

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXIII • Septiembre-Octubre 2007 • Núm. 703

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 Gállico
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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Las artes escénicas y su configuración jurídica», por FERNANDO BONDÍA ROMÁN	1985
«El deber de contribuir a los pagos en la Propiedad Horizontal», por CRISTINA VICTORIA LÓPEZ HERNÁNDEZ	2017
«La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ	2059

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Aspectos civiles de la nueva Ley del suelo», por JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ y BELÉN CASADO CASADO	2167
--	------

DICTÁMENES Y NOTAS

«La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿Cuál es su trascendencia práctica?», por ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ	2189
---	------

DERECHO COMPARADO

«Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», por MONTSERRAT PEREÑA VICENTE	2235
«Real estate liens as security for cross-border property finance. The Eurohypothech - a security instrument with real prospects», por OTMAR STÖCKER	2255

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	2281
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- La jurisprudencia y el fraude de ley, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2309

1.2. Derecho de familia:

- El concepto de convivencia marital y la extinción de la pensión compensatoria, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2311

1.3. Derechos reales:

- La cancelación de la hipoteca por los padres de los menores a cuyo favor se encuentra inscrita, como excepción a la regla general sobre la capacidad necesaria para cancelar, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2317

1.4. Sucesiones:

- Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la figura del albacea, y, en especial, sobre el plazo para realizar su cometido. Cómputo del plazo y prórroga del mismo, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 2324

1.5. Obligaciones y contratos:

- El incumplimiento de la obligación de reembolso por parte del vendedor hace decaer su derecho de retracto y consolida de manera definitiva el dominio de la cosa vendida, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2327
- La resolución del derecho del arrendador en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, por ROSANA PÉREZ GURREA 2340

1.6. Responsabilidad civil:

- La incursión de animales en la vía pública puede provocar daños irreparables, sobre todo en conductores de vehículos que se ven sorprendidos por su presencia, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 2348

2. MERCANTIL

- El interés en caso de mora del asegurador y la unificación de doctrina por la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2007, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2353

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- Consecuencias registrales de las medidas medioambientales en materia de suelos potencialmente contaminados y sus implicaciones en los procesos urbanísticos de equidistribución, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ 2359

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 2371

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «El Registro de la Propiedad como eficaz instrumento de protección del medio ambiente», por JOAQUÍN DELGADO RAMOS 2395
- «Parte general del Derecho Civil», de ANDREAS VON TUHR, por PATRICIA ZAMBRANA MORAL 2399

- REVISTA DE REVISTAS** 2405

ESTUDIOS

Las artes escénicas y su configuración jurídica

por

FERNANDO BONDÍA ROMÁN
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO

1. *OBERTURA: LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO LEGAL DE ARTES ESCÉNICAS EN LA LPI.*
2. *TRAMA: LA OBRA Y LOS INTÉRPRETES:*
 - 2.1. LA OBRA:
 - 2.1.1. *La originalidad.*
 - 2.1.2. *La inscripción.*
 - 2.2. LA REPRESENTACIÓN:
 - 2.2.1. *Los artistas no son autores.*
 - 2.3. LA COHABITACIÓN ENTRE LOS DERECHOS DEL AUTOR Y DEL ARTISTA.
3. *DESARROLLO:*
 - 3.1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL.
 - 3.2. LOS DERECHOS DEL AUTOR:
 - 3.2.1. *Los derechos morales.*
 - 3.2.2. *Los derechos de explotación.*
 - 3.2.3. *Los límites a los derechos de autor.*
 - 3.3. LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES.
4. *DESENLACE:*
 - 4.1. EL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN TEATRAL Y EJECUCIÓN MUSICAL.
 - 4.2. EL CONTRATO DE PRODUCCIÓN TEATRAL.

Para depurar el ámbito cognoscitivo de la materia a considerar y, por tanto, antes de entrar en el tratamiento jurídico de las artes escénicas, parece que debería ser necesario precisar el concepto o significado de la expresión «artes escénicas», pues nuestra legislación protectora de la actividad intelectual creadora en el campo literario y artístico, única a la que nos vamos a referir, carece de una formulación conceptual al respecto (*OBERTURA*). Por otra parte, en las artes escénicas debe distinguirse entre la obra y su representación o ejecución, pues una y otra son cosas u objetos de distintos derechos que, en no pocas ocasiones, son fuente de conflictos entre los respectivos titulares (*TRAMA*). Distinción esta que nos llevará a precisar los derechos de autor y los llamados derechos afines que asisten a cada uno de los protagonistas, creativos o escénicos, que intervienen en la obra representada (*DESARROLLO*). Finalmente, nos detendremos en una breve exposición de algunos de los contratos que podríamos denominar escénicos y a través de los cuales habitualmente se delimitan las posiciones y se logra la puesta en escena de la obra, normalmente mediante la concentración de derechos en la figura del empresario teatral (*DESENLACE*).

1. OBERTURA: LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO LEGAL DE ARTES ESCÉNICAS EN LA LPI

No parece pertinente, a los efectos aquí perseguidos, indagar o analizar desde un punto de vista etimológico, semántico o histórico sobre el género artístico escénico. Simplemente no es suficiente con acudir al diccionario de la RAE para fijar el conjunto de actividades humanas que encuadramos dentro de lo que se denomina «arte escénico». Recogiendo las acepciones más usuales de la voz «escena» («sitio o parte del teatro en que se representa o ejecuta la obra dramática o cualquier otro espectáculo teatral» o «aquello que se representa en el escenario») y teniendo en cuenta que lo que habitualmente se suele representar o ejecutar en el escenario es una obra «artística» de carácter intelectual (normalmente dramática, musical o dramático-musical), podríamos definir las artes escénicas como aquellas que están constituidas por manifestaciones creativas que se expresan por medio de la palabra o los sonidos (también los gestos o el movimiento corporal, como veremos) y que siendo susceptibles de ser representadas o comunicadas en un escenario, son objeto de propiedad intelectual o derecho de autor.

Lo que no deja de corresponderse en líneas generales con lo que convencional y usualmente se entiende por ello, al margen, naturalmente, de todas las precisiones o añadidos que se puedan o deban hacer desde los sectores profesionales concernidos. Tanto la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), como el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y la Música (INAEM), entre otras entidades vinculadas a las artes escénicas,

suelen incluir dentro de éstas, con carácter general, el teatro, los conciertos musicales y la danza. Que, además, no es otra cosa distinta de lo que contempla el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 (en adelante LPI), que es la norma legal que protege las creaciones originales literarias, artísticas o científicas, entre las cuales se encuentran las pertenecientes al género de las artes escénicas. En efecto, a ellas se refiere (aunque no con la denominación de artes escénicas, que no aparece en todo el articulado de la Ley) el artículo 10.1.c) LPI al preceptuar lo siguiente: *Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas (...) las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales* (1).

La anterior enumeración, como claramente se desprende de la norma transcrita, no es completa, pero podemos encuadrar las obras escénicas dentro de lo que genéricamente la Ley llama obras teatrales, que serían aquellas que pueden ser representadas en un teatro o sobre un escenario. Entre ellas podríamos incluir otras muchas que van desde la revista a las marionetas, pasando por el ballet y el mimo, que constituyen algunas de las manifestaciones de la obra coreográfica o pantomímica. Así como también las composiciones musicales (a las que se refiere la letra *b* del art. 10.1 LPI) que se ejecutan o interpretan «en vivo» sobre un escenario, con independencia de que estén o no integradas dentro de una obra compleja, como una coreografía o una obra dramático-musical. A todas ellas las consideraremos como obras escénicas.

En definitiva, pues, teniendo en cuenta el artículo 10 LPI, podemos decir que con la expresión «artes escénicas» nos vamos a referir a determinadas obras intelectuales (las teatrales y las musicales a que aluden las letras *b* y *c* del art. 10 LPI) cuando son representadas o ejecutadas sobre un escenario. Normalmente ante el público, pero no necesariamente, pues también es obra escénica la que sin público directo se representa en un plató para ser grabada y/o radiodifundida.

La exposición de su régimen jurídico recaerá sobre la LPI, que es la Ley que contempla los derechos que asisten a los creadores de las citadas obras y a quienes con su actividad contribuyen a que las mismas puedan ser comunicadas al público. Dicho régimen será expuesto genéricamente, es decir, sin aludir a las particularidades que cada una de las artes escénicas requiera, sin perjuicio de aludir a algunas de ellas cuando la ocasión lo reclame. No se

(1) En concordancia con ello, el artículo 74 LPI, que define el contrato que permite escenificar o llevar a cabo la representación teatral y/o ejecución musical de una obra, alude específicamente a la *obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica*.

hará referencia, pues, a la variada normativa de carácter administrativo estatal, autonómico o local que regula los espectáculos públicos, ni tampoco a cuestiones de Derecho fiscal, laboral o de seguridad social.

2. TRAMA: LA OBRA Y LOS INTÉRPRETES

Si hemos partido de la base de que las artes escénicas suponen una obra que se representa en un escenario, debemos distinguir entre la obra que se representa y la representación o ejecución de la misma. Las artes escénicas se refieren a la obra representada. Pero obra y representación son dos realidades distintas. La primera requiere un acto creativo que es objeto del derecho de autor. La segunda exige una actividad que no necesariamente es creativa y que es objeto de un derecho de naturaleza distinta al del autor de la obra y que doctrinalmente se suele denominar «derecho afín de los artistas intérpretes o ejecutantes». Ambos derechos son derechos de propiedad intelectual, derechos de exclusiva o monopolio, que vienen reconocidos y regulados en la LPI, pero con un régimen diferente. El Libro I de la LPI se dedica a los «derechos de autor», es decir, a los derechos que corresponden a la persona (autor) que crea una obra literaria, científica o artística, es decir, al autor de una obra escénica. El Libro II se dedica a «otros derechos de propiedad intelectual», que no son derechos de autor. O sea, a los derechos que en la doctrina española y extranjera, en los ordenamientos de otros países, en el ámbito del Derecho comunitario y del Derecho internacional se denominan derechos afines (2). Entre ellos se encuentran los correspondientes a quienes hacen posible la representación de una obra escénica, es decir, los artistas intérpretes o ejecutantes, así como el director de escena y el director de orquesta.

Por tanto, según los epígrafes de los dos primeros Libros de la LPI, junto a los derechos de autor, que son derechos de propiedad intelectual, hay otros derechos de propiedad intelectual que no son derechos de autor. En consecuencia, con arreglo a la LPI existe un género —la propiedad intelectual (3)— que comprende a dos clases o especies de derechos: los derechos de autor y los derechos afines u «otros derechos de propiedad intelectual» (4). A la vista de

(2) Aunque la denominación más frecuente para referirse a estos derechos es la de «afines», al menos en Europa (las directivas comunitarias sobre propiedad intelectual utilizan dicha terminología), existe también la de «derechos conexos», utilizada fundamentalmente en Iberoamérica y la de «derechos vecinos», empleada sobre todo en Francia y en el ámbito anglosajón.

(3) Fuera de España la expresión «propiedad intelectual» comprende también, entre otras instituciones, los diferentes títulos de propiedad industrial.

(4) Así reza el epígrafe del Libro II LPI, al que tras la reforma llevada a cabo por la Ley de 6 de marzo de 1998, se añadió «y de la protección *sui generis* de las bases de datos».

lo anterior, desde un punto de vista formal, la propiedad intelectual es ahora una suerte de institución híbrida o mixta que engloba derechos muy variados de naturaleza muy dispar. Por un lado están los derechos de autor y por otro los derechos afines. Estos derechos, por su parte, son muy heterogéneos entre sí pues engloban, además de los derechos correspondientes a los artistas, intérpretes o ejecutantes (que son los únicos que interesan aquí), los correspondientes a los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, a las entidades de radiodifusión, a los realizadores de meras fotografías y a los editores de determinadas obras.

2.1. LA OBRA

Podría decirse que el paradigma o prototipo de la obra que se representa es la obra dramática o teatral que además, como ya sabemos, legalmente engloba la obra dramático-musical, la coreografía y la pantomima, así como otras que no vienen enumeradas en la Ley. Pues bien, la obra teatral en concreto o la escénica en general tiene su autor o sus coautores (en el supuesto de que intervinieran varias personas en su creación, en cuyo caso estaríamos ante un obra en colaboración —art. 7 LPI— o, más raramente, ante una obra colectiva —art. 8 LPI—).

La obra escénica existe desde que se crea y con independencia de que se represente. Tiene existencia propia aunque nunca se llegue a representar o a poner en escena. El autor de la misma tiene su propiedad, que está integrada por un conjunto de derechos, los derechos de autor que más adelante exponremos, que protegen tanto los aspectos económicos (derechos de explotación) como los personales o espirituales (derechos morales). La obra teatral o escénica constituye un bien inmaterial susceptible de apropiación, de tráfico económico y, por tanto, es objeto de propiedad, aunque de una propiedad especial llamada «propiedad intelectual», pero propiedad en todo caso. En consecuencia, la esfera de poder dominical del propietario (es decir, del dramaturgo, coreógrafo, músico... o autor de la obra escénica de que se trate) debe ser respetada. La invasión de dicha esfera supone una infracción de los derechos de autor que genera la correspondiente responsabilidad civil e incluso, en determinadas circunstancias, puede dar lugar a responsabilidad penal (5). De la misma manera que nadie puede utilizar la propiedad ajena sin permiso de su propietario, tampoco se puede utilizar una obra protegida por la propiedad intelectual en una actividad dirigida a terceros sin permiso de su autor o de la persona a la que el autor haya transmitido sus derechos de explotación.

(5) Los artículos 270 y 271 del Código Penal tipifican los delitos contra la propiedad intelectual.

2.1.1. *La originalidad*

Para que la obra escénica o cualquier otro tipo de obra sea protegida por la propiedad intelectual es preciso que se trate de una creación original que se exprese por cualquier medio, como preceptúa el artículo 10 LPI antes transcrito. Sólo si la obra es original se protege. Si no es original no hay protección por el derecho de autor (6). La presencia o no de originalidad es difícil de establecer, pues no hay una definición legal de la misma, existiendo grandes discrepancias doctrinales y jurisprudenciales sobre lo que deba entenderse por originalidad. A la hora de apreciar la originalidad de las creaciones intelectuales, las distintas tendencias u opiniones basculan entre concepciones subjetivas y objetivas. Según las primeras, basta con que no se trate de una copia de algo ya existente, con que exista un esfuerzo creador intelectual (que revele la personalidad del autor cuando el tipo o categoría de obra lo permita), resultando intrascendente que el resultado obtenido sea novedoso o no. Según la concepción objetiva de la originalidad, la obra ha de ser nueva, ha de ser algo distinto a lo ya existente, algo singular, peculiar, nuevo en definitiva (7). Aunque desde luego la cuestión no es pacífica, en el campo de las artes escénicas creo que no ofrece duda que debe triunfar la concepción subjetiva de la originalidad. Si no fuera así habría que negar protección a muchas obras escénicas que no son singulares o novedosas, que no suponen ninguna innovación ni en la forma de expresión ni en el contenido o argumento, pero que sin embargo revelan un esfuerzo creador intelectual propio de su autor que resulta de no copiar lo que ya existe.

Es un principio tradicional en la materia que la originalidad predicable o exigible a todas las obras para que sean protegibles se aplica a la forma en que se expresan, no a su contenido. Sin embargo se trata de un principio que no debe mantenerse indiscriminadamente y que resulta cuando menos discutible. Al menos en el caso de aplicarse a las obras escénicas en las que la originalidad y, por tanto la protección, también se extiende al plan, argumento y título, tal como establece el artículo 64 (8) del Reglamento para la eje-

(6) Sí la podría haber, en su caso, por otras ramas del ordenamiento jurídico, señaladamente por la normativa relativa a la competencia desleal.

(7) Vid., para un desarrollo más amplio de estas concepciones, entre otros, VALBUENA GUTIÉRREZ, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, págs. 279-304; BERCOVITZ, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 3.ª ed., págs. 52-59, y ERDOZAIN LÓPEZ, «El concepto de originalidad en el derecho de autor», en *pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 3 (1999), págs. 55-94.

(8) Dispone lo siguiente: «El plan o argumento de una obra dramática o musical, así como el título, constituye propiedad para el que los ha concebido o para el que haya adquirido la obra. En su consecuencia se castigará como defraudación el hecho de tomar en todo o en parte de una obra literaria o musical manuscrita o impresa, el título, el

cución de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 que, por raro que pueda parecer, se declara vigente en varios de sus artículos (principalmente los arts. 61 a 119, que se refieren a los teatros y a la representación de obras dramáticas y musicales) (9). Ahora bien, si el plan o argumento original de una obra escénica puede resultar protegido y, en consecuencia, requerirse autorización del autor para desarrollarlo u obtener una obra derivada, no siempre existirá una identidad creativa que la requiera si se trata de un supuesto de simple inspiración (10). Lo que sucede a menudo en los casos de migración o trascendencia de géneros, también presentes en el campo de las obras escénicas según recaigan éstas sobre creaciones expresadas a través de las palabras, los sonidos o el movimiento corporal.

2.1.2. *La inscripción*

La creación es, como se enuncia en el título o rúbrica del artículo 1 LPI, el «hecho generador». Por la sola creación se produce el efecto previsto: la adquisición originaria de la propiedad intelectual sobre lo creado por el autor (que siempre será una persona natural, nunca —salvo en los programas de ordenador— una persona jurídica). No es pues necesaria la inscripción de los derechos sobre la obra escénica en el Registro de la Propiedad Intelectual.

Podrán aparecer titulares derivativos o cesionarios de los derechos de explotación sobre la obra escénica, los cuales también podrán inscribir sus dere-

argumento o el texto para aplicarlos a otra obra dramática. Tampoco será lícita la edición con fines mercantiles de los planes y argumentos de las obras teatrales sin permiso de sus autores o derechohabientes». Aunque este precepto reglamentario requeriría varias precisiones para coherarlo con la vigente LPI como, por ejemplo, el que un tercer adquirente pueda ser considerado propietario, o la exigencia de que esté manuscrita o impresa, o que se declare la ilicitud solamente para fines mercantiles, en lo que aquí interesa parece clara la extensión de la protección no sólo a la forma en que se expresa la obra escénica sin también a su contenido.

(9) Vigencia que resulta de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única, apartado 2, de la vigente LPI, pero que resulta de difícil aplicación y requiere múltiples adaptaciones a la realidad actual y a la vigente Ley. Vid., en este sentido, la monografía de RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, Reus/Aisge, Madrid, 2003.

(10) Un muy interesante caso sobre esta cuestión es el resuelto por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla (núm. 13), de 26 de septiembre de 2003, referente a la eventual e hipotética utilización de la novela «El Corazón de la Tierra» como guión de un espectáculo de danza denominado «Tierra Adentro». Frente a la reclamación del autor de la novela, el Juzgado considera que existe un caso de mera inspiración que no da lugar a una transformación de la novela que requiera consentimiento de su autor, sino a una creación independiente que no puede identificarse con la misma. «Entre ambas no existe la identidad que es exigible en los supuestos de trascendencia de géneros (...) y, por consiguiente no puede hablarse de adaptación, modificación o transformación de la misma en sentido estricto» (Fundamento de Derecho TERCERO, último párrafo).

chos en el Registro (11). Estos cesionarios lo serán bien como consecuencia de una transmisión voluntaria operada a través de un contrato de cesión de derechos de explotación (como sucede en el contrato de representación teatral o ejecución musical del art. 74 LPI, que luego analizaremos) o bien como consecuencia de una presunción legal (como sucede en el supuesto contemplado en el art. 51 LPI, que se refiere a la obra creada por un autor asalariado). En el caso de transmisión voluntaria la LPI establece normas imperativas o de ineludible cumplimiento en los artículos 42 y siguientes que tratan de proteger al autor frente al cesionario, sin perjuicio de lo que luego digamos en relación con el contrato de representación teatral y ejecución musical.

A diferencia de lo establecido en la vieja Ley de 1879, actualmente no se precisa, pues, inscribir el derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual para gozar de los beneficios de la LPI, es decir, para que la obra resulte protegida (12). Pese a ello, la actual LPI sigue regulando dicho Registro en los artículos 144 y 145, pero ahora la inscripción es meramente declarativa, es decir, no conlleva ninguna consecuencia jurídica de carácter sustantivo el hecho de inscribir o no inscribir. No otorga ni deniega derechos. Simplemente sienta la presunción, salvo prueba en contrario, de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en los libros del Registro. Se establece, pues, una presunción registral de autoría. Presunción que también se obtiene extrarregistralmente como consecuencia de aparecer en la obra como autor mediante nombre, firma o signo que lo identifique (art. 6.1 LPI). Quien inscribe en el Registro o aparece como autor en la propia obra se supone que es el autor de la misma, estando liberado de acreditar semejante condición. La carga de la prueba en contrario corresponderá a aquél que pretenda destruir tales presunciones.

2.2. LA REPRESENTACIÓN

El destino normal de una obra escénica es ser representada o, si se quiere, ser escenificada o puesta en escena (13). Se piensa, se concibe y se realiza para ser comunicada al público a través de su representación. Sin perjuicio, claro está, de que el texto en que consiste la obra escénica pueda ser explotado o utilizado a través de su reproducción y/o distribución y sin que, por tanto, se

(11) Vid. artículos 1.2, 9.3 y 11.1.b) del Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.

(12) Diferencia esta importante en relación con los diferentes títulos de propiedad industrial, que no existen si no media solicitud ante los correspondientes registros y la consiguiente concesión.

(13) O, para ser más exactos utilizando la terminología legal, ser comunicada públicamente mediante su representación escénica o ejecución pública [art. 20.1.a) LPI].

requiera ningún tipo de representación para que la obra pueda ser percibida o disfrutada por el público. Aunque eso sí, no por todo el público según el tipo de obra de que se trate y de forma harto distinta a la que es su querencia natural. Si hablamos del texto de la obra escénica es para referirnos a la obra dramática. Pero también la obra escénica puede manifestarse a través del lenguaje musical o plástico. Así, en el caso de la partitura de una composición musical con o sin libreto, según se trate de un concierto o de una zarzuela, por ejemplo. O en el de la sinopsis de una coreografía, la cual no deja de ser en muchas ocasiones una de las manifestaciones de las artes plásticas.

Normalmente, cuando la obra escénica se representa intervienen una pluralidad de personas que hacen posible la representación y que realizan las más diversas actividades. Labor prioritaria y fundamental es la del director de escena u orquesta y la de los intérpretes o ejecutantes, a quienes se reconocen derechos de propiedad intelectual sobre sus actuaciones o direcciones. Pero también se requiere otra serie de actividades profesionales para el montaje de la obra, como por ejemplo, la que exige el decorado, la tramoya, la iluminación, el vestuario, etc. En principio y con carácter general, la actividad de estas últimas personas normalmente no suele dar lugar a la atribución de derechos de autor (14), aunque en ocasiones pueda darlo como, por ejemplo y de manera señalada, en el caso del decorador o autor del decorado cuando su labor resulta original. Obviamente, no siempre es precisa la intervención de todos ellos, aunque sí parece imprescindible la del intérprete o ejecutante.

El autor de la obra representada no suele intervenir en su puesta en escena (salvo que otra cosa se pacte con el empresario teatral y salvo las facultades que la Ley le confiere, señaladamente las contempladas en los arts. 78 y 80 LPI) (15). A menos que se trate del supuesto de un concierto en el que el artista sea al mismo tiempo autor de la obra que interpreta o ejecuta. Pues bien, como acabamos de decir, solamente son titulares de derechos afines los artistas intérpretes o ejecutantes. Si las otras personas que intervienen en la escenificación realizan una actividad creativa u original tendrían derechos de autor sobre el resultado de su actividad (decorado, vestuario, etc.), pero no un derecho afín (16) ni, mucho menos, un derecho de autor sobre la obra escenificada.

(14) No parece, en ningún caso, que pueda dar lugar a derechos afines u otros derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor, pues no encaja dentro de la definición que da el artículo 105 LPI de los artistas intérpretes, ni dentro de ninguna de las otras categorías de derechos afines que regula el Libro II LPI.

(15) La posibilidad que el artículo 80.2.^a concede al autor para elegir los intérpretes de común acuerdo con el productor escénico significa una clara intervención en la producción teatral.

(16) En contra se manifiesta RAGEL SÁNCHEZ (*El contrato de representación...*, cit., pág. 33), para quien los decoradores, diseñadores, maquilladores y demás operarios que colaboran en el montaje de la obra serían *ejecutantes*. CABANILLAS SÁNCHEZ («Comentario al artículo 105», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid,

2.2.1. Los artistas no son autores

Según el artículo 105 LPI se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. Añadiéndose a continuación que el director de escena y el director de orquesta tendrán los mismos derechos reconocidos a los artistas. Derechos que luego expondremos.

Los derechos afines, entre los cuales están los derechos de los artistas a que se refiere el artículo transcrito, incluyen derechos muy heterogéneos y diversos entre sí (17), sin que quepa encontrar más factor común entre ellos que el hecho de no representar una actividad creadora, estar vinculados en la mayoría de los casos con una obra intelectual preexistente y significar una actividad de mediación entre la obra y el público. Mediante su reconocimiento y protección legal se valora autónomamente la actividad o iniciativa empresarial o artística de quienes contribuyen decisivamente a la difusión de las obras. Se persigue, en definitiva, proteger los intereses de quienes no son autores pero que, sin embargo, se suelen manifestar en relación con una creación intelectual. Por eso, la articulación o construcción de estos derechos es similar a la de los derechos de autor y se suelen regular conjuntamente con ellos, tal como sucede en nuestra LPI. En general, se podrían considerar todos ellos como derechos próximos a los derechos de autor que garantizan unos ingresos por sus actividades a ciertas categorías de personas o empresas que, insisto, contribuyen a la difusión de las creaciones intelectuales pero no crean. Se trata de derechos de reconocimiento relativamente reciente (18), distintos de los derechos de autor, con su propio contenido cada uno de ellos,

1997, pág. 1551) excluye del concepto de artistas a los comparsas y figurantes. En el mismo sentido, OSSORIO SERRANO («Comentario al artículo 101», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, vol. 4-B, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 346).

(17) Desde la Convención Internacional de Roma de 1961, se puede identificar una triada clásica de derechos afines representada por los derechos de los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, a los que pronto se sumaron los derechos de los productores audiovisuales a nivel nacional. La mayoría de las leyes de los diferentes Estados recogen estas cuatro categorías de derechos afines o vecinos. Pero otras, como la nuestra, recogen otras más. Y nada impide que se puedan añadir nuevas categorías. La distintas Directivas comunitarias que se han ocupado de esta cuestión reducen sus pretensiones armonizadoras a las cuatro categorías señaladas, pues reconocen expresamente la falta de uniformidad del elenco que en cada Estado miembro de la Unión Europea integra los derechos afines (la Directiva 93/98, relativa a la armonización del período de protección alude también en su art. 6, en términos muy vagos, a las meras fotografías, pero dejando libertad a los Estados miembros para concederlas protección).

(18) A nivel internacional, desde la antes aludida Convención de Roma de 1961, suscrita muy tardíamente por España (en 1991) e internamente no encuentran un reconocimiento general hasta la LPI de 1987, si bien ya desde bastante antes existía cierto reconocimiento jurídico para alguno de los derechos afines, en concreto para los fonogramas (Orden Ministerial de 10 de agosto de 1942).

generalmente referido a aspectos concretos de la obra cuya difusión requiere ciertas aportaciones técnicas o artísticas. Son derechos destinados a proteger la industria de la cultura y por eso, como apunta la doctrina francesa, tienen una cierta coloración de derechos de autor, que es debida más que nada a la cualidad y naturaleza del producto elaborado, o prestación personal protegida en el caso de los artistas.

Normalmente, en la mayoría de los casos, el objeto de los derechos afines se hace especialmente apetecible por incorporar o referirse a obras intelectuales. No obstante, sólo los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes exigen o presuponen una obra intelectual. Los otros no necesariamente han de referirse a creaciones protegibles por los derechos de autor. Es más, alguno, como el de las meras fotografías, en ningún caso presupone una obra intelectual previa. Pero lo cierto es que en el caso de los artistas escénicos, su actividad se centra en la obra y sirve para posibilitar económicamente la misma y para difundirla. En la sucesión o cadena de derechos que surgen a la hora de llevar a cabo o poner en práctica la representación escénica, el eslabón principal o inicial es la obra, a partir de la cual se obtienen todos los demás y los distintos rendimientos o utilidades que son susceptibles de generarse.

Los artistas y asimilados (directores de escena y orquesta) desarrollan una labor de intermediación o mediación entre la obra y el público. Por muy creadora, relevante y trascendente que sea su actividad, y no faltan memorables paradigmas (bástenos citar entre artistas contemporáneos extranjeros, por no mencionar los españoles, a Zubin Meta, Peter Brook o Vittorio Gassman), desde un punto de vista legal y formal son titulares de un derecho afín y no de un derecho de autor. Lo que sin duda puede resultar criticable y no son pocas las voces entre destacados juristas que así se oyen (19). Pero insisto, legalmente no son autores de una creación protegible por el derecho de autor. Aunque la propia Ley parezca que les aproxime mucho a los autores por el reconocimiento expreso de un derecho moral. Y todavía más ahora, pues tras la reforma de la LPI operada por Ley de 7 de julio de 2006, el artículo 113 LPI, que se integra dentro del Título dedicado a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, se intitula abiertamente y sin ningún tipo de reticencias como «Derechos morales» (frente al antiguo título de «Otros derechos») y su regulación tras la muerte del artista se equipara a la del derecho moral del autor después de muerto éste.

(19) Señaladamente las de ROGEL VIDE («Directores de escena y derechos de autor», en *Jornadas sobre los derechos intelectuales del director de escena*, Aisge, Madrid, 2001, págs. 59-79, y Prólogo al libro *Interpretación y autoría*, coordinador Carlos ROGEL, Reus/Aisge, Zaragoza, 2004, págs. 11-17), y RIVERO HERNÁNDEZ, en relación sobre todo con los directores de orquesta y escena («Interpretación y obra derivada», en *Interpretación y autoría*, cit., págs. 83-126).

Pero reitero, aunque desde un punto de vista artístico se pueda considerar la interpretación, ejecución o dirección escénica u orquestal como una auténtica creación que eventualmente pudiera dar lugar a una obra derivada en cuanto procede de la obra originaria que sirve de base a la interpretación o dirección, desde un punto de vista formal y legal no existe tal creación u obra derivada. Pese a que la LPI regula y trata las mismas en los artículos 9 y 11. Pese a que la labor de los artistas suponga un mayor esfuerzo creativo u originalidad que la que pueda atribuirse al autor de cualquier obra derivada de las que menciona la LPI, como el traductor o el que hace un resumen o compendio. Y pese a que en el campo de las obras audiovisuales su director sea considerado uno de los coautores de las mismas (art. 87 LPI), condición de la que sin embargo carece el director de escena. El director de escena, pues, jurídicamente tampoco crea, por muy creativa u original que sea su escenificación (20).

Serían no pocos los problemas de ajuste y coordinación dentro de la estructura y entramado de derechos que establece la LPI si se reconociesen derechos de autor a los artistas o directores. Así, a modo de ejemplo, si se otorgasen derechos de autor al director de escena, su creación debería de calificarse como una obra derivada y tendría que contar necesariamente con la autorización específica del autor de la «obra preexistente» (la obra que se representa), obra que ya no solamente se va a escenificar, sino que además se va a modificar y transformar (arts. 11 y 21). Autorización que otorgaría el autor mediante el ejercicio de su derecho de transformación, que también tendría que ceder al empresario teatral además del derecho de representación o ejecución musical, pues es éste quien contrata con el director de escena u orquesta para la producción teatral o musical (21). Por su parte, el contrato que celebrara el director de orquesta o escena con el empresario teatral tendría que ajustarse obligatoriamente a las normas imperativas que la LPI impone para los contratos de cesión de los derechos de autor, las cuales no se imponen en la cesión de los derechos afines.

También nos deberíamos plantear el supuesto de que la obra que se escenifica esté en el dominio público (22) y la labor del director de escena

(20) No obstante son de considerar las muy atinadas observaciones de RIVERO HERNÁNDEZ sobre la labor creativa de los escenógrafos y directores de orquesta en *Interpretación y obra derivada*, cit., págs. 124-125. En el Derecho comparado parece ser que el Código portugués de Derecho de Autor de 1985 es la única Ley que reconoce expresamente un derecho de autor al director escénico. Vid. REBELLO, «El director de escena en el entorno jurídico europeo», en *Jornadas sobre los derechos intelectuales del director de escena*, Aisge, Madrid, 2001, págs. 33-38. En la jurisprudencia de otros países, señaladamente en Francia e Italia, existen diversas sentencias (que recogen los dos autores antes citados) en las que se vienen a reconocer derechos de autor a los artistas. No así, que yo sepa, en la jurisprudencia española.

(21) Vid. *infra* apartado 4.2.

(22) Sobre representación de obra que está en el dominio público resulta ilustrativa, aunque no contemple un supuesto directamente aplicable a artistas intérpretes o a la di-

fuera creativa u original. En este caso, es de suponer que su obra o creación sería objeto de un derecho de autor y no de un derecho afín, pues o se es titular de un derecho o de otro, pero no parece que simultáneamente de los dos, salvo que se estime que sí al amparo de una interpretación *sui generis* del artículo 3 LPI. De la misma manera que un propietario no es al mismo tiempo usufructuario. O, si se quiere, de la misma manera que quien hace una fotografía o es autor de una obra fotográfica y titular de un derecho de autor (art. 10.1.h) o es realizador de una mera fotografía y titular de un derecho afín (art. 128), pero no de las dos «cosas» al mismo tiempo. Salvo que, utilizando el mismo criterio legal que en las fotografías, la dirección se califique como original y se otorgue al director un derecho de autor o, por el contrario, se considere que no es original y se le conceda un derecho afín.

Como se puede apreciar, la cuestión resulta complicada, aunque la postura del legislador, que para algunos puede resultar caprichosa y sin fundamento, no deja de ser coherente. En consecuencia, insistimos de nuevo en que los datos normativos actuales o vigentes no dejan lugar a ninguna duda: los artistas y directores de escena u orquesta no son autores, no crean obras protegibles por los derechos de autor (23). Por otra parte, así lo viene a corroborar de manera inapelable la reivindicación de los propios actores de cine (artistas intérpretes) ante el azaroso Proyecto de Ley del Cine aprobado en junio de 2007, en el que exigen se les incluya como creadores.

2.3. LA COHABITACIÓN ENTRE LOS DERECHOS DEL AUTOR Y DEL ARTISTA

Los derechos de los artistas, al igual que el resto de los derechos afines, están supeditados a los derechos de autor, es decir, al derecho que corresponde al autor de la obra que representan o ejecutan. Lo que quiere decir que para llevar a cabo la representación es ineludible contar con la autorización o permiso del autor de la obra escénica o de sus derechohabientes, *inter vivos* o *mortis causa*. Lo que implica también que el ejercicio de los derechos de los artistas no puede lesionar el derecho del autor de la obra que representan. Eso es, a mi entender, lo que quiere expresar la LPI cuando dice en el artículo 131 LPI (que lleva por epígrafe o rúbrica el elocuente título de «Cláusula

rección de escena, la STS de 29 de diciembre de 1993, sobre la versión castellana de la obra teatral «Julio César», de Shakespeare. Que la citada obra estuviera en el dominio público no significa que la traducción de la misma, utilizada para la representación, también lo estuviera, debiéndose contar con la correspondiente autorización del traductor.

(23) A igual conclusión, aunque con matizaciones, llega, creo, RIVERO HERNÁNDEZ, cit., pág. 126, así como RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, cit., págs. 90-104, e «Interpretación, derechos de autor y derechos conexos», en *Interpretación y Autoría*, cit., págs. 61-82.

de salvaguardia de los derechos de autor») que *los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en este Libro II* —es decir, los derechos de los artistas que estamos considerando— *se entenderán sin perjuicio de los que correspondan a los autores*.

Resulta, pues, inevitable que el reconocimiento de los derechos afines genere una situación de concurrencia con los derechos de autor, pese a que el objeto protegido por uno y otro tipo de derechos sea diverso (la obra y su representación o escenificación). Pero de dicha concurrencia no puede derivarse perjuicio alguno para los autores. Se reconoce así en el artículo 131 una suerte de preeminencia o, si se quiere, de supremacía de los derechos de autor (24). Aunque, sentado lo anterior, quizá resulte más apropiado o conveniente hablar, como hace la doctrina francesa, de cohabitación y de necesaria coexistencia entre ambos derechos (25). Ténganse en cuenta que el derecho afín de los artistas deriva de una creación intelectual. Sin ella no surgirían los derechos afines o vecinos. Pero al mismo tiempo, sin éstos no alcanzaría «tangibilidad» la obra ni sería susceptible de difusión o tráfico jurídico, al menos en sus formas más habituales. Así, por ejemplo, puede decirse que solamente la interpretación de la obra original (por ejemplo, una composición musical) genera el derecho del artista intérprete y, a su vez, la fijación de aquélla hace surgir el derecho del productor fonográfico y, en su caso, éste genera el del organismo de radiodifusión.

Existe una cadena sucesiva de derechos que confluyen entre sí, un encañamiento de autorizaciones. Pero, como expusimos anteriormente, el punto de partida de todos ellos se encuentra en el autor, que es quien tiene: primero, el derecho de decidir la divulgación de su obra; luego o simultáneamente, el de explotarla, él o su derechohabiente, normalmente con la mediación de los artistas y, en su caso, demás titulares de los derechos afines. Es decir, el *ius prohibendi* o derecho exclusivo que sobre sus actuaciones tienen los artistas intérpretes o ejecutantes tiene su origen (salvo que la obra que interpretan o ejecutan esté en el dominio público) en los derechos de autor, cuyo titular habrá autorizado o cedido (voluntariamente o como consecuencia de una presunción o licencia legal) determinada utilización de su obra, en nuestro caso su representación, que hace surgir el correspondiente derecho afín, o sea, el de los artistas y directores de escena u orquesta.

(24) Pero, como advierte OROZCO PARDO («Comentario al artículo 121», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDESA, T. V, vol. 4-B, Madrid, 1995, pág. 581), dicha supremacía no ha de considerarse apriorísticamente, sino que ha de analizarse cada caso en concreto, valorando el alcance de los derechos en cuestión y el vínculo que les liga o cualquier otro título del que derive el reconocimiento del derecho afín.

(25) Vid., por ejemplo, COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, París, 1988, págs. 382 y sigs.

Hay, pues, efectivamente una necesaria coexistencia de derechos, pero esa coexistencia se da porque preexiste una obra (normalmente, pues también puede surgir simultáneamente al derecho del artista: por ejemplo, un cantautor, poeta o músico que crea improvisando o recreando) (26) de la cual traen causa los derechos afines. Si un autor no ha autorizado la divulgación de su obra o, una vez divulgada, no autoriza su reproducción o comunicación pública, el artista que la divulgue, reproduzca o comunique infringirá los derechos del autor. No puede explotar el objeto de su derecho, su interpretación, porque ello conlleva inevitablemente la explotación de la obra. O sea, los artistas no podrán explotar sus derechos si lo hacen de forma que se lesionen los derechos de autor. Puede decirse pues, tal como apuntábamos anteriormente, que más que jerarquía o supremacía existe una coexistencia entre ambos, en virtud de la cual el ejercicio de los derechos afines no debe suponer un perjuicio o lesión a los derechos de donde traen causa. Hay un deber de respetar los derechos ajenos y unos límites propios o naturales de cada derecho. De la misma forma, permítasenos de nuevo la comparación, que el usufructuario debe usar la cosa ajena con el límite de respetar su forma y sustancia, el artista u otro titular de un derecho afín debe respetar los derechos de autor. Pero también, al igual que el nudo propietario obtiene menor goce o rendimiento de la cosa usufrutuada, el titular de los derechos de autor también ve reducidos los rendimientos de la explotación de su obra, ya que el reparto de los mismos con los titulares de los otros derechos se hace inevitable. En este sentido, se afirma que los derechos de autor sufren un menoscabo o limitación.

Por otra parte, la exclusiva de que gozan los titulares de los derechos afines implica que, generalmente, se cuente con su autorización para cualquier utilización por terceros del objeto sobre el que recaen. Ello impone que los usuarios deban requerir, salvo presunciones de cesión o licencias legales y entidades de gestión al margen, tanto la autorización del titular de los derechos de autor como la del titular del derecho afín de que se trate.

3. DESARROLLO

Vamos a considerar aquí sumariamente los derechos del autor y de los artistas que más presencia tienen a la hora de escenificar una obra, es decir, fundamentalmente los derechos morales y el derecho de comunicación pública a través de la modalidad de representación, sin perjuicio de aludir a un

(26) RIVERO HERNÁNDEZ (cit., págs. 123 y 124) recoge dos supuestos interesantes de la jurisprudencia francesa, el caso del guitarrista de flamenco Manitas de Plata (S. Cour Cass., 1 de julio de 1970) y el caso del violinista Jean-Luc Ponty (S. Cour Cass., 4 de octubre de 1988).

derecho que especialmente se reconoce a los artistas para la fijación de sus actuaciones, el llamado «derecho de fijación», y que en los derechos de autor no se distingue o escinde del derecho de reproducción. Así mismo, también se hará referencia a los límites o excepciones más relevantes en las obras escénicas. Quedarán, pues, fuera de análisis todas aquellas posibilidades de explotación o de rendimiento de que sea susceptible la obra a partir de su escenificación, como su grabación y posterior o simultánea radiodifusión, o su distribución en soportes tangibles, así como los distintos derechos remuneratorios que corresponden a autores y artistas por dichas actividades.

Pero antes de hacer esa breve descripción de los derechos aludidos debemos mencionar los Convenios internacionales suscritos por España, pues la protección internacional en esta materia es tanto o más importante que la interna o nacional.

3.1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Por lo que se refiere al derecho de autor, España es miembro del Convenio de Berna de 1886 y de la Convención Universal de Ginebra de 1952 (revisados ambos en 1971) (27). La coexistencia de estos dos convenios internacionales sobre la misma materia se resuelve, dando primacía al Convenio de Berna (art. XVII de la Convención Universal), el cual contiene la regla de equiparación del extranjero al nacional (art. 5.1 del Convenio de Berna) y un conjunto de derechos mínimos («mínimo uniforme») que se reconoce directamente a todos los autores de los Estados que hayan ratificado el Convenio, con independencia de que estén recogidos o no en sus leyes nacionales. Pero este estándar mínimo de protección sólo se aplica a supuestos de tráfico externo o internacional, es decir, a los autores extranjeros en España y a la inversa, de tal manera que un autor español no se puede amparar en ellos para reclamar su protección ante los tribunales españoles si no están reconocidos en la ley española. Dado que el reconocimiento de derechos y el nivel de protección otorgado por la LPI resultan más amplios que los recogidos en el Convenio de Berna, es difícil que se plantee la anterior cuestión. No sucedía así antes de la Ley de 1987 (28).

(27) *BOE* de 4 de abril y de 30 de octubre de 1974 (Convenio de Berna), y *BOE* de 15 de enero de 1975 (Convención Universal).

(28) En este sentido puede consultarse la célebre sentencia del Tribunal Supremo de 21-VI-1965, relativa a un supuesto (el caso Serrano) de derecho moral sobre obra plástica, estando vigente la Ley de 1879, que no tenía un reconocimiento expreso del derecho moral para los autores de obras plásticas ni, en general, para los autores de cualquier otro tipo de obra. Derecho moral que sí formaba parte del llamado mínimo uniforme del Convenio de Berna, del cual España es miembro fundador.

En relación con los derechos de los artistas, existe la Convención Internacional sobre protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma en 1961 y ratificada por España en 1991 (29).

Tanto el Convenio de Berna como la Convención de Roma (ésta parcialmente) están llamados a ser sustituidos por los Tratados OMPI de diciembre de 1996, relativos a los derechos de autor y a los derechos sobre interpretación o ejecución, que regulan aspectos relacionados con el entorno digital. Sin embargo, todavía no han sido ratificados por España.

3.2. LOS DERECHOS DEL AUTOR

El derecho de autor es un derecho subjetivo que está compuesto o integrado por una serie de facultades, prerrogativas o posibilidades concretas de actuación, algunas transmisibles a tercero (las facultades o, como se denominan en la LPI, los derechos de explotación), y otras no (las facultades o, como se denominan en la LPI, los derechos morales), pero todas comprendidas originariamente bajo un solo concepto —el derecho de autor— relativas a un peculiar objeto —la obra intelectual—.

Estos derechos, tanto los morales como los patrimoniales, en cuanto integrantes del contenido de un mismo derecho subjetivo, están muy relacionados entre sí. Los primeros, es decir, los derechos morales, son de carácter estrictamente personal y tienen una clara proyección espiritual que puede superponerse al componente patrimonial del derecho de autor. Los segundos, los derechos de explotación, son de naturaleza económica, que otorgan un poder exclusivo y excluyente para la explotación de la obra. Existen también los denominados «otros derechos» de autor a los que se refieren los artículos 24 y 25 LPI, que son igualmente de naturaleza patrimonial o económica pero no proporcionan una exclusiva, un poder de autorizar o prohibir, sino una compensación pecuniaria (que forma parte de una obligación legal) por determinadas actividades sobre las obras. De ellos sólo interesa mencionar el llamado derecho de «compensación equitativa por copia privada» (art. 25), pues el otro afecta sólo a los autores de obras de arte plástico.

