comisaria de las Regiones de la Unión Europea, Danuta HÜBNER; el Director de la Oficina Regional para Europa de PNUMA, Christophe BOUVIER, además de la Oficina de la Década del Agua de Naciones Unidas y la Asociación Internacional de Recursos Hídricos, entre otros.

Los días 26, 27 y 28 de junio, organizadas por la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, tuvieron lugar las X JORNADAS SOBRE *LA FUNCIÓN CONSULTIVA* con arreglo al siguiente programa:

Presentación: por el Excmo. señor don Juan Antonio GARCÍA TOLEDO, Presidente de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón.

Inauguración: por el Excmo. señor don Marcelino IGLESIAS RICOU, Presidente del Gobierno de Aragón.

Ponencias:

- «Función consultiva y responsabilidad de las Administraciones Públicas en la Ley del Suelo», por el Profesor don Luciano PREJO ALFONSO. Presentó y moderó el coloquio posterior don Rafael ALCÁZAR CREVILLÉN, Consejero de la Comisión Jurídica.
- «Aspectos del régimen de la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, relacionados con las funciones propias de los órganos consultivos», por el Profesor don Juan Francisco MESTRE DELGADO. Presentó y moderó el coloquio posterior don Antonio EMBID IRUJO, Consejero de la Comisión.
- «La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos contemplado por el artículo 62.1.f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», por el Profesor don Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. Presentó y mo-

deró el coloquio posterior don Federico LARIOS TABUENCA, Consejero de la Comisión.

Presentó y moderó el coloquio posterior don Francisco SERRANO GIL DE ALBORNOZ, Consejero de la Comisión.

El día 17 de junio tuvo lugar la impartición solemne de la ÚLTIMA LECCIÓN DEL CURSO de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza, a cargo de don Manuel ÁLVAREZ ALCOLEA, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Director de la Escuela, sobre *LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ABOGACÍA*.

MADRID

El día 27 de mayo de 2008 se celebró, en el Colegio de Registradores de la Propiedad, el XVII SEMINARIO DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ponencia: *La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas*.

Ponente: Eugenio BULYGIN, Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Buenos Aires.

Contraponente: Juan Carlos BAYÓN MOHÍNO. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

Ponencia: *Creación judicial del Derecho*.

Ponente: Eugenio BULYGIN, Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Buenos Aires.

Contraponente: Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante.

El día 13 de junio de 2008 se celebró, en el Colegio de Registradores de la Propiedad, el XVIII SEMINARIO DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, *DERECHOS Y CONTROL DE LA LEY: EL PAPEL DE LOS CONSEJOS DE GARANTÍA ESTATUTARIA*.

Ponencia: *I consigli di garanzia statutaria nella esperienza italiana*.

Ponente: Roberto ROMBOLI, Catedrático de Derecho Constitucional y Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho. Universidad de Pisa. Italia.

Ponencia: *Constitución y Estatuto: El Consejo de garantía estatutaria en Cataluña.*

Contraponente: Marc CARRILLO LÓPEZ, Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Pompeu Fabra. Miembro del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya.

El día 19 de junio de 2008 se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, LA PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN DEL LIBRO *LA CALIFICACIÓN REGISTRAL (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*. Edición a cargo de Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Doctor en Derecho, Registrador de la Propiedad y Mercantil, con la colaboración, en la primera edición, de Rosa María RECIO AGUADO, Documentalista.

Editorial: Thomson Reuters Civitas.

Intervinieron en la presentación:

- Excmo. señor don Julio PÉREZ HERNÁNDEZ, Secretario de Estado de Justicia.
- Ilmo. señor don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
- Señor don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
- Señor don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, editor del libro.

Autores que colaboran:

- AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo. *Calificación registral de mandamientos de embargo de bienes inmuebles.*
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil español.*
- ALBIEZ DOHRMANN, K. Jochen. *El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral.*
- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral.*
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *La aplicación práctica de la calificación registral; Los registros jurídicos de bienes en Derecho español; Los registros jurídicos de bienes muebles y sus principios inspiradores; Significado de la calificación registral.*
- ARAGONÉS Y CARSI, Pascual. *Compendio de legislación hipotecaria.*
- ARNAIZ EGUREN, Rafael. *Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. La clasificación de las faltas.*

- ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. *Instrumentación de los derechos inscribibles en los diversos sistemas registrales y otras instituciones del Derecho Inmobiliario Registral*.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro. *La representación con poder (estudio de Derecho Notarial y Registral)*.
- BARRACHINA Y PASTOR, Federico. *Derecho Hipotecario y Notarial*.
- BERAUD, FRANCISCO, y RÍOS MOSQUERA, Antonio. *Legislación hipotecaria*.
- BERAUD, FRANCISCO, y LEZÓN FERNÁNDEZ, Manuel. *Tratado de Derecho Inmobiliario*.
- CAMPUZANO Y HORMA, Fernando. *Elementos de Derecho Hipotecario*.
- CANO TELLO, Celestino A. *Manual de Derecho Hipotecario*.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. *El principio de legalidad*.
- CASTRO, Felicísimo. *Manual de Derecho Hipotecario*.
- CRISTÓBAL-MONTES, Ángel. *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*.
- CHICO Y ORTIZ, José María. *La inscripción registral y el documento notarial como fuente de construcciones jurídicas; Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales; Estudios sobre Derecho Hipotecario; Presente y futuro del principio de calificación registral*.
- CHICO Y ORTIZ, José María, y RAMÍREZ RAMÍREZ, Catalino. *Temas de Derecho Notarial y calificación registral del instrumento público*.
- CHICO Y ORTIZ, José María, y BONILLA ENCINA, Juan Francisco. *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*.
- DE CASSO ROMERO, Ignacio. *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*.
- DE LA HERRÁN DE LAS POZAS, José Pablo. *Esquemas de legislación y doctrina hipotecaria*.
- DE LA RICA Y ARENAL, Ramón. *Calificación de documentos judiciales; Recurso gubernativo contra la calificación registral*.
- DÍAZ FRAILE, Juan María. *La protección registral al consumidor y la directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993*.
- DÍAZ GONZÁLEZ, Carmelo. *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*.
- DÍAZ MORENO, Eustaquio. *Contestaciones a la parte de legislación hipotecaria del programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes a Registros de la Propiedad*.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *La revisión plenaria de la calificación y sus efectos*.
- EGEA IBÁÑEZ, Ricardo. *Actos administrativos y Registro de la Propiedad. Calificación registral. Los efectos de la inscripción de los actos administrativos: principio de legitimación y fe pública registral*.