Como ya se ha apuntado, aunque los derechos de explotación sean transmisibles (arts. 42 y sigs.), siempre permanecerán *in caput auctoris*, en manos del autor-cedente, los derechos morales que, en ocasiones (art. 14.5.º y 6.º),

(29) BOE de 14 de noviembre de 1991. No obstante, vid. la crítica de MARTÍN VILLAREJO («Interpretación y propiedad intelectual en el Derecho internacional», en *Interpretación y Autoría*, cit., págs. 147-172) sobre la carencia de los actuales instrumentos internacionales para la protección de los artistas, sobre todo de los medios audiovisuales.

pueden mediatizar o condicionar seriamente el ejercicio de los derechos de explotación por parte de los cesionarios.

3.2.1. *Los derechos morales*

Aparecen regulados en el artículo 14 LPI (30). Los siete derechos morales que enumera el precepto reproducido son *numerus clausus* y están afectos permanentemente a la persona del autor. Por ello nunca podrá producirse una completa transmisión del derecho de autor, no cabe su transferencia a un tercero como derecho pleno. El carácter inalienable e irrenunciable de los derechos morales implica una nulidad parcial del contrato de cesión de derechos de explotación en lo referente a las cláusulas o pactos contractuales en que se disponga total o parcialmente de ellos u, obviamente, la nulidad radical de todo el contrato si éste no tiene más objeto que el derecho moral. El ejercicio del derecho moral es personalísimo, corresponde únicamente al autor, sin posibilidad alguna de transmitirlo a otra persona (salvo determinados supuestos de legitimación especial —art. 6.2— o *mortis causa* —arts. 15 y 16—). Son también, en consecuencia, inembargables, imprescriptibles, inhipotecables e inexpropiables, aunque una especie de cuasiexpropiación se contempla en el artículo 40 a propósito de la divulgación de obras inéditas de autores fallecidos. Todo ello, al igual que la propia denominación del derecho («moral»), no quiere decir obviamente que su lesión carezca de consecuencias patrimoniales (arts. 138 a 141).

Las citadas características tienen su fundamento en el especial vínculo íntimo e indisociable entre el autor y su obra, en la proyección espiritual que la obra manifiesta del *ser* del autor, así como en los intereses sociales que recla-

(30) Que dispone lo siguiente: *Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente. 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural. 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias. 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos inconvenientes al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.*

man una protección del patrimonio cultural y una defensa del carácter genuino de la creación, tal como fue concebida por el autor, sin ulteriores manipulaciones una vez convertida en un «producto cultural». La irrenunciabilidad y demás características señaladas no deben concebirse en términos categóricos, pues no en todos los derechos morales se manifiestan con el mismo grado de intensidad, ni tienen el mismo significado en todo tipo de obras, especialmente en las plásticas. Pero particularmente es en la obra escénica donde, en mi opinión, no se debe modalizar, atemperar o disminuir en ningún caso el derecho moral. Incluso en la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 1879, en la que no había un reconocimiento pleno ni general del derecho moral, el Reglamento de su aplicación de 1880 (al que antes nos hemos referido como vigente) contiene varias disposiciones que protegen determinadas manifestaciones del derecho moral del autor de la obra que se representaba o ejecutaba, que ahora han de entenderse superadas por la vigente LPI.

No obstante lo anterior, el derecho moral de los autores puede sufrir alguna restricción en el caso del antes mencionado artículo 40, que alude a la divulgación de la obra escénica inédita, pero no creo que a su representación una vez divulgada de forma distinta a ésta. También en el supuesto de que la obra sea resultado de la colaboración de varias personas, pues el artículo 7.2 determina que en caso de desacuerdo entre los coautores para divulgar o modificar la obra, el juez resolverá y su resolución puede perfectamente consistir en su divulgación, pues en otro caso no tendría sentido la remisión al juez, con lo que el derecho moral del coautor escénico disidente se vería limitado.

3.2.2. *Los derechos de explotación*

A diferencia de los derechos morales, los de explotación a que se refiere el artículo 17 son *numerus apertus*, pues aun cuando regule en los cuatro artículos posteriores las cuatro formas típicas de explotación en él señaladas permite cualquier otra forma de explotación distinta de las mencionadas (31).

El núcleo de aprovechamiento patrimonial de la obra está constituido por las diversas manifestaciones del derecho exclusivo de explotación que compete al autor y que menciona el texto del precepto transcrito. Su formulación no es más que una consecuencia de lo establecido con carácter general en el Código Civil respecto al derecho de propiedad, pues la propiedad intelectual es, como ya apuntamos al principio, un derecho de propiedad. Esto es, el

(31) Dispone el artículo 17 LPI lo siguiente: *Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.*

aprovechamiento económico en régimen de monopolio de la obra intelectual; la obtención en exclusiva de los rendimientos o utilidades económicas de que es susceptible de generar el bien inmaterial «obra intelectual» a través de los distintos procedimientos por los que la obra llega a conocimiento del público. En lo que aquí interesa mediante la representación escénica y ejecución pública de las obras dramáticas, dramático-musicales y musicales, que es una de las modalidades del derecho de comunicación pública que menciona el citado artículo 17 y que desarrolla el artículo 20, aludiendo específicamente a la modalidad de explotación referida su apartado 2, letra a).

La realización en exclusiva de cualquiera de las formas de explotación de la obra, incluida por tanto la representación escénica, supone que nadie pueda llevarlas a cabo sin la autorización de su autor. Las formas de explotación no suponen necesariamente la obtención de un rendimiento económico, pues no requieren ánimo de lucro ni por consiguiente la obtención de un resultado lucrativo. Por explotación de la obra debe entenderse, con carácter general y sin perjuicio de todos los matices o especificaciones que se quieran hacer, cualquier actividad sobre el soporte tangible o intangible de la misma que, rebasando el ámbito doméstico o privado, permita su utilización, consumo, goce o disfrute por terceros. O, si se quiere, para ser más precisos, cualquier actividad económica relativa a una producción de bienes o a una prestación de servicios, los de los artistas por ejemplo, que incorporen obras literarias, científicas o artísticas.

Si los derechos de explotación son patrimoniales, ello quiere decir que son transmisibles, hipotecables y embargables. No obstante habría que precisar que lo que se embarga son los frutos o productos que generan, es decir, los rendimientos, regalías, «royalties» o «derechos de autor» en sentido convencional (de todas estas formas se denominan), pero no los propios derechos de explotación. Salvo que éstos estén en manos de un tercero cesionario del autor cedente, como sucede con el empresario teatral que adquiere el derecho de representar la obra en exclusiva (art. 53.2 en relación con el art. 74). Además de ser derechos patrimoniales, son también derechos de monopolio, de donde deriva la nota de su exclusividad, de su ejercicio exclusivo y excluyente (característica de la que no participan, como ya apuntamos, los «otros derechos» de autor de los arts. 24 y 25, también patrimoniales). Su titular, pues, puede ejercitar directamente, sin intermediación de nadie, tales derechos y oponerlos frente a todos los demás, exigiéndoles un deber de respeto y abstención en su esfera de poder. El autor posee un *ius prohibendi* y, en consecuencia, puede impedir a los demás cualquier tipo de actuación sobre la obra que se realice sin su consentimiento, en especial, repito y por lo que a nosotros interesa, su representación o puesta en escena. El autor o titular de los derechos de explotación tiene, pues, el poder de autorizar o prohibir cualquiera de los actos de explotación de la obra. O también explotarla por sí mismo, en especial mediante su represen-

tación, supuesto este no muy infrecuente en el campo de la ejecución musical cuando el propio autor interpreta su composición musical y organiza el acto de comunicación pública de su ejecución o actuación.

3.2.3. Los límites a los derechos de autor

La duración de los derechos de explotación sobre las obras está limitada en el tiempo, pues pasados setenta años desde la muerte del autor, la obra entra en el dominio público (arts. 26 y 41) (32). Si son varios los coautores, los setenta años comienzan a correr desde la muerte del último coautor superviviente si se trata de una obra en colaboración (art. 28.1) o desde la divulgación de la obra si se trata de una obra colectiva (art. 28.2), precisiones de detalle al margen.

Cuando la obra está en el dominio público deja de tener dueño porque los derechos de explotación se han extinguido. Ello significa, como dispone el artículo 41, que puede ser utilizada por cualquiera sin necesidad de pedir permiso a nadie, siempre que se respete su autoría y su integridad, aspectos estos que corresponden, como acabamos de ver, al derecho moral del autor.

Además del límite temporal, los derechos de autor tienen unos límites materiales o sustantivos que suponen un recorte efectivo al monopolio económico del autor y que aparecen recogidos en los artículos 31 a 40 bis. Dentro de esos límites materiales los que mayor relevancia pueden tener para las obras escénicas serían los tres siguientes:

1.º Si se ha autorizado por el titular de los derechos de explotación de la obra escénica (ya sea el autor o el cesionario) la emisión de su representación o ejecución musical, tal autorización comprende también la de su transmisión por cable o por satélite cuando se den las condiciones que recogen los apartados 1 y 2 del artículo 36.

2.º Si se trata de una obra escénica musical, su ejecución en el curso de actos oficiales de la Administración o en el desarrollo de ceremonias religiosas no requiere autorización de los titulares de derechos si la entrada es libre y los músicos no reciben una remuneración específica al margen de su sueldo (art. 38). Se trata, verdaderamente, de una limitación intolerable que no tiene ningún sentido ni justificación en un Estado laico (o, si se quiere, aconfesional) y respetuoso con los derechos individuales.

3.º La parodia de la obra escénica o de su representación, incluida por tanto la interpretación o ejecución de los artistas que en ella intervienen

(32) Ochenta años si falleció antes del 7 de diciembre de 1987, fecha de la entrada en vigor de la LPI de 1987, tal como dispone la Disposición Transitoria cuarta de la actual LPI.

(art. 39). Debe señalarse que los límites que la Ley marca a los derechos de autor son igualmente aplicables a los derechos afines de los artistas (art. 132) y, en consecuencia es perfectamente lícita la parodia de sus actuaciones. La crítica social o la libertad de expresión, que normalmente son mencionadas como fundamento o justificación de este límite, son por supuesto igualmente aplicables a la obra escénica y a su representación. No obstante debe señalarse que no toda imitación y modificación crítica, cómica, irónica o satírica de la obra podrá incluirse bajo el límite de la parodia, pues se requiere que no exista un riesgo de confusión con la obra parodiada ni que se infiera un daño a la misma o a su autor. Pese a la extraordinaria ductilidad existente a la hora de determinar lo que sea paródico o no (tanto en el lenguaje convencional como en el jurídico), no debe confundirse lo que constituye parodiar una determinada obra escénica con utilizarla para ridiculizar elementos extraños o ajenos a la obra que se pretende parodiar. En este supuesto, no estaríamos ante una parodia, sino ante la explotación inconsentida de una obra para parodiar algo externo a la misma, generalmente algún personaje público (33). Igualmente, tampoco parece que haya parodia por el mero hecho de utilizar determinadas partes o elementos de una obra para aplicarlos a otra en un contexto distinto (34).

3.3. LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES

Vienen recogidos en los artículos 105 a 113 LPI, dentro del Libro II relativo a los derechos afines u «otros derechos de propiedad intelectual». En realidad son casi los mismos que corresponden a los autores de las obras escénicas, tanto por el contenido de los artículos legales que los recogen, como por la remisión que el artículo 132 hace a los derechos de explotación

(33) En sentido distinto al reflejado en el texto, la SAP de Madrid (Sección 13.^a), de 2-II-2000 (asunto programa televisivo «La parodia nacional»), en un fallo y argumentación claramente erróneos en mi opinión, aplica la parodia al cambio de letra de una composición musical para ridiculizar a famosos. Por el contrario, resulta correcta y sumamente ilustrativa la SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 10-X-2003, relativa a la inserción de una fotografía de un zorro en la revista «El Jueves», sin el consentimiento del fotógrafo, para ilustrar la parodia de un personaje público. Frente a la argumentación de la revista que pretendía ampararse en el límite de la parodia, el Tribunal estima que la utilización que se hace de la obra fotográfica «no tiene como fin parodiar a ésta, como permite en determinadas circunstancias el artículo 39 TRLPI, sino ridiculizar algo ajeno a la misma (en este caso, a una Ministra del Gobierno de España o una conducta protagonizada por ésta), bien que utilizando la fotografía en que consistía aquélla para conseguirlo o para dar una mayor fuerza a la pretendida ironía» (Fundamento de Derecho Tercero).

(34) Así, la SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 28-V-2003, sobre inclusión en revista de imágenes alteradas del personaje Lara Croft de la obra audiovisual o videojuego «Tomb Raider», que no se considera parodia y, en consecuencia, se declara ilícita tal inclusión.

de los autores y a sus límites. En consecuencia, salvo lo que se dirá a continuación, el alcance y significado de los derechos de explotación y de los derechos morales correspondientes a los artistas es muy similar al de los autores de las obras que interpretan o ejecutan.

En términos generales, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de los artistas son, como acabamos de decir, prácticamente idénticos a los de los autores. Sin embargo, no tienen reconocido el derecho de transformación y se les otorga un nuevo derecho, el llamado derecho de fijación (35). Según el artículo 106 corresponde a los artistas el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones. El objeto de la fijación es, pues, la actuación de los artistas y se requiere su autorización o consentimiento para que dicha actuación quede fijada en un soporte sonoro o audiovisual. Con ello se permite que lo efímero de la actuación en vivo al representar o ejecutar la obra perdure en el tiempo en la grabación realizada y sea susceptible de comunicación pública a través de la radiodifusión o de distribución, normalmente mediante venta (36), pero también por medio del alquiler y el préstamo. Así se viene a reconocer en el artículo 107, que reconoce al artista intérprete el derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de las *fijaciones* de sus actuaciones. A diferencia de lo que se dice en el artículo 18, en el artículo 107 la reproducción que se contempla no es la de las actuaciones (que es el hecho originario de la adquisición del derecho para los artistas, como es la obra o creación para los autores), sino la de las fijaciones.

En el plano internacional, el artículo 7 de la Convención de Roma, sobre derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, así como los artículos 6.ii) y 7 del Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas de 20 de diciembre de 1996 (todavía pendiente de ratificación por España y demás Estados de la Unión Europea) recogen el mismo planteamiento que nuestra LPI en relación con el derecho de fijación de los artistas. Ambos textos internacionales les otorgan un derecho de fijación distinto del de reproducción. Por otra parte, el Tratado OMPI antes citado, que además de los artistas sólo contempla a los productores que fijan sonidos, es el único texto

(35) Aunque tras la reforma producida por la Ley de 7 de julio de 2006 habría que añadir también, como un derecho nuevo, autónomo e independiente del derecho de comunicación pública, el llamado «derecho de puesta a disposición».

(36) Venta u otro título de enajenación de la propiedad que produce el agotamiento o extinción del derecho de distribución mediante venta en el ámbito de la Unión Europea (art. 19.2), lo que supone que a partir de la primera venta u otro acto dispositivo sobre los ejemplares o soportes de la obra escénica se puedan comercializar libremente mediante sucesivas ventas, es decir, sin permiso del autor o titular del derecho de distribución mediante venta. Lo que no se extinguen son otras formas de distribución distintas de la venta, singularmente el alquiler y el préstamo, actividades estas que requieren autorización.

normativo que viene a dar una definición de lo que debe entenderse por fijación: *la incorporación de sonidos o la representación de éstos, a partir de la cual pueden percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo* (art. 2.c). Como se puede apreciar, en la propia definición de fijación se viene a diferenciar entre ésta y la reproducción.

A diferencia de los derechos de autor, la duración de los derechos de explotación de los artistas es bastante inferior: cincuenta años desde su interpretación o ejecución. *No obstante, si, dentro de dicho período, se divulga lícitamente una grabación de la interpretación o ejecución, los mencionados derechos expirarán a los cincuenta años desde la divulgación de dicha grabación, computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha en que ésta se produzca* (art. 112).

La ya aludida reforma de la LPI, operada por la Ley de 7 de julio de 2006, ha asemejado mucho el derecho moral del artista al del autor, pues además de utilizar la misma denominación («derecho moral», lo que viene a significar un cambio de la naturaleza del derecho), una vez fallecido el artista, el ejercicio de sus derechos morales, como ya dijimos, sigue la misma suerte que la de los derechos morales del autor que perduran después de su muerte (art. 113). Sin embargo, el contenido del derecho moral del artista está circunscrito al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas (excepción esta injustificadamente introducida por la Ley de 7 de julio de 2006), y a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación. Se exige también en virtud de su derecho moral la autorización expresa del artista para el doblaje de su actuación en su propia lengua, lo que no deja de ser el reconocimiento indirecto de un cierto derecho de transformación en una de sus manifestaciones más importantes.

La confluencia del derecho moral del autor y los derechos de los artistas condiciona la existencia o suerte de estos últimos. Así, por ejemplo, parece claro que si el autor decide no divulgar su obra o mantenerla inédita (art. 14.1.º) no podrá surgir ningún derecho moral ni de explotación del artista sobre esa obra inédita que interpreta sin el consentimiento del autor, sencillamente porque del hecho de la interpretación ilícita no nacería derecho alguno a favor del artista (37). Salvo que se trate de una obra inédita que esté en el dominio

(37) A menos que se considere que la interpretación ilícita del artista determina una adquisición originaria de derechos afines que opera con independencia de la licitud del hecho que la motiva y que podría ser convalidada retroactivamente mediante un consentimiento posterior del autor o, incluso, por el transcurso del tiempo de la prescripción, lo que chocaría con el carácter imprescriptible del derecho moral, no del ejercicio de la acción indemnizatoria por su lesión. Otro planteamiento, pese a su similitud, podría merecer el supuesto de una obra derivada realizada sin consentimiento del titular del derecho de transformación.

público, debiéndose respetar siempre su autoría e integridad (art. 41) (38). Tampoco ofrece duda que el ejercicio del derecho moral del autor puede afectar a los derechos de los artistas de la misma forma que a los cesionarios de los derechos de explotación del autor. Así, si un autor quiere ejercer su derecho moral de arrepentimiento (art. 14.6.º) y el artista intérprete quiere continuar con su actuación, parece que el derecho de éste debería claudicar frente al derecho moral del autor.

Especiales dificultades pueden presentarse cuando confluyen el derecho moral del autor (art. 14) y el derecho moral del artista (art. 113). La jurisprudencia francesa abordó un célebre caso en el que se presentaba esta cuestión (sentencia del Tribunal de *Grande Instance* de París, de 10 de enero de 1990), cuyo análisis es ilustrativo, pues nuestra LPI, en los puntos considerados, es muy semejante a la francesa. Pese a que el caso se refiere a una obra audiovisual y no a una obra escénica, las consecuencias serían muy parecidas con las necesarias adaptaciones. El violonchelista y director de orquesta, Rostropovitch, consideró que su ejecución, utilizada con su autorización para la banda sonora de una película, había sido deformada porque aparecían ruidos parasitarios añadidos a la grabación, se había aumentado el sonido originario de la orquesta y se había utilizado su prestación para escenas que no figuraban en el libreto o guión. Prácticas estas que encajan perfectamente en nuestro artículo 113. El Tribunal, aplicando una cláusula semejante a la contenida en el artículo 131 LPI (que, como ya vimos, alude a que los derechos de los artistas deben entenderse sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores), sienta el principio general de que el derecho a la integridad de la interpretación del artista está subordinado al derecho moral del autor sobre su obra y, en consecuencia, el artista no puede menoscabar o interferir en los derechos de los autores de la obra cinematográfica exigiéndoles su modificación. El derecho moral del artista ha de circunscribirse a su interpretación propiamente dicha, por lo que el hecho de que ésta aparezca en alguna escena no prevista y con variación de la intensidad del sonido es algo consustancial al arte cinematográfico que puede exigir variar algunos elementos no esenciales, sin que ello suponga deformación de su interpretación. No sucede así, continúa el Tribunal, en el caso de los sonidos extraños superpuestos a la grabación original, pues no es algo que sea impuesto por las necesidades propias de la elaboración de la obra cinematográfica y puede ocasionar en el espectador una desnaturalización en la apreciación de la obra interpretada por Rostropovitch. Se aprecia, pues, en este punto, una lesión al derecho moral del artista que debe ser reparada, según el Tribunal francés,

(38) Interesante supuesto de concurrencia con otro derecho afín contemplado en el artículo 129.1, que entiendo aplicable también a la divulgación de la obra inédita mediante su representación pese a la rúbrica del Título en el que se integra dicho precepto que se refiere a «La protección de determinadas producciones editoriales».

insertando una advertencia en la propia película en la que el artista desapruéba los sonidos añadidos a su interpretación.

4. DESENLACE: LOS CONTRATOS ESCÉNICOS

El artículo 17 antes visto reserva al autor un ámbito de actuación exclusiva, de tal manera que cualquier otra persona que pretenda entrar en él habrá de aparecer necesariamente como su causahabiente, pues su obra no es un bien mostrenco o una *res nullius*. El autor puede acometer directamente la representación de la obra o, en general, su explotación. Aunque lo más normal y frecuente será autorizar que otros lo hagan mediante los correspondientes contratos de cesión de derechos, a través de los cuales aparecen titulares derivativos de los derechos de explotación. En definitiva, sólo podrán generarse y reconocerse derechos de explotación en personas distintas del autor a partir de una cesión negocial, salvo en aquellos casos en que específicamente la Ley reconozca otras posibilidades de explotación de la obra sin la previa autorización del autor, señaladamente el supuesto de presunción legal de cesión de los autores asalariados (art. 51) (39). Por tanto, cualquier actividad de explotación sobre la obra, en el caso que a nosotros nos interesa su puesta en escena o el montaje y la realización escénica de la obra, realizada sin el consentimiento del autor o persona a la que el autor haya transmitido sus derechos, habrá de considerarse ilícita y sometida a las responsabilidades y consecuencias pertinentes (arts. 138 a 143).

En principio, tal como dispone el artículo 45, toda cesión de derechos de explotación deberá hacerse por escrito. Pero conviene precisar que aunque no conste por escrito la cesión el contrato es válido y produce todos sus efectos. La única consecuencia que se deriva de la falta de forma escrita es que el autor puede resolver el contrato si el cesionario, una vez requerido por aquél, incumplié la exigencia de forma escrita. El único contrato de cesión de derechos de explotación que requiere forma escrita bajo sanción de nulidad radical es el contrato de edición. Por tanto, los contratos escénicos no precisan la forma escrita como presupuesto necesario para su validez.

En realidad, si entendemos por contratos escénicos aquellos que persiguen la puesta en escena de una obra, los más importantes y creo que los

(39) Sobre el complejo tema de los autores asalariados, puede verse BONDÍA ROMÁN, «Los autores asalariados», en Civitas, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1985, y, más recientemente, VALDÉS ALONSO (*Propiedad intelectual y relación de trabajo: La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo: artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001), y MORENO DE VEGA («Autores y relación laboral», en *Actualidad Laboral*, 2002, vol. I, págs. 337-351), con interesantes referencias constitucionales.

únicos imprescindibles para ello serían el contrato que la LPI regula y llama de «representación teatral y ejecución musical» y el contrato llamado de «producción teatral» que no contempla la LPI, aunque sí lo presupone en alguno de sus preceptos. Veamos sucintamente los aspectos más importantes de los mismos.

4.1. EL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN TEATRAL Y EJECUCIÓN MUSICAL

Está regulado en los artículos 74 a 85 LPI con ciertas imperfecciones y carencias resaltadas por la doctrina (40), que no han sido subsanadas en las sucesivas reformas que ha experimentado la Ley desde 1987. Aunque parezca lo contrario por su denominación, dicho contrato no necesariamente implica un único contrato que abarque ambas actividades, como ocurre con la obra dramático-musical, pues puede referirse exclusivamente a la representación de una obra dramática o a la ejecución pública de una composición musical. La mayoría de las normas que regulan este contrato tienen carácter dispositivo, lo que significa que la voluntad de los contratantes puede incluir pactos que vayan en contra de lo establecido en ellas (41). Pero deben respetarse las normas generales de carácter imperativo recogidas en la Ley a propósito de cualquier tipo de cesión (42).

En virtud de este contrato, el autor o sus derechohabientes ceden a otra persona, llamada cesionario o empresario teatral, el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra escénica mediante compensación económica, obligándose el cesionario a llevar a cabo dicha representación en las condiciones convenidas (art. 74), siendo la duración máxima de la cesión la de cinco años (art. 75.1). Distinto de lo anterior sería el supuesto recogido en el artículo 85 en el que el autor concede una simple autorización o cesión no exclusiva al empresario para que pueda representar la obra pero sin quedar obligado a llevar a cabo tal representación. El cesionario, pues, adquiere por este contrato una modalidad del derecho de comunicación pública, pero no las restantes modalidades, incluida la recientemente incorporada por la Ley de 7 de julio de 2006, relativa a la llamada puesta a disposición interactiva

(40) Además de la ya citada monografía de RAGEL, pueden consultarse los comentarios de RODRÍGUEZ TAPIA (en RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997), así como los de PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, T. V, vol. 4-B, Madrid, 1995), y HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997).

(41) Vid., con más detalle, RAGEL, cit., pág. 23.

(42) Artículos 43 a 57. Aunque este último artículo declare de aplicación preferente las normas dedicadas al contrato de representación teatral, en lo no contemplado en las mismas rigen las normas generales sobre cesión de derechos de explotación.

o por Internet, ni mucho menos las otras formas de explotación consistentes en la reproducción, distribución y transformación, que requieren pacto o cesión específica. Así, la cesión del derecho de comunicación pública de la obra que se va a representar por medio de la radiodifusión requiere contrato específico (art. 84), sin olvidar la limitación que para los autores supone el artículo 36 antes visto a propósito de los límites a los derechos de autor.

La obligación de puesta en escena de la obra que se impone al empresario es esencial, de tal manera que si no explota o representa en el plazo convenido (que no podrá superar los dos años desde la fecha del contrato o un año si no se fijó plazo: art. 75.1) el autor puede proceder a resolver el contrato con el resarcimiento de los daños y perjuicios que procedan por incumplimiento contractual (arts. 78 y 81).

Si la obligación básica del empresario es la de llevar a cabo la comunicación pública de la obra o su representación en las condiciones pactadas y con la remuneración convenida (que, por aplicación del art. 46 generalmente consistirá en una participación proporcional en los ingresos obtenidos por el cesionario o empresario), la del autor es, además de entregar el texto y/o la partitura, responder ante el empresario de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido (art. 77) (43).

A la hora de ejecutar el contrato puede resultar de especial interés para el autor la previsión contenida en el artículo 80.2.^a según la cual, salvo que se hubiera convenido otra cosa, elegirá de común acuerdo con el empresario los intérpretes principales y, tratándose de orquestas, coros, grupos de baile y conjuntos artísticos análogos, el director. Asimismo, se concede al autor la posibilidad de redactar o revisar la publicidad de la representación y del llamado «programa de mano» (arts. 78.5º y 80.3.^a) (44).

La persona que cede el derecho al empresario puede ser el autor o cualquier otra que traiga causa del autor, bien como consecuencia de una sucesión hereditaria (transmisión *mortis causa*), bien como consecuencia de un contrato de adquisición del derecho del autor en exclusiva (transmisión *inter vivos*) (45). Por tanto, el cedente puede no ser el autor. La otra parte contrac-

(43) Se impone aquí al autor una suerte de responsabilidad por evicción, semejante a la que el artículo 1.474 del Código Civil impone al vendedor.

(44) Vid. RAGEL, *El contrato de representación teatral*, cit., pág. 150.

(45) Distinto del contrato que estamos analizando son otros contratos en los que también está de por medio la cesión del derecho de representación. Como viene a decir RODRÍGUEZ TAPIA (cit., pág. 289), debe distinguirse del contrato por el que el autor o un derechohabiente cede a un tercero (a una entidad de gestión colectiva), el derecho de autorizar y prohibir a otros la explotación escénica de la obra, estando el cesionario obligado a explotar la obra, pero no necesariamente a efectuar la representación sino a contratarla con terceros. O el caso de una casa discográfica de un autor, la cual seguramente, en cuanto cesionaria también del derecho de representación escénica y ejecución musical, decidirá cuándo y cómo se ejecutan las canciones que han sido objeto de un

tual, es decir, el cesionario del derecho de representación o ejecución musical, lo sea del autor-cedente o de un cedente no autor, puede ser una persona natural o jurídica, por ejemplo, una sociedad mercantil. Recibe varias denominaciones, como la de promotor, productor, propietario de la compañía u organizador de espectáculos, aunque la utilizada en la LPI es fundamentalmente la de empresario o cesionario, que es la que hemos empleado anteriormente. Pero no siempre en la práctica coinciden ni significan lo mismo las anteriores denominaciones (46).

Así, para garantizar el cobro de la remuneración de los autores por la comunicación pública de sus obras, el artículo 79 dispone que *los empresarios de espectáculos públicos se considerarán depositarios de la remuneración correspondiente a los autores por la comunicación de sus obras cuando aquella consista en una participación proporcional en los ingresos. Dicha remuneración deberán tenerla semanalmente a disposición de los autores o de sus representantes*. En virtud de este atípico depósito irregular y necesario (47), el obligado al pago es el empresario-depositario, con independencia que sea o no el cesionario de los derechos de explotación para representar la obra. En este sentido, interesa reseñar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.^a), de 8 de mayo de 2006, en la que se aplica el artículo antes transcrito a un empresario que se limitaba a ofrecer su teatro a otras compañías que eran las cesionarias de los derechos de las obras que se representaban, condenándosele por no haber liquidado la correspondiente remuneración (48).

4.2. EL CONTRATO DE PRODUCCIÓN TEATRAL

Como acabamos de ver anteriormente, resulta imprescindible contar con la cesión del derecho de comunicación pública en su modalidad de representación escénica (art. 20.2.a) para que el empresario teatral pueda llevar a

registro fonográfico, de forma que puede tener la casa derechos de ejecución musical pero no se convierte en empresario teatral por esta cesión.

(46) RAGEL contempla diversas denominaciones del cesionario del derecho de representación teatral e hipótesis de no coincidencia con el empresario (cit., págs. 67-70). Vid., también, RODRÍGUEZ TAPIA (cit., pág. 290), quien explica los orígenes de la confusa terminología utilizada por nuestro legislador.

(47) Que es como lo suele calificar la doctrina, generalmente crítica con el artículo 79.

(48) Se demanda por la SGAE a una sociedad de responsabilidad limitada que explota un teatro en una localidad madrileña reclamando la remuneración debida a los autores como consecuencia de la comunicación pública de las obras en él representadas (art. 79). La demandada alega falta de legitimación pasiva, ya que debían ser las compañías teatrales de las representaciones las obligadas al pago de los derechos de autor. La Audiencia, sin embargo, sentencia que la demandada estaba obligada a liquidar los derechos de autor, a pesar que no era la cesionaria de las obras, pues estaban explotadas por otras compañías, por aplicación del artículo 79 en relación con el artículo 46.

cabo su escenificación. La perfección del contrato de representación teatral y/o ejecución musical constituye el primer paso que debe dar el empresario para el montaje del espectáculo. Pero parece también de todo punto necesario que el empresario contrate igualmente con las distintas personas cuyos servicios hacen posible la citada escenificación, es decir, fundamentalmente con los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales no se debe olvidar que se encuentran el director de escena y el de orquesta (art. 105). Pues bien, tales contratos pueden calificarse como de producción teatral en la medida en que a través de ellos se produce o se hace posible la puesta en escena de la obra teatral o escénica (49). Normalmente suelen ser varios contratos, generalmente de naturaleza diversa (laborales, de obra, de servicios, etc.), con los que se persigue el montaje y la realización escénica de la obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica.

Se ha señalado cierto paralelismo o similitud entre este contrato y el contrato de producción audiovisual que regula el artículo 88 LPI. Lo cual no deja de ser cierto si con ello nos referimos a la consecución de medios que realiza el productor teatral o audiovisual para poner en escena el texto teatral o el guión cinematográfico, respectivamente. Pero son dos contratos distintos en su naturaleza. La obra audiovisual no existe antes del contrato y se contrata con los autores que la van a crear, mientras que la obra escénica ya existe y el productor escénico o empresario teatral no contrata con su autor (o, en su caso, coautores) para que la cree, pues ya existe, sino con los artistas (y otros profesionales) que van a hacer posible su escenificación y con el autor para que le ceda los derechos que permitan su escenificación. Lo anterior no impide obviamente que el empresario teatral contrate también con el autor para que cree, en cuyo caso podríamos estar ante un contrato de encargo de obra o ante un contrato laboral (superpuestos o no al contrato de producción teatral).

Dentro de los contratos que ha de realizar el empresario, el contrato con el director de escena parece, al menos en la actualidad, el más decisivo, pues es la persona que dispone todo lo relativo a la representación de la obra dramática o dramático-musical, coordinando la caracterización y movimientos de los actores, entre otras muchas cosas más. De ahí que, tal como señalábamos antes, su labor se considere en varias ocasiones como original o

(49) Apunta RAGEL que el contrato de representación teatral es complementario del contrato de producción teatral o, según los casos, puede formar parte de éste (cit., págs. 19 y 34). Aunque más bien habría que decir que el de producción teatral es complementario del de representación, pues sin previa adquisición del derecho de representación no hay posibilidad de producción teatral alguna lícita (además, se puede representar una obra sin previa producción teatral). Salvo que se trate de escenificar una obra que está en el dominio público o, como recoge el propio RAGEL (*ibídem*), que el empresario haya adquirido el derecho a título gratuito. En este caso no estaríamos ante un contrato de representación teatral que, por definición, es un contrato oneroso.

creativa y, en consecuencia, como merecedora de tutela por el derecho de autor. Quizá por ello se le excluye de la insólita obligación que el artículo 111 impone a los artistas intérpretes o ejecutantes que participen colectivamente en una misma actuación (tales como los componentes de un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro), consistente en designar de entre ellos un representante para el otorgamiento de las autorizaciones para la explotación de sus actuaciones. Exclusión que también afecta en el ámbito musical a los solistas y a los directores de orquesta.

Cuando la interpretación o ejecución se realice en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicio, el artículo 110 dispone que, salvo estipulación en contrario, se entenderá que el empresario o el arrendatario adquieren sobre la interpretación o ejecución los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública que la LPI otorga a los artistas y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato. Sin embargo, cuando el autor de la obra escénica es un asalariado del empresario teatral no se aplica la norma del artículo 110, sino la presunción recogida en el artículo 51 que tiene un alcance menor que la referida a los artistas.

Concentrados todos los derechos de propiedad intelectual «escénicos» en la figura del empresario teatral, fundamentalmente mediante los contratos expuestos, con los que se persigue y logra la empresa del montaje y la realización escénica del texto teatral, dramático-musical o coreográfico, la función va a comenzar.

RESUMEN

PROPIEDAD INTELECTUAL

Las artes escénicas generan derechos de propiedad intelectual de distinta naturaleza. Por un lado, los derechos de autor que corresponden a quien crea la obra que se representa o se pone en escena. Por otro, los derechos afines que se atribuyen a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los cuales se asimilan el director de escena y orquesta, que posibilitan el disfrute natural de la obra mediante su representación por parte del público que asiste al espectáculo. Ambos confluyen sobre una misma realidad o estereotipo. Concurrencia que en ocasiones genera conflictos entre sus respectivos titulares, es decir, entre los autores y los artistas. La concentración de am-

ABSTRACT

INTELLECTUAL PROPERTY

The dramatic arts generate intellectual property rights of a different nature. First, the copyright belongs to whoever created the work that is being performed or staged. Then, there are similar rights for the performers or staggers, such as the producer and orchestra, whose action makes it possible for the attending audience to gain a natural enjoyment of the show. Both meet in the same reality or stereotype. This meeting sometimes generates conflicts between the respective holders of the two types of rights, i.e., between authors and performers. The concentration of both rights in the figure of the theatrical impresario by means of what are called «stage contracts» deli-

bos derechos en la figura del empresario teatral mediante los llamados contratos escénicos delimita las posiciones de los protagonistas que intervienen en la obra y en su representación, haciendo posible la puesta en escena de la obra.

mits the positions of the major players taking part in the work and its performance, making it possible to stage the work.

(Trabajo recibido el 17-7-2007 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)

El deber de contribuir a los gastos en la Propiedad Horizontal

por

CRISTINA VICTORIA LÓPEZ HERNÁNDEZ

Abogada

Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. PRELIMINAR: PROBLEMÁTICA SUBYACIENTE.
- II. PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE GASTOS GENERALES:
 1. EL GASTO DEBE NO ESTAR INDIVIDUALIZADO.
 2. NECESARIA PREVISIBILIDAD DE ESTE TIPO DE GASTO.
- III. ¿QUIÉN RESPONDE DEL PAGO DE LOS GASTOS GENERALES QUE AFECTAN AL PISO O LOCAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL?:
 1. ¿QUIÉN ESTÁ OBLIGADO AL PAGO DE DICHOS GASTOS EN CASO DE ARRENDAMIENTO DEL PISO O LOCAL?
 2. ¿QUÉ OCURRE EN CASO DE TRANSMISIÓN DEL PISO O LOCAL?
- IV. ¿QUIÉN RESULTA OBLIGADO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL AL DEBER DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN DEL INMUEBLE Y SUS SERVICIOS?:
 1. ¿QUÉ ACTUACIONES COMPRENDE EL DEBER DE CONSERVACIÓN?
 2. ¿TIENE TODO PROPIETARIO DE UN PISO O LOCAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EL DEBER DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN?
- V. ¿CUÁNDO ESTÁ OBLIGADO EL PROPIETARIO DE UN PISO O LOCAL EN PROPIEDAD HORIZONTAL AL ABONO DE LAS DERRAMAS PARA EL PAGO DE LAS MEJORAS REALIZADAS O POR REALIZAR?:
 1. ¿A QUÉ TIPO DE MEJORAS SE REFIERE EL ARTÍCULO 11 DE LA LPH?:
 - 1.1. *Innovaciones requeridas para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble en atención a su naturaleza y características.*

1.2. *Innovaciones no requeridas para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble.*

2. PROPIETARIOS OBLIGADOS A PAGAR EL COSTE DE LA INSTALACIÓN.
3. ¿QUÉ TIPO DE CARGA U OBLIGACIÓN SE ESTABLECE EN EL ARTÍCULO 11, APARTADO 4.º DE LA LPH?

VI. VALOR EXTRAJUDICIAL DE LA CERTIFICACIÓN DE LA JUNTA.

VII. MODO DE PROCEDER A LA RECLAMACIÓN:

1. ACREDITACIÓN MEDIANTE LA CERTIFICACIÓN DE LA JUNTA DEL IMPAGO DE LAS CANTIDADES DEBIDAS EN CONCEPTO DE GASTOS COMUNES.
2. CAUCE PROCESAL MÁS ADECUADO PARA LA RECLAMACIÓN.
3. COMPETENCIA.
4. LEGITIMACIÓN.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. PRELIMINAR: PROBLEMÁTICA SUBYACENTE

La Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, fue la respuesta a la necesidad que surge, en un momento histórico, de regular con precisión los derechos y deberes del propietario en dicho régimen, dada la escasa y parca reglamentación existente en aquella fecha respecto de las obligaciones, derechos y prerrogativas que, por razón de dicha titularidad, le corresponden (1).

Esta Ley se caracterizó por clarificar y concretar de la forma más detallada posible esos deberes inherentes a la condición de titular. El largo periodo de vigencia de la misma ha demostrado su gran utilidad en la regulación de las relaciones de vecindad entre los copropietarios sometidos a dicho régimen y en el fomento de la construcción y del urbanismo. Sin embargo, el cambio de la propia realidad social demanda nuevas aspiraciones en la regulación de la propiedad horizontal. A esta finalidad responde la Ley 8/1999, de 6 de abril, sobre reforma de la Propiedad Horizontal, con la que se pretende conseguir, fundamentalmente, dos objetivos (2).

(1) Esta Ley vino a sustituir a la de 26 de octubre de 1939, Ley que supuso un avance respecto al vacío legislativo anterior, si bien como señala ESPÍN CÁNOVAS: «resultó insuficiente, para solventar todas las complejas relaciones de esta propiedad, además del extraordinario aumento de la misma después de la Ley de 1939, y la experiencia obtenida por el gran número de Estatutos que con tal motivo se redactaron». Citado en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II, vol. 1, Madrid, 1987, pág. 474.

(2) Así lo reconoce el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

En estos momentos se busca arrumbar el principio de la unanimidad en la toma de acuerdos comunitarios, pues parece que esta regla es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad de propietarios e incluso, por razones medioambientales o de otra índole, para el resto de la colectividad (3). La unanimidad en los acuerdos comunitarios obedece a un caduco entendimiento individualista de la propiedad comunal que ha producido evidentes disfunciones en el sistema ayudado por la obsoleta complacencia de nuestros Tribunales.

El otro pilar básico sobre el que se asienta la reforma es el de la *lucha contra la morosidad*, esto es, lograr que las comunidades de propietarios puedan legítimamente cobrar lo que les adeudan los copropietarios integrantes de las mismas. Para ello se introducen en el texto de la Ley una serie de medidas dirigidas a tal fin: creación de un fondo de reserva, publicidad en el instrumento público de transmisión de las cantidades adeudadas por los propietarios, afección real de inmueble transmitido al pago de los gastos generales correspondientes a la anualidad en la que tenga lugar la adquisición y el año inmediatamente anterior, responsabilidad solidaria del transmitente que no comunique el cambio de titularidad, atribución de carácter ejecutivo a los acuerdos formalizados en el acta de la Junta de propietarios, establecimiento de un procedimiento ágil y eficaz de ejecución judicial para el cobro de las deudas con la comunidad, etc. (4).

Así las cosas, y al margen de los calificativos que haya recibido la reforma (5), la trascendencia social de la modificación introducida por la Ley 8/1999, de 6 de abril, sobre reforma de la Propiedad Horizontal, sólo se comprueba con su aplicación.

Hoy es una realidad que la nueva normativa sirve para encauzar adecuadamente algunas aspiraciones que la motivaron. Así, por una parte, se ha facilitado la eficacia de los órganos, especialmente de la Junta de Propietarios, reduciendo las exigencias de *quorum* y de votos favorables para la adopción de acuerdos, así como limitado la impugnación de los mismos. Y, por otra parte, se incrementa la autonomía patrimonial de la comunidad, propiciando su solvencia mediante la creación de un fondo de reserva, junto con la dotación a aquélla de instrumentos operativos para la realización de créditos frente a los comuneros.

(3) Exposición de Motivos de la Ley 8/1999, de 6 de abril, sobre Propiedad Horizontal.

(4) Exposición de Motivos de la Ley 8/1999, de 6 de abril, sobre Propiedad Horizontal.

(5) GUILARTE GUTIÉRREZ, en el prólogo a la obra *La reforma de la propiedad horizontal*, Valladolid, 1999, la califica de cuantitativamente generosa y dogmáticamente poquitera. Entendiendo el autor que ésta debía de haber cedido el paso a una reforma total y sistemática de la Ley.

Como tantas veces, la tarea de un jurista consiste en explicar la nueva Ley para facilitar la aplicación. En este caso, la carga es especialmente importante, dada la envergadura del cambio y la indudable influencia del mismo en el quehacer de la mayoría de los ciudadanos que, habitualmente, ignoran cuándo el gasto generado por una obra realizada en el inmueble debe ser abonado por todos los comuneros, con independencia de que el servicio en cuestión sea o vaya a ser utilizado por todos.

En otros términos, preocupa el hecho de que sea habitual que se desencadenen constantes pleitos porque el propietario de un piso o local en régimen de propiedad horizontal no sepa qué tipo de gastos tiene la obligación de abonar a la comunidad, llegando a rayar al profesional del derecho que se planteen demandas indebidas por el hecho de ignorar cuáles son los gastos que integran el concepto de gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble. La Ley, como veremos, a partir de la reforma operada, proporciona bastantes datos normativos para clarificar el concepto; en ella se distinguen bien cuáles son los gastos generales para la adecuada conservación del inmueble y cuáles las mejoras e innovaciones (las obligatorias y las voluntarias).

El régimen jurídico establecido para facilitar el entendimiento al propietario de cuáles son sus obligaciones de contribución al pago y hasta dónde llega su responsabilidad, o la de quien traiga causa de éste, *ha mejorado con creces*. Esa va ser nuestra tarea: explicar la evolución de la normativa que afecta al deber de contribuir en la comunidad a los gastos. ¿Cuáles son estos? Y ¿quién responde? Cuestiones simples en su planteamiento, pero no de respuesta sencilla ante el desconocimiento casi generalizado.

La cuestión adquiere connotaciones mucho más problemáticas en el ámbito procesal, que sería deseable pudieran evitarse por el profesional del Derecho, escogiendo el procedimiento más adecuado, a partir de las modificaciones introducidas por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE GASTOS GENERALES

Una de las obligaciones de mayor relevancia para los copropietarios respecto de la comunidad en el régimen de propiedad horizontal es el deber de contribuir, con arreglo a la cuota de participación o a lo especialmente establecido, a los gastos generales necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización. Esta obligación aparece recogida en la Ley de Propiedad Horizontal en el artículo 9, apartado 1.º e), tras la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril. El texto del precepto no ha cambiado de redacción respecto del anterior artículo 9, apartado 5.º, por lo que en principio deberían

ser válidos todos los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales alcanzados a propósito de su exégesis (6).

No obstante, la nueva redacción de determinados preceptos —especialmente la del art. 10, aptdo. 4.º LPH— ayuda a la precisión del concepto de gastos generales a los que se refiere el artículo 9 de la Ley, sobre todo a efectos de determinar quién responde de ellos y en qué medida.

Parece obvio que la obligación de contribuir a los gastos comunes ha de ponerse en relación con el contenido del artículo 3, apartado b), de la misma Ley conforme al cual: *«(...) a cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a las centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime»*.

Luego, en principio, la regla general es que esta obligación será atendida por los condóminos de acuerdo con la cuota de participación o, de manera distinta, mediante el acuerdo, necesariamente unánime, por el cual se fije convencionalmente un módulo alternativo de reparto, en función de la diferente forma de uso de las cosas o servicios comunes. Late aquí una cuestión subyacente que es la de precisar cuáles son las obligaciones respecto de las que rige el conjunto del artículo 9, apartado 1.º e), que gozan de la prelación establecida en los ulteriores párrafos, y otras cargas, como las del artículo 11, que si bien tienen contenido económico, no ostentan dicha prelación o preferencia, ni pueden sufragarse con cargo al fondo de reserva establecido en el artículo 9, apartado 1.º f), cuestión que se tratará más tarde.

1. EL GASTO DEBE NO ESTAR INDIVIDUALIZADO

Premisa indiscutible de este tipo de gastos es que los mismos afectan al conjunto de la comunidad, fijándose el límite en el hecho de no ser individualizables o estar individualizados, como expresamente exige la jurisprudencia.

En este sentido se ha de tener en cuenta la no muy clara regla establecida en el mismo artículo 9, apartado 2 de la Ley, en cuya virtud: *«para la aplicación de las reglas del apartado anterior se reputarán generales, los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos, sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes»*. Lo que significa que junto con el hecho de no estar individualizados

(6) Ni que decir tiene que esta obligación encuentra su origen en el artículo 395 del Código Civil al disponer este precepto que *todo propietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común*.

parece que ha de imputarse el gasto a la totalidad de los miembros de la comunidad.

Esta perturbadora regla puede ocasionar confusión ya que, al parecer, deberían quedar al margen del régimen especial de este artículo 9, apartado 1.º e) todos aquellos gastos que se imputan a uno o varios pisos, aunque no se encuentren los mismos individualizados, sin embargo, en estos casos, debe prevalecer la «generalidad» de tales gastos —especialmente si afectan a elementos comunes del inmueble aunque de ellos no se sirvan todos los propietarios—; un caso muy común de este tipo de gasto es el que ocasiona la instalación del ascensor, siendo habitual que los propietarios del bajo no quieran contribuir a los mismos (7). Se debe insistir en que estos gastos tienen el carácter de ser generales porque aumentan el valor del bien inmueble, independientemente de la utilización de elemento que implica el gasto por todos los propietarios en igual medida. No es la utilización, sino la utilidad que en definitiva va a reportar el elemento al propietario, ya que en el caso de transmisión del piso o local bajo, éste habrá aumentado de valor, reportándole, por tanto, utilidad económica (8).

En cualquier caso, se consideran comunes los gastos en los que confluyan la nota de la previsibilidad, es decir, los que aparecen debatidos, aprobados y por ende reflejados en un presupuesto de la comunidad (9).

(7) Esta cuestión resulta discutida con frecuencia en la llamada jurisprudencia menor, ejemplo de ello son la SAP de Asturias de 5 de noviembre de 2003 (AC 2003/105731), la SAP de Vizcaya de 30 de octubre de 2003 (AC 2003/23919), la SAP de Sevilla de 14 de noviembre de 2002 (AC 2002/2256), la SJPI de Zaragoza de 22 de octubre de 2003 (AC 2003/718), entre otras.

(8) Muy ejemplificativa al respecto es la sentencia de la AP de Sevilla, de 14 de noviembre de 2002 (AC 2002/2256), Sala quinta, donde se desestima el recurso de apelación presentado por *Librería El Giralillo, S. L.*, por entender la sala que dicha librería debe contribuir al gasto generado por las obras del ascensor, al ser un elemento que aumenta el valor del bien inmueble, con independencia de que el mismo sea utilizado o no por la referida librería. De esta manera claramente queda dispuesto en el Fundamento Jurídico cuarto, cuando establece: «El argumento debe ser desestimando, puesto que la actora es copropietaria de un inmueble que se encuentra integrado por una serie de elementos incorporados, cada uno de los cuales en conexión con los demás forman la cosa compuesta que desde el punto de vista jurídico es el edificio; esas cosas incorporadas (escaleras, cubiertas, terrazas, ascensores, portales, etc.) pierden por tanto su propia objetividad física y jurídica para dar lugar a la cosa compuesta en su conjunto, dotada de una objetividad y de una finalidad económica propia. Precisamente el valor económico de ese edificio del que participa como copropietaria la actora dependerá del conjunto de elementos que lo integran y del correcto mantenimiento de los mismos, por lo que todos los gastos que les afecten han de tener necesariamente la consideración de gastos generales en cuanto afectan a la cosa compuesta en su conjunto y de ahí que todos los copropietarios hayan de contribuir a los mismos ya puedan o no utilizar un elemento concreto del edificio (...).»

(9) Como señala la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1832): «Ciertamente el artículo 9.1.º e) permite que determinados gastos

2. NECESARIA PREVISIBILIDAD DE ESTE TIPO DE GASTO

Al amparo de la legislación anterior se sostenía que los gastos incluidos en el artículo 9, apartado 5.º LPH eran los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, tributos, cargas y responsabilidades (ordinarios y extraordinarios), pero no los gastos de innovaciones o mejoras, propiamente dichas (art. 10) ni de la construcción o alteración de la estructura (art. 11). Completando tal afirmación con la idea de que «los gastos se asignan a la anualidad en que se devengan. En el caso de gastos extraordinarios de reparación cuando se realiza la reparación, estaban cubiertos por la afección y la preferencia si caían dentro de las anualidades señaladas por la ley» (10).

No es esta la interpretación que ha de darse en la actualidad, pues ha de estarse no a la fecha de la realización de las obras sino a la de su exigibilidad al copropietario en los términos con que la misma haya sido acordada por la Junta. Se ha de tener en cuenta que el actual artículo 21, apartado 1.º LPH dispone expresamente que la Junta de Propietarios ha de establecer el tiempo y forma en que han de cumplirse las obligaciones de las letras *e)* y *f)* del apartado 1.º del artículo 9 de la LPH. Ello resulta coherente con el propio texto del artículo 9, apartado 1.º *e)*, a los efectos del privilegio, ya que éste no puede existir sin un crédito al que cuantifica y, a su vez, dicho crédito no debe considerarse nacido en tanto no conste su exigibilidad.

Por ello, hoy la precisión del ámbito de los gastos comunes alcanzados por el apartado 1.º *e)* del artículo 9 debe ser mucho más restrictiva, afectando exclusivamente a los *gastos comunes ordinarios*, es decir, a los que fueron objeto de acuerdo en la Junta General a la hora de efectuar el presupuesto anual de la comunidad al que se refiere el artículo 14.b). En otros términos, sólo cabe pensar en la preferencia de tales créditos por referencia a los que se deben en función de lo presupuestado anualmente y que, en general, se distribuye en cuotas de periodicidad mensual. Y ello al margen de que puedan perseguirse ordinariamente, sin las apuntadas preferencias, otras deudas a cargo de los copropietarios (como es el caso del art. 11, aptdo. 2.º LPH).

puedan tener la consideración de individualizables, permitiendo, como excepción a la regla general, que pueda quedar exento el propietario de un piso o local; ahora bien, como señala la sentencia citada, para que se produzca esta especie de privilegio contributivo es preciso que aparezca la exclusión en el título constitutivo o, en su caso, en los estatutos comunitarios, o que se decida en Junta de Propietarios mediante acuerdo tomado por unanimidad, por ser un acuerdo que afecta al título constitutivo de la comunidad. En definitiva en estos casos sobre la obligación genérica de contribuir al sostenimiento de los gastos, prevalece el principio de autonomía contractual a cuyo amparo puede eximirse a algunos pisos o locales de alguno de ellos siempre que sean individualizables».

(10) En este sentido puede verse, MONTSERRAT VALERO, *La afección y preferencia de los créditos de las comunidades de propietarios (art. 9.5 LPH)*, Madrid, págs. 131 a 142.

Esta interpretación resulta reforzada actualmente por el texto del artículo 10, apartado 4.º de la Ley 8/1999, de 6 de abril, que integra el contenido del artículo 9, apartado 1.º *e*). Con el nuevo artículo 10, apartado 4.º se amplía el régimen especial de este apartado a los gastos que se ocasionen con motivo de la realización en el inmueble de obras extraordinarias de mantenimiento y conservación acordadas por la Junta de Propietarios [art. 14.c)] o exigidas por la autoridad administrativa en los términos que detalla el artículo 10, apartado 1.º Es obvio, que la expresa referencia a que respecto de tales gastos queda afecto el piso o local, en los términos establecidos en el apartado 4.º del artículo 10, implica pensar que, de otro modo, los mismos quedarían excluidos en función de no ser gastos ordinarios que se hubieran previsto en el acuerdo al que hace referencia el artículo 14.b) LPH.

En definitiva, el concepto de gastos comprende tanto los ordinarios que se presentan como fijos, como periódicos no fijos y aquellos otros cuya cuantía varía en función al consumo y uso (agua, electricidad, calefacción), así como también los extraordinarios ocasionados por algún acontecimiento que determina su procedencia (reparaciones y similares), quedando afectado el piso o local correspondiente al pago de esos gastos, generándose una *obligatio propter rem*, en cuya virtud el propietario queda obligado al pago por ostentar la denominada titularidad deudora subjetivamente real (11).

III. ¿QUIÉN RESPONDE DEL PAGO DE LOS GASTOS GENERALES QUE AFECTAN AL PISO O LOCAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL?

La redacción de la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril, de Propiedad Horizontal, es clara al respecto, cuando establece el nuevo artículo 9, apartado 1.º *e*) que: «*Son obligaciones de cada propietario: Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización*».

Bajo la vigencia de la Ley anterior, este tema planteaba dudas, por cuanto que si bien el artículo 9 hablaba de obligaciones de cada propietario, el artículo 20, apartado 1.º establecía que las obligaciones del artículo 9 debían ser cumplidas por quien ostentase la «titularidad» del piso o local, lo que daba lugar a interpretar que otros titulares de derechos sobre los pisos o locales (arrendatarios, usufructuarios, usuarios, etc.) quedaban obligados al pago de los gastos generales.

(11) Así lo establece la sentencia, anteriormente citada, de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1832).

Especialmente controvertida resultaba la cuestión en los casos de nuda propiedad (12). Así, con argumento en la RDGRN de 18 de mayo de 1987 (13), se ha llegado a sostener que el término «titularidad» del artículo 20 LPH debía entenderse referido a titularidad dominical, con apoyo en el contenido del artículo 3 LPH —no modificado por la nueva Ley— que establece que la transmisión del derecho de disfrute no afecta a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor (SAP de Baleares, de 15 de septiembre de 1997) (AC 1997/1933), declarando que la demanda ha de interponerse contra el nudo propietario, no siendo preciso demandar al usufructuario.

Sin embargo, ante la falta de regulación expresa en la LPH, es necesario tener en cuenta el artículo 504 del Código Civil, referido específicamente al usufructuario, al que impone la obligación «*de pago de las cargas y contribuciones anuales durante todo el tiempo que el usufructo dure*», este precepto interpretado sistemáticamente con el artículo 500 del Código Civil, que se refiere a reparaciones ordinarias indispensables para la conservación de las cosas, impone al usufructuario el deber de pagar todo gasto o contribución relacionado con el mantenimiento ordinario de la cosa en condiciones de seguir siendo disfrutada. En consecuencia, según el régimen jurídico del usufructo establecido en el Código Civil, cabe entender que mientras el usufructo dure será el usufructuario el obligado a abonar los gastos para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, contribuciones y cargas, aunque en caso de impago podrá abonarlos el nudo propietario, según veremos cuando tratemos la cuestión procesal.

1. ¿QUIÉN ESTÁ OBLIGADO AL PAGO DE DICHOS GASTOS EN CASO DE ARRENDAMIENTO DEL PISO O LOCAL?

De especial interés en esta cuestión es el tema del arrendamiento, en cuanto que es relativamente frecuente que el arrendador-propietario pacte con el arrendatario que este último se haga cargo de los gastos de comunidad. La LAU de 24 de noviembre de 1994 recoge expresamente esta posibilidad en su artículo 20, estableciendo al respecto:

(12) En este sentido, entre otros, puede verse: FUENTES LOJO (*Suma de la propiedad por apartamentos*, T. I, Barcelona, 1979, pág. 434) que estimó que sólo podía dirigirse la acción contra el usufructuario cuando éste estuviese obligado a contribuir. MUÑOZ GONZÁLEZ (*Protección judicial de la propiedad horizontal*, Madrid, 1988, pág. 239), centrándose en el dato de la ocupación del apartamento consideró que si éste estaba ocupado por el usufructuario, la legitimación pasiva correspondía a éste.

(13) Comentario de COCA PAYERAS, «Comentario a la RDGRN de 18 de mayo de 1987», en *CCJC*, núm. 15 —septiembre a diciembre de 1987—, pág. 4905.

«1. Las partes podrán pactar que los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización y que correspondan a la vivienda arrendada o a sus accesorios, sean a cargo del arrendatario.

En edificios en régimen de propiedad horizontal tales gastos serán los que correspondan a la finca arrendada en función de su cuota de participación.

En edificios que no se encuentren en régimen de propiedad horizontal, tales gastos serán los que se hayan asignado en función de su superficie.

Para su validez, este pacto deberá constar por escrito y determinar el importe anual de dichos gastos a la fecha del contrato. El pacto que se refiera a tributos no afectará a la Administración.

2. Durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, la suma que el arrendatario haya de abonar por el concepto a que se refiere el apartado anterior, con excepción de los tributos, sólo podrá incrementarse anualmente, y nunca en un porcentaje superior a aquel en que pueda elevarse la renta, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1.

3. Los gastos por servicios con que cuente la finca arrendada que se individualicen mediante aparatos contadores serán en todo caso de cuenta del arrendatario.

4. El pago de los gastos a que se refiere el presente artículo se acreditará en la forma prevista en el artículo 17.4».

Parece, en principio, que este pacto no implica asunción de deuda por parte del arrendatario, ni una estipulación a favor de tercero, ni tampoco una oferta hecha al acreedor (comunidad) de una novación subjetiva. Es sin más un simple acuerdo entre las partes, admisible por virtud del principio general del artículo 1.255 del Código Civil, pero que no libera al arrendador de sus obligaciones con la comunidad, que le afectan y le incumben, por imperativo de la LPH como titular del piso o local arrendado. Aquélla, por tanto, podrá ejercitar las acciones de que goza frente al arrendador, que no queda liberado de sus obligaciones por virtud del pacto suscrito con el arrendatario.

Aun así cabe que la comunidad se dirija también contra el arrendatario, de forma cumulativa, encontrándonos en un caso de «asunción cumulativa» de deuda de carácter no liberatorio (14).

(14) Esta figura supone un esfuerzo mediante el cual el deudor nuevo se introduce en la obligación para colocarse frente al acreedor primitivo, en concepto de deudor solidario, sin producir efectos liberatorios para éste. Por tanto la aceptación por el acreedor del nuevo obligado no libera al originario y con ello no se da lugar a la novación, sino a la subsistencia de las obligaciones idénticas en régimen de solidaridad pero con una única y similar causa.

2. ¿QUÉ OCURRE EN CASO DE TRANSMISIÓN DEL PISO O LOCAL?

La primera norma contenida en el artículo 9, apartado 1.º e), párrafo 3.º, de la LPH parece establecer una regla clara al respecto, cuando dispone que *«el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el adecuado sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior (...).»*

De la dicción literal de este fragmento cabe inferir que la norma establece un supuesto de responsabilidad por deuda ajena incluso cuando el adquirente ignora la existencia de la misma, porque ésta no ha sido declarada en el contrato, pudiendo incluso dicho comprador haber adquirido e inscrito en el Registro con los requisitos del artículo 34 LH y, por consiguiente, ser tercero hipotecario. Con lo cual se estaría estableciendo una excepción al principio de fe pública registral, ya que como la propia norma establece: *«el adquirente responde incluso con título inscrito»*. En otros términos, aunque sea de buena fe porque haya sido ocultado el gravamen al celebrar el contrato y paradójicamente se haya llegado a inscribir la adquisición ignorando la deuda (15).

Tal situación se explica dogmáticamente acudiendo a la idea de obligación *propter rem* que se «sufr» o «soporta» por razón de la cosa. Siendo las obligaciones que dimanar del régimen de la Propiedad Horizontal habitualmente identificadas con este tipo de obligaciones o de límites intrínsecos al contenido del derecho (16).

(15) ZURILLA CARIÑANA, M.ª de los Ángeles (*La garantía real y la propiedad horizontal*, Madrid, 1995, pág. 182), respecto de la regulación anterior, entiende que el artículo 9.5 LPH estaba estableciendo claramente una carga oculta para el adquirente del piso o local. Lo mismo mantiene respecto del actual artículo 9.1.e), párrafo 3.º, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Pamplona, 1999, pág. 264.

(16) En este sentido, DIEZ-PICAZO, L. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, Madrid, 1993, pág. 83 y sigs.), escribe: «Un segundo campo de problemas, donde parece jugar el concepto de obligación *propter rem*, es el de las comunidades de bienes en general y, en especial, el de la llamada propiedad horizontal o propiedad de casas por pisos. Tal es el caso, por ejemplo, en el Código Civil de la obligación de contribuir, a prorrata de la cuota, a los gastos ocasionados por la cosa común (art. 395). En la Ley de Propiedad Horizontal, la situación se complica algo más, pues en ella parece que todas las reglas relativas al uso, destino, instalaciones y servicios, gastos, administración, gobierno, seguros, regularización y reparación, que forman el estatuto privativo, poseen una cierta dosis de ambulatoriedad, en la medida en que, en cuanto obligaciones, se trasladan a los nuevos propietarios de los pisos o locales, a quienes vinculan de manera directa. Lo mismo se puede decir de la obligación de contribuir, con arreglo a la cuota de participación, a los

El anterior artículo 9, apartado 5.º de la LPH contenía dos menciones que en la actualidad se han suprimido. De ellas se podía inferir que el deudor de los gastos generales era, en cada momento, quien detentara la titularidad del piso, único deudor personal, al margen de la afección analizada.

Tales datos normativos eran claros: por un lado se extraía dicha conclusión del propio artículo 9, apartado 5.º en el que, tras sancionar la afección del piso o local al pago de los gastos generales, se establecía que ello era «*sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes*». De manera que tal referencia se entendía como refrendo de la continuidad en la responsabilidad personal del transmitente frente al cual podría ejercitar el adquirente la oportuna acción de reembolso por las cantidades abonadas a la comunidad. Y por esto, a continuación, el anterior párrafo 3.º del artículo 9, apartado 5.º, añadido por Ley 2/1988 de 23 de febrero, disponía «*el transmitente a título oneroso quedará sujeto a la obligación legal de saneamiento (o) por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local*».

Ante estas reglas consideraba la jurisprudencia, con una cierta unanimidad, que el deudor de las cuotas lo era en todo caso el propietario del inmueble en el momento en que se produjo el devengo y la exigibilidad de los gastos generales cuestionados (17).

Y de igual modo, la doctrina (18) entendía que considerar al adquirente del piso o local con gastos de comunidad pendientes sujeto pasivo de la obligación incumplida por quien fue su antecesor en la titularidad, suponía una novación por cambio de sujeto (art. 1.203, aptdo. 2.º del Código Civil), puesto que aquélla ya había nacido con un deudor distinto; considerando además que el anterior artículo 20 de la LPH no proporcionaba base suficien-

gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización».

(17) Así, por ejemplo, la SAP de Asturias, de 17 de junio de 1997 (AC 1997/1400) expresamente apuntaba que «*debe sostenerse que la afección real del inmueble al pago de la deuda antes señalada no entraña una novación subjetiva por cambio de deudor, siguiendo ostentando esta condición quien es propietario del inmueble en el momento en que se generó el gasto*». Por su parte, la SAP de Lleida, de 22 de septiembre de 1997 (AC 1997/1932) indica que «*la afección real cumple la función de vincular al nuevo propietario al abono de una parte de la deuda que pueda dejar insatisfecha el anterior titular y que por ello mismo no es deudor personal*». Finalmente, la SAP de Zaragoza, de 23 de diciembre de 1996 (AC 1997/74) dispone que «*el adquirente no puede ser directamente demandado para reclamarle el pago de las cuotas debidas por el anterior titular sino solamente para obligarle a soportar la declaración de sujeción del piso y la posterior ejecución que eventualmente pudiera llevarse a cabo sobre su propiedad*».

(18) Como trabajos más representativos sobre este tema, según la LPH anterior, pueden citarse: SIERRA PÉREZ, I., «Propiedad Horizontal. Cambio de titularidad y gastos comunes: el sujeto obligado al pago», en *ADC*, 1990, abril-junio, pág. 589 y sigs. conc., pág. 594 y sigs.; COCA PAYERAS, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1987», en *CCJC*, núm. 15, septiembre-diciembre, pág. 4906 y sigs.

te para hacer derivar de él un cambio de deudor en la obligación de pagar los gastos comunes por el sólo hecho de la transmisión de la propiedad.

En el nuevo artículo 9, apartado 1.º e), párrafo 3.º, lo primero que llama la atención es la supresión tanto de la referencia a la continuidad de las responsabilidades personales procedentes como la desaparición de la expresa mención a la obligación de saneamiento que reflejaba la normativa descrita. De ello cabría inferir que la nueva normativa pretende la desaparición de la condición de deudor personal del transmitente —que también dejaría de ser responsable— llevándose hasta sus últimas consecuencias la idea de obligación ambulatoria, esto es, pasaría a constituirse un nuevo deudor identificado con el actual propietario del piso o local y desaparecería el anterior. Ello traería como consecuencia principal no sólo la imposibilidad de actuar por parte de la comunidad contra el antiguo propietario sino, asimismo, de forma más específica, la inviabilidad de la acción de regreso por parte del adquirente en caso de hacer frente a la referida deuda.

Pues bien, en principio, la omisión de la referencia a la continuidad de la responsabilidad personal procedente parece que no debe interpretarse como si desapareciera la condición de deudor personal del transmitente. No es admisible que la transmisión —en que por definición no interviene el acreedor— determine una novación subjetiva por cambio de deudor, impuesta por ley, y en cuya virtud desaparezca el anterior deudor que pasa a ser sustituido por uno nuevo (19).

La finalidad de la Ley es evitar que los últimos gastos generales debidos por el transmitente no puedan ser cobrados por la comunidad al producirse el cambio de titularidad (20). Por esto, limita la responsabilidad del nuevo propietario *«al piso o local adquirido y a los gastos generales que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y el año natural inmediatamente anterior»*. Siendo ello, por otra parte, un rasgo característico de la obligación *propter rem* que se soporta por razón de la cosa, pues en éstas el adquirente responde por el débito actual y no de las prestaciones vencidas, porque éstas gravan a los anteriores titulares, ya que son deudas personales de estos y por las cuales responden con todo su patrimonio (art. 1.911 del Código Civil) (21).

(19) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Artículo 9», en *La reforma de la Propiedad Horizontal*, Valladolid, 1999, págs. 151 y 152.

(20) CABALLERO GEA, J. A., *Propiedad Horizontal. Comunidades de propietarios, complejos inmobiliarios privados*, quinta edición, reformada y ampliada en su contenido y puesta al día, con la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, Madrid, 1999, pág. 283.

(21) En este sentido, Díez-PICAZO, L. (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, cit., pág. 90), a propósito de la diferencia entre cargas reales y obligaciones *propter rem*, escribe: «En cuanto a la medida de la responsabilidad, el obligado en virtud de una carga real responde de todo el débito y, por consiguiente, también de las presta-

Al amparo de la anterior normativa ya se consideraba que la responsabilidad del nuevo propietario quedaba restringida al piso o local adquirido sin que fuera de aplicación el régimen de responsabilidad patrimonial universal sancionado por el artículo 1.911 del Código Civil (22).

En la actualidad, las dudas quedan totalmente disipadas al haberse incluido en el Senado la referencia expresa de que el adquirente responde únicamente «con el propio inmueble adquirido» (23). De manera que el nuevo propietario que no lo era cuando la obligación de contribuir nació, sólo responderá cuantitativamente por los gastos producidos en la parte vencida de la anualidad en curso y el año natural anterior a la adquisición, y cualitativamente sólo con el piso o local, siendo obvio que esta doble limitación sólo puede entenderse y justificarse en la medida en que, pese a la transmisión de la titularidad del dominio, persista la obligación del propietario anterior, quien seguirá siendo el único deudor de la Comunidad. Éste sí responderá por las deudas generadas durante el periodo de tiempo que fue propietario y con todo su patrimonio (24).

Por ello, no hay inconvenientes para que la comunidad pueda interponer exclusivamente una acción personal contra el propietario anterior, aunque éste

ciones vencidas anteriormente, pero nunca más allá del límite del bien gravado, mientras que en las obligaciones *propter rem* se responde sólo del débito actual (las prestaciones vencidas gravan en cambio sobre los anteriores poseedores y son deudas personales de éstos), siendo la responsabilidad de carácter universal».

(22) En este sentido, la SAP de Tarragona, de 25 de noviembre de 1997 (AC 1997/2574) establece que «*en todo caso, al actual propietario no puede condenársele ni responder éste con todos sus bienes de la deuda contraída por el anterior, de las que sólo responderá la vivienda afectada*».

(23) Sobre la génesis parlamentaria del artículo 9.1.e), párrafo 3.º, puede verse GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La reforma de la Propiedad Horizontal*, cit., pág. 142 y sigs.

(24) En este sentido, se pronuncia la SAP de Murcia, de 15 de febrero de 2000 (AC 2000/786), cuando dispone: «Así pues parecen decantarse la mayoría de las Audiencias por el criterio de imputar la obligación al que aparezca como titular del inmueble en el momento en que surja la obligación de contribuir a los gastos generales de la comunidad, optando simplemente por trasladar al nuevo propietario solamente la última anualidad vencida y el año anterior anual al entender que la Ley no excluye o extingue la responsabilidad de quien era propietario en el momento en que la obligación nació, limitándose a afectar el piso o local, cualquiera que fuese su propietario actual, como una garantía real de modo que el transmitente a título oneroso queda sujeto a la obligación legal de saneamiento o por la carga no aparente de los gastos que haya tenido el piso o local». También lo establece de forma expresa la sentencia de la AP de Madrid, de 24 de enero de 2000 (AC 2000/3185) en su FJ 2.º: «La Ley de Propiedad Horizontal establece una afección real (anterior art. 9, aptdo. 5.º, párrafo segundo) del piso o local al pago de los gastos comunes producidos (...), constituyéndose el propio piso o local, cualquiera que sea su propietario actual y el título de adquisición, en garantía para el cobro de la deuda generada en los límites establecidos por la norma. Esta afección o garantía real, la del propio piso o local, con independencia de su propietario actual, no excluye la obligación personal del anterior titular por los gastos generados en el período de tiempo durante el que fue propietario, que sigue respondiendo como deudor de los mismos con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 del Código Civil)».

haya transmitido el piso o local. Tal acción alcanzará a todas las deudas de aquél, si bien no podrá hacerse valer la afección realizada. Este supuesto no es anómalo, por el contrario, en la práctica es relativamente frecuente dirigir la reclamación contra el promotor que, en tanto no vende la totalidad de los pisos, deja impagadas numerosas cuotas inmobiliarias. Así ocurrió en el supuesto resuelto por la SAP de Málaga, de 17 de septiembre de 1996 (AC 1996/1776) donde se utilizó tal método ante la previsible solvencia del deudor, que lo era el promotor del edificio, reconociéndose en tal caso su legitimación pasiva.

Por tanto, parece que podemos concluir que la situación del adquirente de pisos o locales con gastos pendientes de pago es semejante a la del tercero poseedor de bienes hipotecados, esto es, que el adquirente no pasa a ser un deudor personal de la obligación contraída por el transmitente, sino que es únicamente responsable. Lo que implica que tan sólo responde con el piso o local y por la cuantía de la deuda comprendida en el límite máximo establecido por la Ley, es decir, «hasta el límite de los gastos generales que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior» (25).

Ahora bien, al hilo de la ocultación conviene decir que el nuevo artículo 9, apartado 1.º e), párrafo 4.º LPH establece que el transmitente tiene que informar al adquirente si adeuda algún gasto a la comunidad, información que deberá ir acompañada de una certificación de la comunidad coincidente con su declaración. De esta manera el adquirente, en el momento de la transmisión, puede saber si el vendedor debe algún gasto general y acordar el precio del piso o local con el vendedor teniendo en cuenta la cuantía de las cuotas debidas (26).

En otras palabras, parece que con esta norma se persigue que en el momento de la adquisición sea habitual que quede liquidada la deuda o que incluso se establezca una asunción de cumplimiento o delegación solutoria (27). Surgiendo como una cuestión conectada íntimamente con la anterior la de la responsabilidad en la que incurriría el transmitente si infringe este deber de informar establecido de forma específica para el caso concreto.

(25) No cabe duda de que el adquirente que satisfaga la deuda, para evitar la realización del inmueble, si el vendedor ocultó en el contrato la existencia de la misma, podrá ejercitar contra éste la acción de indemnización por la cantidad satisfecha del artículo 1.483 del Código Civil.

(26) Así lo sugiere CABALLERO GEA, J. A., *Propiedad Horizontal. Comunidades de propietarios, complejos inmobiliarios privados*, cit., pág. 283; también GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La reforma de la Propiedad Horizontal*, cit., pág. 153.

(27) Esta posibilidad la apunta MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. («Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, Tomo II, núm. 3, pág. 27 y sigs., conc., pág. 31), a propósito de la polémica sobre si el adjudicatario o rematante en la ejecución de un crédito hipotecario posterior asume las deudas garantizadas con hipotecas anteriores, cuando dice: «Otra tesis diferente sos-

IV. ¿QUIÉN RESULTA OBLIGADO EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL AL DEBER DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN DEL INMUEBLE Y SUS SERVICIOS?

Podría pensarse que el párrafo inicial del artículo 10 de la LPH contiene una regla aparentemente innecesaria: el que la comunidad, en su propio interés, efectúe las obras necesarias para el adecuado sostenimiento del inmueble y sus servicios, cuya omisión no hubiera alterado el régimen prelativo de las obligaciones generadas a cargo de los comuneros; sin embargo, como se comprobará tal apreciación resulta inexacta (28).

1. ¿QUÉ ACTUACIONES COMPRENDE EL DEBER DE CONSERVACIÓN?

Por la propia dicción del precepto, artículo 10, apartado 1.º LPH, es obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios (29).

tiene que el rematante o adjudicatario asume un compromiso de pago de la deuda frente al deudor sin liberar a éste. Se trataría de algo semejante a una delegación solutoria, pero no se puede llamar delegación, porque en la ejecución forzosa el deudor no delega. Por esto, se la puede llamar asunción de cumplimiento. Esta tesis es muy diversa de la que sostiene que hay asunción de la deuda, porque en la de cumplimiento el que asume pagar no se vincula frente al acreedor. No se convierte en deudor personal, ni deja de ser tercer poseedor. La obligación no experimenta ningún cambio. ¿Es esto lo que se produce cuando el rematante o adjudicatario se subroga en las responsabilidades de cargas y gravámenes preferentes? Esta es una cuestión que depende fundamentalmente de que se haya descontado o deba entenderse descontado el importe de las cargas y gravámenes preferentes para llegar a un tipo neto, porque si no fuera así, no tendría razón de ser ese compromiso, es decir, carecería de causa, a no ser, naturalmente, que existiera otra distinta del pago del precio de la finca... Aquí lo que está en cuestión no es el consentimiento del acreedor, sino el de los deudores. Lo que está en cuestión es la determinación del precio».

(28) El artículo 10 supone una total novedad respecto de la normativa anterior. En este sentido cabe señalar que ni la originaria Ley de Propiedad Horizontal, ni el derecho comparado, configuran como específica obligación de la comunidad una conducta que parece obvia: la necesidad de conservar el inmueble y sus servicios. Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley número 65-557, de 10 de julio de 1965, que fija el Estatuto de la copropiedad de los inmuebles en Francia, sanciona únicamente la obligación de los copropietarios de participar en las cargas relativas a la conservación, sostenimiento y administración de las partes comunes en proporción al valor de sus participaciones privativas. De igual manera, el artículo 1.123 del Código Civil italiano prevé que *«los gastos necesarios para la conservación y el goce de las partes comunes del inmueble, para la prestación de los servicios de interés común y para las innovaciones acordadas por la mayoría son sostenidos por los condóminos en la medida proporcional al valor de la propiedad de cada uno»*.

(29) Este deber es una manifestación específica del deber genérico que la Ley del Suelo impone a todos los propietarios de terrenos, urbanizaciones de iniciativa particular y de edificaciones, consistente en mantener éstos en condiciones de seguridad, salubridad

En consecuencia, las obras de conservación se encaminan a mantener el edificio en perfecto estado de uso y disfrute, comprendiendo: las obras de reparación en sentido estricto y las de rehabilitación, siempre y cuando el objeto de éstas sea mantener, reponer y adaptar los edificios a las condiciones de seguridad, habitabilidad, estanqueidad y estructura exigibles (30).

Ni que decir tiene que las obras de conservación han sido, tradicionalmente, instauradas por las Ordenanzas de policía sobre edificaciones, cuya competencia corresponde a los Municipios (31). El ya aludido artículo 19 de la LRSV impone a los propietarios el deber de cumplir las normas contenidas en el Planeamiento y legislación, incluidas las relativas a la rehabilitación urbana. Lo que significa que la rehabilitación puede venir impuesta por el Planeamiento, esto es, ser una rehabilitación forzosa; si bien el supuesto normal lo constituye la rehabilitación establecida por las normas generales (32).

En términos genéricos, el deber de conservación no puede ir más allá de lo que puede considerarse vida normal del edificio, construcción o instalación. Su exigencia no puede abarcar medios técnicos o económicos desproporcionados. La Jurisprudencia ha sido clara siempre en su delimitación cuando considera que «la obligación de mantener las edificaciones en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público tiene como límite la ruina

y ornato público (art. 19 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo y valoraciones). Además esta obligación entronca con lo dispuesto en el artículo 39 de nuestra Constitución Española, donde se consagra el derecho a una vivienda digna y en idénticas condiciones de habitabilidad.

(30) Sumamente ilustrativa del alcance del deber de conservación, aun con anterioridad a la reforma, es la sentencia del TSJ de Navarra, de 29 de junio de 1995 (AC 1995/5929). En la misma se establece que: «*La Comunidad de propietarios no sólo tiene la facultad, sino el deber de efectuar cuantas reparaciones y obras sean necesarias, no sólo para la conservación del inmueble, sino a fin de evitar que la existencia de defectos en los elementos comunes impidan o menoscaben el derecho que los comuneros o propietarios individuales tienen sobre el goce y disfrute de sus elementos privativos. Es decir, la realización de obras, tanto de carácter ordinario como extraordinario, no es algo que quede al arbitrio de la Junta de Propietarios, sino que cualquiera de ellos puede exigir las, según el carácter de la reparación a efectuar, siempre que no supere el límite del 50 por 100 del valor de la edificación (...) La referida obligación no supone un cumplimiento de las simples obligaciones de conservación del inmueble, sino que han de lograr la reparación, con los medios técnicos precisos a tales efectos (...)*».

(31) Artículo 25.2.a), c), d), h) LBRL.

(32) Este deber de conservación de los edificios, que es expresión de la función social de la propiedad urbana, está reconocido indirectamente en el Código Civil, que lo vincula a la posibilidad de ruina del edificio: «*Si un edificio, pared, columna o cualquier otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Si no lo verificare el propietario de la obra ruinosa, la autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo*» (art. 389 del Código Civil). Este deber de conservación conlleva el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial extracontractual de los propietarios de edificios, tal y como reconoce el artículo 1.907 del Código Civil.

económica y el coste no debe ser superior al 50 por 100 del valor actual del edificio» (33).

Se trata, en definitiva, de que se repongan las construcciones e instalaciones a sus condiciones preexistentes de seguridad o salubridad, sustituyendo o consolidando los elementos dañados que afecten a su estabilidad o sirvan al mantenimiento de sus condiciones básicas de uso.

Con la legislación anterior, la falta expresa de fuente normativa provocaba que esta decisión debiera adoptarse por acuerdo mayoritario de la Junta. Y que en la práctica fuera frecuente que se adoptaran acuerdos nulos por ser contrarios a derecho (34). Probablemente, la normal escasez de fondos en las comunidades haya sido siempre el factor determinante de la conflictividad a la hora de llevarlas a cabo, pues su adopción en Junta extraordinaria siempre implicará la consiguiente derrama de gastos entre los propietarios.

La finalidad que se persigue con la redacción del actual artículo 9, apartado 1.º f) de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Propiedad Horizontal, es cubrir la reparación de dichas obras, al establecer el precepto la obligación de constituir en las comunidades un fondo de reserva para la conservación y reparación del edificio, cuya adopción no podrá ser inferior al 5 por 100 del presupuesto ordinario.

Pero se suele dar otra causa de negativa a efectuar las reparaciones, puesta de manifiesto también por la jurisprudencia, y que a efectos de nuestro planteamiento nos interesa destacar, ya que existe la falsa creencia de que la comunidad no debe responder, ante la posible existencia de terceros responsables, normalmente la empresa constructora, a los que se les acusa de los defectos. Pues bien, debe de quedar claro que aunque pueda existir esa responsabilidad ello no debe ser un obstáculo a la hora de acometer las obras, pues siempre existirá la posibilidad de repetir el pago que hubiera implicado la reparación contra dichos terceros.

Con lo expuesto ha de considerarse afortunada la norma en cuanto sanciona expresamente una obligación que ha de estimarse ineludible pero que, en la práctica, no siempre lo es. Resulta obvio que, aunque configurada la obligación de conservar el inmueble y sus servicios como obligación de colectivo, se trata de una obligación que alcanza a los comuneros que componen la comunidad. La cuestión es: ¿deben responder todos los propietarios por igual?

(33) En este sentido se pronuncia la STS de 6 de marzo de 1990.

(34) En este sentido se pronuncia la STS, de 11 de febrero de 1985, cuando establece que *«es obligación de la comunidad de propietarios el mantenimiento constante de los elementos comunes en estado de servir para la finalidad que les sea propia..., siendo por ello nulo, por contrario a derecho, el acuerdo de la Junta extraordinaria que resolvió no ser de incumbencia de la comunidad instar la reparación de la cubierta, elemento común»*.

2. ¿TIENE TODO PROPIETARIO DE UN PISO O LOCAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EL DEBER DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN?

Los gastos de conservación y sostenimiento disfrutan también de la condición de créditos privilegiados a favor de la comunidad en las condiciones establecidas en el artículo 9, apartado 1.º *e*) de la LPH. Así lo establece expresamente el mismo artículo 10, apartado 4.º, cuando señala que al pago de estos gastos estará afecto el piso o local en los términos y condiciones establecidos en el artículo 9 para los gastos generales.

La exégesis sistemática de este artículo 10, apartado 4.º LPH, en relación con el párrafo inicial del artículo 9, apartado 1.º *e*), nos llevaba a entender que son distintas las obligaciones expresadas en una y otra norma, por ser diferentes los gastos que con ellas se sufragan. De manera que habíamos concluido que los gastos generales que se contemplan en el artículo 9, apartado 1.º *e*) eran los dotados del requisito de su previsibilidad, es decir, los recogidos en el presupuesto anual que necesariamente aprueba la comunidad [art. 14.*b*)] y que, normalmente, se distribuyen entre los comuneros en cuotas de periodicidad mensual. Al margen de estos gastos se encontraban los derivados de las atenciones que contempla el artículo 10, apartado 4.º, cuya aprobación [art. 14.*c*)] ha de considerarse competencia de la Junta de Propietarios, también alcanzados por el especial régimen prelativo del artículo 9, pero que, de distinta manera a la expresada, habían de configurarse al margen de la idea de previsibilidad presupuestaria. Esto es, se incluiría en este último precepto los gastos de conservación del inmueble que surgen improvisadamente, a los que ha de hacerse frente utilizando bien el fondo de reserva bien acudiendo a las tradicionales derramas que la Junta debe de acordar y a las que, expresamente, se quiere dotar del mismo régimen prelativo establecido para el cobro de la vulgarmente denominada «cuota» mensual.

En el supuesto del artículo 10, apartado 4.º LPH, sin embargo, el criterio de la utilidad o beneficio es un factor fundamental a la hora de delimitar el ámbito de los sujetos obligados a participar en el sostenimiento de estos gastos, ya que no siempre el sostenimiento de las obras necesarias disfruta de la condición de gasto general, por ser imputable sólo a uno o varios propietarios y no a todos. Esto significa que el piso o local quedará afectado en la medida en que ese gasto de conservación haya repercutido en su utilidad o haya beneficiado a su propietario (35). Por lo que el crédito que surge a favor

(35) No debe olvidarse que conforme al apartado 2.º del artículo 9 de la LPH, se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos o locales. Se abre así una puerta a la introducción de sistemas semejantes al ordenamiento francés e italiano, en los que el criterio de imputabilidad, utilidad y beneficio es un factor fundamental a la hora de delimitar el ámbito de los sujetos obligados a participar en el sostenimiento de los gastos generales. Sirva de ejemplo el apartado 3.º del artículo 1.123 del

de la comunidad reúne las características del crédito refaccionario y, en consecuencia, el comprador se encontrará en dicha situación (36).

En nuestro Ordenamiento el caso más representativo al respecto es el de los gastos de conservación y mantenimiento ordinario de los elementos comunes que son asignados en uso exclusivo a uno o varios propietarios, a los que la jurisprudencia viene calificando como gastos imputables a los beneficiarios del mencionado derecho. Por mencionar un ejemplo práctico suficientemente expresivo, piénsese en el caso de los garajes que se configuran en el título constitutivo como elementos comunes, pero que, dadas las características espaciales o estructurales, no permiten que todos los propietarios puedan disfrutar de una plaza de aparcamiento, procediéndose al sorteo de las mismas (37).

Conviene señalar que el propio legislador se ha preocupado de establecer en el apartado 3.º del artículo 10 LPH que en caso de discrepancias sobre la naturaleza de las obras se resolverán por acuerdo de la Junta, por laudo arbitral o por informe técnico. El problema en estos casos se centrará única y exclusivamente en determinar si como consecuencia de la utilización en las obras de materiales suntuosos, de muy superior calidad a los que originariamente poseía el inmueble, se evidencia en el edificio una indudable mejora que pueda sobrepasar la idea de conservación o reparación. De manera que la obra se encuadraría en el ámbito normativo del artículo 11, si bien delimitar la frontera entre uno y otro precepto es harto problemático y ello ha de valorarse en función de un criterio de proporcionalidad económica y razonabilidad técnica: es coherente innovar o mejorar para ahorrar futuras conservaciones.

Código Civile italiano, donde se establece que: «Cuando el edificio tanga varias escaleras, patios, terrazas, obras e innovaciones destinadas a servir a una parte del edificio, los gastos de mantenimiento y conservación están a cargo del grupo de condóminos a quienes beneficie» (ECHEVERRÍA SUMMERS, F., «Artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cit., pág. 313).

(36) Aunque nuestro Código Civil no define expresamente qué se debe entender por crédito refaccionario, limitándose a otorgarle un privilegio especial sobre los inmuebles, parece que según la tradición histórica, tanto desde el Derecho romano como desde las Partidas, se trata de una hipoteca (antes tácita), ahora, con la Legislación Hipotecaria (art. 59 LH), expresa, referente a los créditos procedentes de préstamos de dinero con destino a la construcción o reparación de naves y edificios (ULPIANO D. 42, 5, 24, 1); (Partida V, Título XIII, Ley 26).

(37) Distinto es el supuesto, como veremos a continuación, del servicio que se incorpora al inmueble que le corresponde por naturaleza y que, pese a que los propietarios del bajo pueden no *utilizarlo*, ello no significa que, en definitiva, no les beneficie o sea útil en el conjunto del inmueble, ya que lo determinante es que incremente el valor económico del mismo y, en caso de transmisión del local, será mayor el beneficio o mayor valor del bien y, en definitiva, su precio se habrá incrementado, al ofrecer el servicio el inmueble del que antes carecía.

V. ¿CUÁNDO ESTÁ OBLIGADO EL PROPIETARIO DE UN PISO O LOCAL EN PROPIEDAD HORIZONTAL AL ABONO DE LAS DERRAMAS PARA EL PAGO DE LAS MEJORAS REALIZADAS O POR REALIZAR?

El nuevo artículo 11, apartado 4.º de la LPH, establece que las derramas para el pago de las mejoras realizadas o por realizar serán de cargo de quien sea propietario en el momento de la exigibilidad de las mismas.

Con este precepto, al parecer, se trata de completar el régimen de contribución a los gastos generales que se puedan generar en la propiedad horizontal, de manera que el primer problema que se presenta es el de tratar de delimitar a qué tipo de gasto se refiere el precepto. Hemos visto que el artículo 9, apartado 1.º *e*) de la LPH establece un privilegio a favor de la comunidad con la finalidad de facilitar el cobro de los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble en el supuesto de cambio de titularidad y que el artículo 10, apartado 4.º disponía la misma norma para los gastos de conservación.

1. ¿A QUE TIPO DE MEJORAS SE REFIERE EL ARTÍCULO 11 DE LA LPH?

El artículo se centra fundamentalmente en establecer el sistema de adopción de las mejoras útiles y las de lujo o puro recreo, es decir, aquellas obras que, alterando la situación preexistente de la cosa, y no siendo indispensables para su conservación, se dirigen a obtener unas mejores condiciones en el uso y disfrute del edificio, o por el contrario, simplemente atienden al ornato o embellecimiento del mismo, al recreo o comodidad de sus propietarios. Se impone, por tanto, distinguir entre los gastos de conservación, que se refieren a los gastos de mantenimiento, y los de sustitución que se refieren al cambio de elementos que por ser comunes constituyen e integran el valor del inmueble (38). A estos últimos se refiere el artículo 11 de la LPH.