- ESTEBAN MORCILLO, María José. *La función del Registrador y la seguridad jurídica.*
- ESTURILLO LÓPEZ, Antonio. *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria.*
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. *La función registral y el principio de legalidad; Sobre la calificación mercantil contable.*
- GALINDO Y DE VERA, León, y ESCOSURA Y ESCOSURA, Rafael. *Comentarios a la legislación hipotecaria de España.*
- GALLARDO RUEDA, Arturo. *El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica.*
- GALLEGU DEL CAMPO, Germán. *Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del siglo XIX.*
- GARCÍA ALEJALDE, F. *La reforma de la Ley Hipotecaria.*
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario o Hipotecario; La calificación registral en la práctica diaria; La calificación registral; La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario; Motivos de suspensión y motivos de denegación (defectos subsanables e insubsanables).*
- GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco. *Derecho Hipotecario.*
- GAYOSO ARIAS, Ramón. *Nociones de legislación hipotecaria.*
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. *Tratado de legislación hipotecaria.*
- GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, Juan Luis. *Sobre la calificación del interés legítimo en la información registral; La incidencia de la legislación comunitaria sobre protección de los consumidores en la calificación registral de los préstamos hipotecarios.*
- GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael. *Calificación registral de documentos judiciales.*
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *La Ley Hipotecaria comentada y concordada.*
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. *Análisis histórico de la calificación registral; Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables; Defectos en los documentos judiciales presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables; La calificación negativa: defectos subsanables e insubsanables; La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual; Planteamiento sobre la naturaleza y caracteres de la calificación registral; Epílogo resumen sobre la calificación registral.*
- GÓMEZ PAVÓN, Rafael. *Comentarios a la calificación registral.*
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, Telesforo. *Observaciones sobre el proyecto de Ley Hipotecaria.*

- GÓMEZ Y GONZÁLEZ, Bartolomé. *Faltas subsanables e insubsanables de los documentos públicos sujetos a registro en forma de diccionario.*
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo. *Estudio de Derecho Hipotecario.*
- GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, José María. *Apuntes de Derecho Hipotecario.*
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad.*
- GONZALO DE LAS CASAS, José. *La Ley Hipotecaria, comentarios, formularios y concordancias.*
- HERNÁNDEZ GIL, Francisco. *Calificación registral y su eficacia preventiva en los ámbitos civil y penal; Introducción al Derecho Hipotecario.*
- HERNÁNDEZ IGLESIAS, Fermín. *La Ley Hipotecaria: precedentes.*
- JIMÉNEZ CLAR, Antonio. *Introducción al Derecho Civil Patrimonial.*
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador; Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral.*
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Curso de Derecho Civil Patrimonial.*
- LÓPEZ DE HARO, Carlos. *Tratado de legislación hipotecaria.*
- LÓPEZ MEDEL, Jesús. *Aportaciones a la configuración de la naturaleza de la función registral y del Registro de la Propiedad como servicio público.*
- LÓPEZ TORRES, José María. *Apéndice a la materia de Derecho Inmobiliario y legislación hipotecaria.*
- MANZANO SOLANO, Antonio. *Calificación registral: Faltas y obstáculos a la inscripción.*
- MARÍN PÉREZ, Pascual. *Derecho Civil.*
- MARTÍNEZ MOREDA, M. *Comentarios y jurisprudencia a la legislación hipotecaria en forma alfabética.*
- MARTÍNEZ ROJO, Jesús María. *Apuntes para una historia del modo de expresar la representación en las escrituras públicas.*
- MATEO DÍAZ, José. *La desjudicialización de la contratación privada y el recurso gubernativo.*
- MENA Y SAN MILLÁN, José María. *Calificación registral de documentos judiciales.*
- MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo. *El procedimiento de calificación y los medios para realizarla.*
- MESA MARTÍN, Francisco. *El Registrador de la Propiedad: significado y función.*
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Las funciones preventivas de la seguridad jurídica privada en el sistema español. La función registral calificadora.*

- MORELL Y TERRY, José. *Comentarios a la legislación hipotecaria; Legislación hipotecaria.*
- MOSCOSO DEL PRADO Y ROZAS, Joaquín. *Nuevo tratado de legislación hipotecaria de España y ultramar.*
- MUÑOZ CASILLAS, Juan y Joaquín. *Contestaciones a las preguntas de Derecho Hipotecario.*
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil.*
- OGAYAR AYLLÓN, Tomás. *Impugnación de la calificación registral.*
- OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido. *Derecho Inmobiliario Español.*
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Los Registradores de la Propiedad (a propósito de la presentación del libro «Práctica Hipotecaria»).*
- PARDO NÚÑEZ, Celestino. *La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado; La revisión jurisdiccional de la calificación registral: Premisas constitucionales; Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital.*
- PAREJA DE ALARCÓN, F. *Planteamiento de la Ley Hipotecaria.*
- PAU PEDRÓN, Antonio. *Curso de práctica registral; Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios.*
- PECES MORATE, Jesús Ernesto. *La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado estimatoria del recurso: efectos.*
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.*
- POVEDA MURCIA, José. *Faltas subsanables e insubsanables.*
- PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, Plácido. *La calificación registral como proceso de aplicación del Derecho.*
- PUIG BRUTAU, José. *Compendio de Derecho Civil.*
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español.*
- RAJOY BREY, Enrique. *La independencia del regulador hipotecario.*
- REMÓN PEÑALVER, Jesús. *El documento administrativo y el registro.*
- ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario.*
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón. *Los requisitos del recurso gubernativo.*
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, M.^a LEONOR. *La calificación por registrador sustituto.*
- ROMANÍ CALDERÓN, J. *Carácter de la función calificadora: ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?*
- RUIZ MARTÍNEZ, Francisco. *Algunas consideraciones sobre la calificación registral.*
- RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Derecho Civil. Derecho Registral Inmobiliario.*
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. *Instituciones de Derecho Hipotecario.*

- SCOTTI, Edgardo O. *Legislación y calificación registral*.
- SOLER CASTELLÓ, Federico. *Tratado completo de legislación hipotecaria*.
- TÉLLEZ MIGUÉLEZ, Francisco. *Legislación Hipotecaria*.
- TORRALBA SORIANO, Vicente. *Derecho Civil*.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María R. *La calificación registral*.
- VERGER GARAU, Joan. *En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*.
- VIDAL FRANCÉS, Pablo. *La problemática actual en la calificación registral*.
- VILLARES PICO, Manuel. *Principios hipotecarios en la Ley de 1861. Sus antecedentes y evolución; El documento privado en el Registro de la Propiedad*.

El día 26 de junio de 2008, se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, LA PRESENTACIÓN DEL *LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR DON MANUEL CUADRADO IGLESIAS*.

Coordinador: Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.

Editorial: Thomson Reuters Civitas.

Intervinieron en la presentación:

- Ilmo. señor don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
- Señor don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.
- Señor don Mariano ALONSO PÉREZ, Catedrático de Derecho Civil.
- Señor don Joaquín RAMS ALBESA, Catedrático de Derecho Civil.
- Señora doña Ana FERNÁNDEZ TRESGUERRES, Notario.
- Señor don Manuel CUADRADO IGLESIAS, Catedrático de Derecho Civil.

Autores que colaboran:

- ACEDO RICO, Fernando. *Panorama actual del urbanismo en relación a los sistemas de actuación*.
- ALFONSO VELÁSQUEZ, Olga Lucía, y GÓMEZ DÍEZ, Justo J. *Notas sobre el pacto de retroventa (arts. 1.939-1.943 del Código Civil colombiano)*.