La nueva redacción del artículo 11 atiende al carácter dinámico que debe acompañar el funcionamiento de las comunidades de propietarios y la necesidad de adaptar los edificios y sus elementos al estado de la técnica. El carácter desfasado del criterio que se venía utilizando para calificar una obra

(38) En este sentido se pronuncian entre otras: la sentencia de la AP de Castellón, de 9 de noviembre de 1998 (AC 1998/2376); la sentencia de la AP de Vizcaya, de 20 de abril de 1998 (AC1998/5327); la sentencia de la AP de Valladolid, de 30 de octubre de 1996 (AC 1996/2006), y la sentencia de la AT de Madrid, de 11 de febrero de 1982 (esta última sentencia puede verse en la obra de GARCÍA GIL, F. J., *La propiedad horizontal y su jurisprudencia*, Pamplona, 1994, pág. 353).

como suntuosa fue lo que impulsó una de las proposiciones de Ley que han culminado en la reciente modificación legal (39).

La primera conclusión que cabe extraer del artículo en cuestión es que una obra, aunque sea de mejora, tiene carácter necesario cuando lo imponga la normativa sectorial o especial aplicable al elemento o porque se imponga en atención a la naturaleza y características del edificio. De manera que, en estos casos, si no se obtiene el acuerdo pertinente, cualquier propietario puede acudir al juez solicitando la ejecución de las obras. Aparte, los propietarios que se hubieren opuesto a la aprobación de las obras responderán individualmente de las sanciones que pueda imponer la Administración (40).

Una vez aprobado el acuerdo, debe examinarse la condición que tienen las obras, para, a partir de dicho dato, poder determinar quiénes son los propietarios obligados a costear los gastos derivados de las mismas (41). Según el texto del artículo 11, podría establecerse la siguiente clasificación:

1.1. *Innovaciones requeridas para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble en atención a su naturaleza y características*

La regulación anterior se refería a estos mismos supuestos utilizando el término de «rango» del inmueble y el mismo venía siendo interpretado como un concepto objetivo referido a la calidad o categoría del edificio (42).

(39) En concreto se trata de la presentada por el Grupo Parlamentario Popular. En la Exposición de Motivos de la misma se destacaba que cualquier mejora que en la actualidad se pretenda introducir en las comunidades de propietarios supera de largo el criterio de una mensualidad que se recogía en el anterior artículo 10 de la LPH; por lo que mantener el mismo suponía un grave obstáculo para conseguir que las edificaciones se adaptan a las condiciones que demanda el actual nivel de condición de vida, y amparar la situación de los propietarios insolidarios que, conocedores de la defectuosa redacción legal, desean aprovecharse de las mejoras, eludiendo la contribución a sus gastos por el mero hecho de que supera una mensualidad ordinaria de los gastos comunes (vid. *Proposición de Ley de modificación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal*, publicada en el BOCG de 17 de febrero de 1997).

(40) En este sentido resulta clarificador el contenido del artículo 10, apartado 2 de la LPH.

(41) Es clarificadora, en este sentido, la AP de Guadalajara en sentencia de 28 de enero de 1997 (AC 1997/71), cuando dispone: «(...) es preciso insistir en la naturaleza de las obras ejecutadas, al efecto, esta vez, de concretar si estamos ante reparaciones, instalaciones, servicios o mejoras requeridos o no para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su rango, con la consecuencia, en caso afirmativo, de la obligación de todos los copropietarios de contribuir a su abono, y en caso contrario de no poder ser compelido el disidente a participar en ese coste ni incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja (...)».

(42) Muy ilustrativas al respecto son las palabras escritas por HIDALGO, cuando escribe: «el inmueble debe ser conservado en condiciones de habitabilidad, según su rango, realizando por lo tanto no sólo las obras y reparaciones a que dé lugar su uso y que se

Mantener la naturaleza y características del inmueble puede suponer que se realicen una serie de obras o de instalaciones nuevas, destinadas a mejorar la habitabilidad del edificio permitiendo un uso más cómodo del mismo o de los elementos comunes (43).

Lo que justifica aquí la exigibilidad de estas innovaciones y las diferencia de las obras de conservación y reparación es precisamente el mantenimiento de la naturaleza y características del inmueble. No estamos, por tanto, ante las denominadas innovaciones o mejoras de lujo, que trataremos a continuación, porque éstas no se requieren para la conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, sino sólo para el embellecimiento del mismo o para la mayor comodidad de sus propietarios.

En este caso, se trata de interpretar un concepto jurídico indeterminado, lo que impide que la interpretación de la expresión «naturaleza y características del inmueble» pueda ser uniforme, debiendo atenderse a los datos fácticos que concurren en cada supuesto. Un ejemplo típico de obra necesaria en función de las características es el representado por la instalación de un ascensor en un edificio de elevada altura (44).

La naturaleza y características del edificio han de valorarse en el momento en el que se desee introducir la modificación o mejora, como resultante de la situación presente de la casa, la calle, el barrio, etc., con independencia de las que hubiera presentado en otro tiempo.

Pues bien, al abono de estos gastos de instalación, conservación y mantenimiento de estas innovaciones, una vez se adopte el acuerdo correspondiente, están obligados *todos los propietarios*, habida cuenta que se incluyen dentro del ámbito de aplicación del deber que tiene todo propietario de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, en cuanto a los gastos para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización [aptdo. 1.º e) del art. 9 LPH].

En otros términos, al ser un gasto que repercute en la mejora o innovación del inmueble, según su naturaleza, el que ostente la propiedad del mis-

ordenen por la autoridad competente (...), sino también las que los adelantos técnicos vayan introduciendo y sean de uso común en casas del mismo rango» (*Régimen legal de las casas por pisos*, citado en FUENTES LOJO, *op. cit.*, pág. 375).

(43) Señala como ejemplos VENTURA-TRAVERSET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, cit., pág. 325 y sigs., algunos casos recogidos por la jurisprudencia menor, como la instalación de portero electrónico o de un segundo ascensor. Asimismo, se alude a la sustitución de un ascensor por otro más rápido y seguro; la instalación de un nuevo sistema eléctrico que evite los riesgos del antiguo y el adecentamiento de la portería.

(44) Así lo han entendido nuestros Tribunales en numerosas sentencias. Sirvan de ejemplo las de la AP de La Coruña, de 8 de septiembre de 1998 (AC 1998/1659); de la AP de Granada, de 7 de noviembre de 1996 (AC 1996/2307); de la AP de Madrid, de 24 de abril de 1996 (AC 1996/812).

mo en el momento de su exigibilidad será el obligado al pago, pues, en definitiva, es quien resulta beneficiado (45).

1.2. *Innovaciones no requeridas para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble*

En este tipo de innovaciones no se da la zona de interferencia con las obras necesarias para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, como ocurría en el caso anterior. Así, mientras en el apartado anterior nos referíamos a las mejoras útiles, en este estamos ante las denominadas mejoras de lujo y gravosas. Las de lujo son aquellas innovaciones que no siendo necesarias para la conservación del edificio, ni contribuyendo a aumentar su productividad en relación con el gasto que importan, van dirigidas al ornato y embellecimiento del inmueble, o al mayor recreo y comodidad de sus propietarios. Las gravosas están integradas por todas aquellas que tienen carácter muy oneroso para los propietarios de los distintos pisos o locales en que el inmueble se encuentra dividido (46).

En cualquier caso, este tipo de innovaciones no pueden ser exigidas por ningún propietario, aunque no hay duda de que la Junta podrá adoptar válidamente acuerdos para la realización de las mismas. En el artículo 11, apartado 2.º LPH no se alude expresamente a ello, si bien parece obvio que la interpretación debe venir de la mano del régimen previsto en el artículo 17 LPH. Ello significa un cambio de criterio importante: todos los acuerdos a que se refiere el artículo 17, regla 1.ª quedan excluidos del régimen aplicable a este tipo de innovaciones, a pesar de que antes de la reforma la jurisprudencia encauzaba alguno de ellos por la vía del artículo 10 derogado. El motivo está en el párrafo quinto del artículo 17, apartado 1 LPH, que establece que «los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios». Es decir, obligan incluso al disidente, a quien no vota a favor del acuerdo.

(45) En el Fundamento Jurídico 1.º de la sentencia de la AP de Madrid, de 30 de marzo de 1998 (AC 1998/5224) se puede apreciar bien esta idea, cuando dispone: «la demandada no está excluida de los gastos de sustitución de los mismos (ascensores), sustitución a la que debe contribuir según coeficiente de participación aunque no utilice dichos ascensores por cuanto que supone la introducción de un nuevo elemento común del que pasa a ser copropietario la entidad demandada y en consecuencia parecería injusto adquirir la propiedad de algo cuyo precio no se ha contribuido a satisfacer, a lo que debe añadirse también, que obtiene el beneficio del aumento de valor del inmueble del que es copropietario por la instalación de un elemento nuevo (...)».

(46) MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Código de Propiedad Horizontal*, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 999 y sigs., recoge las diferencias existentes entre las innovaciones de lujo y las gravosas, a pesar de que en la LPH ambas están sometidas al mismo régimen jurídico.

En consecuencia, existen dos posibilidades a la hora de adoptar los acuerdos relativos a las innovaciones: una, la mayoría exigida en el artículo 17, regla 3.^a (o sea, la mayoría de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación en primera convocatoria, o simple mayoría de los asistentes, siempre que representen más de la mitad de las cuotas de los presentes, en segunda convocatoria), o dos, la mayoría del artículo 17, regla 2.^a en cuanto a la adaptación de las infraestructuras comunes para el acceso a servicios de telecomunicaciones o a nuevos suministros energéticos (un tercio de los propietarios integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación). Por otra parte, sí parece claro, por la especial naturaleza de estas innovaciones no exigibles, que no existe la posibilidad de adoptar acuerdos para la realización de las mismas por vía judicial, es decir, la prevista en el último párrafo del artículo 17, regla 3.^a, esto es, cuando la mayoría no se puede conseguir por cualquiera de los procedimientos recogidos en dicho precepto.

No obstante, la peculiaridad de este tipo de obras no se presenta tanto en su adopción, cuanto en la determinación de las personas que vienen obligadas a soportar los gastos de instalación y mantenimiento de la mejora o servicio en cuestión. Señala el precepto comentado que cuando se trate de mejoras no exigibles, cuyo coste de instalación exceda de tres mensualidades ordinarias, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota de participación, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja. Veamos.

2. PROPIETARIOS OBLIGADOS A PAGAR EL COSTE DE LA INSTALACIÓN

Recordemos que en el supuesto contemplado en el artículo 11, apartado 1.º LPH, esto es, cuando la innovación o mejora se adopte como consecuencia de la *naturaleza del inmueble*, todos los propietarios del bien inmueble están obligados a participar en el gasto que haya generado dicha innovación, ya que, como vimos, formaba parte del deber que corresponde a todo propietario de contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido respecto de los gastos para el adecuado sostenimiento del inmueble no susceptibles de individualización del artículo 9, apartado 1.º e) LPH.

La primera cuestión que se plantea respecto de lo establecido en el artículo 11, apartado 2.º LPH es la de determinar los requisitos necesarios para que un propietario tenga la consideración de disidente respecto de un concreto acuerdo. La norma aporta pocos datos al respecto, pues se limita a establecer que en los casos en que la cuota de instalación de las innovaciones no exigibles, esto es, la que hemos llamado de lujo y gravosas «exceda del importe de tres mensualidades ordinarias comunes, el disidente no resultará

obligado». Por tanto, la existencia o no del exceso depende, por un lado, de lo establecido en el artículo 14.b), es decir, de que previamente se haya fijado por la Junta el plan de gastos e ingresos previsibles, y por otro, de la cantidad con que cada propietario deba contribuir a los gastos generales de acuerdo con el artículo 9, apartado 1.º e) LPH (47).

Parece claro que por disidente debe entenderse todo propietario que expresamente se haya opuesto a la adopción del acuerdo. En un tiempo se sostuvo por nuestros Tribunales que era necesaria, primero, la oposición en la Junta de Propietarios y, luego, la impugnación judicial del acuerdo en el plazo oportuno (48). Sin embargo, no parece que tenga sentido que el legislador establezca una norma de protección a favor del propietario disidente, para posteriormente obligarle a ir a los Tribunales, con los costes que ello representa, cada vez que la comunidad apruebe una obra gravosa no necesaria.

El artículo 17, regla 2.ª, párrafo segundo, es muy claro, para el supuesto concreto regulado en el mismo, cuando establece que no se podrá repercutir el coste de la instalación o adaptación de infraestructuras sobre los propietarios que no hubieran votado *expresamente* en la Junta a favor del acuerdo. Las dudas se proyectan sobre los no asistentes. Y en este sentido el artículo 19, apartado 3.º, párrafo 2.º LPH, proporciona un dato importante al ordenar que en todo caso el acta de las reuniones se remita a todos los propietarios, incluidos los ausentes, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 9, apartado 1.º h) LPH. De manera que cabe interpretar que sólo tendrán la consideración de no disidentes los que hubieran votado a favor de la innovación, de ahí la importancia del contenido del acta a que se refiere el artículo 19, apartado 2.º LPH. Los no asistentes, sin embargo, pueden asumir posteriormente el acuerdo y participar de las ventajas de la innovación.

Aclarado lo anterior, si el coste de la innovación no excede del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el acuerdo se podrá imponer incluso a los propietarios disidentes. El régimen jurídico aplicable será a estos efectos el mismo que el de las innovaciones exigibles, debiendo ser costeadas por todos los propietarios, en razón de su baja cuantía.

Por el contrario, cuando el coste de la innovación excede de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no queda obligado ni se modificará su cuota, incluso aunque no se le pueda privar de la mejora o

(47) Desde esta perspectiva no es posible la realización de ciertas maniobras fraudulentas para hacer pagar a los propietarios disidentes, como hacer una innovación por fases, como si fueran distintas innovaciones, una tras otra, con la finalidad de que los gastos a abonar no superen los correspondientes a tres mensualidades ordinarias (DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *La reforma de la propiedad horizontal*, coordinador: Vicente Guilarte Gutiérrez, Valladolid, 1999).

(48) STS de 10 de junio de 1981 (RJ 1981/2519), cuya argumentación la retoma la AP de Guadalajara en sentencia de 29 de enero de 1996 (AC 1996/174).

ventaja. De esta manera se pretende vincular a mayor número de propietarios para el pago de las innovaciones, elevando la cuantía de una (antiguo art. 10 LPH) a tres mensualidades (nuevo art. 11, aptdo. 2.º LPH) a los efectos de considerar al propietario disidente obligado al pago.

En cuanto a la determinación de la cantidad que habrá de abonar el disidente en concepto de gastos de instalación, no está claro que la proporción venga determinada por la cuota que le corresponda en los gastos generales, porque estos deben ser soportados por todos los propietarios (la suma de todas las cuotas de participación ha de ser necesariamente cien), y no así las innovaciones. El artículo 9, apartado 1.º *e*) LPH habla, sin embargo, de la obligación de contribuir a los gastos generales con arreglo a la cuota fijada en el título «o a lo especialmente establecido», por lo que en nuestro caso habrá que estar a los acuerdos que hayan adoptado los propietarios que votaron a favor de las innovaciones, para lo cual podrá tomarse en consideración la cuota de participación en los gastos generales, pero sólo como un dato más, siendo habitual en la práctica costear las innovaciones entre todos los propietarios en la misma proporción.

A través de esta referencia a la contribución a los gastos generales conforme a lo «especialmente establecido» del artículo 9, apartado 1.º *e*) LPH, se abre una puerta a la modificación del sistema de reparto en aquellos casos especiales en que la distinta forma de uso de las cosas y servicios comunes hacen necesario el señalamiento de una forma de pago especial, que se concreta en una cuota que sirve de módulo exclusivamente para esos fines, manteniendo la otra su eficacia general en cuanto a los demás efectos (49).

Mayor problema presenta la determinación de las cantidades que habrá de abonar en concepto de mantenimiento. La solución adecuada pasa por entender que sólo podrán exigirse al disidente aquellos gastos de mantenimiento anteriores a la fecha de incorporación a la mejora o ventaja que no resulten imputables a uno o varios propietarios, es decir, los que merezcan la condición de generales. Quedan descartados los gastos de mantenimiento derivados del mero uso de la instalación, al ser éstos imputables únicamente a los propietarios que se benefician en exclusiva del elemento. En sentido contrario, deberá abonar las cantidades proporcionales que le correspondan, debidamente actualizadas, en la ejecución de obras extraordinarias independientes del uso y disfrute, por cuanto deben considerarse como coste de la

(49) La jurisprudencia ha admitido que el reparto de determinados gastos no sea proporcional sino igualitario entre todos los propietarios, e incluso se ha reconocido la exención del abono de determinados gastos a algunos de ellos, generalmente los dueños de los locales en los bajos del edificio. Vid., entre otras, las SSTS de 25 de junio de 1984 (*RJ* 1984/3261), 2 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/1745), 22 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/10109).

instalación para los que pretenden participar posteriormente de las ventajas de la misma (50).

3. ¿QUÉ TIPO DE CARGA U OBLIGACIÓN SE ESTABLECE EN EL ARTÍCULO 11, APARTADO 4.º DE LA LPH? Y EN CONSECUENCIA, ¿QUIÉN RESULTA OBLIGADO?

Del tenor literal del precepto no parece desprenderse que el piso o local quede sujeto al pago de la deuda, como establece para los gastos generales el artículo 9, apartado 1.e) de la LPH; aunque deba reconocerse que la idea de obligación *propter rem* que se sufre o se soporta por razón de la cosa llevada hasta sus últimas consecuencias pueda implicar el establecimiento de la afección sobre el piso o local del obligado al pago (51).

Ante la duda parece, desde luego, que se debe optar por la interpretación restrictiva, esto es, no otorgar privilegio donde la Ley no lo dispone expresamente. Buen argumento para ello es que tanto en el artículo 9, apartado 1.º e) como en el 10, apartado 4.º, de la LPH, al establecerse el privilegio, se hace de forma expresa. Cosa que no ocurre en el artículo 11 de la LPH, donde sólo se dispone que las derramas para el pago de mejoras realizadas

(50) Sólo resta señalar que el artículo 11, apartado 3 LPH se aplica a cualquiera de las innovaciones estudiadas, sean o no exigibles. Este apartado no hace ninguna distinción, alude genéricamente a las innovaciones, por lo que se aplicará incluso en aquellas en que, según la naturaleza y características del inmueble, la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad de éste requieran nuevas instalaciones, servicios y mejoras. La regla general que se establece es la de no lesionar, sin su consentimiento expreso, el derecho del propietario o propietarios que se vean perjudicados por la innovación. Dicho perjuicio consiste en resultar inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de estos propietarios. Sin embargo, no entramos a desarrollar esta cuestión al tratarse de una de las limitaciones al derecho de uso que puede experimentar un propietario de un piso o local en régimen de propiedad horizontal y que, obviamente, junto con las contempladas en el artículo 7, apartado 2.º de la misma LPH darían para un trabajo mucho más extenso.

(51) De este parecer es ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M. («Artículo 11», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cit., pág. 331), cuando en el comentario al artículo 11 escribe: «En realidad, se trata de complementar el régimen de contribución a los gastos generales, que se constituye sobre la base de una serie de premisas básicas, cuales son: a) Obligación de los propietarios de contribuir a los gastos generales; b) la obligación recae sobre la persona que ostente la condición de propietario de un determinado piso o local en el momento en que las derramas o cantidades sean exigibles —no respecto de quien participó en la aprobación del gasto—; c) la obligación de contribuir a los gastos ya devengados no se extingue por el solo hecho de la transmisión del piso o local; d) se establece una afección real del piso al pago de los gastos generales, de forma que el adquirente de una vivienda o local en régimen de Propiedad Horizontal responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad por los titulares anteriores correspondientes a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior».

o por realizar en el inmueble serán de cargo de quien sea propietario en el momento de la exigibilidad (52).

Se plantea la duda de quién es el que debe pagar las derramas anteriores insatisfechas, es decir, si también las debe asumir el adquirente en el caso de que no se hubieren abonado oportunamente por el propietario anterior o sólo quien era propietario en el momento en que se exigió el pago. La solución a este problema está en íntima conexión con lo establecido en los artículos 9, apartado 1.º e) y 21 de la LPH, pero el supuesto de hecho es diferente. Las derramas por las innovaciones a que se refiere el artículo 11 LPH no son necesariamente «gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización», salvo que incluyamos entre estos gastos las innovaciones requeridas para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, según su naturaleza y características, porque tal y como hemos visto las innovaciones no exigibles son perfectamente individualizables en cuanto a los propietarios que deben costearlas.

Si bien, aunque las derramas por las innovaciones a que se refiere el artículo 11 LPH no son propiamente gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, el régimen jurídico de las mismas no puede ser esencialmente diferente en cuanto a la situación de la comunidad como acreedora. El artículo 11, apartado 4 LPH establece claramente que las cantidades que sean exigibles tras la transmisión del piso o local, son a cargo del adquirente, quedando liberado el transmitente siempre que comunique a quien ejerce las funciones de Secretario el cambio de titularidad, de acuerdo con el artículo 9, apartado 1.i) LPH. Si no procede a practicar dicha comunicación, debe responder solidariamente de las derramas que se devenguen con posterioridad, aunque con una acción de reembolso frente al adquirente, que es quien tiene a su cargo el pago de tales cantidades (53).

(52) En este sentido, la sentencia de la AP de Vizcaya, de 20 de abril de 1998 (AC 1998/5327) dispone claramente (FJ 2.º): «En tercer lugar, y por último, tampoco existe infracción del artículo 9, apartado 5.º de la (antigua) LPH porque la cláusula tercera c) de los Estatutos de la Comunidad no exonera a los propietarios de los gastos de sustitución del ascensor, cláusula de exoneración que conforme a reiterada jurisprudencia debe interpretarse en sentido restrictivo, no siendo equiparables los términos “modificación” y “sustitución”, implicando el mismo gramaticalmente el cambio de una cosa mudando alguno de sus accidentes y el segundo poner una cosa en lugar de otra; cláusula que según manifestara el presidente de la comunidad de propietarios al absolver posiciones ha determinado que hasta este concreto supuesto no se haya hecho ninguna derrama con cargo a los propietarios de lonjas y pisos en relación al mantenimiento y conservación extremo por otro lado no cuestionado».

(53) Es de tener en cuenta el hecho de que el artículo 21 LPH establece que en los casos en que el titular anterior debe responder solidariamente del pago de la deuda, debe ser demandado *conjuntamente* con el propietario actual.

En cuanto a quién debe pagar las derramas insatisfechas, pero devengadas con anterioridad a la transmisión, el artículo 11, apartado 4 LPH, declara también que serán a cargo de quien sea propietario en el momento de la exigibilidad. La cuestión que inmediatamente se suscita es si el comprador del piso o local podrá repetir contra el vendedor cuando éste haya declarado en el contrato que el piso se vende libre de cargas. Parece que la respuesta debe ser negativa, toda vez que la mejora o la nueva instalación será beneficiosa para el nuevo propietario, no para el anterior (54). En este caso, el mayor aprovechamiento es la premisa que se tiene en cuenta para determinar si el comprador del piso o local tiene derecho a ser indemnizado por el pago que tiene que realizar. No cabe duda de que el aprovechamiento será mayor en la medida en que haya habido mejora o innovación, lo que significa que el valor del piso o local ha aumentado, por esto debe repercutirse el gasto concerniente en su actual propietario (55).

VI. VALOR EXTRAJUDICIAL DE LA CERTIFICACIÓN DE LA JUNTA

Parece obvio que ha de existir un concreto acto por parte de la comunidad acreedora que permita la precisión del saldo debido. En este sentido, a la vista del actual artículo 21, apartado 2.º LPH, cabe entender que la fecha de emisión de la certificación que en este último precepto se refiere es el momento determinante de la fijación de la suma que puede verse alcanzada por la preferencia del artículo 9, apartado 1.º e) LPH.

En otros términos, tal certificación, dotada de las garantías que la Ley refleja, marca la fecha a la que referir la preferencia: desde ese momento existe absoluta certeza de una deuda que se incorpora a un título con fuerza *quasi-ejecutiva*, término con el que pueden calificarse las consecuencias que derivan del antiguo procedimiento del referido artículo 21 LPH. Es de subrayar que la cantidad que refleje tal certificación ha de guardar absoluta identidad con la reclamada en el proceso especial de dicho precepto, lo cual refuerza aún más la justificación esgrimida. Apuntaremos, por otro lado, que con la remisión de tal certificación —que ha de ser notificada a los propietarios afectados (art. 21, aptdo. 2 LPH)— se obvian incuestionablemente los problemas de falta de fe-haciencia que en última instancia justificarían su rechazo.

No obstante, debe ponerse de manifiesto que tal problema no solamente se plantea frente a los supuestos de transmisión del inmueble. De este modo, planteado el conflicto entre la comunidad y otros acreedores del renuente

(54) LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, Madrid, 1999, pág. 167.

(55) Recordemos como lo disponía así de forma expresa la sentencia de la AP de Madrid, de 30 de marzo de 1998, en su Fundamento Jurídico 1.º transcrito anteriormente.

copropietario, el crédito amparado por la prelación que la comunidad podrá hacer valer contra dichos terceros es el correspondiente a la anualidad corriente y la anteriormente vencida, el cual deberá computarse desde que se ha emitido la certificación que permite iniciar la agresión contra aquél y, únicamente, si para ello se traba la vivienda o local donde se originó el impago [art. 9, aptdo. 1.º.e), pár. 2.º LPH].

Finalmente, destacaremos que el criterio postergado —la fecha de la presentación de la demanda— tendrá la virtualidad en el caso de que el procedimiento instado por la comunidad contra el propietario deudor no haya seguido el cauce del artículo 21 LPH y, en general, en todos aquellos casos en que no se haya emitido la certificación de la Junta que la Ley tipifica.

VII. MODO DE PROCEDER A LA RECLAMACIÓN

Una de las preocupaciones constantes del legislador en la Propiedad Horizontal ha sido procurar garantizar a las comunidades de propietarios el cobro a los comuneros de los gastos devengados por la propiedad inmueble; pues es evidente que el elevado índice de morosidad repercute desfavorablemente en la vida ordinaria de las comunidades, ya que impide la realización de gastos necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble e implica la imposición de derramas a cargo, al menos inicialmente, de los propietarios que contribuyen al pago de los gastos.

Con la reforma introducida por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, se introdujo en el apartado 2.º del artículo 20 de la LPH de 1960 la posibilidad del embargo preventivo de los bienes del deudor, en base a la certificación del acuerdo de la Junta, pero ello no tuvo el efecto deseado, pues la resolución, acordando el embargo preventivo, no es obligatoria para el Juez, sino que como muy bien dice el citado precepto *«para que pueda decretarse (...)»*, lo que ha provocado diferencias de criterio (56).

La solución adoptada por el legislador, para garantizar y agilizar el cobro de las deudas, en la nueva redacción del artículo 21 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, ha sido el establecimiento de un nuevo proceso, conocido como monitorio (57), basado en la certificación del acuerdo de la Junta de Propie-

(56) Se ha discutido si bastaba la certificación del acuerdo de la Junta, o además, era necesaria la concurrencia en el deudor de las circunstancias del apartado 2.º del artículo 1.400 de la LEC de 1880.

(57) A este respecto, resultan muy significativas las palabras del Diputado del PSOE, señor PEDRET GREZNER en la defensa de la enmienda número 33 en la Comisión del Congreso de los Diputados: «En primer lugar, se pretende solucionar los problemas de la dilación de la administración de justicia a través del mecanismo recurrente de la creación de nuevos procedimientos. (...) A nuestro entender, ello no contribuye a solucionar el problema, sino a aumentarlo. Además, en este caso, el nuevo procedimiento monitorio que

tarios, y que, en su interpretación actual, debe tenerse en cuenta la modificación introducida por la Disposición Final primera de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; siendo además necesario no perder de vista, a efecto de lo que puede sugerir, el procedimiento monitorio que con carácter general regulan los artículos 812 a 818 de esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sí conviene desde ahora señalar que parece evidente que la Comunidad no podrá utilizar el procedimiento establecido en el artículo 21 LPH para la reclamación de las derramas que hayan provocado la realización de innovaciones a las que se refiere el artículo 11, apartado 2.º de la LPH, por cuanto que el procedimiento establecido en aquél está previsto únicamente para exigir judicialmente el cumplimiento de las obligaciones a que se refieren las letras *e*) y *f*) del apartado 1 del artículo 9 LPH. Eso sí, en el caso de innovaciones requeridas para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble (art. 11, aptdo. 1.º LPH) y cuando se trate de innovaciones no exigibles cuya cuota de instalación no exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes (art. 11, aptdo. 2.º LPH), al ser cantidades que se pueden exigir obligatoriamente a todos los propietarios parece que se podrá utilizar dicho procedimiento. Otra cosa es que, pese a ser específico para ello, realmente pueda resultar útil recurrir al mismo y no al declarativo correspondiente, dadas las especialidades derivadas del régimen de la propiedad horizontal que se han mantenido en el artículo 21 de LPH, aun después de su reforma.

1. ACREDITACIÓN MEDIANTE LA CERTIFICACIÓN DE LA JUNTA DEL IMPAGO DE LAS CANTIDADES DEBIDAS EN CONCEPTO DE GASTOS COMUNES

El artículo 17 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, dio nueva redacción al artículo 21 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, e introdujo, por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, un proceso monitorio. En el apartado 4 del referido artículo se estableció que el proceso monitorio se iniciaría mediante una demanda sucinta a la que debía acompañarse una certificación del acuerdo de la Junta de Propietarios que aprobase la liquidación de la deuda con la comunidad.

se convierte luego en verbal, establecido en el artículo 21 no es claro. No lo es porque es nuevo, porque no tiene engarce en leyes procesales actuales, porque no deja claro, por ejemplo, el régimen de recursos (...). En segundo lugar, incurre también en el defecto de pretender una celeridad más ilusoria que real a base de eliminar las garantías en el procedimiento. Estaremos todos de acuerdo en que el juicio verbal ofrece menos garantías que el juicio de cognición. La eliminación de la intervención preceptiva de letrado y procurador no parece que sea el elemento que más garantías da a un procedimiento.

El tenor literal de este apartado 4 no sólo establecía que esta certificación era el único documento que podía esgrimirse para fundar la demanda sucinta que daba inicio al proceso monitorio, ni se limitaba a señalar que la falta de presentación de esta certificación determinaba la inadmisión de la demanda, sobre todo establecía que su presentación abría, en todo caso, las puertas del proceso monitorio. Ciertamente, el despacho de la ejecución sólo era procedente una vez verificada la falta de comparecencia u oposición del demandado, pero la Certificación de la Junta era título necesario y suficiente para requerir de pago al deudor. Era un título admonitivo (58).

En otros términos, a la Certificación de la Junta, como documento que acredita un conjunto de hechos típicos, la Ley de Propiedad Horizontal anudaba, en su artículo 21, la posibilidad de solicitar la iniciación de un proceso monitorio: el conjunto de actividades procesales dirigidas a la constitución de un título ejecutivo, si se verificaba la falta de oposición del deudor.

El artículo 21 de la LPH ha sido modificado nuevamente por la Disposición Final primera de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que ha suprimido el proceso monitorio especial de la LPH. Las reclamaciones dinerarias dirigidas por las Comunidades de Propietarios de bienes inmuebles contra los deudores morosos por las deudas descritas en las letras *e*) y *f*) del apartado 1 del artículo 9 de la LPH podrán encauzarse ahora a través del proceso monitorio regulado en la LEC.

La introducción del proceso monitorio como cauce procesal de carácter general para la reclamación de deudas dinerarias líquidas hacía aconsejable la unificación en una única regulación, de los preceptos procesales contenidos en la LPH y los que iban a regular el proceso monitorio en la nueva Ley Procesal Civil. El artículo 812 de la LEC señala que deberá admitirse la petición inicial del proceso monitorio cuando la deuda se acredite mediante una Certificación de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.

(58) Señala CARNELUTI que «cuando un hecho —en este caso un documento— no sirve para juzgar sobre la existencia de otro hecho, sino para determinar su juridicidad, tal hecho no es prueba, sino otra cosa: un título» (citado en LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000*, coordinador: Díez-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio, Madrid, 2000, pág. 121 en nota 156). Este último autor, sumándose a la posición de CARNELUTI, escribe: «Su carácter de título admonitivo resulta evidente si se tiene en cuenta el tenor del apartado 1 del artículo 815 de la LEC/2000, en el que se señala que sólo se requerirá de pago al deudor, esto es, sólo se admitirá la petición inicial, cuando los documentos presentados para acreditar la deuda cuyo pago se reclama constituyen un principio de prueba, salvo que se tratase de alguno de los documentos del ordinal 2.º del artículo 812 de la LEC/2000 (entre los que se encuentran la certificación). Mientras el órgano jurisdiccional debe valorar la credibilidad que le merecen los documentos que el actor acompaña a la petición inicial del proceso monitorio, en cambio, cuando de una Certificación de la Junta se trate, el órgano jurisdiccional debe limitarse a examinar la regularidad formal de la certificación que se presenta y, si no adolece de defecto formal alguno, deberá admitir la demanda y requerir de pago al deudor».

Es ostensible la diferencia que existe entre los supuestos regulados en los ordinales 1.º y 2.º del apartado 2 del artículo 812 de la LEC. Así, en el ordinal 1.º se exige la acreditación de una «relación anterior duradera» como también la misma existencia de la deuda, sin que se designe el tipo de documento mediante el que deberá realizarse dicha acreditación. En este caso, el órgano jurisdiccional no debe limitarse a examinar la regularidad formal del documento que se le presenta, sino su mismo contenido, porque no se exige en dicho precepto forma regular alguna al documento acreditativo. En cambio, en el supuesto recogido en el ordinal 2.º se establece de forma expresa que la acreditación de la existencia de deudas por gastos comunes impagados deberá resultar de la presentación de una Certificación de la Junta de Propietarios.

De lo anterior se deduce que si la Certificación antes era el único medio para acceder al proceso monitorio, ahora es un modo más de acceder al mismo. Luego, la cuestión que se suscita es si es posible acceder al proceso monitorio para reclamar el pago de alguna de las deudas cuyo impago certifica la Certificación de la Junta, sin valerse de la misma. Es decir, cabe plantearse si la Comunidad de Propietarios podrá acudir a este proceso monitorio para reclamar alguna de las deudas de las letras *e)* y *f)* del apartado 1 del artículo 9 de la LPH, si acredita su existencia mediante otro documento que, sin ser una certificación, tenga, al menos, el carácter de un principio de prueba de su derecho, como, por ejemplo, un recibo emitido por el Administrador de la Comunidad de Propietarios que le hubiera sido devuelto sin que el deudor atienda su pago o, incluso, una Certificación del Administrador de las cantidades adeudadas aunque no conste acuerdo alguno de la Junta de Propietarios de exigir el importe (59).

Parece que la respuesta depende de la interpretación que se dé al apartado 2 del artículo 21 de la LPH, tal y como ha quedado redactado tras la modificación realizada por la Disposición Final primera de la Ley 1/2000. El referido apartado establece que «la utilización del procedimiento monitorio *requerirá* la previa certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda con la comunidad de propietarios». De manera que el proceso monitorio especial que se introdujo en el artículo 21 de la LPH, mediante la Ley 8/1999, parece que ha quedado igual, sin advertir que las deudas de las letras *e)* y *f)* son deudas dinerarias líquidas, cuya reclamación a través del nuevo proceso monitorio sería posible, mediante un simple principio de prueba y sin necesidad de un título admonitivo.

(59) La sentencia de la AP de Málaga, de 2 de septiembre de 1998 (AC 1998/6667) señala que no es necesario que conste el acuerdo de la Junta aprobatorio de la liquidación de la deuda cuando no se pretendiese la adopción del embargo preventivo de los bienes del deudor, con apoyo en el artículo 1.400 de la LEC de 1881, sino tan sólo el cobro de las sumas debidas a la Comunidad.

Desde que se ha generalizado el proceso monitorio para la reclamación de todo tipo de deudas dinerarias y exigibles, el título admonitivo que facilitaba el acceso al proceso monitorio se ha convertido, más bien, en un obstáculo si se compara con la facilidad para acceder a este mismo tipo procedimental, cuando el crédito cuyo pago reclama se documenta mediante un simple principio de prueba. Los numerosos requisitos que rodean la emisión de una certificación supondrán un retraso en la efectividad de la reclamación, pues según el apartado 2 del artículo 21 de la LPH, la Certificación documenta un acuerdo de la Comunidad de Propietarios que tiene por objeto la liquidación de la deuda pendiente y, por tanto, parece dar a entender que este acuerdo liquidatorio deberá adoptarse una vez producido el impago y aunque este impago esté documentado por escrito. Por consiguiente, exige una convocatoria de la Junta, la expedición de una Certificación por el Secretario, el visto bueno del Presidente y, finalmente, su notificación a los propietarios afectados (60).

En definitiva, si se entiende de otro modo, las modificaciones que la Ley 8/1999 introdujo en la LPH, para facilitar la reclamación del pago a los copropietarios morosos, se han convertido, con los avatares legislativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en obstáculos para la reclamación de aquel pago.

2. CAUCE PROCESAL MÁS ADECUADO PARA LA RECLAMACIÓN

Por lógica, la respuesta debería ser: el procedimiento del artículo 21 LPH, en cuanto regula el título que tiene acceso al juicio monitorio, es *lex specialis* respecto al artículo 812 de la LEC/2000. El primero hace referencia a aquellos supuestos en los que la comunidad de propietarios se halla legalmente constituida, con su título, con los órganos legalmente previstos, entre ellos el secretario y presidente, indispensables para que pueda expedirse la certificación a la que el precepto se refiere. El segundo englobaría todos los demás casos en los que existe una comunidad de propietarios cuyo objeto es un inmueble urbano (repárese en que el precepto procesal habla de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos y no de comunidades de propietarios sobre edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal). En éste se comprenderán tanto las comunidades de propietarios de cuatro o menos propietarios (art. 398 del Código Civil y 13, aptdo. 8 de la Ley 8/1999, de propiedad horizontal), como los supuestos de prehorizontalidad, en los que el régimen de propiedad horizontal no llega a nacer por falta de alguno de sus requisitos legales.

(60) Esta notificación tiene carácter de un previo requerimiento extrajudicial del pago de la cantidad adeudada, lo que explica, por otra parte, el tenor del nuevo apartado 3 del artículo 21 de la LPH.

La diferencia en uno y otro caso respecto de la incoación del proceso monitorio no debe ser considerada como meramente terminológica. En la ley procesal se habla de «gastos comunes», mientras que en la ley sustantiva se distingue entre los «gastos generales» [destinados al adecuado sostenimiento del inmueble, según el art. 9, aptdo. 1.a) de la LPH] y el «fondo de reserva» [destinado a atender a las obras de conservación y reparación de la finca según el art. 9, aptdo. 1.º f) de la LPH]. Con lo que se pone de manifiesto la relación de especialidad entre ambas normas: Las comunidades sujetas a la LPH pueden reclamar deudas derivadas del incumplimiento de la obligación de contribuir al fondo de reserva, obligación que no existe para el resto de comunidades a las que, con carácter general, se refiere el artículo 812, apartado 2.2.º de la LEC.

Por otra parte, la literalidad del apartado 1 del artículo 21 de la LPH no impide que un comunero pueda reclamar el pago de deudas, en nombre de la comunidad, a través de un proceso declarativo ordinario (61). Tal reclamación judicial redundaría en beneficio de la comunidad, se encuentra legitimado, en virtud de lo establecido en el artículo 395 del Código Civil. Obviamente, si existe un acuerdo de la Junta de Propietarios por el que se haya convenido no exigir judicialmente el pago de los gastos de la comunidad, el condómino no podría dirigirse contra el deudor moroso, a no ser que impugnase el acuerdo de la Junta.

La duda surge, en el supuesto de que no haya acuerdo alguno de la Junta, en cuanto a la posibilidad de poder acudir también al proceso monitorio o sólo poderse deducir en el juicio ordinario que corresponda por la cuantía de la deuda.

De los artículos 812 y siguientes de la LEC no cabe deducir ningún tipo de limitación para acudir a este proceso especial. La única razón que podría llevar a un órgano jurisdiccional a denegar la admisión de la petición que se formule por los cauces de un proceso monitorio será la falta de verosimilitud de principio de prueba aportado.

Lo que ocurre es que los especiales requisitos que rodean la adopción de estas certificaciones justifican, dentro del proceso monitorio, en primer lugar, el carácter de título admonitivo de la certificación —por lo que el órgano jurisdiccional necesariamente deberá admitir la petición inicial a la que se acompañe una Certificación, una vez examinada la regularidad formal—, en segundo lugar, la posibilidad de solicitar el embargo preventivo de bienes del deudor, cuando éste formule oposición, sin necesidad de acreditar *periculum*

(61) También será necesario reclamar por el declarativo ordinario correspondiente, cuando la deuda supere la cantidad de 30.000 euros, esto es, cinco millones de nuestras conocidas pesetas, ya que el artículo 812, apartado 1 LEC establece esa cantidad como tope para poder reclamar el pago de una deuda dineraria por el proceso monitorio que se regula en la misma.

in mora (aptdo. 5 del art. 21 de la LPH) y, en tercer lugar, la posibilidad de inclusión de los honorarios de Abogado y Procurador del acreedor en las costas procesales si éste decidiese valerse de estos profesionales, aunque su intervención no sea preceptiva.

La mayor fuerza probatoria *prima facie* del derecho de la comunidad de propietarios actora cuando la certificación de la deuda se ha librado con observancia de las exigencias del artículo 21 de la LPH es coherente con el carácter «doblemente bilateral» de dicho título. En efecto, el comunero deudor ha tenido conocimiento, o al menos ha tenido la oportunidad de conocer, en dos ocasiones, la existencia e importe exacto de la deuda, pues, éste, con los demás propietarios, debió ser convocado a la Junta en la que se adoptó el acuerdo liquidatorio, mediante alguno de los acuerdos previstos en el artículo 9, apartado 1.º h) de la LPH (62). Y, en segundo lugar, dicho acuerdo le debió ser notificado, de nuevo por una de las indicadas vías, con lo que aumentan las posibilidades de que su pasividad extrajudicial sea significativa de renuencia al cumplimiento de sus obligaciones, por lo que es lógico que el legislador prevea el reforzamiento de la posición acreedora de la comunidad.

Parece que cobra aquí su mayor esencia la técnica monitoria justificada en el «pague o dé razones», porque si, tras un requerimiento de veinte días, el deudor no comparece, no es posible permitir que su actitud, propia de un allanamiento tácito, desnaturalice la técnica monitoria; más aún cuando, despachada ejecución, «proseguirá ésta conforme a lo dispuesto para las sentencias judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos» —dice el art. 816, aptdo. 2 de la LEC— y convirtiéndose, finalmente, la petición monitoria en un auténtico título ejecutivo (63).

3. COMPETENCIA

La competencia objetiva y funcional para el conocimiento de estos procesos se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia y a las Audiencias Provinciales, en segunda instancia, según lo dispuesto en los artículos 82 y 85 de la LOPJ y los artículos 45 y 46 de la LEC.

(62) Este precepto prevé que las comunicaciones al propietario se efectúen en el domicilio por él designado, en su defecto, en el piso o local y, de ser imposible una u otra, mediante colocación de la correspondiente comunicación durante tres días naturales de la citación en el tablón de anuncios de la comunidad o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por el Secretario con el visto bueno del Presidente.

(63) LORCA NAVARRETE, A. M., «El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal», Madrid, 2000, pág. 182.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 813 de la LEC, la competencia territorial corresponde al Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor, si bien para este supuesto de reclamación motivada por impago de gastos comunes, con acompañamiento de la certificación requerida en el artículo 21 LPH, también será competente el tribunal del lugar donde radique la finca a elección del solicitante.

Tras la reforma operada en el artículo 21 LPH por la Disposición Final Primera de la LEC, desaparece la alusión expresa del apartado 3 del anterior artículo 21, en el que se establecía la competencia exclusiva al Juez del lugar donde radicaba la finca. Se había señalado, tras su entrada en vigor, que esa fijación especial y exclusiva del fuero reforzaba la protección del crédito, pues la elección del domicilio o residencia del deudor podría obligar a pleitear a la Comunidad fuera de su localidad o partido, lo que podría derivar en una dejación del derecho (64).

Ciertamente, la concepción de las obligaciones objeto de reclamación en este proceso como pertenecientes al género de las denominadas *propter rem* debería implicar una designación del fuero del lugar en que radique la finca, por la accesoriedad de tales obligaciones de una determinada titularidad jurídico-real y la especial determinación del sujeto pasivo, a través precisamente de la titularidad de ese derecho real.

4. LEGITIMACIÓN

La legitimación activa de la comunidad de propietarios no plantea problema alguno, cuyo representante, por regla general, es el Presidente de la misma, tal y como establece el artículo 13, apartado 3.º LPH, si bien cabe la posibilidad, de manera excepcional, que el Administrador hubiera sido autorizado para ello por la Junta (art. 21, aptdo. 1.º LPH). Esta decisión comunitaria no ha de ser específica, esto es, no es preciso facultar al Administrador, en cada supuesto concreto para que, en nombre de la Comunidad, pueda promover las acciones de condena pertinentes contra determinado cotitular; resultará suficiente un acuerdo mayoritario, genérico, autorizando al órgano administrador y que, obviamente, no estará referido a la persona que ostente el cargo, de manera que su sustitución no alterará esta asignación genérica de funciones.

En última instancia, también podrá tenerla cualquier comunero para el supuesto en que exista pasividad por parte del órgano rector de la comunidad, aunque, para formular reclamación de cuotas a instancias de cualquier comu-

(64) HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Artículo 21», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por RODRIGO BERCOVITZ, cit., págs. 662 y 663.

nero por la vía del artículo 21 de la LPH, se requerirá acuerdo liquidatorio de la deuda adoptado por la Junta.

En cuanto a la legitimación pasiva, la cuestión presenta mayor complejidad. En principio, según el apartado 1.º del artículo 21 LPH, la demanda habrá de dirigirse contra el propietario del piso o local, ya que es éste el que, en primera instancia, debe de responder del cumplimiento de las obligaciones a que de refiere el artículo 9, apartado 1.º e) y apartado 1.º f). El mismo criterio ha de mantenerse cuando el ocupante sea usufructuario, pues, aunque el artículo 504 del Código Civil le haga responsable del pago de las cargas y contribuciones anuales y de las que se consideren gravámenes de los frutos, y por su parte el artículo 500 del Código Civil le obligue a hacer las reparaciones ordinarias, no por ello cesa frente a la comunidad la obligación de su abono por parte del nudo propietario, quien, evidentemente, tendrá un derecho de reembolso frente al usufructuario por las cantidades pagadas a la comunidad en concepto de gastos generales (65).

Otra cuestión distinta es si la comunidad podrá dirigirse frente al usufructuario acudiendo al proceso monitorio regulado en el artículo 21 LPH. No cabe duda de que el nuevo proceso instaurado por la Ley se encamina a facilitar la exigencia de cobro al deudor moroso, es decir, lo que importa es que pueda realizarse efectivamente; y tal efectividad se logrará dirigiéndose frente al realmente obligado que, por regla general, será el propietario, pero que eventualmente puede serlo el usufructuario aplicando las normas del Código Civil. El problema entonces se circunscribe a saber si será necesario o conveniente demandar conjuntamente al nudo propietario. La necesidad se determina definiendo si el propietario está también obligado al pago de los gastos cuya satisfacción se reclama.

La Ley guarda silencio a este respecto, pero parece que la afectación real es consecuencia de la obligación que recae sobre el titular dominical y no que el propietario resulte obligado a causa de estar la vivienda o local afectos al cumplimiento de la obligación. El derecho de la comunidad no puede ser dirigido directamente contra el inmueble sino a través del obligado al pago. Por tanto, no siendo el condómino el obligado sino el usufructuario, no parece que pueda anudarse al incumplimiento de éste una consecuencia desprovida de su causa originaria.

(65) Debemos tener presente la idea de que la nuda propiedad y el usufructo son derechos de contenido complejo que producen simultáneamente efectos reales y efectos personales. Y que el contenido de las obligaciones que surgen como consecuencia de tal relación jurídico-real no se limita al mero respeto a la integridad de la sustancia, sino que se traduce en la exigencia de una recíproca conducta positiva por parte del usufructuario y del nudo propietario, que puede dar lugar al nacimiento de una serie de responsabilidades, y lo que es más importante, a una relación de crédito y deuda entre ambos.

Finalmente, el apartado 4 del actual artículo 21 LPH, contempla un supuesto de litisconsorcio pasivo, cuando el propietario anterior de la vivienda o local deba responder solidariamente del pago de la deuda; estableciendo asimismo la posibilidad de dirigir la reclamación contra el titular registral. Respecto a la necesidad de demandar de forma conjunta tanto al propietario actual como al anterior y al titular registral, nos remitimos a lo expuesto al tratar el artículo 9, apartado 1.º e) de la LPH.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Navarra, 1999.
- CABALLERO GEA, *Propiedad Horizontal. Comunidades de propietarios, complejos inmobiliarios privados*, Quinta edición, reformada y ampliada en su contenido y puesta al día con la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, Madrid, 1999.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II, vol. 1, Madrid, 1987.
- COCA PAYERAS, «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1987», en *CCJC*, núm.º 15, septiembre-diciembre, pág. 4906 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, Madrid, 1993.
- FUENTES LOJO, *Suma de la Propiedad por Apartamentos*, T. I, Barcelona, 1979.
- GARCÍA GIL, *La propiedad horizontal y su jurisprudencia*, Pamplona, 1994.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Artículo 9», en *La reforma de la Propiedad Horizontal*, Valladolid, 1999.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, *La Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000*, coordinador: Díez-Picazo Jiménez Ignacio, Madrid, 2000.
- LORCA NAVARRETE, *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, Madrid, 2000.
- MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., *Código de Propiedad Horizontal*, Tomo I, Madrid, 1997.
- MIQUEL GONZÁLEZ, «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, Tomo II, núm. 3, pág. 27 y sigs.
- MONTSERRAT VALERO, *La afección y preferencia de los créditos de las comunidades de propietarios (art. 9.5 LPH)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, *Protección judicial de la propiedad horizontal*, Madrid, 1988.
- SIERRA PÉREZ, «Propiedad Horizontal. Cambio de titularidad y gastos comunes: el sujeto obligado al pago», en *ADC*, 1990, abril-junio, pág. 589 y sigs.
- VENTURA-TRAVERSET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 5.ª ed., Barcelona, 1992.
- ZURILLA CARIÑANA, M.ª de los Ángeles, *La garantía real y la propiedad horizontal*, Madrid, 1995.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

STS de 10 de junio de 1981 (*RJ* 1981/2519).
STS de 25 de junio de 1984 (*RJ* 1984/3261).
STS de 2 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/1745).
STS de 22 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/10109).
STS de 14 de marzo de 2000 (*RJ* 2000, 1832).
TSJ de Navarra, de 29 de junio de 1995 (*AC* 1995/5929).
SAP de Guadalajara, de 29 de enero de 1996 (*AC* 1996/174).
SAP de Madrid, de 24 de abril de 1996 (*AC* 1996/812).
SAP de Valladolid, de 30 de octubre de 1996 (*AC* 1996/2006).
SAP de Granada, de 7 de noviembre de 1996 (*AC* 1996/2307).
SAP de Zaragoza, de 23 de diciembre de 1996 (*AC* 1997/74).
SAP de Guadalajara, de 28 de enero de 1997 (*AC* 1997/71).
SAP de Asturias, de 17 de junio de 1997 (*AC* 1997/1400).
SAP de Baleares, de 15 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1933).
SAP de Lleida, de 22 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1932).
SAP de Tarragona, de 25 de noviembre de 1997 (*AC* 1997/2574).
SAP de Madrid, de 30 de marzo de 1998 (*AC* 1998/5224).
SAP de Vizcaya, de 20 de abril de 1998 (*AC* 1998/5327).
SAP de Málaga, de 2 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/6667).
SAP de La Coruña, de 8 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/1659).
SAP de Castellón, de 9 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/2376).
SAP de Madrid, de 24 de enero de 2000 (*AC* 2000/3185).
SAP de Murcia, de 15 de febrero de 2000 (*AC* 2000/786).
SAP de Sevilla, de 14 de noviembre de 2002 (*AC* 2002/2256).
SAP de Vizcaya, de 30 de octubre de 2003 (*AC* 2003/23919).
SAP de Asturias, de 5 de noviembre de 2003 (*AC* 2003/105731).
SJPI de Zaragoza, de 22 de octubre de 2003 (*AC* 2003/718).

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL

La Propiedad Horizontal implica un régimen jurídico no siempre bien conocido por el propietario de un piso o local de los que forman parte del inmueble. Así, en el desenvolvimiento de las relaciones civiles y de vecindad, mucho más acusadas en este tipo de propiedad, por la cercanía, las desavenencias, en la

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY

Horizontal property involves a set of legal rules that are not always terrible familiar to the average owner of a flat or shop that forms part of a building. Thus, when disputes occur in the course of civil and neighbourly relations (which are much more intense in this type of property due to the proximity of owners), they

mayoría de los casos, surgen por ese desconocimiento del individuo, sea propiamente cívico o de dicho régimen.

Uno de los deberes más importantes que componen la referida propiedad es el de contribuir a los gastos que se generan en la misma. Y en vista de los numerosos pleitos por tal cuestión, en la última reforma de la Ley se introducen modificaciones que coadyuvan a delimitar, en primer lugar, el concepto de gastos generales de los que no lo son y, además, precisan quien o quienes son los obligados al pago.

De esta manera se puede saber qué crédito generado a favor de la Comunidad por determinados gastos tiene el carácter de preferente y cuál, en cambio, debe ser reclamado, sin las preferencias establecidas en el texto legal.

La preocupación constante del legislador por que las comunidades de propietarios puedan cobrar los créditos en la lucha contra la morosidad, se refleja también en las modificaciones introducidas en el llamado proceso «monitorio» para el cobro de las deudas. Las distintas modalidades procesales que amparan, en este aspecto, a la Comunidad de Propietarios merecen ser tenidas en cuenta, a efectos de determinar el procedimiento más adecuado para el caso concreto.

are mainly due to someone's unfamiliarity with either civic matters or the law.

One of the foremost duties involved in horizontal property is the duty to pay one's share of the property's expenses. And in view of the numerous lawsuits over the issue, the latest reform of the Act introduced amendments that, first of all, help draw the line between the concept of general expenses and that of non-general expenses, and second, specify who is obliged to pay.

In this way, one can ascertain what credits owed to the building tenants' association for certain expenses are preferred and what credits must, on the other hand, be claimed without the preferences established by the Act.

Legislators' constant concern over enabling tenants' associations to collect what is owed in the fight against bad debt is also reflected in the amendments made to the so-called «monitoring» process for debt collection. The different modes of procedure that tenants' associations can call to their aid here should be borne in mind, in order to determine which procedure is best for each particular case.

(Trabajo recibido el 6-10-2006 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)

La inscripción como título-valor o el valor de la inscripción como título

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN.
2. LA IMPOSICIÓN DE SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL COMO INSTRUMENTO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA CONFIANZA Y DE FACILITACIÓN DE LA COOPERACIÓN:
 - 2.1. ESPECIALIZACIÓN, INTERDEPENDENCIA Y COOPERACIÓN.
 - 2.2. LOS OBSTÁCULOS PARA CONTRATAR:
 - 2.2.1. *Obstáculos ex ante.*
 - 2.2.2. *Obstáculos ex post.*
 - 2.3. LA NECESIDAD DE INSTITUCIONES QUE FACILITEN EL INTERCAMBIO:
 - 2.3.1. *Planteamiento.*
 - 2.3.2. *Instituciones para facilitar la ejecución de contratos perfeccionados entre personas conocidas e instituciones para facilitar la celebración de contratos entre personas desconocidas.*
 - 2.3.3. *La simetría informativa funcional como tecnología jurídica dirigida a facilitar la contratación: los paradigmas de la letra de cambio y del Registro de la Propiedad.*
3. LA INSUFICIENCIA DEL RÉGIMEN CIVIL DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS COMO PARADIGMA DE LAS DIFICULTADES DEL DERECHO COMÚN PARA FOMENTAR LA CIRCULACIÓN Y EXPANSIÓN DEL CRÉDITO:
 - 3.1. EXPANSIÓN DEL COMERCIO Y *LEX MERCATORIA*.
 - 3.2. LOS RIESGOS DE LA TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO COMÚN.
 - 3.3. EL SISTEMA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS DEL DERECHO COMÚN GENERA DESCONFIANZA EN EL CESIONARIO Y DIFICULTA LA CIRCULACIÓN DE CRÉDITOS.

4. DERECHO DE LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO: LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL DOCUMENTO:
 - 4.1. LAS NECESIDADES DE LA CIRCULACIÓN DEL CRÉDITO.
 - 4.2. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL DOCUMENTO:
 - 4.2.1. *Incorporación y ejercicio del derecho.*
 - 4.2.2. *Incorporación y circulación del derecho.*
 - 4.2.3. *Incorporación y constitución del derecho.*
 - 4.2.4. *La incorporación como técnica de intensidad graduable.*
5. PROPIEDADES NORMATIVAS DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS O DE FE PÚBLICA:
 - 5.1. LEGITIMACIÓN:
 - 5.1.1. *En relación con el tenedor.*
 - 5.1.2. *En relación con el adquirente del título-valor.*
 - 5.2. LITERALIDAD Y ABSTRACCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-OBLIGACIONAL DEL CESIONARIO MEDIANTE LA EXCLUSIÓN DE EXCEPCIONES.
 - 5.3. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO INCORPORADO: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-REAL DEL CESIONARIO.
 - 5.4. A MODO DE CONCLUSIÓN.
6. LOS RIESGOS DE LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA:
 - 6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.
 - 6.2. LOS RIESGOS:
 - 6.2.1. *Dificultad de movilización.*
 - 6.2.2. *Riesgo de pertenencia.*
 - 6.2.3. *Riesgo de consistencia.*
 - 6.2.4. *Riesgo de pérdida del Derecho.*
 - 6.2.5. *Dificultad para probar la titularidad de su derecho por el propietario.*
 - 6.3. LA REFORMA DEL SISTEMA REGISTRAL COMO SOLUCIÓN: SU PARALELISMO CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS O DE FE PÚBLICA.
7. LA INTABULACIÓN O INCORPORACIÓN REGISTRAL: LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN:
 - 7.1. LEGITIMACIÓN REGISTRAL:
 - 7.1.1. *En relación con el titular registral.*
 - 7.1.2. *En relación con el tercer adquirente.*
 - 7.2. LA PRESUNCIÓN EN RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS:
 - 7.2.1. *La protección jurídico-obligacional del adquirente: la exclusión de excepciones.*
 - 7.2.2. *La protección jurídico-real del adquirente: la fe pública registral.*

8. LAS DEROGACIONES DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL POR LA DISCIPLINA DE LOS TÍTULOS-VALORES Y POR LA REGISTRAL: SU JUSTIFICACIÓN.
9. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN INCORPORADA AL TÍTULO VALOR:
 - 9.1. PLANTEAMIENTO.
 - 9.2. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA *INTER PARTES*: EL CONTRATO DE ENTREGA.
 - 9.3. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA *INTER TERTIOS*:
 - 9.3.1. *En los supuestos normales: el contrato de entrega.*
 - 9.3.2. *En las hipótesis patológicas: la teoría de la apariencia jurídica:*
 - 9.3.2.1. La apariencia jurídica como fundamento de la protección de la confianza *inter tertios*.
 - 9.3.2.2. Requisitos:
 - 9.3.2.2.1. La denominada situación objetiva de apariencia.
 - 9.3.2.2.2. Ha de mediar un negocio de tráfico.
 - 9.3.2.2.3. Ha de haber buena fe en la adquisición.
 - 9.3.2.2.4. La situación objetiva de apariencia ha de ser imputable al deudor.
10. LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO REGISTRAL: LA ABSTRACCIÓN REGISTRAL:
 - 10.1. FUNDAMENTO DE QUE EL *VERUS DOMINUS* PUEDA VERSE PRIVADO DE SU DERECHO SI NO INSCRIBE SU ADQUISICIÓN:
 - 10.1.1. *Fundamento.*
 - 10.1.2. *El supuesto sacrificio del principio de consentimiento.*
 - 10.1.3. *El derecho de la seguridad del tráfico: un juego de suma positiva.*
 - 10.2. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE QUIEN ADQUIERE DE BUENA FE DE UN TITULAR REGISTRAL QUE NO ES *VERUS DOMINUS*:
11. EMISIÓN CAMBIARIA *VERSUS* PROCEDIMIENTO REGISTRAL:
 - 11.1. LA EMISIÓN CAMBIARIA.
 - 11.2. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL:
 - 11.2.1. *Fundamento de la necesidad de un procedimiento registral:*
 - 11.2.1.1. La necesaria eficacia *erga omnes* del dominio y demás derechos reales.
 - 11.2.1.2. Los derechos de propiedad como consenso social acerca del aprovechamiento de los bienes. El procedimiento registral como garante del consenso.
 - 11.2.1.3. Los intereses concurrentes en el procedimiento registral.
 - 11.2.2. *La inscripción como derecho del adquirente:*
 - 11.2.2.1. El artículo 609 del Código Civil y el principio de eficacia relativa de los contratos.

- 11.2.2.2. El derecho de propiedad: su necesaria eficacia *erga omnes*.
- 11.2.2.3. La insuficiencia del sistema del artículo 609 del Código Civil en un entorno de alta transaccionalidad entre personas desconocidas.
- 11.2.2.4. Los registros de tráfico —o de derechos— como solución: la inscripción como título de eficacia *erga omnes*.

12. CONSIDERACIONES FINALES.

1. PRESENTACIÓN

Las asimetrías informativas presentes en el mercado son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar; por lo cual, 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.

Pues bien, el objetivo de este trabajo consiste en poner de manifiesto que dos instituciones fundamentales de una economía de mercado, cuales son, por un lado, los títulos-valores cualificados y muy especialmente la letra de cambio y, por otro, el Registro de la Propiedad, singularmente en su estadio más desarrollado de Registro de derechos o de tráfico (1), son tecnologías insti-

(1) Una exposición de los diferentes tipos de sistemas registrales y de las diferentes cuestiones relacionadas con ellos puede verse en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica del sistema registral», en *RCDI*, núm. 671, págs. 871 y sigs., 2002. Asimismo en «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, T. III, pág. 4037 y sigs., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. También *Los sistemas registrales como instrumentos reductores de los costes de información y de conservación*, presentado en el Workshop del WPLA sobre *Safety Mechanisms in the creation immovable Property Markets: Protecting Rights* celebrado en Madrid los días 28 y 29 de septiembre de 2000, organizado por UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad: un análisis de su racionalidad organizativa*. Ed. Palestra. Perú, 2004. PARDO NÚÑEZ, C. R., «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado». Puede verse en *La calificación registral*, T. I. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (coord.), Ed. Civitas, Madrid, 1996. COOTER, R. y ULLEN, Th., *Derecho y Economía*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

En realidad, los dos tipos básicos de sistemas registrales que se conocen —de documentos y de derechos— son dos respuestas a una misma pregunta: si alguien adquiere de buena fe de quien no es dueño, ¿a quién debe proteger la ley?, ¿al verdadero dueño?, ¿al adquirente de buena fe? Si se opta por la primera solución, estaremos ante un registro de documentos; si por la segunda, ante un registro de derechos. La primera es la respuesta

tucionales generadas por la humanidad que obedecen a la lógica expuesta, y para ello se basan en principios y se valen de técnicas jurídicas muy similares, hasta el punto de que puede afirmarse que la inscripción, en este tipo de registros, es un título-valor (2), o que la letra de cambio incorpora fe pública.

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 veremos, 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.

Se trata de dos elegantes y sofisticadas soluciones institucionales, basadas en la misma técnica, para resolver el mismo problema en dos ámbitos diferentes: el de la circulación de los derechos de crédito en el caso de los títulos cambiarios; el de la movilización de los derechos de propiedad sobre inmuebles (3) como medio para convertirlos en activos económicos, en el caso del Registro de la Propiedad. Ambos surgen cuando la arquitectura institucional existente no da una respuesta satisfactoria a las nuevas necesidades que plantea incesantemente la lógica evolutiva del devenir humano.

típica de un sistema basado en la supuesta seguridad de los derechos o seguridad jurídica; la segunda es la propia de un sistema basado en la seguridad del tráfico, que, como veremos, también asegura, en mayor medida, los derechos, pese a las apariencias iniciales.

(2) Al utilizar la expresión título-valor referida a la inscripción, no queremos decir, obviamente, que los inmuebles tengan una especial vocación circulatoria —como sucede con la letra de cambio, por ejemplo—, sino que la inscripción registral es una técnica que facilita la transmisión de los derechos de propiedad sobre inmuebles mediante su protección, lo que aumenta su valor de cambio y su aptitud como garantía crediticia, recurriendo para ello a técnicas similares a las de la letra de cambio.

(3) Utilizamos aquí la expresión «derechos de propiedad» en el sentido amplio en el que la utiliza la Economía Institucional y, por lo tanto, no sólo para referirnos a la propiedad privada en sentido estricto, sino a todo el conjunto de derechos en que se pueda aplicar la exclusión. Incluye, por tanto, no sólo 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 significa que no posea limitaciones, sino que tan sólo está 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*, págs. 32 y sigs. Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

2. LA IMPOSICIÓN DE SIMETRÍA INFORMATIVA FUNCIONAL COMO INSTRUMENTO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA CONFIANZA Y DE FACILITACIÓN DE LA COOPERACIÓN

2.1. ESPECIALIZACIÓN, INTERDEPENDENCIA Y COOPERACIÓN

La especialización —la división del trabajo— es la base del bienestar público. A mayor especialización, mayor productividad y, por tanto, mayor crecimiento y mayor bienestar.

Obviamente, la especialización implica interdependencia y ésta necesita intercambios voluntarios en beneficio recíproco, esto es, un comportamiento cooperativo.

Pero cooperar no es fácil, y, por lo tanto, no lo es intercambiar o contratar (4). El motivo estriba en que, al tener cada una de las partes sus propios intereses, pueden emplear el intercambio como instrumento para apropiarse de los frutos del esfuerzo del otro.

Esta lucha 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 (5).

Debido a esta posibilidad de conducta oportunista, para que sea viable la especialización, es necesario organizar los intercambios de tal modo que se armonicen los intereses potencialmente conflictivos de las partes.

2.2. LOS OBSTÁCULOS PARA CONTRATAR

Y, para ello, es preciso resolver dos tipos de problemas: unos *ex ante* y otros *ex post* al intercambio o, si se prefiere, al contrato.

2.2.1. Obstáculos *ex ante*

Entre los previos destacan la incomunicación y la desconfianza (6) o, si se prefiere, la desconfianza generada por el desconocimiento, sobre todo por

(4) Es clásico, al respecto, el trabajo de AXELROD, R., *La evolución de la cooperación —El dilema del prisionero y la teoría de los juegos—*. Versión española de L. BOU. Alianza Ed. Madrid, 1996. También POUNDSTONE, W., *El dilema del prisionero*. Alianza Ed. Madrid, 1992. KREPS, D. M., *Teoría de los juegos y modelación económica*. Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

(5) HIRSHLEIFER, J., «The Dark Side of the Force», *Economic Inquiry*, 32, 1994, citado por ARRUÑADA, B., «Límites institucionales al desarrollo de la empresa», en *Papeles de la Economía Española*, 78-79, 1999.

(6) WRIGHT, R., *Nadie pierde. La teoría de los juegos y la lógica del destino humano*, pág. 354. Ed. Tusquets, Barcelona, 2005.

parte del comprador, de atributos jurídica y económicamente relevantes del bien que desea adquirir, junto con la convicción de que el vendedor, conforme al modelo conductual del autointerés, los ocultará cuando de tal comportamiento espere unas condiciones de intercambio más ventajosas.

Esta *asimetría informativa*, junto con la convicción de que quien posee más información la utilizará conforme al modelo del autointerés, genera desconfianza; y conjuntamente se erigen en los grandes obstáculos *ex ante* para que la cooperación pueda tener lugar.

2.2.2. Obstáculos *ex post*

Las dificultades *ex post* se refieren a las existentes para el cumplimiento y control del contrato una vez celebrado. Entre ellas, destaca el oportunismo, expresión con la que se hace referencia a los que, en el marco de un contrato, tratan de aprovecharse de las dificultades de vigilancia que implica su aplicación para apropiarse del valor que, contractualmente, corresponde a la otra parte contratante (7).

Aunque el riesgo del oportunismo se da en todas las fases del *iter contractual*, cobra especial relieve en su fase de ejecución, dominada por una racionalidad meramente *individual* (8), caracterizada por un cálculo sobre los costes y beneficios que puede ocasionar el incumplimiento.

2.3. LA NECESIDAD DE INSTITUCIONES QUE FACILITEN EL INTERCAMBIO

2.3.1. Planteamiento

Pues bien, debido a que las partes invertirán en los costes necesarios para superar las dificultades expuestas *racionalmente*, y debido a que hay costes marginales crecientes, no sólo en la adopción de las medidas necesarias para disipar la desconfianza *ex ante*, sino también para medir y vigilar la ejecución del contrato, cada parte se detendrá, antes de disipar absolutamente su

(7) Sobre el oportunismo, véase WILLIAMSON, O., *Markets and Hierarchies*, The Free Press, 1975. Existe traducción española, *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991. Véase, también, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Los sistemas registrales como reductores de costes de información y de conservación*, trabajo presentado en el «workshop» del WPLA sobre *Safety Mechanisms in the creation of immovable Property Markets: Protecting Rights*, celebrada en Madrid los días 28 y 29 de septiembre de 2000, organizado por UN-ECE, Ministerio de Justicia y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

(8) Véase NORTH, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, pág. 50 y sigs. Alianza. Ed. Madrid, 1994.

desconfianza, o de realizar una vigilancia perfecta, justo en el punto en el que los beneficios marginales igualen los costes marginales de tal actividad, por cuya razón no se puede dar por sentado el cumplimiento obligatorio, lo que ha constituido y constituye un obstáculo crítico para aumentar la especialización y división del trabajo, que requiere toda una larga y compleja cadena de contratos (9).

Por todo ello, sin instituciones que prevengan *ex ante* y/o que sancionen *ex post* estas conductas impulsadas por el autointerés, quedará excluido el intercambio complejo.

Estos *costes transaccionales* (10) reflejan las incertidumbres, pues incluyen un premio de riesgo, cuya magnitud traerá consigo la probabilidad de defección de la otra parte y el coste consiguiente para la primera. Y, a lo largo de la historia, el montante de esa suma ha evitado el intercambio complejo, y, por tanto, ha limitado las posibilidades de crecimiento económico.

(9) NORTH, D. C., *Ibíd.*

(10) Los costes de transacción son generalmente considerados como imperfecciones del mercado y permiten explicar la diferencia existente entre la asignación efectiva y potencial de los recursos, aun sabiendo que son inimaginables economías reales sin costes de transacción positivos.

La expresión *costes de transacción* fue utilizada por primera vez por R. H. COASE en su clásico artículo sobre el problema del coste social —«The problem of social cost», reimpreso en *The Journal of Law and Economics* 3, 1960: 1-44, por The University of Chicago Press—, al poner de manifiesto que, para llevar a cabo una transacción en el mercado, se hace necesario descubrir con quién se desea contratar, informar a las personas correspondientes de que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas, etc. Posteriormente DAHLMAN cristalizó el concepto de costes de transacción, descubriéndolos como costes de búsqueda e información, costes de arreglos y decisiones y costes de acción de policía —CARL y DAHLMAN, «The Problem of Externality», *The Journal of Law and Economics* 22, núm. 1, abril 1979, 148—. La teoría está inspirada en las contribuciones de STIGLER y otros a la economía de la información —STIGLER, J. G., «The Economics of Information», *Journal of Political Economy* 69, junio 1961—.

Desde una perspectiva muy general, puede decirse que los costes de transacción son los que surgen cuando los individuos intercambian derechos de propiedad sobre los activos económicos y ejercen sus derechos exclusivos, aunque muchos de sus aspectos estén todavía por perfilar con claridad —véase EGGERTSSON, T., *El comportamiento económico y las instituciones*, pág 18 y sigs., Alianza Ed. Madrid, 1995—.

La idea fundamental de los costes de transacción es que son los costes derivados de la suscripción *ex ante* de un contrato y de su control y cumplimiento *ex post*. El hecho de que realizar transacciones sea costoso, convierte en cuestiones esenciales —desde el punto de vista de la eficiencia y del crecimiento económicos— todas las relativas a la definición, asignación y protección de los derechos de propiedad.

La tardía incorporación de los costes de transacción a la teoría económica se debe al hecho de que, hasta muy recientemente, la mayoría de las teorías y de los modelos en economía partían de la hipótesis de la existencia de información completa y los costes de transacción están relacionados, de una forma u otra, con los costes de adquirir información sobre los intercambios.

Por todo ello, la humanidad, a lo largo de la historia, ha ido generando diversas tecnologías institucionales dirigidas a superar estos obstáculos y, de este modo, facilitar los intercambios.

2.3.2. *Instituciones para facilitar la ejecución del contrato perfeccionado entre personas conocidas e instituciones para facilitar la celebración de contratos entre personas desconocidas*

No resulta arriesgado suponer que en sociedades poco evolucionadas compuestas por un número reducido de miembros que, por ello, se conocen entre sí, los principales obstáculos para el intercambio se hallan relacionados con las conductas que hemos denominado *oportunistas*, esto es, relacionadas con la ejecución y cumplimiento de lo acordado. Las dificultades *ex ante* relacionadas con las asimetrías informativas entre vendedor y comprador no debían alcanzar el mismo nivel, al menos en lo referente a los intercambios inmobiliarios, ya que, presumiblemente, toda la información relevante al respecto era conocida por todos los miembros de la comunidad o la mayor parte. Este tipo de dificultades adquieren mayor relevancia en una sociedad más amplia y evolucionada, con intercambios numerosos entre personas que no se conocen entre sí.

Por ello, aunque la humanidad va generando a lo largo de la historia *tecnologías institucionales* dirigidas a superar las *dificultades para intercambiar*, genera en primer lugar o en mayor medida tecnologías dirigidas a asegurar el *cumplimiento de los contratos*, y, posteriormente, las dirigidas a facilitar la *celebración de contratos*, mediante la superación de la desconfianza propia de sociedades de gran tamaño, con un elevado volumen de intercambios, con la necesidad del recurso permanente al crédito, en las que los individuos no se conocen entre sí y en la que existe una gran desigualdad informativa entre ellos en relación a los atributos económicamente relevantes de los bienes objeto de intercambio.

Así, en la época de los liderazgos supraaldeanos, en sociedades que desconocían la escritura, existía una figura —denominada *hombre importante*— dotada de una memoria prodigiosa para las relaciones de parentesco y para las transacciones del pasado (11).

La invención de la *escritura* fue decisiva para contribuir a vencer estos obstáculos, ya que, si el acuerdo se hacía constar por escrito, resultaba más

(11) Véase JONSON, A. y EARLE, T., *The Evolution of Human Societies: from Foraging Group to Agrarian State*, Stanford U.P. 1987. Destacan cómo el *hombre importante* pone paz siempre que puede, concertando pagos compensatorios y multas para impedir que los grupos que se creen ofendidos cobren las deudas directa y violentamente, si bien cuando la negociación no resulta dirige a los suyos a la batalla.

difícil a ambas partes desconocer o negar lo pactado. Para hacernos una idea de la contribución de la escritura a la fundamentación de la confianza, baste pensar en lo que costaba a individuos de sociedades analfabetas grabar obligaciones financieras en la memoria pública (12).

Por ello, en la antigua Mesopotamia, el prestamista no temía que el prestatario le negase la recuperación del préstamo, ni el prestatario temía que el prestamista hinchase la deuda, porque había un registro —en el sentido de *archivo de contratos*— que atestiguaba y, por tanto, dificultaba el triunfo de tales comportamientos oportunistas.

Ahora bien, la escritura no fue lo único que contribuyó a solucionar el problema de la confianza en los antiguos estados de Asia, Oriente Próximo y Mesoamérica.

Otro medio —de suma importancia— fue la *sistematización de la justicia*: la seguridad de que los tramposos serían castigados. También la escritura era para ello un valor inestimable, ya que las normas tienen más precisión y autoridad cuando se graban en algo que fije su contenido de forma durable. Así, el Código de la ciudad mesopotámica de Eshnuna —escrito un siglo antes que el celeberrimo Código de Hammurabi— no deja dudas sobre lo que ocurría si pagábamos un siclo a un hombre para que nos segara el campo y el hombre no se presentaba: tendría que darnos diez siclos.

También en Mesopotamia, los funcionarios tenían unos sellos cilíndricos con adornos que, cuando se estampaban en una tablilla de arcilla, dejaban impresa una firma prestigiosa, de valor oficial, que reforzaba la confianza cuando se trataba de préstamos u otras transacciones (13).

La clave está en que las tecnologías —físicas e institucionales— de la información al abaratar el coste del transporte de datos, su conservación y su conocimiento, vencen la desinformación y, junto con la actuación compulsiva del Estado, fundamentan la confianza, por lo que facilitan la coordinación de los intereses comunes y, por tanto, la realización de los intercambios, base del crecimiento y del bienestar.

(12) Si la falta de información y, por tanto las dificultades para obtenerla, es uno de los obstáculos básicos para la cooperación, es obvio que las nuevas tecnologías de la información —cual es el caso de la escritura— facilitan la cooperación y por lo tanto los intercambios. La escritura, además, no sólo sirve para transmitir información, sino para generar confianza. De hecho, como pone de manifiesto WRIGHT, R., en *op. cit.*, pág. 107 y sigs., aunque la escritura ha sido y es instrumento de algunas de las más altas expresiones del espíritu humano —poesía, filosofía, ciencia— surgió como instrumento de lo más prosaico: la economía, la administración, la política. Es interesante reproducir aquí la siguiente cita que hace el *New York Times* de 11 de noviembre de 1997, citada por WRIGHT, R., que decía lo siguiente: «La referencia escrita más antigua que se conserva sobre el templo del rey Salomón es una inscripción en un pedazo de arcilla del siglo VII antes de Cristo. ¿Qué podría ser? ¿Versículos de una plegaria? ¿Un himno a la divinidad? No. Es un recibo. Un individuo donó tres siclos de plata al templo y el donativo quedó debidamente registrado».

(13) Puede verse todo ello en WRIGHT, R., *Op. cit.*, pág. 107 y sigs.

Obsérvese que las *tecnologías de la información*, al facilitar la obtención y difusión de la información requerida, lo que hacen en realidad es facilitar el cumplimiento de los contratos —ya que al impedir la negación de lo acordado generan confianza— y disminuir las asimetrías informativas entre los individuos, lo que facilita el comportamiento cooperativo.

2.3.3. *La simetría informativa funcional como tecnología jurídica dirigida a facilitar la contratación: los paradigmas de la letra de cambio y el Registro de la Propiedad*

La disminución de tales asimetrías se ha conseguido históricamente mediante la generación de instituciones que pongan a disposición del eventual comprador o adquirente la información jurídica y económicamente relevante para contratar —quién es el dueño, si puede disponer, qué derechos de terceros puede haber que se antepongan al suyo en el caso de que decida adquirir, etc.— y que, además, impidan al vendedor o transmitente —y, en general, a cualquiera— 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 (14).

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.

Pues bien, la letra de cambio, mediante la técnica de la *incorporación cambiaria*, en relación a los derechos de crédito y el Registro de la Propie-

(14) 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.

dad, en su modalidad de Registro de derechos o de tráfico, mediante la técnica de la intabulación o *incorporación tabular*, en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, consiguen imponer una situación de *simetría informativa funcional* en sus respectivos ámbitos y, mediante ella, consiguen fomentar del comportamiento cooperativo y el crecimiento de los respectivos mercados, así como el del crédito hipotecario.

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.

3. LA INSUFICIENCIA DEL RÉGIMEN CIVIL DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS COMO PARADIGMA DE LAS DIFICULTADES DEL DERECHO COMÚN PARA FOMENTAR LA CIRCULACIÓN Y EXPANSIÓN DEL CRÉDITO (15)

3.1. EXPANSIÓN DEL COMERCIO Y *LEX MERCATORIA*

La evolución del mercado en las postrimerías de la Edad Media se caracterizó, entre otros factores, por la ruptura del aislamiento de las ciudades y de los estados (16).

(15) Básicamente seguimos en este punto la estructura de exposición de GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., en *Derecho Cambiario*, pág. 16 y sigs. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, si bien ampliando y matizando contenidos. Para un estudio pormenorizado de la cesión de créditos, véase GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., *La cesión de créditos*, Ed. Tirant lo Blanch, 1993. PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pág. 1033 y sigs.; también en *Comentario del Código Civil*, T. II, pág. 1019 y sigs. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988. GARCÍA CANTERO, «Comentario a los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios al Cc y Cc Ff*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XIX, Madrid, 1980. GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», en *RDP*, 1963, pag. 38 y sigs. MADRIDEJOS SARASOLA, «La cesión de créditos», en *RDN*, 1961, pág. 383 y sigs.

(16) En contraste con el Imperio Romano, la economía occidental entre los siglos VI y X no se basó en miles de ciudades, sino si acaso, en unas cien mil aldeas y señoríos agrarios. En el año 1000 sólo unas dos docenas de ciudades en Europa occidental tenían más de algunos miles de habitantes y, probablemente, sólo Venecia y Londres tenían más de diez mil. Constantinopla, en cambio, tenía una población cercana al millón. Posteriormente, en los siglos XI y XII tuvieron lugar una rápida expansión de la producción agrícola y un asombroso aumento del tamaño y número de las ciudades. Al mismo tiempo, surgió una nueva clase de comerciantes profesionales, que efectuaban transacciones comerciales en gran escala, tanto en los campos como en las ciudades. Básicamente para satisfacer las necesidades de la nueva clase de comerciantes tuvo que desarrollarse un nuevo cuerpo de

Se celebraban ferias a las que concurrían mercaderes de las más diversas procedencias (17).

Las cruzadas y los movimientos de colonización —que constituyeron los programas militares y económicos de la revolución papal— favorecieron el comercio a larga distancia, tanto por tierra como por mar.

Se generalizaron nuevas formas de contratación como medio para incrementar las ventas —entre ellas, las ventas al fiado— y se abrieron las fronteras al comercio con el exterior progresivamente.

Ni el recién descubierto Derecho romano ni el Derecho consuetudinario romano, que apenas subsistía, incluyendo el *ius gentium*, se mostraban adecuados para resolver los tipos de dificultades comerciales —domésticas e internacionales— que surgieron en el occidente de Europa a fines del siglo XI y durante el siglo XII.

Como observa Berman, es concebible que los doctos romanistas de las universidades europeas de finales del siglo XI y de los siglos XII y XIII hubiesen podido crear un nuevo cuerpo de Derecho mercantil con base en los textos romanos, como, de hecho, crearon un nuevo *Corpus Iuris Civilis*.

Lo mismo podrían haber hecho los juristas canónicos de las mismas universidades, si consideramos que las corporaciones eclesiásticas se dedicaban intensamente a actividades comerciales.

Sin embargo, es característico de esa época el hecho de que el desarrollo inicial del Derecho mercantil fue dejado en gran parte —aunque no del todo— en manos de los propios mercaderes, quienes organizaban ferias internacionales y mercados, formaban tribunales mercantiles y establecían oficinas de comercio en las nuevas comunidades urbanas que brotaban por toda Europa Occidental.

Estas ferias y mercados eran organizaciones complejas que desarrollaron el concepto de un *Derecho mercantil especial*, que no sólo incluía el Derecho consuetudinario de las ferias y mercados, sino también costumbres marítimas relacionadas con el comercio y, por último, las leyes mercantiles de las pro-

Derecho Mercantil. Véase Berman, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, pág. 349. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

(17) El surgimiento de una clase mercante fue requisito indispensable para el desarrollo del nuevo Derecho Mercantil. Antes del siglo XI, el mercader había sido una figura relativamente aislada en Europa occidental, pero desde los siglos XI y XII se celebraron regularmente grandes ferias internacionales en veintenas de ciudades y pueblos por toda Europa. También eran comunes los mercados internacionales, sobre todo en las ciudades portueñas. Estas ferias y mercados eran organizaciones complejas, y con el desarrollo de los sistemas jurídicos, eclesiásticos o seculares, desarrollaron el concepto de un Derecho Mercantil especial, que no sólo incluía el Derecho consuetudinario de las ferias y mercados, sino también costumbres marítimas relacionadas con el comercio y, por último, las leyes mercantiles de las propias ciudades y pueblos. Las ciudades italianas fueron las primeras en recabar sistemáticamente y en aplicar reglas consuetudinarias que gobernaban la actividad comercial. Véase BERNAN, H. J., *op. cit.*, pág. 356 y sigs.

pías ciudades y pueblos. Las ciudades italianas fueron las primeras ciudades europeas en recabar sistemáticamente y en aplicar las reglas consuetudinarias que gobernaban la actividad comercial (18).

De la economía rural y del trueque se pasó a la profesionalización del comercio, en el que irrumpieron los bancos (19). Cobró auge una nueva clase social que, para enriquecerse, realizaba tareas de intermediación. Cuantas más veces vendían y compraban con éxito en mayor medida incrementaban su patrimonio o, dicho de otra forma, cuanto más dinero movían, más ganancia se les generaba.

Ahora bien, así como en la agricultura los ciclos de la naturaleza imponen su ley inexorable y, entre siembra y cosecha ha de transcurrir un cierto tiempo, en el mundo de los negocios nada impide alterarlos. Tratarán, en consecuencia, de acelerar las transacciones, de reducir los tiempos entre la perfección del contrato y la obtención del fruto esperado, pero sin olvidarse de rodearlas de todas las garantías posibles para dotarlas de la máxima seguridad.

A este conjunto de necesidades responde la denominada *Lex Mercatoria*, integrada por un conjunto de instituciones creadas a la sazón —créditos con garantía, títulos negociables, empresas conjuntas, etc.— y de otras adaptadas al efecto, que formaban un sistema distinto y coherente (20).

Entre los elementos que integraban el activo de los comerciantes se hallaban los créditos que los mismos ostentaban contra terceros. Poder disponer

(18) BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, pág. 356 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

(19) Los mercaderes italianos y los cambistas de las ferias de Champaña legaron el término *banco*, procedente del lugar en el que colocaban sus balanzas y monedas y desde el que dirigían sus negocios. Los bancos italianos del siglo XIII fueron pioneros en la financiación del comercio internacional y llegaron a monopolizar el negocio del dinero y el crédito, desde la Lombardía en el norte de Italia, a través de Brujas, en los Países Bajos y hasta la londinense Lombard Street. Véase JAY, P., *La riqueza del hombre. Una historia económica de la humanidad*, pág. 107. Ed. Crítica, Barcelona, 2002.

(20) El Derecho Mercantil occidental adquirió a fines del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del XIII el carácter de un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones comerciales llegarían a ser interpretados conscientemente como partes constitutivas de todo un cuerpo de Derecho, la *Lex Mercatoria*, la cual incluía, entre otras, las siguientes características: 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*. Así, en los Derechos alemán y francés, el derecho del comprador —de buena fe— de bienes contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Muebles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés, la doctrina queda limitada a las transacciones en el *open market*; 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 contrato y se le podía demandar independientemente. Véase BERMAN, H. J., *op. cit.*, pág. 355 y sigs.

de ellos y transformarlos en dinero efectivo para reinvertirlo en nuevas operaciones, o pagar mediante su cesión a terceros, resultaba atrayente porque permitía optimizar los recursos.

En efecto, a través de tales procedimientos, podía obtenerse un rendimiento de parte del activo que, en otro caso, debería permanecer inmovilizado y estéril. Sin embargo, la operación no era tan rápida ni tan segura como sería de desear, ya que, como veremos, son muy pocas las seguridades que el Derecho común ofrecía a los interesados en adquirir tales activos, pues sus principios y sus soluciones, en materia de transmisión de bienes y derechos, eran fruto de una sociedad sin esas necesidades.

A efectos expositivos y dado que, en sus rasgos esenciales han subsistido hasta la actualidad, analizaremos las líneas maestras de la cesión de créditos en nuestro Derecho actual, centrándonos en la regulación contenida en el Código Civil, ya que el Código de Comercio tan sólo dedica a la misma dos preceptos.

3.2. LOS RIESGOS DE LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS DE CRÉDITOS EN EL DERECHO COMÚN

Bastará que, en un ejercicio de *ingeniería inversa* (21), los proyectemos hacia el pasado para que podamos constatar en sus exactas dimensiones la magnitud de los problemas a los que se tuvieron que enfrentar los mercaderes

(21) Término este acuñado por PINKER, S., Mientras en la *ingeniería proyectual* se diseña una máquina para hacer algo, para cumplir una función, la *ingeniería inversa* trata de averiguar la función para la que una máquina fue diseñada y, de ese modo, entender el diseño, tanto de la máquina en su conjunto, como el de cada uno de sus componentes. Pero la *ingeniería inversa*, según nos explica PINKER, sólo es posible cuando disponemos de una pista acerca de la función para la que fue concebido el aparato en cuestión. Véase PINKER, S., *Cómo funciona la mente*, págs. 39, 40, 66. Ed. Destino, Barcelona, 2000.

Quizá sea así, cuando hablamos de tecnología física, al menos en muchos casos, pero cuando hablamos de instituciones —de *tecnología institucional*— cabe recurrir a la *ingeniería inversa*, aun cuando no dispongamos de tales pistas, mediante el recurso de imaginar qué problemas tendría una sociedad sin esa institución concreta, deduciendo de ello la razón o razones de su creación, es decir, su función o finalidad.

Porque el método de *ingeniería inversa* es aplicable no sólo a los organismos en un sentido biológico, sino también a las herramientas o aparatos creados por el hombre, cual es el caso del registro o de los títulos-valores, a las instituciones conformadas a lo largo de la historia para cubrir ciertas necesidades ineludibles para la supervivencia y el progreso de la especie humana.

Si identificamos adecuadamente esas necesidades, podremos entender mejor la función, y si entendemos la función adecuadamente, podremos entender el diseño institucional ideado para desempeñarla, y entonces y sólo entonces, estaremos en las condiciones adecuadas para evaluar el grado de eficiencia y de eficacia, y de formular, en su caso, propuestas de mejora. En definitiva, la *ingeniería inversa* es la que nos permite hacer una buena *ingeniería proyectual* también en el ámbito institucional.

medievales y cómo trataron de superarlos con la técnica de lo que mucho tiempo después se denominarían títulos-valores, especialmente, la letra de cambio.