- ALONSO PÉREZ, Mariano. *Manuel Cuadrado Iglesias: Rasgos de una vida marcada por la enseñanza del Derecho Civil.*
- ALONSO PÉREZ, Mariano. *Reflexiones sobre el acuerdo real abstracto alemán (Einigungsprinzip o Abstraktionprinzip).*
- ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel. *Sobre la naturaleza de la cancelación de hipoteca.*
- BELLO JANEIRO, Domingo. *El futuro del arbitraje en España.*
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. *De nuevo sobre la estructura jurídica de la renta vitalicia.*
- BLANCO GÓMEZ, Juan José. *La reclamación de resarcimiento del daño con responsabilidad civil contractual y extracontractual concurrentes: ¿concurso de acciones o concurso de normas?*
- BUSTOS PUECHE, José Enrique. *Un intento del Tribunal Supremo por fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH (comentario a la STS de 5 de marzo de 2007).*
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La declaración de obra nueva tras la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007.*
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen. *Los apellidos de los nacionalizados y la Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007.*
- CARRANCHO HERRERO, Teresa. *Defensa del patrimonio cultural en caso de conflicto armado.*
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María. *La condición de no contraer matrimonio impuesta en el testamento de Don Quijote.*
- CASTILLA BAREA, Margarita. *La desaparición sobrevenida de la causa y la imposibilidad sobrevenida fortuita en la compraventa a consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico.*
- CORVO LÓPEZ, Felisa María. *Los hijos menores ante el proceso de mediación familiar.*
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel. *El derecho de regreso en la cofianza.*
- CUADRADO PÉREZ, Carlos. *Deudas privativas de los cónyuges y sociedad de gananciales.*
- CUENA CASAS, Matilde. *Régimen de la vivienda habitual ganancial ante la declaración de concurso de uno de los cónyuges.*
- DE LA CUESTA SAENZ, José María. *Criterios de individualización de la finca rústica. Nuevas tecnologías y derecho de propiedad de inmuebles rústicos. Descripción de fincas en el SIGPAC.*
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a Isabel. *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas.*
- DE LA VÁLGOMA, María. *El consentimiento informado y la responsabilidad de los médicos.*

- DE SALAS MURILLO, Sofía. *El derecho de superficie en la Ley del Suelo de 2007: Una aproximación inicial de sus socios y profesionales frente a terceros.*
- DONADO VARA, Araceli. *La reserva viudal en Italia: perspectivas de futuro.*
- DURÁN RIVACOBBA, Ramón. *Derecho Civil, reforma estatutaria y territorialidad.*
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa. *La revocación del legado por enajenación de la cosa legada durante la vacatio testamenti.*
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La cesión de la herencia futura en el régimen matrimonial de bienes.*
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *La jurisdicción voluntaria en las Cortes Generales.*
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio. *Las «cartas formadas»: un ejemplo de fehaciencia antigua.*
- FERNÁNDEZ PIERA, Álvaro. *La delación voluntaria de la tutela. Conveniencia de su previsión.*
- FERNÁNDEZ TRESGUERRES, Ana. *Prenda de participaciones sociales.*
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio. *Aproximación a la Ley francesa de 5 de marzo, de reforma de la Protección de Mayores.*
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Modelos de matrimonio y de Derecho de Familia en el siglo XXI.*
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *El Código Civil.*
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier. *La constitución de sociedades profesionales y los problemas derivados la adaptación a la ley de las sociedades ya constituidas.*
- GONZÁLEZ SEOANE, Sol. *El menor ante la nueva realidad jurídica.*
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María. *Hacia la flexibilización de la hipoteca: la hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo.*
- GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El principio registral de inoponibilidad: corolario.*
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano. *La especial situación de fiadores y acreedores solidarios tras la aprobación del convenio concursal.*
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. *La Disposición Adicional tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia: un desatino del legislador gallego.*
- HERRERO OVIEDO, Margarita. *Reformulación del usufructo voluntario del cónyuge viudo en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia.*
- HIDALGO GARCÍA, Santiago. *Apuntes y digresiones sobre el Derecho Constitucional de Fundación a la luz de la normativa estatal vigente.*
- JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos. *Título: efectos de la división de la copropiedad respecto de terceros.*

- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa. *Las bases históricas del monismo hipotecario.*
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel. *Las categorías de la invalidez en la manualística del Derecho Civil.*
- LLÁCER MATA CÁS, María Rosa. *La revisión del acervo de consumo: la generalización del derecho tuitivo y su relación con el marco común de referencia.*
- LÓPEZ MEDEL, Jesús. *Reflexiones socio-políticas sobre la reforma del Código Civil en materia de familia.*
- LUNA SERRANO, Agustín. *Enumeraciones legales discutibles, incompletas e insatisfactorias.*
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. *El Derecho Comunitario y la particular experiencia del Derecho catalán.*
- MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar. *La hipoteca inversa en el marco de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.*
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La no colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de los discapacitados (A. 1041, P. 2 C.c.).*
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis. *Resolución y obligación indivisible.*
- MATEO Y VILLA, Íñigo. *De la fiducia garantía.*
- MINGORANCE GONSÁLVEZ, Carmen. *Algunos comentarios al artículo 45 de la Ley Hipotecaria.*
- MORENO FLÓREZ, Rosa María. *Acogimiento de menores y de personas mayores: nuevas formas de convivencia.*
- MORETÓN SANZ, María Fernanda. *Obligaciones novables: examen de la expromissio y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales.*
- MOREU BALLONGA, José Luis. *El político y jurista José Castán To-beñas.*
- NAVARRO COSTA, Ruth. *Algunas notas sobre los menores, la telefonía móvil y el Derecho Civil.*
- NÚÑEZ BOLUDA, M.^a Desamparados. *Algunos efectos restrictivos en el ajuar jurídico de los cónyuges que la Ley conecta al matrimonio.*
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *La reforma del Derecho de garantías en Francia.*
- NÚÑEZ TABALES, Julia M.; CARIDAD Y OCERIN, José M.^a, y CEULAR VILLAMANDOS, Nuria. *Valoración catastral de inmuebles de naturaleza urbana: Antecedentes y situación actual.*
- O'CALLAGHAN, Xavier. *Responsabilidad civil y consentimiento informado.*

- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *La figura del consumidor y su futura incorporación al Código Civil: a propósito del nuevo texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.*
- PARDO NÚÑEZ, Celestino. *Los derechos estatutarios, la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional.*
- PEREÑA VICENTE, Montserrat. *El negocio de atribución a la sociedad de gananciales.*
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José. *Notas sobre la autotutela en Derecho español. Especial referencia a la Ley 2/2006 del Derecho Civil de Galicia.*
- PÉREZ ESCOLAR, Marta. *La responsabilidad de los patronos frente a la fundación.*
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Autonomía privada e imposición en los contratos de adhesión: una aproximación jurisprudencial.*
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La responsabilidad de la sociedad civil profesional, de sus socios y profesionales frente a terceros.*
- RAMS ALBESA, Joaquín. *La iusta causa traditionis: el artículo 1.901 del Código Civil y el no nacido artículo 531-3.2 del Proyecto de Libro V del Código Civil de Cataluña.*
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis. *Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña).*
- RICO PÉREZ, Francisco. *Protección civil de los médicos.*
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *La autonomía privada en la configuración del usufructo.*
- ROCA VILLAMÓN, Juan. *La función de la regla interpretatio contra proferentem en los modernos textos legislativos de protección de los consumidores (notas a los arts. 10.2 LGDCU y 6.2 LCGC, TRRD 1/2007 de 29 de noviembre).*
- ROGEL VIDE, Carlos. *Culpa y responsabilidad civil extracontractual: apuntes para un debate inconcluso.*
- ROMÁN GARCÍA, Antonio M. *Un ensayo sobre la oratoria forense y la técnica del informe ante los tribunales.*
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz. *Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas: efectos de la transmisión del bien hipotecado.*
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. *La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de La Rioja.*
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca. *El régimen jurídico de los frutos en los supuestos de revocación del derecho de propiedad.*

- SERRANO ALONSO, Eduardo. *Los derechos del propietario y del autor en la transmisión de las obras de arte.*
- SERRANO GARCÍA, Ignacio. *El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección de los majeurs protégés.*
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel. *Notas urgentes sobre la abolición del ius corrigendi.*
- TALMA CHARLES, Javier. *La adquisición preferente: análisis de su replanteamiento sistemático.*
- TORRES GARCÍA, Teodora F. *Una aproximación al artículo 1056.2 del Código Civil (posible sucesión mortis causa de la empresa).*
- VAQUER ALOY, Antoni. *La construcción extralimitada en el Código Civil de Cataluña.*
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Sobre la garantía legal en las ventas de consumo.*
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso. *Nuevas reflexiones sobre el acta notarial de notoriedad de declaración de herederos abintestato.*
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *El deporte y los espectáculos deportivos en el contexto general de la responsabilidad civil.*

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 241 (Abril-Mayo 2008)

«El pensamiento urbanístico único. La zonificación», por Igor YÁÑEZ VELASCO, pág. 11 (sin sumario).

«La nueva línea jurisprudencial del control jurisdiccional sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento», por Jesús LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, pág. 25.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.—III. LOS LÍMITES LEGALES A ESA DISCRECIONALIDAD EN MATERIA DE PLANEAMIENTO.—IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD, ESTUDIO DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA.—V. PROPUESTAS.—VI. CONCLUSIONES.—ANEXOS.

«Protección de la vivienda en España (Especial referencia a la protección civil de la legalidad urbanística)», por Elena SÁNCHEZ JORDÁN, pág. 65.

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ALGUNAS PRECISIONES.—II. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS DESDE UNA PERSPECTIVA CIVIL. UNA APROXIMACIÓN.—III. EL RECURSO A LOS TRIBUNALES CIVILES EN LOS CASOS DE INFRACCIONES URBANÍSTICAS: 1. ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN. 2. ¿QUÉ SE PUEDE EXIGIR? 3. ¿QUIEN PUEDE EXIGIR? 4. ¿A QUIÉN SE PUEDE RECLAMAR LA PARALIZACIÓN O LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA?

«La Ley de Suelo de 2007, su habilitación competencial y su incidencia sobre la legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía», por Eduardo HINOJOSA MARTÍNEZ, pág. 103.

SUMARIO: 1. INDICACIÓN PRELIMINAR.—2. LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES PREVIAS EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN URBANÍSTICA: 2.1. LA SENTENCIA 61/1997. 2.2. LA IMPUGNACIÓN DE LA LEY 6/1998. LA SENTENCIA 164/2001. 2.3. LAS SENTENCIAS 54/2002, 178/2004 Y 365/2006.—3. LAS CONDICIONES BÁSICAS DE LA IGUALDAD EN RELACIÓN CON EL SUELO: 3.1. ASPECTOS GENERALES. 3.2. EL CARÁCTER PÚBLICO DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANÍSTICA. 3.3. EL DERECHO A DISFRUTAR DE UNA VIVIEN-

DA DIGNA Y ADECUADA. 3.4. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR. 3.5. LA INICIATIVA PRIVADA EN LA URBANIZACIÓN. 3.6. EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO.—4. LAS BASES ECONÓMICAS EN RELACIÓN CON EL SUELO.—5. BASES MEDIOAMBIENTALES. EL DESARROLLO SOSTENIBLE.—6. BASES DE RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DEL SUELO: 6.1. ÁMBITO DE LA COMPETENCIA ESTATAL. 6.2. MOTIVACIÓN DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA. 6.3. DERECHO A LA INFORMACIÓN. 6.4. EL DERECHO DE CONSULTA DE LOS TITULARES DE LA INICIATIVA PRIVADA EN LA URBANIZACIÓN. 6.5. DERECHO DE PARTICIPACIÓN.—7. BASES DE RÉGIMEN LOCAL.—8. BASES DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL.—9. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.—10. OTROS TÍTULOS COMPETENCIALES.—11. REFLEXIÓN FINAL.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 267 (Enero-Marzo 2008)

«La publicidad registral de las sociedades civiles profesionales en el Registro Mercantil», por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 7 (sin sumario).

«La gestión de la tesorería empresarial: aproximación al significado jurídico del contrato de confirming», por María Isabel GRIMALDOS GARCÍA.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. SERVICIOS PRESTADOS POR LA ENTIDAD DE CONFIRMING: 1. SERVICIO DE GESTIÓN DE PAGOS. 2. SERVICIO DE FINANCIACIÓN AL EMPRESARIO-CLIENTE. 3. SERVICIO DE FINANCIACIÓN A LOS ACREEDORES (PROVEEDORES).—III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CONFIRMING: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EN LA MODALIDAD DE SERVICIO DE GESTIÓN DE PAGOS. 3. EN LA MODALIDAD DE SERVICIO DE FINANCIACIÓN AL EMPRESARIO-CLIENTE. 4. EN LA MODALIDAD DE SERVICIO DE FINANCIACIÓN A LOS ACREEDORES (PROVEEDORES). 5. OTROS PACTOS USUALES EN EL CONTRATO DE CONFIRMING: EL CONFIRMING «DE INVERSIÓN».—IV. PAGO ANTICIPADO Y SUBROGACIÓN: POSICIÓN JURÍDICA DEL CLIENTE, LA ENTIDAD DE CONFIRMING Y LOS ACREEDORES: 1. FUNCIÓN ECONÓMICA. 2. EL PAGO ANTICIPADO DEL CRÉDITO COMO PAGO POR TERCERO CON SUBROGACIÓN: A) *Como pago por tercero*. B) *Con subrogación*. 3. LA RELACIÓN JURÍDICA SUBYACENTE ENTRE LA ENTIDAD DE CONFIRMING Y SU CLIENTE Y LA SUBROGACIÓN POR PAGO: A) *Introducción*. B) *Relación entre el derecho personal de la entidad de confirming y el crédito adquirido por subrogación*: a) Garantía de la legitimidad, validez y autenticidad de la operación a la que se refiere la orden de pago; b) El carácter «abstracto» del compromiso de pago; c) Revocación de la orden de pago; d) Importe del crédito pagado. Acuerdos de reparto del *interusurium*; e) Momento en que es exigible el crédito satisfecho anticipadamente; f) Intereses debidos a la entidad de confirming. 4. LA SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES Y EL PAPEL DE SU VOLUNTAD EN LOS EFECTOS DEL PAGO.—V. CONCLUSIONES.

«El embargo preventivo de buques: Convenio de Bruselas de 1952 y *lex fori*», por José Manuel MARTÍN OSANTE, pág. 119.