El tráfico jurídico-económico de derechos de crédito —y, en general, el tráfico jurídico— presenta riesgos de diversa naturaleza, si bien se centran principalmente en la posible divergencia que puede existir entre la realidad material y la realidad formal o documental, ya sea porque el transmitente no es, en realidad, el verdadero titular del derecho, o bien porque el derecho tiene un alcance o contenido distintos de los que aparecen en el título. En el caso de los derechos y, en particular, en el de los de crédito, su carácter *incorporal* o *invisible* hace que tales riesgos se acentúen. Todo ello supone incertidumbre para el adquirente.

La particular agilidad con la que ha de desarrollarse el tráfico mercantil, así como la necesidad de hacer frente a los riesgos inherentes al mismo, demandan documentos con una eficacia jurídica superior a la meramente probatoria.

En este sentido, una adecuada exposición del singular régimen de protección que dispensa el Derecho cartular aconseja considerar brevemente los riesgos inherentes a ese tráfico; riesgos que pueden resumirse en los siguientes (22):

1. *Riesgo de inexistencia*, consistente en la posibilidad de que el crédito no exista realmente, de modo que el adquirente no pueda reclamar del deudor su cumplimiento.

En efecto, a diferencia de las cosas materiales, cuya realidad se constata por los sentidos, los bienes incorporales no pueden percibirse si no es intelectualmente. De ahí que el tercero pueda dudar de la propia existencia del derecho y, a la postre, erigir la desconfianza en un obstáculo para su transmisión (23).

(22) Seguimos en este punto a DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, pág. 143 y sigs., Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003, que, a su vez, sigue en este punto a PAZ-ARES, C./Alfaro, J., en *Manuscrito de un manual inconcluso de Derecho Mercantil*.

(23) Véase GIMENO-BAYÓN CABOS, R./GARRIDO ESPA, L., *op. cit.*, pág. 18. Como afirman estos autores, nadie en su sano juicio adquirirá algo que ni tan siquiera sabe si existe, a no ser en condiciones sumamente favorables para el comprador. Como observa GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., *La cesión de créditos*, pág. 30; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, la entrega del documento de crédito al cesionario no era un requisito para la transmisión del crédito, sino una obligación del cedente, cuyo cumplimiento permitía o facilitaba al cesionario el cobro del crédito. Era requisito para la producción del efecto traslativo cuando no había *cessio* expresa, es decir, declaración del cedente o acuerdo específico en transmitir.

La entrega del documento, sin embargo, no servía para acreditar, por sí sola, la existencia del crédito.

2. *Riesgo de consistencia*, consistente en que el crédito revista características distintas de aquéllas en las que el adquirente cree estar adquiriéndolo (v.gr.: por ser de importe inferior).

Admitida la existencia del crédito, la regla del Derecho común según la cual *nemo dat quod non habet*, determina que el crédito se transmita en las mismas condiciones en las que lo ostenta el transmitente, con independencia de que por el mismo se manifieste algo distinto. Por ello, el deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que tiene frente al cedente.

En nuestro Derecho positivo se encuentra una peculiar manifestación de este principio en el artículo 1.198 del Código Civil, cuya exégesis permite concluir que, pese a que para la transmisión de los créditos no es necesario el consentimiento del deudor, si se cede sin su consentimiento un crédito existente pero compensable, el cesionario no podrá evitar que se compense, como consecuencia de la regla *nemo dat quod non habet* (24).

3. *Riesgo de pertenencia*, consistente en que el crédito no pertenezca al cedente, de modo que, en realidad, el adquirente no esté adquiriendo nada, en virtud de la misma regla anterior (*nemo alii transferre potest plus iuris quam ipse habeat*).

4. *Riesgo de liberación*, consistente en que el deudor quede liberado en virtud de un pago realizado al cedente. En efecto, hay que tener en cuenta que en virtud del principio de que los contratos son *res inter alios acta* y que en relación a terceros *nec nocet nec prodest*, el deudor sólo queda liberado de su deuda si paga «a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirlo en su nombre» (art. 1.162 CC), por lo que el simple hecho de la transmisión de un crédito no impide al acreedor reclamar al deudor, ni a éste pagar con efectos solutorios al primitivo acreedor, aun cuando éste lo haya transmitido a un tercero. Por ello, el deudor queda liberado en virtud del pago hecho al cedente con anterioridad a haber tenido conocimiento de la cesión (art. 1.527 CC).

5. *Riesgo de prueba*, consistente en la dificultad de probar ante el deudor la condición de acreedor; y finalmente,

6. *Riesgo de insolvencia*, consistente en que el cesionario no pueda cobrar el crédito debido a la insolvencia del deudor.

Por todas estas razones, podía decir ASCARELLI, en expresión que ha devenido clásica, que quien adquiere un crédito, bajo la disciplina del Derecho común, adquiere, en cierto modo, una *caja de sorpresas* (25).

(24) Véase GIMENO-BAYÓN COBOS, R./GARRIDO ESPA, L., *op. cit.*, pág. 18.

(25) ASCARELLI, T., *Teoría general de los títulos de crédito*, pág. 7, traducción de CACHEAUX SANABRIA, R., Ed. Jus, México, 1947.

3.3. EL SISTEMA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS DEL DERECHO COMÚN GENERA DESCONFIANZA EN EL CESIONARIO Y DIFICULTA LA CIRCULACIÓN DE CRÉDITOS

Fijados los distintos riesgos que derivan del tráfico jurídico-económico sobre derechos de crédito, es preciso decidir a cargo de quién se ponen los mismos. Si se sitúan sobre el cesionario, se estará protegiendo fundamentalmente al deudor y, con ello, primando la seguridad jurídica: la cesión se produce entre terceros —*res inter alios acta*— y, por tanto la posición del deudor permanece inalterada. Si, por el contrario, se hacen pesar sobre el deudor, se estará favoreciendo la protección del tráfico, pues, en ese caso, serán los adquirentes quienes no se vean afectados por las circunstancias concernientes al derecho objeto de transmisión.

Pues bien, el Derecho común atiende a la seguridad jurídica —deudor—, en detrimento de la seguridad del tráfico —cesionarios—. Y, por ello, sus medidas no son suficientes para atajar los referidos riesgos en la circulación del crédito. En efecto:

- a) En cuanto al *riesgo de la existencia* del derecho, riesgo consustancial con la naturaleza incorporal del derecho de crédito (26) y en relación al *riesgo de consistencia* del mismo, las normas contenidas en los artículos 1.529 del Código Civil y 348 del Código de Comercio son claramente insuficientes.

En efecto, aunque el cedente responda de la existencia y contenido del crédito cedido, en la medida en que el mismo sea objeto de varias transmisiones y el adquirente no conozca al primitivo cedente, aumenta la desconfianza sobre la *existencia* —y, por tanto, *subsistencia y consistencia*— del crédito, lo cual se agrava porque, ante la eventual insolvencia del deudor cedido —probablemente desconocido para el cesionario—, el Derecho común no impone la responsabilidad de la misma al cedente que es con quien contrata y a quien conoce el cesionario. También es insuficiente la norma contenida en el artículo 1.198 del Código Civil, pues viene a establecer que si bien no es necesario el consentimiento del deudor, si se cede sin su consentimiento un crédito existente pero compensable, el cesionario no podrá evitar que el deudor lo compense, lo que es una consecuencia lógica de que *nemo dat quod non habet*. Y el cesionario carece

(26) GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., *Derecho Cambiario*, pág. 18. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Como afirman estos sutores: «A diferencia de las cosas materiales cuya realidad se constata por los sentidos, los bienes incorporales no pueden percibirse si no es intelectualmente. De ahí que el tercero pueda dudar de la propia existencia del derecho y, a la postre, erigirse la desconfianza en obstáculo para su transmisión. Nadie en su sano juicio podría afirmarse, adquirirá algo que ni tan siquiera sabe si existe a no ser en condiciones sumamente favorables para el comprador».

de medios para saber si, en el momento de la cesión, existen tales créditos.

- b) En cuanto al riesgo de *falta de pertenencia*, la regla general del Derecho común es *nemo dat quod non habet*, por lo que el negocio es nulo, no hay adquisición, y ello determina toda una cadena de nulidades, sólo consolidables mediante su reconocimiento por el verdadero titular o sus causahabientes *mortis causa* o por prescripción adquisitiva.
- c) En cuanto al *riesgo de liberación*, es decir, en cuanto al riesgo de que el cedente, pese a la cesión del crédito, proceda a su cobro (27) válidamente y, por tanto, con efectos liberatorios para el deudor, el Código Civil, para evitar actuaciones de mala fe que en modo alguno pueden ser protegidas por el ordenamiento, matiza la regla del artículo 1.162 y en el artículo 1.164 dispone que «*el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor*» (28).

El problema está —como señalan GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA (29)— en que *la naturaleza inmaterial del crédito impide que sea poseído materialmente* —por más que en ocasiones la tenencia de cierta documentación relacionada con el negocio del que nace permita presumirla— de tal forma que, para evitar que el pago sea realizado eficazmente al primitivo acreedor, es preciso destruir su *apariencia de titularidad*, y el mecanismo previsto por el Derecho común es la notificación de la cesión (arts. 1.527 CC y 347.1 CdC).

Ahora bien, en unos tiempos en los que la lentitud de los medios de comunicación exigía en ocasiones el transcurso de un largo periodo de tiempo para notificar la cesión, o, mejor dicho, para la recepción de la notificación por el deudor, el crédito, de hecho, devenía indisponible, a no ser que el adquirente se arriesgase a que, en el ínterin, el transmitente se le adelantase a cobrar del deudor o transmitiese el crédito a otro cesionario más diligente y, a la postre, a encontrarse con que, en el momento de pretender el cobro del crédito adquirido, el deudor ya hubiese pagado lo debido.

- d) En cuanto al *riesgo de prueba*, el Derecho común no ofrece tampoco ninguna solución satisfactoria en la medida en que, como señalan GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA, la regla general es que los documen-

(27) También seguimos en este punto a GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO SPA, L., *ibíd.*

(28) Lo que, como sostienen GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA en *op. cit.*, pág. 20, interpretado *a contrario sensu*, permite sostener que el pago hecho de mala fe a quien no esté en posesión del crédito no liberará al deudor.

(29) GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., en *ibíd.*

tos privados no hacen prueba contra su autor si no son reconocidos, a lo que hay que añadir la exasperante lentitud de los procesos ordinarios (30).

- e) En cuanto al *riesgo de insolvencia del deudor*, a quien el cesionario puede no conocer puesto que él contrata con el cedente, la regla general del Derecho Civil es que el cedente no responde —«*a menos que fuese anterior y pública*» (art. 1.529 CC) o «*a no mediar pacto expreso que así lo declare*» (art. 348 CdC)—.

Las soluciones, pues, del Derecho común, no son las más idóneas para fomentar la circulación del crédito, porque apenas mitigan el riesgo para el adquirente.

En efecto (31), conforme a las reglas del Derecho común, la oferta del titular de un crédito que quiere enajenarlo para, con el efectivo percibido, seguir operando, es la siguiente (32): *a*) el derecho que pretende vender quizá no exista y, si existe nada garantiza que su contenido se ajuste necesariamente a lo que él indica, ya que, por ejemplo, puede compensar con deudas pre-existentes; *b*) si el deudor es insolvente, el adquirente no podrá reintegrarse de lo pagado para adquirir el crédito, ya que el transmitente no responde la solvencia de aquél; *c*) para que el deudor sólo pueda quedar liberado pagando al cesionario y nada más que a él, el cedente debe comunicarle la cesión, ya que, de no hacerlo, corre el riesgo de que si el deudor pague al transmitente y, a efectos del deudor, acreedor aparente, el pago tenga efectos liberatorios, y, por tanto, extintivos del crédito cedido; *d*) a estos inconvenientes hay que añadir una serie de factores procesales, entre los que cabe destacar: [1] los documentos privados no hacen prueba contra su autor si no son reconocidos, y [2] la exasperante lentitud de los procesos ordinarios.

Por ello, el deudor puede ignorar la cesión y oponer al cesionario todas las excepciones que pudiera tener contra el cedente, así como liberarse si, de buena fe, paga a este último antes de tener conocimiento de la cesión (art. 1.527 CC). Asimismo, si el cedente resulta no ser propietario del crédito, el cesionario no adquirirá nada, puesto que, con carácter general, no puede perfeccionar una adquisición *a non domino* (33).

(30) GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, *ibíd.*

(31) GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L., en *op. cit.*, pág. 21.

(32) GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L., *ibíd.*

(33) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, pág. 145. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

4. LA PROTECCIÓN DEL TRÁFICO: LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL DOCUMENTO

Obviamente, el sistema establecido por el Derecho común no es el más adecuado para la protección del tráfico jurídico-económico (34), y, por lo tanto, para facilitar los intercambios.

4.1. LAS NECESIDADES DE LA CIRCULACIÓN DE CRÉDITOS

En efecto, el fomento de la circulación del crédito —de los derechos de crédito— requiere limitar al máximo y con el menor coste posible los riesgos del adquirente —reducir al máximo las asimetrías informativas, con los menores costes posibles de información para el adquirente, al tiempo que de conservación de su derecho para el titular—, lo que requiere una solución técnico-jurídica que solucione eficientemente los problemas sustantivos enunciados y que, conforme a lo expuesto, debe conseguir (35):

- a) que exista algún elemento externo fácilmente identificable que cree la apariencia, *imputable al deudor* (36), de que el crédito existe;
- b) que, en *relación al adquirente* (37), su derecho de crédito se corresponda exactamente con lo que indica la apariencia, con independencia de los problemas subyacentes a la creación de la misma;
- c) que el transmitente responda de la solvencia del deudor;
- d) que se establezca algún mecanismo que sustituya eficazmente la notificación al deudor de la transmisión del crédito.

Para conseguir estos objetivos, nada mejor que: [1] incorporar el derecho de crédito a un documento que sea transmisible como una cosa mueble, que puede ser examinada por el adquirente en el momento de la entrega, técnica

(34) Sobre la cuestión de si un sistema que no protege el tráfico jurídico-económico no es ineficiente, sino que tales sistemas deben reservarse para los derechos que nacen con vocación circulatorio, la trataremos más adelante.

(35) GIMENO-BAYÓN, R. y GARRIDO ESPA, L., *op. cit.*, pág. 22.

(36) Requisito que añadimos nosotros conforme a la moderna teoría general de la apariencia. Ver, para la teoría de la apariencia aplicada al ámbito cambiario, PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág.159 y sigs. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005. En el mismo sentido, ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles del Derecho cambiario*, pág. 80 y sigs. Ed. Comares, Granada, 2004.

(37) El requisito debe entenderse únicamente en relación con el adquirente, no en relación con la contraparte del contrato causal o subyacente o con la contraparte del *pactum cambii*, ya que no sería necesario para estimular el comercio y, por ello, no lo exige la teoría de la protección de la confianza mediante la protección de la apariencia jurídica.

mediante la cual se superan los problemas referidos a la existencia, pertenencia (38) y contenido del derecho; [2] modificar la regla sobre responsabilidad en caso de insolvencia del deudor, a fin de que en tal caso responda el cedente; [3] vincular el ejercicio del derecho a la posesión del documento, de tal forma que sólo se reconozca apariencia de acreedor a quien esté en posesión del mismo, con lo que queda eliminada la necesidad de notificaciones, y [4] en el ámbito procesal, establecer: *a)* que los documentos que reúnan ciertos requisitos inicialmente harán prueba contra su autor, y *b)* que los derechos a ellos incorporados se ejecutarán en un procedimiento rápido.

Evidentemente, con todas estas medidas se eliminan gran parte de los inconvenientes que hacen del crédito un activo patrimonial difícilmente transmisible y, por tanto, de escaso valor. Y eso es exactamente lo que se consigue mediante la construcción del expediente técnico de la letra de cambio en particular —sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XVI en que se introduce la cláusula de endoso que dota al endosatario de una posición jurídica distinta al endosante, inmune a las excepciones ajenas a él (39)— y de los títulos-valores —especialmente los denominados cualificados o de fe pública, cuyo paradigma es la letra de cambio— en general.

Así, puede afirmar con razón ASCARELLI (40) que el problema de los títulos de crédito es, más que cualquier otro, un problema de técnica jurídica,

(38) Incluimos la pertenencia, no mencionada por GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA. Ese es el sentido del artículo 464 del Código Civil, según la tesis germanista, del artículo 85 del Código de Comercio, etc., como veremos posteriormente.

(39) La aparición y evolución histórica de los diferentes documentos que fueron surgiendo para solventar los problemas del *cambio trayecticio* —contrato de cambio, pagaré cambiario, mandato de pago, cláusula de valor— y que, finalmente, desembocaron en la letra de cambio, son muy significativas a este respecto. Como observa EIZAGUIRRE, en todo este proceso, la introducción y difusión de la cláusula de endoso —en torno a la segunda mitad del siglo XVI— es considerado el acontecimiento más importante de la evolución histórica de la letra de cambio y reviste una consecuencia de orden económico de primera magnitud. En efecto, en virtud de la misma, el endosante sella con su firma una garantía más de que la letra será pagada; en tanto que el endosatario ostenta una posición jurídica diversa del endosante, *immune a las excepciones ajenas a él*. Hasta su aparición, la letra o carta de cambio era únicamente el instrumento del contrato de cambio, que permitía obtener el pago en un lugar distinto del de libramiento. A partir de la consolidación del empleo del endoso será, además, un *instrumento de crédito*. Asimismo, desde que la letra se sustrae del ámbito del contrato de cambio, transformándose en documento circulante, el centro de gravedad jurídico se desplaza del contrato originario a la propia letra. En lo sucesivo, la comprensión del mecanismo de la letra o sistema cambiario exigirá tomar como punto de referencia principal las relaciones *ex charta*, trayendo a colación solo excepcionalmente los fundamentos contractuales de las obligaciones expresadas en la letra de cambio. El Derecho cambiario asume de esta suerte la peculiar fisonomía cartular con que le conocemos ahora. Puede verse todo ello por extenso en EIZAGUIRRE, J. M., *Derecho de los títulos-valores*, pág. 79 y sigs. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

(40) ASCARELLI, T., *Op. cit.*, pág. 15.

que tiene su origen en el contraste entre las exigencias de la circulación y las reglas del Derecho común.

4.2. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO AL DOCUMENTO

Por ello, y para hacer frente a los riesgos inherentes al mismo, es por lo que el Derecho cartular se vale de la incorporación del Derecho al documento —*charta*—, lográndose así la aplicación de normas similares a las del Derecho de cosas o, más precisamente, aproximando, así, la circulación de un derecho de crédito a la de un derecho real sobre bien mueble.

La incorporación constituye un expediente teórico al que la doctrina cartular ha recurrido reiteradamente para explicar el régimen jurídico de los título-valor cualificados.

La incorporación, siguiendo a PAZ-ARES, implica que «*la constitución, la transmisión y el ejercicio del derecho sólo tienen lugar como consecuencia de la producción, de la tradición y de la presentación del título que lo documenta*» (41).

Como resalta el propio autor, dicha concepción sirve para poner de relieve que la condición de acreedor —la titularidad del crédito— está conectada a una determinada posición jurídico-real respecto del documento, en el sentido de que, de la propiedad de éste se deriva la titularidad de la pretensión frente al deudor, lo que equivale a decir que quien adquiere la propiedad del documento adquiere también la titularidad del crédito que el documento menciona o incorpora (42).

(41) PAZ-ARES, C., «La desincorporación de los títulos-valor», en *RDM*, 219 (1996), pág. 10.

(42) PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág. 169. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2005. Esta orientación, de origen alemán, es, como señala el autor, la mayoritaria. En nuestro Derecho, como observa, los argumentos fundamentales a favor de esta tesis los encontramos, por un lado, en el artículo 19-II de la LCCh, y, por otro, en los artículos 14.I y 17.I LCCh; el primero porque consagra un sistema de adquisición *a non domino* del crédito basado en la adquisición *a non domino* del título; los segundos porque, lógicamente interpretados, parecen indicar que la adquisición de la letra es un presupuesto, y no una consecuencia de la adquisición del crédito. Obviamente, la expresión «incorporación» tiene un valor instrumental, como señalan los diversos autores, por lo que no se le puede otorgar un valor absoluto. Entre las limitaciones más importantes señala PAZ-ARES, C., 1. La existencia del derecho de crédito no depende necesariamente de la existencia del título (art. 87-II LCCh). 2. La adquisición de la propiedad de la letra no trae consigo la adquisición del crédito incorporado cuando tal adquisición se produce en virtud de modos previstos en el Derecho común, extraños al fenómeno de la circulación (ocupación, hallazgo, etc.); 3. ¿Se puede ceder el derecho sin entregar el título? Según PAZ-ARES, es factible la transmisión meramente consensual del crédito cuando la transmisión se encauce a través de la cesión ordinaria del Derecho común. 4. El crédito se extingue por pago y no por la recuperación

De este modo, como observa BROSETA, la solución del Derecho Mercantil a la exigencia de que los derechos se transmitan de forma rápida y segura se logra mediante la técnica de la incorporación, porque, mediante ella, los derechos circulan eludiendo las reglas de la cesión de créditos, sometiéndose, en su lugar, a las reglas de transmisión de los bienes muebles.

El tráfico de derechos de crédito se convierte así, en cierto sentido, en un tráfico de derechos de propiedad sobre bienes muebles —protegido por el principio de tutela a la posesión de buena fe—, cuyo régimen jurídico contiene grandes ventajas (43), gracias a las cuales se dota de seguridad, facilidad y certeza a la transmisión de créditos.

4.2.1. *Incorporación y ejercicio del derecho* (44)

En primer lugar, la incorporación determina que el derecho no puede ser ejercitado sin la posesión del documento. Éste cobra, así, una especial trascendencia para que el acreedor y el deudor puedan, respectivamente, exigir y cumplir eficazmente la prestación, lo que permite conjurar el riesgo de liberación, lo cual se debe a que el documento viene a sustituir a la notificación de la cesión a que se refiere el artículo 1.527 del Código Civil.

Es más, la denominada cláusula de presentación necesaria despliega sus efectos, no sólo en relación con el acreedor, sino también en relación con el deudor.

En efecto, en relación con el acreedor no puede hacer valer su derecho sin presentar el documento al deudor, aunque aporte pruebas de su derecho; pero, a su vez, le confiere la tranquilidad de que, en tanto esté en posesión del documento, el deudor no podrá cumplir con efectos liberatorios a favor de ningún tercero.

En relación al deudor, la cláusula le facilita el examen de la legitimación, al poder limitarla a quien le presente el documento, con exclusión de cual-

material del título. Sucede, sin embargo, que para evitar la discordancia entre legitimación y titularidad, la ley atribuye al pago un efecto adquisitivo de la titularidad del documento, de modo que el pagador —como el cesionario— puede reivindicar el título de quien lo posea, a no ser que lo haya adquirido *a non domino*, conforme al artículo 19-II LCCh. *Ibidem* pág. 170 y sigs.

(43) BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, pág. 388. Entre otras: la posesión de buena fe equivale al título; el adquirente poseedor de buena fe obtiene la propiedad del documento, incluso aunque hubiera adquirido de un tercero que, a su vez, hubiera adquirido ilegítimamente el título (art. 464 CC); la propiedad del documento confiere la titularidad del derecho incorporado; la simple posesión del documento legitima al poseedor para exigir del deudor el cumplimiento del derecho incorporado. BROSETA, *ibíd.* Naturalmente con todas las excepciones expuestas en la nota anterior, entre otras.

(44) Seguimos en este punto a DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, pág. 147. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

quier otra persona, aunque ésta alegue, e, incluso, pruebe su extravío, sustracción o destrucción (45).

Pero, adicionalmente, la incorporación en sede de ejercicio determina que del documento se desprenda una apariencia de titularidad de la que deriva una eficacia legitimadora, cuya intensidad y características variará según el documento de que se trate y de la función que desempeñe en el tráfico. Se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum*. Ello, a su vez, minimiza el riesgo de prueba.

En todo caso, la legitimación, como afirma DE DIOS MARTÍNEZ (46) no implica *necesariamente* una titularidad material sobre el derecho, sino únicamente una apariencia de titularidad, cuya finalidad es la de simplificar la prueba del mismo, su ejercicio, y, eventualmente, su circulación: el documento se concentra, de este modo, en el desenvolvimiento de la relación cartular, pero, en modo alguno equivale, *necesariamente*, a la propiedad sobre el derecho cartularizado. Como veremos, dicha equivalencia funcional se establece y se protege porque habitualmente coinciden apariencia y titularidad material, y cuando excepcionalmente no coinciden por la necesaria protección de la confianza del adquirente fundada en la apariencia.

4.2.2. Incorporación y circulación del derecho (47)

En segundo lugar, la incorporación determina que la circulación del documento conlleva, a su vez, la del derecho. Dependiendo del documento objeto de consideración, esa circulación cartular puede conllevar, además, una especial protección de la posición de su adquirente, tanto en la esfera jurídico-obligacional, como en la jurídico-real, a las que nos referiremos posteriormente. Estas tutelas, por su parte, permiten neutralizar, respectivamente, los riesgos de consistencia y pertenencia.

4.2.3. Incorporación y constitución del derecho

Finalmente, en cuanto a la constitución, la incorporación puede determinar que el nacimiento del derecho no se produzca sin la creación del documento, lo que, a su vez, permite hacer frente al riesgo de inexistencia.

(45) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, págs. 147 y 176. Naturalmente, hay que tener en cuenta las excepciones o limitaciones señaladas por PAZ-ARES al principio de incorporación y que hemos expuesto en nota anterior.

(46) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 174. En el mismo sentido, PAZ-ARES, C., *Naturaleza...*, pág. 169.

(47) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 147.

Por lo que a la constitución del derecho se refiere, es ésta una materia que ha sido objeto de una destacable controversia doctrinal, referida, en síntesis, a si la obligación cartular es autónoma y, por tanto, distinta de la relación subyacente, o si, por el contrario se trata siempre de una misma obligación. De entre las orientaciones teóricas que se han ocupado del tema —causalista, mixta y cartular— es la cartular —esto es, la que atiende a la existencia de una obligación nueva y distinta— la que mayor aceptación parece tener (48).

La incorporación permite, pues, superar la mayoría de los riesgos anteriormente aludidos. Queda excluido el riesgo de insolvencia, pues éste no se ve conjurado por la incorporación del derecho en el documento, sino por la especial regulación de determinados tipos de títulos-valor que, como los cambiarios, permiten al acreedor ejercitar la acción de regreso contra tenedores anteriores (art. 50 Lcch).

4.2.4. *La incorporación como técnica de intensidad graduable*

Sin embargo, debe advertirse que ésta no se presenta siempre con todas las facetas a que se acaba de hacer referencia. Por el contrario, la incorporación es, como observa DE DIOS MARTÍNEZ (49), un fenómeno *escalable*, es decir, de *intensidad graduable*, en función de las necesidades de protección del tráfico a satisfacer y, en tal sentido, de la función propia de cada documento (50).

De este modo, en la medida en que los títulos-valor cualificados tienden a proteger tanto la circulación como el ejercicio del derecho documentado, alcanzan el más alto grado de incorporación. Dicha incorporación es característica de los denominados títulos-valor constitutivos.

Sin embargo, debe reconocerse que también en los títulos-valor declarativos concurre, en cierto modo, una incorporación en sede de constitución, por cuanto, como afirma PAZ-ARES: «la producción del documento surte...

(48) PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág. 50. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2005.

(49) DE DIOS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 148.

(50) Esta misma idea es la que vienen a expresar algunos autores partidarios de la concepción amplia de título-valor. Así, EIZAGUIRRE, J. M., distingue entre *títulos de literalidad completa* y *de literalidad incompleta*, según que la descripción del derecho contenida en el documento sea o no suficiente para delimitarlo en relación a los adquirentes mediante actos de tráfico. En el primer caso se situaría, v.gr., la letra de cambio, en el segundo las acciones de una sociedad anónima, ya que para conocer con exactitud la extensión del derecho que incorporan, es necesario consultar los correspondientes estatutos sociales. «La opción por el concepto amplio de título-valor», en *RDBB*, núm. 57, 1995, pág. 21. Esta idea es, como veremos después, sumamente importante para la caracterización de la inscripción como título-valor, y para el enfoque adecuado de las excepciones a la fe pública registral contenidas en la legislación vigente.

ciertos efectos sustantivos, al menos en el sentido de que modifica el régimen jurídico de los derechos mencionados» (51).

En los títulos-valor cualificados la incorporación es sumamente intensa. Como es sabido, en éstos, el derecho se transmite junto con el título y se aúnan la protección y la circulación junto con la del ejercicio.

5. PROPIEDADES NORMATIVAS DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS O DE FE PÚBLICA

Circunscribimos nuestro estudio a la eficacia legitimadora de los títulos-valor cualificados en relación con el tenedor y con el tercer adquirente, dejando de lado a la figura del deudor por no ser relevante a los efectos del presente trabajo (52).

5.1. LEGITIMACIÓN

5.1.1. *En relación al tenedor*

Cabe definir la legitimación aquí examinada, con EIZAGUIRRE, como la «presunción, salvo prueba en contrario, atribuida por el ordenamiento jurídico a la *tenencia* del título, conforme a su ley de circulación, de que la misma se corresponde con la titularidad real del derecho plasmado en el documento. La apariencia de titularidad se equipara, por tanto, en los títulos circulantes con la titularidad real, salvo prueba en contrario» (53).

Ello obedece a la apariencia de titularidad material con la que el documento inviste al tenedor. Sobre la base de esa apariencia, el legitimado con

(51) Véase PAZ-ARES, C., «La desincorporación del título-valor», en *RDM*, núm. 219, 1996, pág. 13 y sigs.

(52) No obstante, hay que dejar constancia de que la fuerte presunción de titularidad reconocida al tenedor de los títulos-valor cualificados —de la que deriva el carácter necesario y suficiente de estos títulos para el ejercicio del derecho documentado— repercute favorablemente en el deudor, normalmente emisor y suscriptor del documento en la medida en que simplifica considerablemente la labor de identificar al titular real del derecho, presupuesto de su liberación (art. 1.162 CC). A diferencia de lo que sucede en los títulos directos, el deudor puede confiar a este fin exclusivamente en el tenor literal del papel, salvo el complemento inexcusable del documento de identidad en los títulos a la orden. Por tanto, conforme a la norma del artículo 1.164 del Código Civil, la eficacia liberatoria a favor del deudor inherente a los títulos-valor cualificados estriba en que la diligencia desplegada por el mismo al examinar la legitimación del tenedor responda a los patrones de la buena fe (entendida como falta de dolo o culpa grave).

(53) EIZAGUIRRE, J. M.^a, *Derecho de los títulos-valor*, pág. 40, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

arreglo a la ley de circulación del documento (54) goza de la presunción de ser el titular real y efectivo del derecho incorporado, quedando, así, eximido de tener que aportar cualesquiera otros medios probatorios (55).

Por ello, como afirma EIZAGUIRRE, llegado el momento de hacer valer su pretensión, el tenedor queda dispensado del deber de acreditar su derecho con la amplitud que se desprende de la norma general sobre carga de la prueba del artículo 217 II LEC, sin tener que recurrir a la serie de medios de prueba previstos en el artículo 299 LEC, para lo que el título-valor cualificado —a diferencia del título-valor simple— sirve de instrumento único y suficiente (56).

De ello se desprende, como afirmaba GARRIGUES, que la posesión del título es equivalente a la posibilidad de ejercicio del derecho, por lo que el mismo será posible por quien no sea titular del derecho, con tal que sea poseedor del título (57). En efecto, como señalaba el ilustre maestro, «así como la posesión engendra apariencia de propiedad en las cosas, en los títulos-valores la posesión, sola o unida a ciertas cláusulas legitimadoras (58), engendra una apariencia de titularidad legítima a favor del poseedor del documento y esta apariencia es suficiente para el comercio jurídico» (59).

De hecho la posesión regular del título-valor cualificado produce tales efectos en favor del tenedor que para enervarlos —en caso de robo o extravío del título al portador— es necesario un complejo procedimiento edictal de

(54) Por tanto, en virtud de la mera posesión, en el caso de los títulos al portador, o bien, mediante la posesión más la designación al final de una cadena interrumpida de endosos, en el caso de los títulos a la orden. Véase, DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, pág. 186, nota 347. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

(55) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 186. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. Como afirma este autor, siguiendo a la generalidad de la doctrina, en el ámbito de los títulos-valores cualificados, el título se configura como un instrumento necesario, pero también, suficiente para el ejercicio del derecho, por cuanto, por sí solo, permite a su tenedor cualificado exigir del deudor la realización de la prestación cartularizada. De hecho, la intensidad de esa apariencia es de tal índole que se extiende incluso al tenedor que no es propietario ni del documento ni del derecho, tal y como ocurre, en nuestro Derecho, en los supuestos de endoso limitado, contemplados en los artículos 21 y 22 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCH).

(56) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 41. Afirma asimismo este autor que: «respecto de los títulos al portador, falta una base normativa clara en nuestro ordenamiento, dada la muy deficiente e incompleta regulación de esta clase de documentos por el Código de Comercio. La legitimación del portador hay que inferirla del artículo 545.f) 1.ª del Código de Comercio».

(57) GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 7.ª ed., pág. 724, Madrid, 1976.

(58) Como señala ASCARELLI, T., «La distinta forma de circulación del documento —al portador, a la orden, nominativo— determina una forma distinta de legitimación», ASCARELLI, T., *Teoría general de los títulos de crédito*, pág. 216, Ed. Jus, México, 1947.

(59) GARRIGUES, *op. cit.*

amortización regulado en los artículos 548 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 84 y siguientes de la LCCh (60).

5.1.2. *En relación al adquirente del título* (61)

La eficacia legitimadora de los títulos-valor cualificados se extiende también a su adquirente de buena fe. En primer lugar, la adquisición regular del documento le permite adquirir la apariencia de acreedor y, por tanto, beneficiarse de las ventajas que, en sede de ejercicio, acaban de ser expuestas.

Pero, más allá de esa fase, la legitimación cartular se manifiesta también con ocasión de la circulación del derecho incorporado. La apariencia de titularidad que va asociada a la posesión del documento y la correlativa legitimación que de la misma se desprende, permite al adquirente de buena fe confiar en que el tenedor es, efectivamente, el titular material del derecho y, por tanto, quien tiene facultades de disposición.

De este modo, la presunción que deriva del documento exime al adquirente de tener que realizar comprobaciones extracartulares sobre la titularidad del derecho. Es más, esa presunción es de tal naturaleza que incluso le permite consolidar una adquisición *a non domino* (ex. arts. 19.2 LCCh y 545 CdC).

Efectivamente, adquiriendo el título de quien se halla legitimado conforme a su ley de circulación, es posible adquirir también el derecho incorporado, incluso aunque el transmitente no sea, en realidad, su titular material.

Este último aspecto de la eficacia legitimadora de los títulos-valor cualificados se concreta en la tutela jurídico-real del adquirente de buena fe, a la que nos referiremos posteriormente con más detalle.

En suma, la eficacia legitimadora no sólo simplifica al adquirente de buena fe la carga de acreditar su condición de acreedor en el momento del ejercicio del derecho documentado, sino que, además, le facilita la apreciación de la facultad de disposición del transmitente, protegiéndole, en sede de circulación, frente a una eventual falta de titularidad material del derecho por parte de este último (62).

(60) BROSETA, M., *Manual de Derecho Mercantil*, T. II, pág. 391, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

(61) En este apartado transcribo en su práctica integridad lo expuesto por DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., en *op. cit.*, bajo el epígrafe «Legitimación a favor del adquirente del título» —págs. 187, 188—, con algunas matizaciones.

(62) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 188. Señala también que todo ello es, en definitiva, una consecuencia necesaria de la apariencia que genera el título: la protección de la buena fe de quien confía en la titularidad que resulta del documento. En su virtud el tenor del documento adquiere frente al tercero una presunción de veracidad de su contenido. A su vez, esto supone que el conflicto entre el titular del derecho documen-

5.2. LITERALIDAD Y ABSTRACCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-OBLIGACIONAL DEL CESIONARIO MEDIANTE LA EXCLUSIÓN DE EXCEPCIONES

La literalidad es la característica de los títulos-valores perfectos (denominados también completos, abstractos o de fe pública), o sea, aquellos en los que se verifica por completo la incorporación del derecho al título (63).

Viene a significar que la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho incorporado se delimitan exclusivamente por el tenor literal del documento. En su sentido absoluto, significa que las relaciones entre el deudor y el tenedor que ha adquirido documento conforme a su ley de circulación se han de regular, por lo que expresa el título mismo, cualquiera que fuese el contenido y el régimen del derecho incorporado según el negocio que lo hizo nacer, por lo que puede afirmarse que «lo que no está en el título no está en el mundo» (64).

La justificación de esta característica, como afirma DE DIOS MARTÍNEZ, L. M. (65) es contribuir a la agilización de la circulación de los derechos incorporados mediante su protección, lo que constituye la función propia de los títulos-valores cualificados.

La literalidad supone una importante derogación del Derecho común de obligaciones en materia de excepciones y su sustitución por un sistema que, mediante la limitación de los medios de defensa del deudor, fortalece notablemente la posición del adquirente del título —arts. 20 y 67 LCCh y 56.2 LSA—.

Así, frente a la regla prevalente en el Derecho común de obligaciones, según la cual el deudor puede oponer al nuevo acreedor cuantas excepciones respecto al acreedor precedente se hallan fundadas al tiempo de la cesión —principio de *oponibilidad ilimitada*—, la disciplina específica de los títulos-valores cualificados se rige por el principio inverso de *oponibilidad limitada*, en cuya virtud el adquirente queda protegido frente a las excepciones

tado y el titular del documento se resuelve a favor de este último. Desarrollaremos más ampliamente esa cuestión al referirnos a la «literalidad», otra de las características definitorias de los títulos-valores cualificados.

(63) GARRIGUES, J., *op. cit.*, pág. 728.

(64) BROSETA, M., *op. cit.*, pág. 392. Como afirma GARRIGUES, J., *op. cit.*, pág. 729: «También se designan estos títulos con el nombre de *títulos de fe pública*. Con esta expresión se caracterizan aquellos títulos cuya expresión literal es la que sirve de norma a favor del adquirente de buena fe. Quien de buena fe adquiere el título sobre su expresión literal adquiere el derecho documentado precisamente como aparece en el título. La fe en la escritura opera aquí milagros: se adquiere del derecho derivado del título, aunque jamás hubiese correspondido al transmitente o aun cuando se hubiese extinguido en él. Esto es muy importante desde el punto de vista de las excepciones oponibles por el deudor al adquirente de buena fe».

(65) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 205, y EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 44.

fundadas en relaciones personales entre el deudor y el acreedor originario o, en su caso, otros adquirentes, así como frente a excepciones que no tengan su reflejo en el título (abstracción personal).

El adquirente queda así protegido frente a hechos o circunstancias que pudieran afectar al derecho incorporado y que le eran desconocidas en el momento de la adquisición. Con ello se le confiere inmunidad frente a buen número de excepciones a las que, en otro caso, quedaría expuesto.

Por tal razón, la propiedad normativa que desde el punto de vista del ejercicio del derecho caracteriza el régimen especial de los títulos-valores cualificados puede ser enunciada, desde el punto de vista del acreedor beneficiario, como la *exclusión de excepciones* (66), aunque la misma no sea total.

Como señala EIZAGUIRRE, J. M. (67) en el ámbito de aquellos títulos-valores que incorporan el derecho del tenedor al cobro de una suma de dinero —títulos cambiarios—, se puede distinguir entre *relaciones cartulares*, nacidas en virtud del negocio de entrega del título, y *relaciones extracartulares*, ajenas a la emisión del papel.

En el ámbito de las relaciones cartulares, la exclusión de excepciones se llega a explicar conforme al principio de apariencia jurídica, en cuya virtud sólo los hechos capaces de destruir la apariencia creada por el título-valor resultan oponibles al tercero de buena fe.

En el ámbito de las relaciones extracartulares, por el contrario, la exclusión de excepciones se justificaría, según el citado autor, en virtud de la relatividad o incomunicación de los contratos (art. 1.257-I CC), conforme a los límites establecidos en los arts. 7.º 1.º del Código Civil y 20 LCCh. Parece, sin embargo, que ofrece un fundamento más sólido para explicar esta situación el artículo 1.170 del Código Civil, en sus reglas segunda y tercera (68).

(66) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 44.

(67) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 44.

(68) En este sentido, PAZ-ARES, C., en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 199..., pág. 222. En el comentario al artículo 1.170, dice Paz-Ares, C.: «En su *función reguladora*, el artículo disciplina lo que en la dogmática cambiaria y de los títulos-valor acostumbra a denominarse *acción causal*, es decir, la acción o pretensión derivada de la obligación causal que coexiste con la obligación cambiaria. En particular el artículo 1.170 II y III contempla los límites que la existencia que un título cambiario impone al ejercicio de las acciones dimanantes del negocio causal, en cuya virtud se emitió o suscribió. Por medio de estos límites —que, en definitiva, se traducen en excepciones cambiarias frente a las acciones o pretensiones causales— el ordenamiento trata de coordinar la existencia y funcionamiento independientes de la obligación cambiaria (obligación *ex título*) y de la obligación subyacente (obligación *ex causa*). Cuatro son, en concreto, tales límites o excepciones: la excepción de entrega del título, el derecho a retener la prestación y a rescatar el título, la excepción de realización del título y la excepción de perjuicio del título».

Ahora bien, para que tal protección se produzca, es preciso que el título haya circulado efectivamente por medios cartulares y el tenedor lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe (69).

5.3. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO INCORPORADO: LA PROTECCIÓN JURÍDICO-REAL DEL CESIONARIO

Como observa BROSETA, la autonomía del derecho incorporado es un complemento y, a la vez, consecuencia del principio de literalidad, a cuyo través se tutela al adquirente en el orden jurídico-real, frente al riesgo de que el transmitente no fuera titular o careciera de poder de disposición, posibilitando, en consecuencia, una adquisición *a non domino* (70).

Como sabemos, literalidad significa que la posición jurídica del segundo y terceros adquirentes viene delimitada por el *tenor literal* del título y no por las relaciones personales que ligaban al tercer poseedor con el deudor, lo que fundamenta la *autonomía del derecho incorporado*, en cuya virtud cada poseedor adquiere *ex novo*, como si lo fuera originariamente —y no a título derivativo—, el derecho incorporado al título, sin subrogarse en la posición personal de su transmitente (71).

Esta posición, de origen creacionista, sin embargo, no es compartida por los defensores de la teoría de la apariencia jurídica como fundamento de la obligación cambiaria, puesto que si el derecho se incorpora al título, no puede sostenerse seriamente que mientras el título se adquiere derivativamente —es decir, del tradens—, el derecho se adquiere originariamente —es decir, del primer deudor—.

Alegan que tal afirmación es contraria, en primer lugar, a las previsiones de las partes, para las cuales el objeto de la transacción es la transmisión del crédito —de hecho, el contenido de la declaración de voluntad del endoso y de la cesión ordinaria es exactamente el mismo— y, en segundo lugar, al artículo 17.I LCCh, según el cual «*el endoso transmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio*».

(69) DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 206 y sigs.

(70) BROSETA PONT, M., *op. cit.*, pág. 393.

(71) Por lo que se refiere a esta propiedad normativa y al alcance de los términos «literalidad» y «autonomía», perfectamente distinguidos por la doctrina italiana, puede consultarse la amplia bibliografía citada por DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 145, con una especial reflexión sobre [1] la distinción entre la *literalidad completa* —o *perfecta o directa*— y *literalidad incompleta* —o *imperfecta o indirecta o por remisión*— para diferenciar aquellos títulos cuya literalidad es suficiente para delimitar el alcance del derecho incorporado de aquellos otros en los que no se da tal circunstancia y sobre [2] como una parte de nuestra doctrina ha hecho especial hincapié en explicar esta propiedad normativa a partir de las categorías de la teoría de la apariencia jurídica y de la abstracción.

Por estas razones, concluyen estos autores, debe concluirse que la adquisición del derecho cambiario es derivativa y que, en consecuencia, no existen muchos derechos cambiarios en un solo título, sino un solo derecho, que es objeto de transmisión con el propio título como consecuencia de la incorporación (arts. 14, 17, 19, 120, 123 y 125 LCCh) (72).

Esta característica también sirve para fundamentar, obviamente, la tutela jurídico-obligacional del adquirente.

La agilidad y seguridad del tráfico quedarían seriamente restringidas si el tercero no pudiera confiar en la eficacia del acto de transmisión, obligándole a realizar indagaciones más allá de lo que consta en el propio título o, de otro modo, exponiéndole al ejercicio de una acción reivindicatoria por parte del verdadero titular. La tutela jurídico-real se suma, así, a la jurídico-obligacional, cerrando el círculo de la protección del adquirente (73).

Ello significa que la disciplina especial de los títulos-valores cualificados contiene una derogación del Derecho común de cosas en materia de reivindicación (74).

Así, frente a la regla prevalente en Derecho común, según la cual el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado ilegalmente de ella, podrá reivindicarla de quien la posea —principio de la *reivindicabilidad ilimitada*, consagrado, en principio, por el art. 464-I frase 2.ª CC—, la disciplina específica de los títulos-valores cualificados se rige por el principio inverso de *irreivindicabilidad* a favor del tercer adquirente de buena fe —arts. 545 frase 2.ª CdC y 19-II LCCh) (75).

Aparte de otras cuestiones no menores, se plantea la de determinar quién es el adquirente que queda protegido por este principio de *irreivindicabilidad*.