SUMARIO: I. NORMATIVA REGULADORA DEL EMBARGO PREVENTIVO:

1. NORMATIVA INTERNA: LEC 1/2000 y LEY 2/1967. 2. NORMATIVA INTERNACIONAL: 2.1. *Convenio de Bruselas de 1952 [y Ley 2/1967]*. 2.2. *Convenio de Ginebra de 1999*.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE 1952: 1. TERRITORIAL. 2. MATERIAL: 2.1. *Buques de navegación marítima*. 2.2. *Nacionalidad del buque*. 2.3. *El embargo preventivo*.—III. PRESUPUESTOS DEL EMBARGO PREVENTIVO EN EL CONVENIO DE 1952: 1. «ALEGACIÓN» DE UN CRÉDITO MARÍTIMO. 2. CRÉDITOS MARÍTIMOS. 3. PRESTACIÓN DE CAUCIÓN SUFICIENTE. 4. RATIFICACIÓN DEL EMBARGO.—IV. OBJETO DEL EMBARGO PREVENTIVO EN EL CONVENIO DE 1952: 1. EL *OFFENDING SHIP* Y EL *SISTER SHIP*. 2. PLURALIDAD DE EMBARGOS Y REEMBARGO.—V. ALGUNAS CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 140 (Abril-Junio 2008)

«Conceptos y lenguajes políticos en el mundo iberoamericano, 1750-1850», por José Carlos CHIARAMONTE, pág. 11.

SUMARIO: SUPUESTOS PROVENIENTES DEL NACIONALISMO HISTORIOGRÁFICO. FEDERALISMO Y NACIONALIDAD.—SUPUESTOS PROVENIENTES DE TENDENCIAS CONFESIONALES.—DIGRESIÓN: EL USO DE LA VOZ NACIÓN Y LOS PROBLEMAS DE LA TRADUCCIÓN EN EL CONDICIONAMIENTO DEL LENGUAJE POLÍTICO.

«Coordinación entre arenas electorales en países con sistemas políticos multinivel», por Ignacio LAGO y José Ramón MONTERO, pág. 33.

SUMARIO: EL MARCO TEÓRICO: ENFOQUES E HIPÓTESIS. EL ANÁLISIS EMPÍRICO: EL CASO, LOS DATOS Y LAS VARIABLES.—LOS RESULTADOS: LA EXPLICACIÓN DE LA COORDINACIÓN ELECTORAL O LA ENTRADA ESTRATÉGICA.—CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.

«El desarrollo contemporáneo y la necesidad de una teoría crítica del totalitarismo. Un esbozo provisorio», por H. C. F. MANSILLA, pág. 69.

SUMARIO: PRELIMINARES.—DIFERENCIAS ENTRE AUTORITARISMO Y TOTALITARISMO.—LOS FACTORES PROCLIVES AL TOTALITARISMO: LA EXPERIENCIA DE LA REVOLUCIÓN.—LA JUSTIFICACIÓN DEL TOTALITARISMO REVOLUCIONARIO.—EL RECHAZO A LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS.—LA DEMOCRACIA DEL *HOMO VIDENS*, EL CONSUMISMO DE MASAS Y LA LIBERTAD DESMESURADA COMO ANTECEDENTES DEL TOTALITARISMO CONTEMPORÁNEO.—LA PATOLOGÍA DE LA MODERNIDAD.—FACTORES PROCLIVES AL TOTALITARISMO EN LAS PERIFERIAS MUNDIALES.—BIBLIOGRAFÍA.

«El destino de los dictadores tras el poder. ¿Quién y cómo puede castigarlos?», por Abel ESCRIBÁ-FOLCH, pág. 105.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. UN ACERCAMIENTO ESTRATÉGICO AL CASTIGO, LA EJECUCIÓN Y EL EXILIO.—3. LA FUERZA RELATIVA DE LOS ACTORES POLÍTICOS: 3.1. LOS RIESGOS DE LOS DICTADORES Y LA EFECTIVIDAD DE LOS ACTORES. 3.2. RESULTADOS: ESTIMANDO LA FUERZA DE CADA GRUPO.—4. PREDICIENDO EL DESTINO DE LOS DICTADORES TRAS EL PODER: 4.1. VARIABLES Y METODOLOGÍA. 4.2. RESULTADOS: ¿QUIÉN Y CÓMO PUEDE CASTIGAR A LOS DICTADORES?—5. CONCLUSIONES.—APÉNDICE. LAS VARIABLES Y SUS FUENTES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Los frenos al pluralismo cultural en territorios de soberanía discutida: los casos de Ceuta y Melilla», por Carmen GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, pág. 135.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA CONSOLIDACIÓN DE UNA MINORÍA ETNOCULTURAL EN CEUTA Y MELILLA.—2. LA INTERACCIÓN ENTRE LA MAYORÍA Y LA MINORÍA Y LA PERCEPCIÓN DE RIESGOS.—3. LA EXPRESIÓN POLÍTICA DEL CONFLICTO: LA APLICACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA Y LA EXIGENCIA DE DERECHOS CULTURALES.—4. EL MARCO INSTITUCIONAL Y LA FRACTURA ÉTNICA DEL SISTEMA DE PARTIDOS.—CONCLUSIONES.—AGRADECIMIENTOS.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO

Número 161 (Julio-Diciembre 2006) (sin sumarios)

«Fiestas y diversiones en los sínodos medievales», por Francisco CANTELAR RODRÍGUEZ, págs. 553-604.

«El respeto de la distinción entre fuero interno y externo en la formación sacerdotal», por Roberto SERRES LÓPEZ DE GUEREÑU, págs. 605-654.

«El matrimonio mixto en la Iglesia latina y en las Iglesias orientales católicas y ortodoxas. Aspectos teológicos y canónicos», por Alejandro CORTÉS DIÉGUEZ, págs. 655-722.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

«La comunidad conyugal en liquidación», por José Antonio SERRANO GARCÍA, pág. 11.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: 1. FUEROS Y OBSERVANCIAS. 2. APÉNDICE. 3. COMPILACIÓN.—II. ELABORACIÓN DE LA REGULACIÓN VIGENTE.—III. DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO Y NACIMIENTO DE LA

COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN: 1. CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. 2. CAUSAS DE DISOLUCIÓN POR DECISIÓN JUDICIAL: A) *Los supuestos de las letras a, b, c y d.* B) *Haber optado por la disolución en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge (letra e).* C) *Haber optado por la disolución en caso de concurso de acreedores del otro cónyuge con inclusión de los bienes comunes en la masa activa (letra f).*—IV. MEDIDAS PROVISIONALES, MOMENTO DE EFICACIA Y RÉGIMEN SUBSIGUIENTE: 1. MEDIDAS PROVISIONALES. 2. MOMENTO DE EFICACIA: A) *Para los cónyuges o sus herederos.* B) *Para los terceros.* C) *Irretroactividad de los efectos de la disolución ante terceros.* 3. RÉGIMEN SUBSIGUIENTE.—V. REQUISITOS, SUJETOS, ESTATUTO Y NATURALEZA DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN: 1. OTROS REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN. 2. DENOMINACIÓN. SUJETOS. 3. NUEVO ESTATUTO JURÍDICO. 4. NATURALEZA JURÍDICA.—VI. RÉGIMEN DE LA CUOTA EN LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN: 1. ENAJENACIÓN DE LA CUOTA. 2. RENUNCIA A LA CUOTA. 3. EMBARGO DE LA CUOTA. ANOTACIÓN PREVENTIVA. 4. EMBARGO DE LOS DERECHOS EN UN BIEN COMÚN CONCRETO.—VII. RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN: 1. ESPECIALIDADES DERIVADAS DE LA DISOLUCIÓN POR MUERTE: A) *Preferencia del derecho de viudedad.* B) *Transmisión sucesoria.* 2. ACTIVO DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN: A) *Patrimonio inicial.* B) *Ausencia de presunción de comunidad frente a terceros.* C) *Bienes que ingresan en el patrimonio común.* D) *Bienes que no se hacen comunes.* E) *Inscripción registral de los inmuebles comunes.* 3. LA GESTIÓN EN LA DISOLUCIÓN POR MUERTE: A) *Administración por el cónyuge viudo.* B) *Disposición de bienes entre vivos.* C) *Facultad de deducir alimentos.* D) *Donación con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos.* E) *Diligencia, modo de actuar, medidas cautelares y responsabilidad.* F) *Duración.* 4. LA GESTIÓN EN LA DISOLUCIÓN POR OTRAS CAUSAS: A) *Ámbito de aplicación.* B) *Gestión conforme a lo acordado.* C) *Gestión dispuesta por el Juez.* D) *Régimen supletorio: gestión de la comunidad ordinaria.* E) *Derecho a anticipos para alimentos.* 5. DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE: A) *Regulación novedosa.* B) *Disposición de la participación.* C) *Disposición de un bien común determinado.* D) *Disposición de los derechos sobre un bien común determinado.* 6. PASIVO DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN: DEUDA, RESPONSABILIDAD Y EJECUCIÓN: A) *Planteamiento.* B) *Deudas anteriores de cargo o responsabilidad común.* C) *Deudas comunes tras la disolución.* D) *Responsabilidad externa.* E) *Responsabilidad interna.* F) *Ejecución sobre bienes comunes.* G) *Las deudas privativas y su responsabilidad.* H) *Ejecución sobre la participación en la comunidad.* I) *Ejecución sobre bienes privativos del deudor.* J) *Relaciones entre patrimonios conyugales.*—VIII. LA EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN: 1. CAUSAS. 2. EL DERECHO A LA DIVISIÓN. 3. LA DIVISIÓN EN CASO DE NULIDAD DEL MATRIMONIO. 4. LAS DEUDAS COMUNES TRAS LA DIVISIÓN.—ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

«Algunas tesis sobre el derecho de abolorio (consideraciones sobre la institución a partir de la legislación, doctrina y jurisprudencia ante una eventual reforma)», por Aurora LÓPEZ AZCONA, pág. 57 (sin sumario).

«Algunos documentos curiosos de Derecho Civil Histórico aragonés», por Manuel GÓMEZ DE VALENZUELA, pág. 87 (sin sumario).

«Nuevas perspectivas de la aceptación hereditaria “tácita” en Aragón [Una reflexión crítica a propósito del art. 35.1.a) de la Ley 1/1999, de 24 de febrero]», por Aurelio BARRIO GALLARDO, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. PLANTEAMIENTO DE UN SUPUESTO DE HECHO HIPO-TÉTICO. 2. SUGERENCIA SOBRE EL MODO MÁS VENTAJOSO DE LLEVAR A CABO LA OPERACIÓN.—II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMUNIDADES HEREDITARIAS.—III. LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS COHEREDEROS DURANTE EL PERÍODO DE INDIVISIÓN HEREDITARIA: 1. ACTUACIÓN CONJUNTA DE TODOS LOS COHEREDEROS. 2. LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DE CADA UNO DE LOS COHEREDEROS ACTUANDO A TÍTULO INDIVIDUAL: A) *¿Es fundado el temor del Código a conceder amplias facultades de disposición al coheredero que actúa de forma aislada?* B) *La distinción doctrinal entre el Derecho Hereditario in abstracto e in concreto en el Código Civil y en la Legislación hipotecaria:* a) El derecho hereditario en una comunidad hereditaria puramente germánica; b) El derecho hereditario en formulaciones del estado de indivisión hereditaria más próximas al condominio ordinario; c) Los óbices legales a la concepción de la indivisión hereditaria como una comunidad ordinaria de bienes en el Código Civil.—IV. LAS NUEVAS PERSPECTIVAS HERMENÉUTICAS QUE OFRECE EL ARTÍCULO 35.1.A) DE LA LEY DE SUCESIONES ARAGONESA.—V. CONCLUSIONES PRÁCTICAS.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 15 (mayo 2008)

«La reforma de la Ley Penal del Menor por la LO 8/2006», por Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pág. 13.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL SENTIDO DE LA REFORMA DE LA LO 8/2006.—2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL JUVENIL: EL DEBATE ACERCA DE LA VIGENCIA TEMPORAL DE LAS DIFERENTES REGULACIONES DE LA CUESTIÓN.—3. NOVEDADES EN EL ÁMBITO PENAL SUSTANTIVO DE LA LEY: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. EL SISTEMA DE MEDIDAS. 3.3. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO. 3.4. IMPOSICIÓN DE MEDIDAS EN SUPUESTOS DE CONCURSO DE DELITOS.—4. CAMBIOS EN EL ÁMBITO DEL PROCESO: 4.1. LA NUEVA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO. 4.2. LA REFORMA DEL TRÁMITE PARA LA EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 4.3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. 4.4. MEDIDAS CAUTELARES. OTROS ASPECTOS DEL PROCESO REFORMADOS.—5. NOVEDADES EN MATERIA DE EJECUCIÓN. LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO EN CENTROS PENITENCIARIOS DE ADULTOS. DIFERENTES HIPÓTESIS Y CUESTIONES DE COMPETENCIA.

«El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», por Margarita PÉREZ ROLDÁN, pág. 49.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA DIRECTIVA DE RECURSOS: 2.1. LA DIRECTIVA 89/665/CEE. 2.2. LA DIRECTIVA 2007/66/CE: 2.2.1. *La necesidad de la reforma*. 2.2.2. *Principales modificaciones*: 2.2.2.1. Introducción de un plazo suspensivo. 2.2.2.2. Ineficacia del contrato. 2.2.2.3. Refuerzo del mecanismo corrector.—3. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 3.1. CONTRATOS SUJETOS A RECURSO. 3.2. ACTOS SUSCEPTIBLES DE RECURSO. 3.3. AUTORIDAD COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO. 3.4. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER EL RECURSO. 3.5. PROCEDIMIENTO.—4. LAS MEDIDAS PROVISIONALES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 4.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 4.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 4.3. ÓRGANO RESOLUTORIO.—5. ESPECIAL ATENCIÓN A LA NORMATIVA DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA: 5.1. RECLAMACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: 5.1.1. *Personas legitimadas para interponer la reclamación*. 5.1.2. *Tramitación de la reclamación*. 5.2. MEDIDAS CAUTELARES: 5.2.1. *Personas legitimadas para solicitarlas*. 5.2.2. *Tramitación*.—6. CONCLUSIONES.—7. BIBLIOGRAFÍA.