Como explica EIZAGUIRRE, J. M. (76), el adquirente beneficiario de la protección que estamos considerando debe ser, por regla general, un tercero; ajeno, por tanto, a la relación o tracto entre el titular y el transmitente, en el

(72) Posteriormente nos referiremos a la teoría de la apariencia, especialmente desarrollada entre nosotros como fundamento de la obligación cambiaria por PAZ-ARES, C. Especialmente en *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, pág. 157 y sigs. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005. Véase, también, ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles de la obligación cambiaria*, pág. 80 y sigs. Ed. Comares, Granada, 2004.

(73) En este sentido, DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., en *op. cit.*, pág. 231.

(74) Seguimos en este punto a EIZAGUIRRE, J. M., en *op. cit.*, pág. 47 y sigs.

(75) Como señala el propio EIZAGUIRRE, en *op. cit.*, pág. 21, hay una fuerte discusión doctrinal en torno a la adecuada interpretación del artículo 464 del Código Civil. Y no cabe ocultar el avance de la llamada «tesis germanista en la jurisprudencia reciente, partidaria de deducir del citado precepto, por el contrario, un apoyo de la irreivindicabilidad a favor del tercer adquirente de buena fe. Y cita, en tal sentido, la STS de 15 de febrero de 1990 y la STS de 25 de febrero de 1992. Véase, en todo caso, una completa exposición de la cuestión a cargo de MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1991.

(76) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 49 y sigs., cuya exposición seguimos en este punto.

que se consuma la privación o del que deriva la desposesión voluntaria por el titular, que luego utiliza el transmitente en beneficio propio al contratar con el tercero.

Conforme a este supuesto de hecho, la protección cartular se circunscribe, *stricto sensu*, al tercero, al igual que la registral. Los terceros —los subadquirentes— serían, por tanto, los únicos beneficiarios de la apariencia generada por el Registro de la Propiedad (art. 34 LH), el endoso (art. 19-II LCCh), la posesión de los títulos al portador (art. 545-I, frase 2.^a del CdC) o los asientos del registro de anotaciones en cuenta (art. 9 LMV).

Sin embargo, acudiendo al principio de rango superior de la *apariencia jurídica*, que informa la institución de la adquisición *a non domino* en su conjunto, es preciso integrar la figura de la relación de representación. Así sucede en el Derecho Inmobiliario, como muestra la STS de 26 de mayo de 1994, que confirmó la válida adquisición de una vivienda por quien contrató con el *falsus procurator* del dueño de aquella y, por tanto, carecía de la condición de subadquirente; no obstante lo cual, el TS desestimó la reivindicación del dueño víctima de la privación. Sólo así pueden explicarse cabalmente, además, cuestiones como la de la desposesión voluntaria del *dominus*, cuyo alcance resultaría de otro modo incomprensible.

5.4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este conjunto de propiedades normativas permite que la letra se sustraiga del ámbito del contrato de cambio, transformándose en *documento circulante* y hacen que el centro de gravedad jurídica se desplace desde el contrato originario a la propia letra.

Estas propiedades normativas hacen que las relaciones *ex charta* se conviertan en la referencia principal y que las relaciones derivadas del contrato originario únicamente operen entre las mismas partes originarias, superponiéndose, incluso, a las cartulares en caso de coincidencia (es decir, entre librador y tomador).

Mediante estas propiedades normativas, se consigue una *simetría informativa funcional* entre endosante y endosatario, lo que fundamenta la confianza, dota de seguridad al derecho, facilita y agiliza la contratación y permite la conversión de la letra en instrumento de crédito.

Mediante estas propiedades, por último, el Derecho cambiario solventa los problemas a los que no daba una respuesta adecuada el régimen de la cesión de créditos propio del Derecho común.

El Derecho cambiario asume, de esta suerte, su peculiar fisonomía cartular (77).

(77) Véase EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 84.

6. LOS RIESGOS EN LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA

6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como todo tráfico jurídico-económico, también el inmobiliario comporta ciertos riesgos. Y, al igual que sucedía en materia de cesión de créditos, tampoco los principios del Derecho común eran los más adecuados para facilitar la circulación de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles; tampoco para habilitarlos como activos económicos —es decir, como garantía crediticia—; pero no porque el Derecho común protegiese excesivamente al propietario frente al adquirente o acreedor —como se ha afirmado—, sino precisamente porque se trataba de un sistema rudimentario que no protegía suficientemente, como veremos, ni al propietario vigente, ni al adquirente —nuevo propietario— ni al acreedor hipotecario —potencial propietario— ni, por tanto, al deudor —figura habitualmente coincidente con la del propietario de turno—, el cual, como consecuencia de la insuficiente protección del derecho, se veía obligado a soportar unos intereses que compensasen tal incertidumbre —*prima de riesgo*— al acreedor.

Los riesgos de la transmisión inmobiliaria no son, sin embargo, exactamente los mismos que afectan a la cesión de créditos, debido a la diferente naturaleza de los respectivos derechos.

Así, mientras la *invisibilidad* propia de los derechos de crédito propicia un especial *riesgo de inexistencia*, por el contrario, la *especial visibilidad e inamovilidad* de los inmuebles hacen que tal riesgo disminuya grandemente en el tráfico de los mismos.

Del mismo modo, mientras en el tráfico de los derechos de crédito —por definición *iura in personam*—, apenas se plantean problemas relacionados con terceros, sin embargo en el tráfico de derechos sobre bienes inmuebles —por definición *iura in rem*—, algunos de los principales problemas se plantean como consecuencia de la posible existencia de derechos confluyentes o contradictorios sobre el propio inmueble objeto de tráfico.

Hechas estas precisiones, podemos identificar los siguientes, como los principales riesgos de la transmisión inmobiliaria, bajo los postulados del Derecho común:

6.2. LOS RIESGOS

6.2.1. *Dificultad de movilización*

Gran parte de la propiedad estaba vinculada y en poder de las denominadas «manos muertas». Instituciones como el mayorazgo sustraían al mer-

cado las tierras sobre las que recaían. Todo el proceso de abolición de los señoríos jurisdiccionales y de desamortización suponen el desarme jurídico de la propiedad feudal y su conversión en propiedad libre apta para el mercado (78).

Este problema se solventa mediante el largo proceso de desamortización que, en un sentido amplio, se extiende desde 1795 a 1851, lo que no permite deducir que exista una relación de causalidad entre el proceso desamortizador y la génesis del sistema registral español. Nos inclinamos por creer que la verdadera relación se da con la necesidad de potenciar el crédito territorial, desde postulados esencialmente fisiocráticos, lo que exige una propiedad segura y fácilmente transmisible (79).

(78) Véase DE VICENTE ALGUERÓ, F. J., el capítulo correspondiente a «Agricultura y ganadería», en GONZÁLEZ ENCISO, A.; DE VICENTE ALGUERÓ, F. J.; FLORISTÁN IMÍZCOZ, A. y TORRES SÁNCHEZ, R., *Historia económica de la España moderna*, pág. 73 y sigs., Ed. Actas, Madrid, 1992. Una parte importante de la tierra es de las *manos muertas*, es decir, está vinculada a una determinada familia o institución, generalmente eclesiástica. Estas tierras vinculadas son privadas en cuanto a su titular, pero carecen de una característica fundamental del moderno concepto de propiedad privada: no pueden ser enajenadas total ni parcialmente, ni ser embargadas por deudas. La expansión del mayorazgo —convertido en institución del Derecho Civil castellano por las Leyes de Toro (1505)— es uno de los fenómenos más notables de la época moderna.

Además, sobre determinadas tierras —*señoríos*— puede haber dos derechos claramente diferenciados y con titulares distintos: el *dominio eminente* —cuyo titular es generalmente un *señor* laico o eclesiástico con poder jurisdiccional— y el *dominio útil*, cuyo titular suele ser un campesino. Estas formas de dominio dividido adoptan diferentes formas en las diferentes regiones, tales como *foros* en Galicia, Asturias o León, o *enfiteusis* en Cataluña y, en menor medida, en Valencia. En relación a la enfiteusis catalana, resulta fundamental la Sentencia Arbitral de Guadalupe —1486— que abolió la servidumbre personal de los payeses de *remenca*, otorgándoles el dominio útil perpetuo de sus tierras a cambio de indemnizar a sus señores, los cuales, además, seguirán percibiendo rentas de origen feudal —v.gr.: el *laudemio* o *lluisme*—.

Por otro lado, las clases ricas urbanas —caballeros, comerciantes, profesiones liberales, rentistas en general— adquirían tierras, sobre todo en las proximidades de las ciudades, para explotarlas predominantemente mediante su cesión en arrendamiento. Los campesinos ricos también adquirían tierras. Estas propiedades podían encontrarse tanto en tierras de realengo —bajo la jurisdicción directa de la Corona— como en tierras señoriales —bajo la jurisdicción directa de un señor—.

(79) En este sentido, GALLEGO DEL CAMPO, G., «Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX», en *RCDI*, mayo-junio de 1986, núm. 574, págs. 637-652, así como, del mismo autor, «Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad español», en *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX*, pág. 577 y sigs., Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. En su opinión, el establecimiento de los Registros de la Propiedad en España no dependió causalmente de la decisión política desamortizadora, ni fue concebido tampoco como específico instrumento de defensa de los adquirentes de bienes desamortizados (pág. 580). En el mismo sentido, PARDO NÚÑEZ, C. R., «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI*, núm. 614, pág. 112. Sostiene este autor que el proceso desamortizador no bastaba para atraer los capitales que la agricultura necesitaba, por lo que se precisaba algo más, lo que denomina el autor «una segunda desamortización, ahora de naturaleza estrictamente civil».

6.2.2. Riesgo de pertenencia

El sistema vigente no servía para asegurar al adquirente que estaba adquiriendo del *verus dominus*; en efecto, sin un sistema mínimamente efectivo de publicidad (80), por rudimentario que fuese, y con la facultad concedida al

Coincidimos plenamente con estas opiniones. En efecto, la Exposición de Motivos del proyecto de ley para la reforma de la legislación hipotecaria, de 11 de febrero de 1858, es de una claridad meridiana: «Cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas». Asimismo, la «Exposición de 6 de junio de 1860, de los motivos y fundamentos del proyecto de Ley Hipotecaria»: «...Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación... la reforma es urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados». Pone de manifiesto B. OLIVER que en aquella época (1855) el Gobierno dedicó todos sus esfuerzos «al estudio de los medios más conducentes y rápidos para atraer los capitales con que debían fomentarse las tres principales fuentes de la riqueza pública; la agricultura, el comercio y la industria. Y juzgando que los primeros y más fuertes obstáculos que se oponían... nacían de la legislación mercantil, en lo que toca al crédito comercial e industrial, y de la legislación civil, en lo que toca al crédito territorial y agrícola, acordó acometer simultáneamente la reforma de ambas legislaciones y llevarla a cabo en el más breve plazo posible».

Esta reforma simultánea de la legislación mercantil e hipotecaria con la finalidad de fomentar el crédito —comercial e hipotecario— apenas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina hipotecaria española. El estudio conjunto de ambas reformas hubiera facilitado grandemente la comprensión de la función y de la arquitectura registral que se introducía, como he puesto de manifiesto en otro lugar. Vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *El Registro como instrumento de intervención en el mercado*, Discurso de Clausura del II Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Santiago de Compostela, 24 de octubre de 2004.

En un sentido distinto, FIESTAS LOZA, A., «La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 53, 1963, pág. 333 y sigs.

(80) Para hacerse una idea de la absoluta ineffectividad de los diferentes sistemas de publicidad arbitrados históricamente, merece la pena transcribir la siguiente intervención del conde de Torrealaz en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1909:

«En 1539 se fijó naturalmente la fecha de la pragmática para que empezara a aplicarse el Registro. Después, una provisión del Consejo de Castilla de 1581 determinó que esa fecha de 1539 era la que debía seguir rigiendo al obligar a registrar... La jurisprudencia del Consejo, en un auto acordado de 1617, estableció ya otra regla, diciendo que la fecha inicial la del título de escribano del Registro de Censos... Más tarde se volvió a la... retroactividad... a partir de 1539... auto del Consejo de Castilla de 1713... Por último, en 1768 se estableció que el registro no obligaba más que para los títulos sucesivos, para los que se otorgasen con posterioridad a la pragmática y que respecto a los títulos antiguos, pudiesen inscribirse cuando fuese menester llevarlos a los Tribunales...

dominus de reivindicar su propiedad de quien quiera que la poseyese, incluso aun cuando hubiese adquirido de buena fe y a título oneroso, lejos de dotar de seguridad a las propiedades, hacían que ningún propietario —o ninguno que creyese serlo— pudiera estar mínimamente seguro.

El único indicio acerca de la propiedad era la posesión pública y pacífica. Como veremos, una de las principales armas que el ordenamiento concedía al propietario en defensa de su derecho —la posibilidad de reivindicarlo de quien lo poseyese, aun cuando lo hubiese adquirido a título oneroso y de buena fe— se convertía, paradójicamente, en el principal flanco vulnerable de su propio derecho. De hecho, la prueba de la propia propiedad, en tales condiciones, devenía una empresa casi imposible, una auténtica *probatio diabólica*; en consecuencia, la misma dificultad, al menos, acarreaba para un tercero que intentase estar seguro de que adquiría del *verus dominus*.

6.2.3. *Riesgo de consistencia*

Tal riesgo —hoy prácticamente olvidado gracias a nuestro moderno Registro de tráfico— consistía, esencialmente, en el denominado *crimen stellionatus*, esto es, en la ocultación por el vendedor al comprador del verdadero estado de cargas —«estado civil», lo llamaría después la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861—.

El hecho de que el adquirente no pudiese conocer con seguridad el verdadero estado de cargas, debiéndose fiar al efecto de las manifestaciones del transmitente y de sus propias averiguaciones, junto con la convicción de que —como expusimos al principio de este trabajo— el vendedor ajustaría —al igual que el propio comprador— su conducta a los postulados del autotinterés, eran una fuente de desconfianza difícilmente vencible, el mayor obstáculo para la contratación, muy especialmente entre extraños.

A todo ello, hay que añadir la notable cantidad de hipotecas generales y ocultas —y, en general, los *overriding interests*— que pesaban sobre la propiedad inmueble y cuya erradicación sería uno de los objetivos básicos de la Ley Hipotecaria de 1861.

Esto mismo fue reformado por el propio Consejo... en 1769 hizo obligatoria la inscripción siempre..., es decir, se vuelve otra vez a la retroactividad... Tan pronto se iba a una cosa como a otra. Esta era la legislación hasta 1861, si bien dándose prórrogas constantemente...: 10 de abril de 1872, 23 de agosto de 1784, 14 de mayo de 1787, 31 de julio de 1789, Circulares de 22 de enero de 1816 y 12 de julio de 1825, etc...».

Citado por PARDO NÚÑEZ en *op. cit.*, pág. 140. Destaca, citando a GALINDO y ESCOSURA, cómo todavía en 1869, la sentencia de 2 de abril de ese año, permite la subsanación mediante la inscripción en cualquier tiempo anterior a la presentación en juicio.

El sistema instaurado por la Pragmática de Carlos III había fracasado (81). El texto de la Pragmática de 31 de enero de 1768 —cuidadosamente preparado por CAMPOMANES y FLORIDABLANCA (82)—, comenzaba por reconocer el problema que intentaba atajar: en los juzgados y tribunales se admitían indistintamente escrituras registradas y no registradas, de lo que se seguían numerosos pleitos y perjuicios para los compradores e interesados en los bienes hipotecados «*por la ocultación y oscuridad de las cargas*». A fin de erradicar tal problema, la Pragmática ordenaba que ningún juez pudiese juzgar por instrumentos no registrados, organizando las Contadurías de modo que se asegurase la efectividad de la medida (83), si bien con escaso éxito,

(81) Sin embargo, como señala CONGOST, R., un estudio sobre los Oficios de Hipotecas debería tener en cuenta la distinta acogida y la importancia desigual de esta institución en las diferentes regiones españolas. Así, señala, con razón, que representaba una novedad en los territorios de la Corona de Aragón. Sin embargo, todo parece indicar que la reacción de los notarios de Cataluña ante la creación del Registro de Hipotecas fue más bien entusiasta. Enseguida, además, los Colegios Notariales de Barcelona y de Gerona presentaron a la Real Audiencia de Cataluña una serie de dudas al respecto, y el tribunal catalán pidió las respuestas pertinentes al Consejo de Castilla, que fueron recogidas en un nuevo decreto de la Audiencia Real de 1774.

Como señala esta autora, son precisamente estas disposiciones de 1774 las que convirtieron la experiencias del Oficio catalán en una experiencia única en España. En efecto, se disponía que se registrasen tanto los instrumentos que contuvieran «obligación especial de bienes» como «obligación general», lo que amplió notablemente la tipología documental registrada en los Oficios de Hipotecas catalanes y aumentó espectacularmente el volumen de los libros. Los escribanos habían insistido sobre todo en la necesidad de inscribir los capítulos matrimoniales —que incluían disposiciones sobre herencias—, así como los contratos de compraventa. La razón por la cual solicitaban la inscripción de todos los contratos de compraventa era muy práctica: era la mejor manera de *proteger los derechos de los compradores de bienes* —de hecho los hombres de la Real Audiencia habían escrito en 1769: «*Conviene que los contratantes, de manera mutua, conozcan o puedan conocer sus haberes, parece que todas las ventas de bienes inmuebles deberían ser registradas, sean o no gravados...*»—.

Este proceso se halla en íntima relación con el interés de los dueños directos en ejercer un control más rígido sobre los movimientos de sus enfiteutas, si bien la complicidad entre éstos y los escribanos impidió que ese control fuera total (por ejemplo, las firmas de los señores directos y la clausura de las escrituras por parte de los escribanos no fueron estimadas como indispensables para la inscripción de actas notariales en los libros del Registro de Hipotecas). CONGOST, R., *Tierra, Leyes, Historia —Estudios sobre la gran obra de la propiedad—*, pág. 172 y sigs.

(82) CONGOST, R., *Tierra, Leyes, Historia —Estudios sobre la gran obra de la propiedad—*, pág. 170 y sigs. Ed. Crítica, Barcelona, 2007.

(83) Como señala CONGOST, R., *ibíd.* Campomanes y Floridablanca parecían haber reflexionado sobre las razones del mal funcionamiento de experiencias anteriores y habían propuesto un plan muy detallado para hacerles frente. Así, los Oficios estarían situados en las cabezas de partido; dispondrían de un libro o de varios libros —uno para cada pueblo—, distribuyendo los asuntos por años «*para que fácilmente puedan hallarse las noticias de las cargas*». En estos libros se «*tomaría razón*» de «*todos los instrumentos de imposiciones, ventas de bienes raíces, o considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escri-*

como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (84).

turas de mayorazgos ú obra pía, y generalmente todos los que tengan expresa hipoteca ó gravamen, con expresión de ellos, ó su liberación y redención». El instrumento que se mostraría sería la primera copia que el escribano habría entregado; en caso de perderse se sacaría una copia con la autoridad del juez competente.

En la «*toma de razón*» se deberían hacer constar los nombres de los contratantes, su vecindad, la calidad del contrato y los bienes raíces gravados, dejando claro que por bienes raíces se entendían también censos, oficios y otros derechos perpetuos que pudieran constituir hipotecas. Una vez registrada la escritura, el escribano encargado de la Contaduría —el más antiguo del distrito— anotaría en ella lo siguiente: «*Tomada la razón en el Oficio de Hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el día de hoy*». El interesado podía mostrarla luego al escribano para que hiciera constar en el protocolo la toma de razón. En caso de que se presentase la redención de un censo o se liberase una hipoteca, se haría constar al margen si la escritura estaba registrada; si no lo estaba, se tomaría razón de la escritura de redención o liberación en el libro de registro.

El otorgante debería presentar la escritura en el Oficio en el plazo de seis días, si había sido expedida por un escribano de la misma capital; un mes si se trataba de una escribanía de un pueblo del partido. También se estipulaba el tiempo máximo para llevar a cabo la inscripción: veinticuatro horas si la escritura era nueva, tres días su era antigua. El responsable del Oficio tendría que confeccionar un libro índice o repertorio general de las escrituras, en el cual figurarían, ordenados alfabéticamente, los nombres de los diferentes firmantes.

Se preveía, además, un control efectivo sobre el proceso de inscripción: los notarios debían enviar al corregidor o alcalde mayor una relación de los instrumentos de que constaba el protocolo de aquel año; así, el escribano que regentaba el Oficio de Hipotecas podría comprobar si había alguna omisión en el registro de algún instrumento. Teóricamente, las consecuencias de la aplicación de la Pragmática serían drásticas para las escrituras no registradas: «ningún juez podrá juzgar por tales instrumentos».

(84) Baste recordar, al respecto, el tan citado pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861:

«No necesita la Comisión examinar los vicios de nuestro actual sistema hipotecario. El digno antecesor de V.E que aconsejó a S.M el Real decreto de 8 de agosto de 1855, expuso su insuficiencia y la necesidad apremiante de la reforma. Con sobrado motivo decía que nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre estas garantía prestan sus capitales. En esta situación añadía el Gobierno que la reforma era urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados. Nada añade la comisión por su parte: bástale decir que en sentir del Gobierno está definitivamente juzgada nuestra actual legislación hipotecaria, y que exige reformas radicales para que pueda satisfacer las condiciones que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestros días».

En *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T. I, Vol. I, pág. 223. Ed. Castalia. Madrid, 1989.

6.2.4. Riesgo de pérdida del derecho

En efecto, en el Derecho común rigen, entre otros, dos principios esenciales. A saber: [1] el principio según el cual *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet* —donde encuentra su fundamento la esencial regla *ubi rem meam invenio ibi vendico*—, y [2] el principio de *relatividad contractual* o de eficacia relativa del contrato, que consagra el artículo 1.257 del Código Civil, según el cual: *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*.

Como consecuencia del primer principio, el adquirente puede verse privado de su derecho: a) si su transmitente ha incumplido —en todo o en parte— las obligaciones derivadas del contrato en virtud del cual adquirió el derecho —principio de oponibilidad de excepciones, derivado del más amplio *nemo plus iura*—; b) si su transmitente no era el *verus dominus*, pues el principio *nemo plus iura* —y su consecuencia necesaria *ubi rem meam invenio...*— habilita a éste para reiperseguirlo incluso aun cuando se halle en poder de un tercero que lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe.

Como consecuencia del segundo principio, el adquirente no puede estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, por el mero hecho de que su transmitente le haya exhibido el contrato del que derive su adquisición, pues, en virtud del principio de *eficacia relativa*, todo contrato, respecto de terceros, *nec nocet neque prodest* porque es *res inter alios acta*; lo que significa que el contrato, por sí solo, carece de capacidad para suministrar un título esgrimible frente a terceros —y mal puede alguien proclamarse propietario sin un título que le habilita para defender su propiedad frente a todos y, por tanto, para *conservarla*—.

En consecuencia, en tal situación, ningún propietario podía estar seguro de su derecho: en cualquier momento podía ser víctima de cualquier reclamación de procedencia insospechada. De hecho, el único signo fiable de que su transmitente era *verus dominus* era, además del contrato del que derivaba su adquisición, el hecho de que viniera disfrutando de una pública y pacífica posesión en concepto de dueño.

6.2.5. Dificultad para probar la titularidad de su derecho por el propietario

Lo cual se deduce de todo lo expuesto. De hecho, el único modo que quedaba a su alcance era obtener una sentencia firme de adquisición por usucapión.

Todo ello configuraba un estado de cosas bien descrito por PARDO: todo lo referente al derecho de propiedad inmobiliaria se hallaba sumido en la más

exasperante confusión. Hipotecas generales o tácitas, acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias o de nulidad, todas ocultas, lastraban la tierra de modo que convertían el tráfico de inmuebles en un juego de azar (85).

Por todo ello, puede decirse —como decía ASCARELLI del régimen civil de la cesión de créditos— que quien adquiría una propiedad inmueble en tales condiciones adquiría, en cierto modo, una *caja de sorpresas* (86).

6.3. LA REFORMA DEL SISTEMA REGISTRAL COMO SOLUCIÓN: SU PARALELISMO CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TÍTULOS-VALORES CUALIFICADOS O DE FE PÚBLICA

La legislación registral intenta resolver estos problemas en el ámbito inmobiliario utilizando la misma arquitectura jurídica de los títulos-valores cualificados —singularmente la de la letra de cambio— en relación a los derechos de crédito, si bien adaptándola, como es inevitable, a las *exigencias estructurales* derivadas de la distinta naturaleza de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. En efecto, frente a los derechos de crédito, que son *iura in personam*, el derecho de propiedad y demás derechos sobre las cosas son *iura in rem*, de donde derivan, como veremos, consecuencias de largo alcance.

Las siguientes páginas están destinadas a demostrar esta tesis. Por ello, no me resisto a transcribir, antes de comenzarlas, el siguiente fragmento de la intervención del senador señor ARRAZOLA, antiguo Ministro de Justicia, tras la Constitución de 1837, durante la discusión en el Senado del proyecto de Ley Hipotecaria de 1861 (87):

«...eso es lo que había de hacer la nueva ley hipotecaria; dar ensanche a la propiedad, convertirla en moneda territorial que pueda pasar de mano en mano como pasa un pagaré o una letra...» (88).

(85) PARDO NÚÑEZ, C. R., «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI*, núm. 614, pág. 112.

(86) ASCARELLI, T., *op. cit.*, pág. 7.

(87) En *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T. I, vol. II, pág. 80. Ed. Castalia, Madrid, 1989.

(88) Hay que considerar que el Código de Comercio de 1829 había optado en esta materia por el modelo más prestigioso, el *Code de Commerce* de 1807, separándose así de la regulación contenida en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 —más centrada en los aspectos cartulares de la letra de cambio que en los del contrato del mismo nombre—. Así, los artículos 426 y siguientes de aquel se insertan bajo el título *Del contrato y letras de cambio*. De este modo se importó la disciplina francesa de la letra de cambio y del pagaré que permanecería sustancialmente vigente hasta 1986, toda vez que el posterior Código de Comercio de 1885 reiteraría dicha normativa en sus artículos 443 y siguientes. Puede afirmarse, por ello, que la modernidad de la regulación bilbaína no fue óbice para su absoluta esterilidad científica, lo que frustró las bases para la construcción de un Derecho cambiario autóctono. EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 92.

Este objetivo no se consigue hasta 1944 y aun con muchas dificultades —a pesar de ser el objetivo de la Ley de 1861—, debido a la pesada resistencia de las inercias y de los intereses sectoriales afectados por las reformas que probablemente no supieron apreciar las ventajas que para sus derechos representaba el nuevo régimen que el Registro pretendía introducir. Por el contrario, cundió la convicción de que la nueva ley era buena para los futuros propietarios y, sobre todo, para los acreedores hipotecarios, hasta el punto de hacer más segura la inversión hipotecaria que la compra directa —lo cual era cierto— pero no para los propietarios vigentes —lo que podía no ser tan cierto—, y sus presiones motivaron que la *fe pública registral* nunca llegará a entrar en vigor, hasta que fue sustituida por el procedimiento o expediente de *liberación de cargas y gravámenes* en 1869, no volviendo a aparecer hasta 1944, año que supone, asimismo, la consagración del *principio de legitimación*, antecedente y fundamento necesario de la fe pública registral.

No es objetivo de este trabajo la descripción de este proceso —que ha sido objeto de excelentes análisis (89)—, sino el expuesto anteriormente: demostrar cómo el sistema registral que, finalmente, consagra la Ley Hipotecaria de 1944, es una *tecnología institucional* similar a la de los títulos-valores cualificados, especialmente la letra de cambio, porque persigue, en el ámbito inmobiliario, los mismos objetivos que aquella en el ámbito de los derechos de crédito: facilitar su circulación mediante la seguridad del adquirente —y, como veremos, del dueño— habilitando así a los inmuebles como activos económicos.

Desde luego, no puede considerarse casual que sea la Ley Hipotecaria de 1944 la que introduzca los principios que consoliden la inscripción como título-valor —nos referimos al de legitimación (que implica sendas presunciones *iuris tantum* de exactitud e integridad) y al de fe pública registral—.

Dejando de lado la necesidad de potenciar los efectos de la inscripción, por las razones que aduce la propia Exposición de Motivos, referentes a que más del 60 por 100 de la propiedad se desenvolvía todavía fuera del régimen registral (90), llama la atención su paralelismo temporal con la recepción en nuestro país de la teoría general de los títulos-valores.

(89) Muy especialmente PARDO NÚÑEZ, C. R., «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI*, núm. 614, pág. 111 y sigs.

(90) Dice la EM de la LH de 1944: «A los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra patria una de las leyes “más científicas entre las nacionales”». Como medio para conseguir esta finalidad, se propone que el Registro: «...ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro y liberar a éste de las innúmeras

En efecto, como observa EIZAGUIRRE, es durante los años treinta del pasado siglo (91), cuando nuestra literatura científica comienza a *asimilar* o *recibir* los principios básicos de la concepción unitaria de los títulos-valores gestada fuera de nuestras fronteras (92).

Tales tecnologías institucionales —inscripción y letra de cambio— están basadas en los siguientes postulados esenciales: [1] Disminución de asimetrías informativas entre transmitente y adquirente; [2] Neutralización *inter tertios* y *sólo en relación a los actos de tráfico* de los efectos de las asimetrías informativas residuales, impidiendo que los transmitentes anteriores, así como, en su caso, el llamado *verus dominus*, puedan utilizarlas en su propio beneficio y en perjuicio de adquirentes posteriores. Ambas imponen la *simetría informativa funcional* como instrumento para activar la circulación de los derechos.

7. LA INTABULACIÓN O INCORPORACIÓN REGISTRAL. LAS PROPIEDADES NORMATIVAS DE LA INSCRIPCIÓN

Decíamos que el Derecho cartular desarrolla estos postulados mediante el expediente técnico de la *incorporación* del derecho al documento. Algo parecido podemos decir del Derecho registral: desarrolla estos postulados mediante la técnica de la *incorporación registral*, que podemos denominar *intabulación*, y que, al igual que la incorporación en relación a los títulos-valores cualificados —especialmente la letra de cambio— implica la atribución a la inscripción del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles —y de los *iura in re aliena*— de las siguientes *propiedades normativas* —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—.

cargas prescritas que abrumen sus libros. Ello contribuirá a definir y aclarar de modo diáfano la realidad jurídica de muchas fincas y derechos reales; concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos, e insensiblemente fomentará la inscripción de no pocos inmuebles hasta el presente alejados de la vida registral».

(91) Cita en concreto EIZAGUIRRE, las siguientes obras: a) DALMASES, *El usufructo de derechos (inclusive de títulos-valores)*, 1932; b) VICENTE Y GELLA, *Los títulos de crédito*, 1933; c) GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 1936. EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 12.

(92) Como observa EIZAGUIRRE, el Código de Comercio de 1885, hasta su reforma en la penúltima década del siglo XX, contenía la regulación de la letra de cambio (arts. 443-530), de las libranzas, vales o pagarés a la orden (arts. 531-533), del cheque (arts. 534-543), así como de los títulos («efectos») al portador (arts. 544-566). Se trataba de una legislación sectorial que regulaba de modo disperso los diferentes títulos-valores, de modo similar a lo que ocurría en el resto de ordenamientos europeos del siglo XIX. No obstante, la impronta puramente instrumental de la regulación de los contratos que les sirven de origen, conforme al modelo francés, privaba a dicha normativa de las bases de Derecho material indispensables para la inducción de una doctrina general de los títulos-valores, de la que, sin embargo, dispusieron alemanes e italianos. EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, págs. 11-13.

7.1.1. Legitimación registral (93) (94)

Al igual que hemos hecho al tratar de la eficacia legitimadora de los títulos-valores cualificados o de fe pública, en donde hemos distinguido dicha efi-

(93) Como observan LACRUZ Y SANCHO —LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 166 y sigs., Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1976—, pese a lo lógico que resulta la presunción de pertenencia del derecho inscrito al titular inscrito, sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1861 no hizo la menor mención a ella, porque estaba presidida por la idea de la protección del tercer adquirente de buena fe contra las cargas ocultas, las dobles enajenaciones, etc.

Esta situación del titular registral, que en el momento de adquirir obtiene la máxima protección contra la falta de titularidad de su transmitente, pero que en lo sucesivo no puede servir de los libros para acreditar su derecho sobre la finca, era ilógica y provocó la reacción de la Ley de 1909, cuyo artículo 41 —ley refundida— establecía que «quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido código a favor del propietario y del poseedor de buena fe». El precepto autorizaba, además, al titular registral a recuperar la posesión por un procedimiento rapidísimo —el del título XIV, libro 3.º de la LEC—, según especificó el artículo 100 del RH de 1915.

Con semejante redacción, la ley seguía sin atribuir una presunción de pertenencia del derecho inscrito; en su lugar se establecía una presunción posesoria, lo que resultaba absurdo: la inscripción permitía presumir no la titularidad que proclamaba, sino la posesión que, por un lado, podía o no corresponderle y, por otro, era irrelevante a efectos legitimadores. Consecuencia de esta posesión presunta era la posibilidad de recuperar la posesión del bien de un modo fulminante, mediante el procedimiento del artículo 2.056 y siguientes de la LEC. En consecuencia, tratándose de fincas inmatriculadas, la posesión de inmuebles desaparecía prácticamente del campo del Derecho, siendo sustituida por la inscripción. «Desde ese momento —decía Jerónimo GONZÁLEZ, citado por LACRUZ— la lucha entablada por las familias labradoras, por el agricultor secular, el pueblo castellano, contra la propiedad procedente de antiguos señoríos, de organizaciones sociales caducadas o de estados jurisdiccionales abolidos, se hallaba irremisiblemente perdida. Los títulos comprensivos de grandes extensiones territoriales encontraban fácil acceso al Registro y adquirían nuevas fuerzas vitales en los pronunciamientos del artículo 41».

Fue la misma energía del precepto la que obligó a yugularlo, continúan LACRUZ y SANCHO. El uso del procedimiento para adquirir la posesión por parte de titulares inscritos cuya propiedad era discutible, o cuyo derecho de desahucio no estaba plenamente comprobado, contra quienes cultivaban la tierra desde tiempo inmemorial, determinó, primero alteraciones del orden público y, finalmente, la modificación del artículo 41, mediante un Decreto-Ley de 1927, que convertía en *iuris tantum* la presunción posesoria, permitiendo oponerse al lanzamiento a los poseedores actuales, que fácilmente podían oponerse al lanzamiento a los poseedores actuales, que fácilmente podían evitarlo demostrando su posesión.

Por último, como afirma ROCA-SASTRE, la reforma de 1944 ha cerrado en forma más técnica el proceso evolutivo del principio de legitimación registral en nuestro ordenamiento hipotecario. Ha proclamado explícita y adecuadamente el principio de legitimación a base de la presunción de existencia del derecho inscrito, ha facilitado el procedimiento para la efectividad posesoria del titular inscrito y ha conservado los avances logrados por la reforma de 1909 en punto a ciertas aplicaciones procesales del referido principio.

(94) Respecto al tratamiento jurisprudencial del principio de legitimación registral, tras su introducción por la Ley Hipotecaria de 1944, véase, HERNANDO COLLAZOS, I., *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

cacia en relación al tenedor, por un lado, y en relación al tercer adquirente, por otro, trataremos de la legitimación registral en relación con el titular registral, en primer lugar, y en relación con los terceros adquirentes en segundo lugar.

7.1.2. En relación con el titular registral

Con carácter general, dicho principio, conocido también como *principio de presunción de exactitud registral*, viene recogido esencialmente en los artículos 38, 97, 1-III y, a nuestro juicio, también 32 (95) de la Ley Hipote-

(95) En efecto, los artículos 38, 97 y 32 LH fijan respectivamente el contenido —art. 38 LH— y los contornos —arts. 97 y 32 LH— de la presunción de legitimación. En realidad puede sostenerse que los artículos 97 y 32 LH —también el art. 38 LH— obedecen a la misma *ratio legis* y son una consecuencia necesaria de lo dispuesto por el artículo 38 LH. En efecto, si según el inciso primero del párrafo primero del artículo 38 LH: «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo», lo que constituye la máxima protección posible de la apariencia en un sistema causal como el nuestro, su corolario lógico es que «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera» (art. 97 LH), así como que «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero» (art. 32 LH), o dicho de otra manera, que tales títulos, a efectos de tercero, se presume que no existen, es como si no existieran, que es exactamente lo que exige la protección de la confianza mediante la protección de la apariencia; y esto es lo que quiere decir el artículo 32, si bien mediante una fórmula más elegante, como debería ser propio de todo texto legal.

En este mismo sentido, GARCÍA GARCÍA, J. M., para quien el juego de los artículos 97 LH y 32 LH permiten afirmar que en nuestro sistema la presunción de *exactitud* incorpora también la de *integridad* —GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, págs. 682 y sigs., Ed. Civitas, Madrid, 1988—.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, no deja la menor duda al respecto:

«El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y pertenece al titular. De este modo la presunción *iuris tantum* de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Únicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria, sin repercusión procesal».

El artículo 32 LH no es, pues, una formulación negativa del principio de fe pública registral (art. 34 LH) como sostienen algunos autores. El artículo 34 LH tampoco es una consecuencia necesaria de lo dispuesto por el artículo 38 LH, sino una modulación de sus efectos, en relación a los adquirentes, para acomodarlos a los exigidos por el mercado, porque el registro es un instrumento para el desarrollo del mercado, y éste, el mercado, no protege la mala fe —por el contrario, presume la buena fe— y desconoce los actos a título gratuito. Tal modulación consiste, por un lado, en reforzar la presunción del artículo 38 LH, elevándola a *iuris et de iure* y, por otro, limitarla a los subadquirentes que cumplen las condiciones que el propio artículo 34 LH especifica.

caria, si bien a efectos de este trabajo vamos a centrarnos en el análisis del artículo 38 LH —que, en su formulación actual no fue introducido hasta 1944—, especialmente de su primer párrafo, a cuyo tenor:

«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

Como expuso SANZ FERNÁNDEZ, este precepto incorpora una presunción *iuris tantum* de veracidad, como consecuencia de la cual, la inscripción legitima las situaciones jurídicas en cuanto atañe a la propia fuerza y existencia de los derechos reales, la que les da el Registro con su *presunción legitimadora* (96) o, como prefiere denominarla PEÑA, *eficacia legitimadora* (97).

Por ello se afirma que este precepto incorpora el principio de *presunción de exactitud* del Registro o de *legitimación registral*. GARCÍA GARCÍA lo de-

Con tales formulaciones, nuestro sistema, tras la reforma de 1944-1946 llega al *nivel máximo posible de protección de la confianza mediante la protección de la apariencia en un sistema causal* como el nuestro. Como dice SANZ FERNÁNDEZ: «resulta difícil presumir en nuestro Derecho la existencia del Derecho inscrito sin más, esto es, con independencia de los presupuestos causales a los que debe su existencia. La inscripción o la cancelación deben legitimar su propio contenido. El contenido de las mismas es que en virtud de un negocio jurídico determinado... (...) ... se ha constituido o extinguido un derecho real que se inscribe o cancela». SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 188 y sigs., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945.

Todo ello, sin entrar en la polémica sobre si el tercero del artículo 32 y del artículo 34 son el mismo o no, y sin negar otros posibles significados diacrónicos del artículo 32 LH, como qué significa la consagración del principio de inoponibilidad, propio de los sistemas registrales documentales.

(96) SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 181. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945. Argumenta SANZ FERNÁNDEZ que esta presunción no es otra cosa que la energía legitimadora de la antigua *Gewere*, aplicada a las declaraciones del Registro de la Propiedad, produciendo como ella importantes consecuencias en un doble sentido: 1.º Procesalmente, exonerando al titular inscrito de la carga de la prueba, lo mismo cuando demanda que cuando es demandado —efectos ofensivos y defensivos de la *gewere*— y cargando a quien se oponga con la prueba de la inexactitud registral. 2.º En el orden sustantivo, permitiendo al titular comportarse como legítimo dueño o titular de los derechos y atribuyéndole, muy especialmente, la facultad de disponer con plena eficacia jurídica. En este mismo sentido —conexión de la presunción de exactitud con la institución germánica de la *gewere*—, ROCA SASTRE: «Creado el Registro de la Propiedad, en él se produce una vida abstracta de titularidades, a la que es lógico dotar de una presunción *iuris tantum* de exactitud, de manera que los mismos efectos legitimadores de la *Gewere* o de la posesión de bienes muebles tienen, naturalmente, que ser atribuidos a los asientos del registro, los cuales (...) están ungidos por la calificación de un organismo público, cual es el Registro de la Propiedad». ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, T. I, 8.ª ed., pág. 520. Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

(97) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, pág. 590. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Madrid. 2.ª ed., Madrid, 1986.

fine como el principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces y, como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal titular, es decir, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, y en la forma que el propio asiento determina (98).

En cuanto al ámbito o alcance de la presunción se extiende, como afirma Díez-PICAZO (99) a la existencia y titularidad de los derechos reales inscritos, además en la *forma* determinada por el asiento respectivo.

En virtud de ello, la inscripción ofrece al titular registral, como afirma JEREZ DELGADO, las mejores garantías de una protección eficaz frente a terceros (100) (101).

En cuanto a la *existencia* de los derechos reales inscritos, coincidimos con PEÑA cuando afirma que la presunción hay que entenderla circunscrita a las situaciones jurídico-reales sobre la finca, y no a cualesquiera otras circunstancias distintas que puedan relatar los asientos registrales. La presunción sólo alcanzará, pues, los datos sobre derechos de crédito —garantizados con condición resolutoria explícita (art. 11 LH), anotación preventiva, hipoteca—, sobre circunstancias del sujeto o sobre circunstancias de hecho de la finca en cuanto sean determinantes del contenido o alcance que por ellos tengan los derechos reales inscritos (102).

(98) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, pág. 673 y sigs., Ed. Civitas, Madrid, 1988. Como señala este autor, en esta definición aparecen los dos aspectos que explican la doble terminología utilizada a propósito de este principio, pues se trata, por una parte, de una *presunción de exactitud*, pero al mismo tiempo de una *legitimación* del titular registral.

(99) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, pág. 358, Ed. Tecnos, Madrid, 1978.

(100) JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, pág. 282. Ed. Colegio de Registradores, Madrid, 2004. En virtud de los artículos 38 y 319 de la LH. Como señala la misma autora y veremos más adelante, la inscripción también potencia la protección *erga omnes* del propio derecho (art. 32 LH), aún a costa de despojar en ocasiones al verdadero propietario —no inscrito— de su derecho cuando el titular inscrito reúne las condiciones mínimas para que el sistema se incline por su protección —arts. 34 y 37 y 1.473 CC—.

(101) Aparte de la citada obra de JEREZ DELGADO, C., puede verse para el tratamiento jurisprudencial de la legitimación registral, HERNANDO COLLAZOS, I., *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

(102) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 577. Sostiene también PEÑA que en cuanto a la finca inmatriculada no sólo goza de presunción de exactitud, sino también de integridad. Según Díez-PICAZO, L. —*op. cit.*, pág. 358—, la presunción no incluye la finca. Tampoco, según él, al título, aunque matiza: «En la medida en que el Derecho es una consecuencia del título o negocio jurídico real, sin embargo, la presunción de la existencia del derecho parece que es, por lo menos indirectamente, una presunción de la existencia y de la eficacia del título constitutivo del derecho y de la supervivencia de tal eficacia» (*ibidem*). Merece destacar, en este sentido, la posición de SANZ FERNÁNDEZ, A.: «...resulta difícil presumir en nuestro Derecho la existencia del derecho inscrito sin más, esto es, con independencia de los presupuestos causales a que debe su existencia. La inscripción o la cancelación debe legitimar su propio contenido. El contenido de las

En cuanto a la *titularidad o pertenencia*, el principio de legitimación significa la presunción *iuris tantum* de que la titularidad real se corresponde con la titularidad registral del derecho plasmada en el asiento correspondiente. La apariencia registral de titularidad se equipara, por tanto, con la titularidad real, salvo prueba en contrario.

Ello es una consecuencia de la apariencia de titularidad material con la que el asiento registral inviste al titular inscrito. Con base en esa apariencia, el titular registral goza de la presunción de ser el titular real y efectivo del derecho inscrito, quedando así eximido de tener que aportar cualesquiera otros medios probatorios —como resulta, entre otros, de los párrafos segundo y siguientes del propio art. 38 de la LH—.

Con ello, como afirma PEÑA, el ordenamiento no trata de proteger otro interés que el del verdadero titular del derecho real, ya que el titular registral es, generalmente, el titular real, y, si no lo es, es por decisión propia de no inscribir, asumiendo los riesgos correspondientes (103), añadimos nosotros.

Por ello, el penúltimo párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria dispone que «la acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real del que se derive». Por ello, la situación registral, en nuestro sistema, no es disponible con independencia del derecho real que refleja, pues no se admite el consentimiento formal (104).

La presunción de titularidad legitima al titular registral para actuar con tal carácter, atribuyéndole en principio el ejercicio de las facultades emanadas del derecho inscrito (105).

Se trata de una *legitimación extraordinaria* —también denominada *registral*—, esto es, de una legitimación que confiere la ley al *titular registral* por

mismas es que en virtud de un negocio jurídico determinado —título en sentido material según la terminología ordinaria—, formalizado en un documento auténtico —título en sentido formal— se ha constituido o extinguido un derecho real que se inscribe o se cancela. Por consiguiente, la legitimación debe tener el siguiente alcance: se presume que el derecho inscrito nació y existe o se extinguió con arreglo al título y que, según éste, el titular es el que como tal figura en el Registro. La presunción más que de existencia del derecho es, por tanto, de existencia y validez del título», *op. cit.*, pág. 189. Véase también GÓMEZ PERALS, M., *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, pág. 38 y sigs. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. Cita abundante jurisprudencia y doctrina a favor de la extensión de esta presunción *iuris tantum*, en relación con los datos descriptivos de las fincas.