«El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario», por Javier Eugenio LÓPEZ CANDELA, pág. 91.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COMPARADO.—3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.—4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—5. POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU ALCANCE EN EL ÁMBITO SANITARIO.—6. TOMA DE POSTURA. CONCLUSIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CON ESPECIAL ATENCIÓN AL ÁMBITO SANITARIO.—7. BIBLIOGRAFÍA.

«Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público», por María Jesús GARCÍA GARCÍA.

SUMARIO: 1. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA: 1.1. LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD COMO PARÁMETROS DEL DERECHO AL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. 1.2. ALGUNOS SUPUESTOS CONFLICTIVOS: LAS PRUEBAS RESTRINGIDAS Y EL CONOCIMIENTO DE LA LENGUA: 1.2.1. *Las pruebas restringidas*. 1.2.2. *El cómputo de los servicios prestados a la Administración*. 1.2.3. *El conocimiento de las lenguas oficiales*. 1.3. LOS SISTEMAS SELECTIVOS DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.—2. LA EXTENSIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD A LA PERMANENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: 2.1. LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y LA MOVILIDAD

DE LOS FUNCIONARIOS: 2.1.1. *Los sistemas de provisión directa*: a) El concurso de méritos; b) La libre designación. 2.1.2. *Otros sistemas de provisión*. 2.1.3. *La movilidad de los funcionarios*. 2.2. LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA PROMOCIÓN INTERNA: 2.2.1. *La carrera administrativa*. 2.2.2. *La evaluación del desempeño*. 2.2.3. *La promoción interna*.

«La atención a las personas mayores dependientes en Castilla y León tras la Ley Estatal 39/2006, de 14 de diciembre», por Ascensión GARCÍA TRASCASAS.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL SISTEMA DE ACCIÓN SOCIAL DE CASTILLA Y LEÓN: 2.1. CARACTERIZACIÓN GENERAL. 2.2. LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS MAYORES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES: 2.2.1. *Algunos datos*. 2.2.2. *La Ley 5/2003, de Atención y Protección de las Personas Mayores de Castilla y León*. 2.3. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN LA PLANIFICACIÓN REGIONAL DE CASTILLA Y LEÓN: 2.3.1. *El Plan Estratégico del Sistema de Acción Social de Castilla y León*. 2.3.2. *El Plan regional sectorial de atención a personas mayores*. 2.4. EL PAPEL DEL DIÁLOGO SOCIAL EN LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA.—3. LA LEY 39/2006 Y LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: 3.1. DELIMITACIÓN DE LOS TITULARES. 3.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.—4. EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE ACCIÓN SOCIAL DE CASTILLA Y LEÓN: 4.1. TITULARES. 4.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE ACCIÓN SOCIAL.—5. LA VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: 5.1. LOS BAREMOS DE VALORACIÓN. 5.2. ÓRGANOS Y PROCEDIMIENTO DE VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA. LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES EN CASTILLA Y LEÓN TRAS LA LEY ESTATAL 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE.—6. LAS PRESTACIONES DE DEPENDENCIA: 6.1. TIPOS. 6.2. PRESTACIONES ECONÓMICAS. 6.3. EL CATÁLOGO DE SERVICIOS DEL SAAD. 6.4. PRINCIPALES SERVICIOS DE ATENCIÓN A LAS PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES EN CASTILLA Y LEÓN. 6.5. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES DE LOS SERVICIOS Y PRESTACIONES ECONÓMICAS DEL SAAD EN CASTILLA Y LEÓN.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 2 (2008)

«Apunts sobre la propietat i les accions protectores del domini en el Codi Civil de Catalunya», por Vicent LL. MONTÉS, pág. 11.

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ.—II. LA PROTECCIÓ CONSTITUCIONAL DEL DOMINI: 1. ELS TEXTS NORMATIUS: a) *La Constitució*; b) *Els Tractats i Convenis internacionals de protecció dels Drets fonamentals*. 2. EL SENTIT DE LA PROTECCIÓ: DRET FONAMENTAL I GARANTIA INSTITUCIONAL. 3. L'ÀMBIT I EL NIVELL DE PROTECCIÓ.—III. EL DRET REAL DE PROPIETAT PRIVADA: 4. UNA SITUACIÓ JURÍDICA SUBJECTIVA COMPLEXA. 5. EL CONTINGUT DEL DRET DE PROPIETAT: a) *La facultat de gaudir. El gaudiment ut dominus*; b) *La facultat de disposició*; c) *Els límits de la propietat*; d) *Sobre la subsistència d'un model central de propietat*.—IV. LES ACCIONS PROTECTORES DEL DOMINI: 6. LES PRINCIPALS NOVETATS DEL CODI CIVIL. 7. CONSIDERACIONS GENERALS.—V. L'ACCIÓ

REIVINDICATÒRIA: 8. LA CONCEPCIÓ BÀSICA O «IDENTIFICACIÓ» DE L'ACCIÓ REIVINDICATÒRIA: a) *El propietari no posseïdor i el posseïdor no propietari*; b) *Pluralitat de conflictes possibles*; c) *Els límits de l'acció negatòria*; d) *Dos territoris de l'acció reivindicatòria*. 9. LA ÍMPRESCRIPTIBILITAT DE L'ACCIÓ REIVINDICATÒRIA. 10. LES PROPOSICIONS FONAMENTALS QUE CONDUÏEIXEN A LA SOLUCIÓ. 11. L'OBJECTE DE L'ACCIÓ: RELACIÓ AMB L'ACCIÓ D'ATERMENAMENT.—VI. L'ACCIÓ DECLARATIVA DE DOMINI.—VII. L'ACCIÓ PUBLICIANA.—VIII. CONSIDERACIONS FINALS.

«Los derechos del titular en la comunidad especial por turnos contemplada en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales», por M.^a Carmen NÚÑEZ ZORRILLA, pág. 59.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NATURALEZA Y CARACTERES DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: 2.1. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO ANTES Y DESPUÉS DE SU TRANSMISIÓN. 2.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO.—3. EL CONTENIDO DEL DERECHO: 3.1. LA FACULTAD DE APROVECHAR EL BIEN QUE ES OBJETO DE LA COMUNIDAD DE MANERA EXCLUSIVA DURANTE EL PERÍODO DE TIEMPO QUE REPRESENTA O CEDER EL APROVECHAMIENTO A OTRA PERSONA. 3.2. LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN LA GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD DE ACUERDO CON LO QUE ESTABLECE EL TÍTULO DE CONSTITUCIÓN. 3.3. LA FACULTAD DE DISPONER DEL TURNO, ENTRE VIVOS O POR CAUSA DE MUERTE, A TÍTULO ONEROSO O GRATUITO.

«Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria: su contribución a la teoría general del contrato (o viceversa)», por Sergio LLEBARÍA SAMPER, pág. 73.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DESVENTURAS Y AGONÍA DEL REAL DECRETO 515/1989.—3. ALGUNA CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL CONTROL DE VALIDEZ A LA LUZ DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, QUE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO: 3.1. NORMA ABSTRACTA, DESARROLLO JUDICIAL Y SU LEGALIZACIÓN. 3.2. EL CONTROL DE VALIDEZ DE LA CLÁUSULA (POR ABUSIVA), ¿ES UN NUEVO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD? 3.3. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CLÁUSULAS *CONTRA LEGEM*. 3.4. NOVEDAD Y UTILIDAD DEL CONTROL DE VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.—4. LA CASUÍSTICA: MODELOS PARA LA REFLEXIÓN EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA: 4.1. LA VIRULENTE REACCIÓN CONTRA LA SEPULTADA MULTIPROPIEDAD. 4.2. CONTRATO DE MEDIACIÓN: LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE UN CONTRATO ATÍPICO. 4.3. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: RIESGOS Y ARBITRARIEDAD. 4.4. LA REPERCUSIÓN DE IMPUESTOS Y OTROS GASTOS.

«La solución de conflictos laborales por la vía de la autocomposición», por Miquel PORRET GELABERT, pág. 97.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES EN NUESTRO PAÍS.—III. DERECHO COMPARADO.—IV. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA: 1. NORMATIVA REGULADORA EMANADA DEL ESTADO: a) *El Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo*; b) *El Estatuto de los Trabajadores*; c) *La Ley de Pro-*

cedimiento Laboral. 2. NORMATIVA SURGIDA DE LOS AGENTES SOCIALES CON LA PARTICIPACIÓN DEL GOBIERNO: a) El ASEC (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos); b) El SIMA (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje); c) Los Acuerdos Interprofesionales de las Comunidades Autónomas.—V. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON MÁS ACTIVIDAD RESOLUTIVA.—VI. EL MODELO CATALÁN.—VII. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 1 (2007)

- «On the origin of property rights», por F. E. GUERRA-PUJOL, pág. 1.
- «Cláusula de no competencia: ¿Validez o restricción irrazonable? Un estudio comparado entre el sistema jurídico de Puerto Rico y el de España», por Pilar MUÑOZ NAZARIO, pág. 23.
- «Espíritus incompatibles o almas gemelas: ¿Anula el Reglamento 7182 de Hacienda los incentivos otorgados bajo la Ley para la Revitalización de los Centros Urbanos?», por Joel Enrique SALGADO HERNÁNDEZ, pág. 47.
- «La Regla 51.7 de Procedimiento Civil: ¿Qué principios elementales del proceso judicial infligen? ¿Hay diferencia entre la solidaridad contractual *versus* la extracontractual? ¿Deberíamos derogarla por ser inconstitucional?», por Nivia D. FREIRE BURGOS y Heidi SANTIAGO MORALES, pág. 83.
- «La responsabilidad civil extracontractual por productos alimenticios defectuosos: ¿Razonable el peso de la prueba para el consumidor?», por Germarrie MÉNDEZ NEGRÓN, pág. 107.
- «Las razones de “necesidad y urgencia” en el diligenciamiento nocturno de orden de allanamiento, ¿requisito de forma o garantía constitucional?», por Alfredo José ORTIZ HERNÁNDEZ y Ricardo Rafael RODRÍGUEZ COLÓN, pág. 127.
- «Tratamiento contributivo de los pagos recibidos como indemnización por conceptos de daños morales y angustias mentales», por Michael RIVERA IRIZANY, pág. 149.

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA

DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Número 33 (Enero-Diciembre 2007)

- «Régimen administrativo de las aguas en Venezuela (referencia especial a la Ley de Aguas)», por Juan Carlos FERNÁNDEZ, págs. 15-46.
- «La sucesión agraria en la legislación agraria venezolana», por Rosa Isabel FRANCA LUIS, págs. 47-72.

- «Análisis comparativo entre las leyes orgánicas del ambiente promulgadas en los años 1976 y 2006», por José de Jesús LEÓN GONZÁLEZ, págs. 73-85.
- «Ley de Reforma Agraria de 1960: precedente de la legislación agroambiental en Venezuela», por Carlix MEJÍAS, págs. 87-100.
- «Harmonização de Leis Ambientais nos dez anos do Mercosur», por Paulo Roberto PEREIRA DE SOUZA, págs. 101-129.
- «Las tierras de alta calidad agrológica en Venezuela: un reto al desarrollo rural sostenible», por José ROJAS LÓPEZ, págs. 131-146.
- «La jurisdicción agraria en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario», por Abdón SÁNCHEZ, págs. 147-160.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Tomo 93 (Julio-Diciembre de 2007)

- «La imparcialidad del Notario: garantía del orden contractual», por Rolf GAUPP, pág. 125.
- «El decálogo del Escribano Bardallo», por Julia SIRI GARÍA, pág. 153.
- «Estudio comparativo entre régimen jurídico brasileño y uruguayo en Derecho Minero», por Alfredo CAPUTO, pág. 159.
- «Un nuevo concepto de Registro de Estado Civil», por Beatriz María FREIRE MUNIZ, pág. 169.
- «Aspectos prácticos de arrendamientos urbanos y rurales»: Arrendamientos urbanos», por Alicia GONZÁLEZ BILCHE, pág. 185; «Arrendamientos rurales», por Roque MOLLA CAMACHO, pág. 193.
- «Escrituración judicial de reglamento de copropiedad», por Martín SOSA VALERIO, pág. 205.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Número 114 (Septiembre-Diciembre 2007)

- «The Payment for Environmental Services in Costa Rica», por Rafael GONZÁLEZ BAILAR, pág. 13.
- «El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva», por Gustavo GONZÁLEZ SOLANO, pág. 31.

- «Common regulations on the legal sources, principles and objects of the copyright law of Russian Federation», por Valeriya TYUMENTSEVA, pág. 79.
- «Magia verbal: La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social», por Minor E. SALAS, pág. 89.
- «Responsabilidad constitucional de los diputados», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 117.
- «Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional», por Enrique ULATE CHACÓN, pág. 137.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Números 219-220 (Enero-Diciembre 2006)

- «El significado histórico de la obra de Andrés Bello», por Iván JAKSIC, pág. 7.
- «Actualidad de los principios e inspiraciones del Código Civil chileno», por Francisco SEGURA RIVEIRO, pág. 29.
- «El artículo noveno del Código Civil y los efectos de la ley en el tiempo. El cambio legislativo», por Carlos ÁLVAREZ NÚÑEZ, pág. 53.
- «Titularidad real y titularidad aparente», por Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, pág. 101.
- «La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: del modelo de Bello a nuestros días», por José Luis Díez SCHWERTER, pág. 129.
- «La responsabilidad civil en materia inmobiliaria a la luz de la Ley 19.472», por Carlos ÁLVAREZ CID, pág. 157.
- «La inexcusabilidad de la ignorancia de la ley: un principio, una presunción o una ficción», por Pedro HIDALGO SARZOSA, pág. 173.
- «Derecho de familia, ciento cincuenta años después», por René RAMOS PAZOS, pág. 187.
- «Algunos aspectos de la nulidad de matrimonio», por Hernán TRONCOSO LARRONDE, pág. 201.
- «Principios del Derecho Sucesorio en el Código de Bello y su estado actual», por Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, pág. 215.
- «Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción durante los últimos cincuenta años», por René RAMOS PAZOS, pág. 237.