(103) Ver MENDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Seguridad de los derechos versus seguridad del tráfico: un falso dilema...* En efecto, en nuestro sistema no cabe que el sistema registral imponga al *verus dominus* una privación inconsentida de su derecho. Si se produce es porque ha preferido no asumir la carga de conservación del derecho que el mismo le impone, muy inferior a las que resultan en un sistema de seguridad jurídica, como veremos más adelante.

(104) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 585.

(105) SANZ FERNÁNDEZ, A., la «legitimación encuentra su precedente y apoyo en la calificación registral: la función calificadora practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título, y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo». *Op. cit.*, pág. 186.

el hecho de tener la inscripción a su favor, como consecuencia de la *presunción de exactitud* que la ley asigna al asiento (106).

Es también una presunción en relación a la *extensión* de los derechos reales inscritos —«*en la forma determinada por el asiento respectivo*»—; a ella nos referiremos enseguida, si bien podemos adelantar que, a nuestro juicio, tiene un valor y desempeña una función equivalente al principio de *literalidad* en el ámbito de los títulos-valores cualificados, al que nos hemos referido anteriormente.

Es también, por último una *presunción posesoria* —«*De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos*»—.

Estamos de acuerdo con PEÑA en que la posesión a la que se refiere el precepto no es sólo el *ius possidendi* —para lo que no haría falta ningún precepto especial, pues como facultad integrante del dominio o derecho real inscrito se entiende presumida con el derecho mismo—, sino, específicamente, que el titular registral tiene el *ius possessionis* y que, por tanto, tiene las facultades de dominación inmediata que caracterizan este derecho. La posesión que se presume es, pues, la posesión en concepto de dueño, de modo que a la fuerza legitimadora del Registro se agrega, por vía de la presunción, la fuerza legitimadora de la posesión en concepto de titular del derecho real correspondiente (107). Por otro lado, dado que la posesión ha quedado excluida del Registro (art. 5 LH) la prueba en contrario no está condicionada por la necesidad de una previa toma de razón o inscripción de una rectificación, al contrario de lo que sucede cuando se pretende impugnar el dominio o derechos reales inscritos.

(106) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, pág. 274. Ed. Civitas, Madrid, 1988, el cual cita a LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona, 1952, pág. 39 y sigs.

(107) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 584. En este mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., en *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 184. Ed. Bosch, Barcelona, 1977. También Díez PICAZO, L., en *op. cit.*, pág. 359. Puntualiza este autor que aunque, literalmente, la presunción posesoria favorece no sólo al titular inscrito del dominio, sino también a los titulares de derechos reales *in re aliena*, la expresión legal debe entenderse, sin embargo, limitada a aquellos derechos reales que llevan aparejada posesión —usufructo, servidumbre—, quedando excluidos aquellos que carecen de contacto posesorio —ejemplo: hipoteca—. Según ROCA-SASTRE, L., «la presunción que el artículo 38, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria sienta a favor del titular registral de que éste tiene, a todos los efectos legales, la posesión inherente al dominio o derecho real inscrito a su nombre, implica la presunción de que éste es un propietario-poseedor, o un titular del dominio o derecho real completo en el sentido de hallarse en su ejercicio, si bien a los solos fines legitimadores, esto es, al único objeto de que sea tratado como propietario poseedor, en tanto no se demuestre oportuna e idóneamente que el Registro es inexacto respecto de la existencia y titularidad del dominio o derecho real inscrito, de cuya posesión se trate» (*op. cit.*, pág. 573).

7.1.2. *En relación al tercer adquirente*

Como sostiene PEÑA, en orden a la disposición de los bienes o derechos inscritos, el principio de legitimación tiene como consecuencia más radical que quien adquiere, en determinadas condiciones, de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir, tiene, respecto del verdadero dueño o titular de un derecho real, una posición inatacable.

Lo que, como observa, es un supuesto excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no sólo de la fuerza del Registro, sino también de la buena fe del adquirente (108), basada en la apariencia jurídica, que debe ser protegida. En tales circunstancias, y en relación al tráfico jurídico, el titular registral es tratado como verdadero titular.

7.2. LA PRESUNCIÓN EN RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS REALES INSCRITOS

7.2.1. *Protección jurídico-obligacional del adquirente: la exclusión de excepciones*

«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».

Lo que quiere decir, según Díez-PICAZO (109), que se presume que el derecho existe con el contenido y con la configuración —facultades, limitaciones, condiciones— que el asiento le atribuye. O, en palabras de ROCA SASTRE, que lo que el Registro expresa acerca de la *extensión* del derecho real inscrito se presume exacto (110).

(108) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 590. Sostiene PEÑA que, desde el punto de vista de estos efectos, puede sostenerse que el titular registral está legitimado para disponer en cuanto que su inscripción constituye un signo suficiente que, en determinadas circunstancias, le habilita como titular a los efectos dispositivos, lo cual no quiere decir que el titular registral tenga la facultad de disponer —que sólo corresponde al verdadero dueño—. Desde esta perspectiva el acto dispositivo es ineficaz por faltar el *ius disponendi* y puede ser, incluso, un acto ilícito —sancionado civil y penalmente—. Si la adquisición se mantiene es a pesar de que el que transmite no tiene facultad de disponer y por virtud de la eficacia legitimadora del Registro —juntamente con otras circunstancias—. El acto traslativo realizado por el no dueño es, en cuanto tal, nulo. No produce, en principio, ningún efecto, ni entre las partes ni en cuanto a terceros. La sola inscripción ulterior «no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH). Esta nulidad —como en general la nulidad de los negocios jurídicos determina una cadena de nulidades: la de todos los negocios ulteriores que partan de la validez de un negocio que es nulo—. La posición inatacable de la que, en determinadas condiciones, goza el tercer adquirente —y sus causahabientes— es un supuesto *excepcional* de eficacia de los actos nulos, en razón no sólo de la fuerza del registro, sino también de la buena fe del adquirente». *Ibidem*.

(109) Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 359.

(110) ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 543.

Y en relación a la *extensión* del derecho inscrito (111), dispone el artículo 9-2 de la LH que toda inscripción que se haga en el Registro expresará necesariamente «la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título». Y el artículo 51 del RH dispone en su regla sexta que «para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

A veces la extensión la determina la naturaleza del derecho que se inscriba, cuya constancia en el registro obliga el artículo 9 LH, por lo que la regla 5.^a del artículo 51 RH prescribe que la naturaleza del derecho se expresará con el nombre que se dé en el título, salvo que no se le diere ninguno. También complementa la extensión del derecho la expresión de las cargas y limitaciones que afecten al dominio de la finca o al derecho inscrito.

En consecuencia, *el dominio o derecho real inmobiliario inscrito debe reputarse existente y perteneciente al titular inscrito con la extensión que resulte del Registro y afecto a las cargas, condiciones y limitaciones que lo graven* (112).

Pues bien, así entendida o modalizada esta faceta del principio de presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, podemos afirmar que desempeña la misma función que el *principio de literalidad* de los títulos-valores cualificados o de fe pública, a saber, posibilitar la tutela jurídico obligacional del tercer adquirente y fundamentar la *autonomía del derecho inscrito* en relación al título que le sirve de base y en relación a terceros adquirentes, posibilitando así su tutela jurídico real.

Es muy elocuente, a este respecto, el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

(111) Seguimos, en este punto, a ROCA SASTRE, R y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en *ibíd.*

(112) Esta es la opinión de ROCA SASTRE en *op. cit.*, pág. 544, coincidente con la generalidad de la doctrina. No es, sin embargo, la opinión de SANZ FERNÁNDEZ, para quien, dado que en nuestro sistema los derechos se crean fuera del Registro, y únicamente pueden acceder al mismo a través de documentación auténtica, el artículo 38, al subordinar la presunción «a la forma determinada por el asiento respectivo», quiere decir lo siguiente: a) Existe y es válido el título en virtud del cual tuvo lugar la inscripción o cancelación; b) el contenido del título, en cuanto a los efectos reales se refiere, es el que determina el asiento; c) no existe en el título más contenido real que el que el Registro proclama. Pero, sin embargo, frente a la opinión de SANZ, para quien la presunción más que de existencia del derecho es de existencia del título, se alza el artículo 38, que establece una presunción relativa al dominio y derechos reales inscritos. Cuestión distinta es que el vehículo formal a cuyo través acceden al registro sean documentos auténticos, a cuya existencia y contenido, sin embargo, no se extiende la presunción porque la misma operaría, incluso, en caso de error del Registrador.

«La naturaleza, condiciones y efectos de los derechos que sirven de base al procedimiento, aparecen claramente definidos en los asientos registrales que, por ministerio de la ley, deben ser considerados exactos e íntegros, mientras no se decida lo contrario».

Decisión que debe ser adoptada en sede judicial (art. 1-3 LH), pues, como dice la citada Exposición de Motivos: *«no puede darse a la inscripción, prima facie, un valor inferior al de cosa juzgada».*

En efecto, la presunción de exactitud registral, al igual que el principio de literalidad, vendría a significar que la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho inscrito se delimitan exclusivamente por el *tenor literal* del asiento registral. En su sentido absoluto significa que las relaciones entre el *verus dominus* —o el *tradens* de su *tradens* registral— y el *tercer adquirente* que inscribe su derecho se rigen por lo que expresa la inscripción misma, cualquiera que fuesen el contenido y el régimen del derecho inscrito según el negocio que lo hizo nacer.

Es una consecuencia necesaria de la protección de la apariencia que genera la inscripción que exige proteger la buena fe de quien adquiere confiando en el tenor literal del contenido del registro.

En su virtud, el tenor literal de la inscripción adquiere, frente al tercero, una presunción de veracidad de su contenido, en cuya virtud, el eventual conflicto entre el titular del derecho y el titular de la inscripción se resuelve a favor de este último, del mismo modo que, en el ámbito de los títulos-valores, el conflicto entre el titular del derecho documentado y el titular del documento se resuelve a favor de este último.

Esta característica se justifica por la necesidad de contribuir a la agilización del tráfico del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, mediante la protección del tercer adquirente, y de este modo facilitar la creación y expansión de los mercados de crédito hipotecario, finalidad básica perseguida por nuestros legisladores hipotecarios.

La presunción de exactitud así entendida —subordinada a la *«forma determinada por el asiento respectivo»*—, supone, al igual que el principio de literalidad de los títulos-valores, una importante derogación del Derecho común de obligaciones en materia de excepciones y su sustitución por un sistema que fortalece notablemente la posición del tercer adquirente.

El adquirente queda así protegido frente a hechos o circunstancias que pueden afectar al derecho inscrito y que le eran desconocidas en el momento de la adquisición. Con ello, se le confiere inmunidad frente a buen número de excepciones a las que, de otro modo, quedaría expuesto (113).

(113) En particular, como señala DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., en *op. cit.*, pág. 204, en relación a los títulos-valores, el adquirente queda protegido frente a las excepciones fundadas en relaciones personales entre el deudor y el acreedor originario o, en su caso, otros adquirentes, así como frente a excepciones que no tengan su reflejo en el título.

De hecho, al igual sucede en el ámbito de los títulos-valores, la tutela jurídico-obligacional es uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta la función registral —o mejor la protección registral o tabular—. Difícilmente se podría hablar de protección de la circulación de los derechos reales inscritos si el adquirente de buena fe no quedase a salvo de aquellas circunstancias.

Ciertamente, esta protección como toda la especificidad de la regulación registral, se conecta a la eficacia jurídico-real de la inscripción, a la que nos referiremos posteriormente, pero en lo referente a la inoponibilidad tiene raíces estrictamente obligatorias (114).

Paralelamente a lo que sucede en el ámbito de los títulos-valores (115), el Derecho Registral es un ordenamiento particular que madura históricamente para facilitar la creación y expansión del crédito hipotecario —tarea esta que el Derecho común no estaba ni está en condiciones de realizar eficientemente, debido a la gran cantidad de riesgos que pone a cargo del adquirente—. Por esta razón, se nos presenta como un Derecho construido sobre los principios de seguridad del tráfico, que tiende a tutelar el interés del acreedor hipotecario de no ver frustradas sus expectativas de realización del crédito por la concurrencia de circunstancias que le resultaron desconocidas al hipotecante en el momento de la adquisición del derecho real inmobiliario que ofreció en garantía. Sólo fortaleciendo la posición del adquirente —a costa, incluso en su caso, del *verus dominus*, y del *tradens* de su *tradens*— es posible fortalecer la posición del acreedor hipotecario y de ese modo estimular la creación y expansión del crédito hipotecario (116).

Así se explica el principio de *inoponibilidad de excepciones* que deriva de la literalidad o presunción de exactitud del derecho inscrito, por lo que, teniendo en cuenta la función que la justifica, sólo opera cuando el derecho ha circulado y la relación obligatoria se ha establecido *inter tertios*, al igual que sucede en el ámbito del Derecho cambiario. Y al igual que sucede en el Derecho cambiario, cuando el derecho no ha circulado, la disciplina de la relación registral *inter partes* coincide con la propia de la relación contractual o causal.

De manera que (117) la existencia, consistencia, modalidades y vicisitudes de la relación causal se proyectan directamente sobre la relación registral, generando los mismos efectos, por lo que puede ser modificada o extinguida

(114) EIZAGUIRRE, J. M., en *op. cit.*, pág. 44, siguiendo a PAZ-ARES, C., en relación a los títulos-valores y más específicamente a la letra de cambio.

(115) Véase PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, págs. 14 y 140 y sigs., Ed. Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

(116) Obviamente, el fortalecimiento de la posición del adquirente, en sí mismo, favorece también la circulación de los derechos de propiedad, con ello la especialización, el crecimiento y el bienestar.

(117) Seguimos a PAZ-ARES en *op. cit.*, págs. 15 y 16, trasvasando su exposición al ámbito registral.

por hechos que se manifiesten en el plano subyacente. En lo sustancial e *inter partes* coinciden, pues, las disciplinas de uno y otro plano (118).

Imaginemos que la relación subyacente —compraventa, por ejemplo— se anula por dolo del vendedor *Secundus* o que la cosa entregada es de una calidad inferior a la pactada. En tales casos es evidente que si *Secundus* reclama de *Primus* el pago del precio, éste puede negarse alegando que el contrato es nulo o puede, en el caso de que ejercite la acción *quantum minoris* por vicios ocultos, exigir una rebaja del precio.

Cuando, en cambio, el derecho inscrito ha sido transmitido y la relación registral se deduce *inter tertios*, ha de admitirse que la misma no produce, o mejor, no tiene necesariamente que producir los mismos efectos que la relación causal. Ahora es cuando la presunción de exactitud —literalidad, apariencia jurídica— de los asientos registrales producirá todos sus efectos con *independencia* de lo que sucede en el plano causal.

Imaginemos la misma situación anterior, pero con la salvedad de que sea *Tertius*, la entidad acreedora, quien reclame de *Primus* el crédito garantizado con hipoteca sobre la finca que adquirió de *Secundus*. *Primus* debe pagar inexcusablemente a *Tertius* sin que de ello le pueda relevar la nulidad del contrato de compraventa celebrado con *Secundus* o el cumplimiento defectuoso de este último.

7.2.2. Protección jurídico-real del adquirente: la fe pública registral

Cabe dar por reproducido en este apartado todo lo expuesto al tratar de la protección jurídico-real del adquirente en el ámbito de los títulos-valores.

Es una consecuencia del principio de legitimación, exactitud o literalidad registral —como se prefiera—, fundados en la necesidad de proteger la confianza que deriva de la apariencia jurídica para, de ese modo, facilitar el tráfico y así la expansión del crédito territorial. Supone la derogación del

(118) Como sabemos, en el ámbito cambiario, la protección especial del adquirente desaparece y el derecho común recobra su vigencia cuando la letra no circula —*Secundus* reclama a *Primus*— o cuando la circulación no afecta a la relación que se deduce —lo que sucede si *Tertius* reclama a *Secundus* en vía de regreso— o cuando habiendo circulado retrocede a la situación primitiva —*Secundus* que pagó en vía de regreso a *Tertius* recupera la letra y con ella se dirige a *Primus*— (vid. PAZ-ARES, C., *ibid*). Ello plantea la interesante cuestión de si sucedería lo mismo en el ámbito inmobiliario registral. Supongamos que B —titular inscrito— vende a C, que inscribe, y éste a D, que inscribe. Evidentemente D queda protegido por el Registro en relación a las eventuales reclamaciones que puedan hacerle todos los transmitentes anteriores al suyo derivadas de la relación subyacente, en virtud de la autonomía del derecho inscrito. Supongamos que a continuación D transmite a B que inscribe. ¿Podría A accionar contra B basándose en la relación subyacente entre ambos? La respuesta debe ser positiva, porque, en este caso, no habría razones de mercado —es decir, razones basadas en la necesidad de proteger el tráfico, que justificaran la alteración de las reglas del Derecho Civil—.

Derecho común mediante el reforzamiento de la posición del adquirente (a título oneroso y de buena fe), como siempre que se trata de reforzar la seguridad del tráfico.

Este principio —denominado de fe pública registral (119)— encuentra su fundamento en el principio de exactitud y viene establecido principalmente (120) por el artículo 34 de la LH, a cuyo tenor:

(119) Este principio fe recogido por la Ley Hipotecaria de 1861, precisamente en su artículo 34, a cuyo tenor:

«No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.»

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse, en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después de que empiece a regir la presente ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título».

Como señala GARCÍA GARCÍA, J. M. —*op. cit.*, T. II, pág. 239—, la protección que el precepto dispensaba al tercero era bastante limitada, pues no quedaba protegido frente a un título inscrito con anterioridad, aunque no constase en el Registro la causa de nulidad o de resolución y, por supuesto, tampoco quedaba protegido frente a las causas de nulidad o de resolución que resultasen claramente del Registro, como resulta lógico —esto último— y sucede en la legislación vigente.

Aún así, la reacción de los propietarios fue tal que, en realidad, esta norma nunca llegó a entrar en vigor, al prorrogarse sucesivamente su entrada en vigor. La primera de las prórrogas fue adoptada por el Gobierno, bajo su responsabilidad, sin necesidad de refrendo legislativo alguno —y con aplauso general, según OLIVER— mediante Real Decreto de 31 de diciembre de 1863. Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno prorrogó de nuevo y por tiempo indefinido las normas transitorias «hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente», mediante Real Decreto de 19 de diciembre de 1865.

Sin embargo, dada la necesidad de activar el crédito territorial, y dado el fracaso del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda toma la iniciativa y, a través de un Decreto de 5 de febrero de 1869 intenta, por un lado, acabar con el inacabable periodo transitorio y, por otro, reforzar la seguridad del tráfico potenciando la fe pública registral, cuya formulación se recoge en el artículo 11: «Las fincas hipotecadas a las instituciones de crédito territorial legalmente constituidas no responderán de ninguna obligación o carga no inscrita anteriormente en el Registro de la Propiedad sobre las mismas fincas mientras que dichas instituciones no estén satisfechas de su crédito». Según PARDO el régimen especial del tercero acreedor hipotecario se inicia aquí y éste es el origen de la dualidad de terceros hipotecarios que nuestro sistema admite.

Sin embargo, el Ministerio de Justicia cuando reforme unos meses después la Ley Hipotecaria no seguirá este camino, sino el del Anteproyecto de Ley de Bases del año anterior, reabriendo el periodo transitorio en el que la clandestinidad sigue imponiéndose, se reclama la ayuda de una purga renovada y se reduce la fe pública del Registrador a su mínima expresión.

PARDO NÚÑEZ, C. R., «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI*, núm. 614, pág. 150, nota 86 y pág. 155 y sigs.

(120) Como señala GARCÍA GARCÍA, J. M., hay otros preceptos concordantes, tales como los artículos 31, 40, apartados *c*) y *d*), 220, 69, 28 y 207, y 33, todos ellos de la vigente Ley Hipotecaria. *Op. cit.* T. II, pág. 228.

«El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se prueba que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

«La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar, por sí sola, el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles».

No se trata ahora de analizar cuestiones tales como quién es el tercero de este artículo (121), qué condiciones debe reunir para poder beneficiarse de la protección que el mismo ofrece (122), cuestiones todas ellas exhaustivamente

(121) Cuestión esta que no ofrece la menor duda al legislador hipotecario de 1944, cuya EM dispone:

«Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero, han sido allanadas al precisar su concepto en su artículo 34. A los efectos de la fides publica, no se entenderá por tercero el penitus extraneus, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra tercero por la de adquirente; pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo».

(122) También se refiere a ello con meridiana claridad la Exposición de Motivos:

«La inscripción solamente protege con carácter iuris et de iure a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.

La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en los que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario».

Es necesario resaltar —aunque no lo exprese el art. 34 LH, quizá por obvio— que el negocio en cuya virtud adquiere el tercero ha de ser válido. Como dice GARCÍA GARCÍA, J. M., «Ha de ser un negocio válido entre el transmitente según el Registro y el tercer adquirente, pues, como sabemos, la inscripción no convalida el acto o contrato nulo (art. 33 LH). El artículo 34 LH parte de la existencia de una nulidad o resolución, pero se refiere a las que afectan al negocio antecedente ya inscrito y no al negocio subsiguiente en el que interviene el tercero, pues éste es efectivamente tercero respecto a las causas de

analizadas por la doctrina (123). A los efectos de nuestro estudio nos interesa saber, especialmente, en qué consiste la protección jurídico-real que el mismo establece y en qué medida deroga el Derecho común.

Siguiendo a Díez-PICAZO (124), la situación de protección del tercero es inatacable frente a cualquier acción ejercitada por el *verus dominus* extraño a las inscripciones registrales antecedentes. En este sentido, el artículo 34 LH permite al tercero protegido la acción reivindicatoria, la acción confesoria y cualquier otra acción real.

Además, protege al tercer adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo, nacida de un titular registral anterior que pretenda la anulación o resolución del derecho del transferente. Por ejemplo, si Ticio fue un titular registral que transmitió en un momento dado a Cayo y éste más tarde a Sempronio, cuando Sempronio reúne las condiciones de protección del artículo 34 LH —buena fe, título oneroso e inscripción—, Ticio no puede pretender frente a Sempronio la anulación o la resolución del derecho de Cayo y, consiguientemente, del negocio dispositivo a favor de Sempronio. El artículo 34 de la LH dice claramente que el mantenimiento del tercero en su adquisición se produce aunque después «*se anule o resuelva el derecho del otorgante*».

Como señala GARCÍA GARCÍA, la protección que ofrece la *fe pública registral* se sitúa en el campo de la nulidad, en la resolución de efectos reales y en la inexistencia del negocio jurídico (125).

En virtud de la presunción de exactitud, este enervamiento del ataque de un antecesor registral, a través de acciones de anulación o de resolución, se produce siempre que las causas de las mismas no consten en el propio Registro (*simetría informativa funcional*). Si constaban, el tercero no puede merecer la confianza ni resultar protegido, pues el Registro publicaba tales causas.

Ciertamente la fe pública registral encuentra su fundamento en la presunción de exactitud e integridad (arts. 1-3, 38, 32 y 97 LH, esencialmente), a la cual modaliza: *a*) por un lado convierte dicha presunción en *iuris et de iure*, *b*) pero sólo cuando se trata de un adquirente a título oneroso y de buena fe, que cumple, también, con los demás requisitos del artículo 34 LH. En relación a éste convierte las declaraciones del Registro en *incontrovertibles*, por las razones que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 y que transcribimos anteriormente.

nulidad o resolución que afectan al *negocio precedente* en el que no fue parte». GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, T. II, pág. 388. Como dice la STS de 22 de junio de 2001: «...la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no los del propio título adquisitivo del tercero». Citada por JEREZ DELGADO, C., en *op. cit.*, pág. 288.

(123) Por todos, véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, pág. 227 y sigs. Ed. Civitas, Madrid, 1993.

(124) Seguimos a Díez-PICAZO, L., en este punto. *Op. cit.*, pág. 386 y sigs.

(125) GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, T. II, pág. 230.

A pesar de la dicción literal, hay que entender incluidas en el precepto también las causas de nulidad, según la generalidad de la doctrina (126), pues de lo contrario, el artículo 34 LH no podría cumplir su función.

En cuanto a la resolución del derecho del otorgante, también debe ser interpretada extensivamente de modo que permita incluir toda una serie de hipótesis que suponen la extinción o la ineficacia sobrevenida del negocio adquisitivo del transmitente —interpretación que, además, permite el art. 37 LH, que habla de «*acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias*»— (127).

El artículo 34 LH desempeña, pues, una eficacia similar a la del artículo 545 del Código de Comercio, artículo 19-II de la LCCh y, para quienes siguen la tesis germanista, artículo 464 del Código Civil (128), u 85 del Código de Comercio para las mercaderías (129).

(126) Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, pág. 230, y Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, T. II, pág. 387.

(127) ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., sostienen que el legislador ha seguido, hasta cierto punto, la tradición iniciada por la Ley Hipotecaria de 1861, de formulación del principio en varios preceptos. Así, aunque hay una formulación general en el artículo 34 LH, la Ley Hipotecaria hace numerosas aplicaciones concretas del precepto; así, en el artículo 32 LH y sus concordantes, los artículos 13, 15, 69, 76 y 144 de la misma y, sobre todo, el artículo 40, así como, además, los artículos 31, 220 y 37 de la misma; aparte del caso previsto en la parte final del artículo 34, párrafo 1.º de la ley, unido al artículo 37 de la misma, dada su amplitud, y con referencia exclusiva al supuesto de derechos claudicantes. Todas estas aplicaciones del principio de fe pública registral plasmado en el artículo 34, párrafo 1.º, en su inicio, prevén los varios supuestos de *inexactitud registral* objeto de tales aplicaciones, en cada uno de los cuales consta la causa originadora de la inexactitud del Registro. *Derecho Hipotecario*, T. II, págs. 172 a 174. Ed. Bosch, Barcelona, 1995. Sin duda, sería mucho más conveniente que el principio hubiese sido formulado en un solo artículo y de un modo mucho más general, al estilo de lo dispuesto por el artículo 89-1.º del BGB, a cuyo tenor: «*En beneficio de aquel que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha inexactitud se haya practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente*». O por el artículo 973 del Código Civil suizo, según el cual: «*El que adquiera la propiedad u otros derechos reales fundándose de buena fe en una inscripción del Registro Inmobiliario, es mantenido en su adquisición*». Tomados de ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en *op. cit.*, pág. 162.

(128) En este sentido, SANZ FERNÁNDEZ, A. Para quien el efecto del artículo 34 LH es paralelo al que para los bienes muebles tiene la posesión según el artículo 464 del Código Civil, *op. cit.*, pág. 239.

(129) Y cuyos precedentes remotos pueden encontrarse en determinadas normas de la *Lex Mercatoria* —un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos al servicio de las relaciones comerciales que se fragua en Europa desde fines del siglo XI hasta principios del siglo XIII—, tales como:

a) El reconocimiento de derechos en el comprador de buena fe, de muebles, de derechos superiores a los del verdadero propietario. En los Derechos alemán y francés, el derecho del comprador —de buena fe— de bienes contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Muebles n'ont pas de suite*. Sin embargo, en el Derecho inglés, la doctrina queda limitada a las transacciones en el *open market*.

Como hemos expuesto al tratar de la eficacia jurídico-real que confiere al cesionario el régimen de los títulos-valores, un sector doctrinal la explica basándose en el hecho de que la literalidad confiere autonomía al Derecho incorporado.

Decíamos que literalidad significa que la posición jurídica del segundo y terceros adquirentes viene delimitada por el *tenor literal* del título y no por las relaciones personales que ligaban al tercer poseedor con el deudor, lo que fundamenta la *autonomía del derecho incorporado*, en cuya virtud cada poseedor adquiere *ex novo*, como si lo fuera originariamente —y no a título derivativo—, el derecho incorporado al título, sin subrogarse en la posición personal de su transmitente (130). Esta característica también sirve para fundamentar, obviamente, la tutela jurídico-obligacional del adquirente.

En este mismo sentido, como afirma GARCÍA GARCÍA (131), se ha discutido en nuestra doctrina si la adquisición por el tercero protegido por el artículo 34 LH es originaria o derivativa. Ciertamente sector doctrinal piensa que es originaria porque no deriva de ninguna otra anterior: se apoya en la Ley y en el Registro, pero no en el derecho del transferente, respecto de quien, en definitiva, se rompe el principio del Derecho común: *nemo dat quod non habet*.

Ciertamente, la posición mayoritaria de nuestra doctrina sostiene que el artículo 34 de la LH consagra una adquisición *a non domino* en el supuesto de que el titular registral no sea el *verus dominus* (132) y el adquirente reúna todos los requisitos que para su protección exige el artículo 34 LH y, en este sentido, sí puede considerarse que el artículo 34 LH consagra un modo de adquisición de la propiedad, que *funciona como si* el tercero adquiriese el derecho de *un titular originario*, ya que nada de lo sucedido anteriormente

b) El desarrollo de títulos comerciales como letras de cambio y pagarés, y su transformación en los llamados contratos abstractos, en los que el documento representativo no sólo es prueba de un contrato subyacente, sino que a su vez encarnaba o era el contrato y se le podía demandar independientemente.

Véase BERMAN, H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, pág. 355 y sigs. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

(130) Por lo que se refiere a esta propiedad normativa y al alcance de los términos «literalidad» y «autonomía», perfectamente distinguidos por la doctrina italiana, puede consultarse la amplia bibliografía citada por DE DIOS MARTÍNEZ, L. M., en *op. cit.*, pág. 145, con una especial reflexión sobre [1] la distinción entre la *literalidad completa* —o *perfecta o directa*— y *literalidad incompleta* —o *imperfecta o indirecta o por remisión*— para diferenciar aquellos títulos cuya literalidad es suficiente para delimitar el alcance del derecho incorporado de aquellos otros en los que no se da tal circunstancia y sobre [2] como una parte de nuestra doctrina ha hecho especial hincapié en explicar esta propiedad normativa a partir de las categorías de la teoría de la apariencia jurídica y de la abstracción.

(131) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, pág. 367 y sigs. El autor hace una detallada exposición de las diferentes posiciones doctrinales al respecto a la que me remito.

(132) Véase la exhaustiva exposición de ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en *op. cit.*, T. II, pág. 458 y sigs.

le pueda afectar, lo que es una consecuencia de la autonomía del derecho inscrito, consecuencia, por un lado, del principio de literalidad o presunción de exactitud del Registro, que independiza *inter tertios* al derecho inscrito de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente de la que deriven y, por otro, de la necesidad de proteger la confianza fundada en la apariencia generada por el Registro.

Como sostiene PEÑA (133), si la adquisición se mantiene es a pesar de que el que transmite no tiene facultad de disponer y por virtud de *la eficacia legitimadora del Registro* (juntamente con otras circunstancias). En este sentido, puede afirmarse que, en relación a un tercer adquirente protegido por el artículo 34 LH, el titular inscrito del que adquiere *equivale a* un titular originario, por lo que el derecho que adquiere de él queda independizado de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal o relaciones causales subyacentes de las que él no ha sido parte. Sobre ello volveremos posteriormente.

Esta idea se deduce claramente de la sentencia del Tribunal Constitucional 87/1997, de 24 de abril (134) —Fundamento quinto—, la cual dice lo siguiente:

«En efecto, en un sistema de registro de inscripción, y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera

(133) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pág. 590. Próxima a esta opinión está la de NÚÑEZ LAGOS que considera que el artículo 34 LH consagra la inscripción como un verdadero modo de adquirir la propiedad. Ver NÚÑEZ LAGOS, «Realidad y Registro», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, I, pág. 424 y sigs., y *Problemas fundamentales del Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1973, pág. 44. Citado por ROCA SASTRE en *op. cit.*, T. II, pág. 458. No coincidimos con la opinión de Díez-PICAZO y LACRUZ Y SANCHO en el sentido de que el derecho adquirido por el tercero deriva del titular material, real o extrarregistral, a través del medio instrumental del titular registral o aparente, por lo que, mediante el efecto convalidante del artículo 34 LH, el derecho se consolida en el tercero con la extensión y con los límites con los que aparezca publicado en el Registro. Díez PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 386; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F., en *op. cit.*, pág. 258. Nos parece plenamente acertada la crítica que dirige a esta posición ROCA SASTRE, según el cual: «Esta tesis de LACRUZ es inadmisibles, al menos en nuestro sistema inmobiliario registral, pues en éste el caso de doble venta constituye uno de los varios supuestos posibles de inexactitud registral de la que la fe pública del Registro preserva al tercero hipotecario... (...) ...quiere aportar una teoría más a las múltiples entre las que se debaten la doctrina científica y la jurisprudencial italiana sobre el artículo 2.644 del Código Civil de Italia y es, por tanto, una aportación completamente estéril para nuestro régimen, al fundarse en la idea de que el tercero, en principio, no verifica ninguna adquisición *a non dominio* sino *a domino*, que es el aspecto más vulnerable de este esfuerzo de LACRUZ, con pleno olvido del verdadero alcance de nuestro artículo 34, párrafo primero de la Ley Hipotecaria». ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, T. II, pág. 463.

(134) Esta sentencia del Alto Tribunal fue dictada en el conflicto positivo de competencia 1080/1990 promovida por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con la expresión «en lengua castellana» contenida en el artículo 36.1 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

en España, los documentos “en virtud de los que se practican los asientos”, en expresión reiterada del Reglamento del Registro Mercantil, agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.).

...y, por fin, lo que es más relevante, aún en los (escasos) casos en que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación, no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento. En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la inscripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce efectos relativamente autónomos».

Obviamente, tales efectos adquieren mayores dimensiones en el ámbito del Registro de la Propiedad, cuyos efectos externos —efectos sobre terceros— son más enérgicos, por regla general, que los propios del Registro Mercantil.

Los efectos de los asientos registrales sólo son «*relativamente autónomos*», como dice el Alto Tribunal, porque, en efecto, sólo son autónomos *inter tertios*; sin embargo, *inter partes*, rige el contrato o negocio causal; o, si se prefiere, la inscripción sólo produce efectos entre aquellos, gobernando las relaciones entre los segundos el correspondiente acto o negocio jurídico.

Así, respecto del tercero, la inscripción independiza al derecho de las vicisitudes que afecten al negocio causal del que deriva, convirtiéndolo, en este sentido, en abstracto: lo mismo que sucede con el derecho incorporado a la letra respecto del endosatario.

En efecto, la letra *incorpora* el derecho de crédito y lo *independiza*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten al negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido, en *abstracto* —abstracción personal—. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor —adquirente cambiario de buena fe— sólo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.

El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes registrá el contrato, pero una vez inscrito el

derecho resultante del mismo, esto es, una vez *incorporado* el contenido de tal derecho —*intabulado*, si se prefiere— al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto *fe pública* impone que al adquirente —a título oneroso y de buena fe— le afecte únicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste.

Por ello, en la medida en que el ordenamiento jurídico admita excepciones al principio de *fe pública registral* (135) —esencialmente en forma de *overriding interests* o cargas ocultas—, en beneficio de personas, grupos o instituciones determinadas —en esa misma medida—, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral (136) —*intabulación*— y en esa misma medida aumentan las incertidumbres para *adquirentes*, *propietarios* y *acreedores* en el mercado inmobiliario, por lo que, también en esa misma medida disminuye la contratación y se encarece el crédito (137).

De todos modos, al estar formulado el principio de *fe pública registral* en una *ley formal*, las excepciones a dicho principio también deben ser formuladas en una norma con el mismo rango, lo que permite que el adquirente —el mercado— pueda tener conocimiento *ex ante* de las excepciones que le afectan o pueden llegar a afectarle: las sorpresas posibles quedan limitadas y pueden ser conocidas. Ahora bien, llegar a conocerlas implica mayores costes de información y la imposibilidad de quedar inmunizado frente a la incertidumbre de que las mismas se hagan efectivas y afecten al derecho adquirido. Tan sólo cabrá, una vez que la excepción ha impedido la protección del derecho mediante una regla de propiedad, recurrir a su aseguramiento en aquellos aspectos potencialmente afectados por las excepciones legalmente establecidas al juego de la *fe pública registral*.

(135) Un estudio exhaustivo de las excepciones al principio de *fe pública registral* en nuestro sistema puede encontrarse en GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, pág. 411 y sigs.

(136) Como expusimos al principio del trabajo, la incorporación es una propiedad de intensidad graduable. Evidentemente, la *fe pública registral* no opera en relación a los datos de hecho de la finca por la sencilla razón de que sería absurdo, pero sí opera el principio de presunción de exactitud del Registro como sostiene PEÑA. Ver al respecto la nota 102.

(137) En efecto, beneficiar a unos pocos puede perjudicar a muchos. Las excepciones son, por ello, en principio, una solución de suma negativa, que deben ser erradicadas, salvo en aquellos casos, si es que existen, en los que se demuestre que son soluciones de suma positiva. El legislador de 1861 hizo un loable esfuerzo por erradicar algunos de los más importantes privilegios tradicionalmente incrustados en nuestro Derecho, sin conseguirlo plenamente. Evidentemente, los intereses sectoriales no cesan en su constante intento de *capturar* al regulador, con la finalidad de obtener regulaciones que, con perjuicio del interés general, satisfagan sus expectativas de búsqueda de rentas.

9. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN INCORPORADA EN EL TÍTULO-VALOR

9.1. PLANTEAMIENTO

Como afirma EIZAGUIRRE, el emisor de un título-valor cualificado se sitúa en una posición más compleja y, sobre todo, más onerosa, que quien expide un título-valor simple o directo, ya que este último sólo resulta obligado frente a quien lo está ya contractualmente; y sólo mediante el mecanismo de la cesión puede verse obligado frente a un tercero, preservando plenamente su posición inicial.

En cambio, quien emite un título al portador o a la orden, debe contar como circunstancia natural y no excepcional, con que el documento vaya a parar a manos de un tercero distinto a la contraparte contractual inicial. Este último resultará normalmente un titular legítimo, pero no se puede excluir que, en ocasiones, llegue a ser ilegítimo, debido a la vocación circulatoria de estos títulos-valores (138).

Ello ha motivado que la doctrina —especialmente la extranjera— haya buscado expedientes teóricos que permitiesen una explicación omnicomprendensiva del fenómeno cambiario.

No nos detendremos en la exposición de las diferentes posiciones teóricas al respecto, por ser ello ajeno a la finalidad del presente trabajo (139).

Partiremos de la posición doctrinal ampliamente mayoritaria en la actualidad desarrollada entre nosotros, esencialmente, por PAZ-ARES (140).

Parte PAZ-ARES de que la válida constitución de una obligación cambiaria necesita en todo caso —tanto *inter partes* como *inter tertios*— un título íntegramente formalizado; es decir, un documento en el que se hayan conseguido todos los requisitos exigidos por el artículo 1 en relación con el artículo 2, ambos de la LCCh. Sólo cuando tales condiciones de forma se han cumplido puede nacer una obligación cambiaria.

9.2. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA *INTER PARTES*: EL CONTRATO DE ENTREGA

La perfección del vínculo cambiario *inter partes* requiere no sólo que el deudor firme el título sino que además lo entregue al acreedor o, desde una

(138) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 63.

(139) Para una completa exposición crítica de las mismas, véase PAZ-ARES, C., *Naturalaleza jurídica de la letra de cambio*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. También EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 63 y sigs., y ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles del Derecho cambiario*, pág. 10 y sigs. Ed. Comares, 2004.

(140) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 140 y sigs.

perspectiva más general, en palabras de EIZAGUIRRE, la obligación cartular surge de la *válida suscripción del documento, unida a la entrega del mismo al acreedor* (141).

Es en este segundo momento cuando se produce el acuerdo contractual a través del cual se constituye la relación obligatoria. El deudor, entregando el título, realiza una verdadera declaración de voluntad por la que manifiesta su intención definitiva de obligarse (142).

Esta construcción teórica presenta algunas ventajas, entre las que cabe destacar, en primer lugar, que posibilita una inserción congruente de la obligación cambiaria —y, en general, cartular— en la sistemática de nuestro derecho de obligaciones, gobernado por el principio contractual, según el cual la principal fuente de obligaciones nacidas de la voluntad es el contrato (143); y, en segundo lugar, es la que se adapta en mayor medida a la realidad del tráfico jurídico.

(141) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 66.

(142) Según PAZ-ARES esta declaración debe construirse como una declaración de oferta contractual. Recibiendo el título el acreedor realiza otra declaración de voluntad por medio de la cual patentiza la aceptación de la promesa del deudor. De esta manera se perfecciona el contrato de entrega. *Op. cit.*, pág. 141. Por ello, según este autor —pág. 145— la entrega en el contrato cambiario, y en lo que hace a su dimensión estrictamente obligatoria, no debe configurarse como un presupuesto o elemento autónomo del contrato, sino más bien como la forma —«forma esencial»— de exteriorizar la voluntad de obligarse del suscriptor.

Para PAZ-ARES, el contrato de entrega es de naturaleza real y tiene un contenido obligatorio —porque constituye la obligación cambiaria a cargo del deudor que entrega la letra— y dispositivo —porque transmite la propiedad de la letra y los derechos derivados de ella— (véase *op. cit.*, pág. 143 y sigs.). No está de acuerdo con esta opinión EIZAGUIRRE, para quien la naturaleza del contrato de entrega depende del tipo de derecho que se trata de constituir mediante el mismo. Así, si se trata de la emisión de obligaciones de una sociedad anónima, la entrega del papel presenta tanto carácter *obligatorio* —crea la obligación— como *dispositivo*, es decir, transmite la propiedad del documento. En tanto que la entrega de la letra de cambio tras su aceptación, sólo genera la obligación, puesto que la propiedad del papel pertenecía ya al acreedor. Por ello, sólo en el primer caso puede afirmarse sin vacilación, que el contrato de entrega tiene carácter *real* sometido para su perfección al requisito de la tradición (arts. 609 y 1.095 CC); toda vez que, si se persigue simplemente el efecto obligatorio, la entrega del papel es ajena a dichos efectos de publicidad posesoria.

EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, págs. 66 y 67.

(143) EIZAGUIRRE, J. M. —*op. cit.*, pág. 66— pone de manifiesto cómo en nuestro Derecho la preponderancia del contrato como fuente de las obligaciones nacidas de la voluntad no resulta de una manera tan nítida de la enumeración contenida en el artículo 1.089 del Código Civil como de la regla del parágrafo 305 BGB alemán. Por ello, se precisa en nuestra doctrina una contemplación sistemática del Código Civil. En el mismo sentido, PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 147 y sigs.

9.3. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA *INTER TERTIOS*

9.3.1. *En los supuestos normales: el contrato de entrega*

Como sostiene PAZ-ARES (144), la obligación del deudor en la relación cartular *inter tertios* tiene el mismo fundamento *en los supuestos normales* que la obligación del deudor en la relación *inter partes*, es decir, el contrato de entrega.

En efecto, si Primus —emisor aceptante de la letra— la entrega a Secundus —acreedor tomador—, la entrega es el fundamento de la obligación cartular de Primus frente a Secundus; si Secundus la entrega a Tertius, por la misma razón Secundus responderá frente a Tertius.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de la pretensión de Tertius frente a Primus? La respuesta, sostiene PAZ-ARES, es el contrato de entrega entre Primus y Secundus, seguido del contrato de entrega entre Secundus y Tertius.

Con esta obviedad se pretende decir que *normalmente* —es decir, siempre que sea válido el contrato en virtud del cual se obligó el deudor— el fundamento de la obligación cambiaria —y, en general cartular— es el mismo *inter tertios* que *inter partes* (145).

9.3.2. *En las hipótesis patológicas: la teoría de la apariencia jurídica*

9.3.2.1. La apariencia jurídica como fundamento de la protección de la confianza del tercero

Los problemas se plantean en las *hipótesis patológicas*, es decir, en las hipótesis en las que el contrato de entrega adolece de alguna causa de ineficacia, en cuyo caso, si bien Primus puede excepcionar frente a Secundus con base en la misma, sin embargo no puede hacerlo frente a Tertius (principio de oponibilidad limitada o de limitación de excepciones) (146), como conse-

(144) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 154.

(145) De este modo, como sostiene el propio PAZ-ARES en *ibíd.*, se separa de las viejas teorías dualistas a tenor de las cuales el fundamento de la obligación cambiaria frente a terceros es siempre distinto del de la obligación cambiaria entre partes: en el primer caso, la declaración unilateral de voluntad que se expresa en la suscripción del documento y en el segundo, el contrato, cayendo en el error de postular la existencia de dos obligaciones. En efecto, de ese modo, si bien se explica por qué Tertius es inmune a las excepciones que Primus puede oponer a Secundus —son *exceptiones ex iure tertii*—, sin embargo, no se puede explicar por qué Tertius ha de sufrirlas si las conoce —es decir, si es de mala fe—, pues las *exceptiones* siguen siendo *ex iure tertii*.

(146) Si la transmisión cambiaria de Primus a Secundus adolece de alguna causa de ineficacia, en el caso de que Secundus accione frente a Primus, éste puede oponérsela, por

cuencia de las exigencias derivadas de la seguridad del tráfico, que exigen la protección del tercero, pues de lo contrario se estaría dañando gravemente el volumen y ritmo de la circulación de los créditos. Y el Derecho cambiario surge, precisamente, para fomentar la circulación crediticia mediante la protección del adquirente, como vimos.

Es en estos supuestos cuando la *teoría de la apariencia jurídica* se muestra, en palabras de EIZAGUIRRE (147) como el complemento natural de la *teoría del contrato de entrega*, a fin de explicar en su conjunto el fundamento de la responsabilidad del suscriptor de un título-valor cualificado.

Hay acuerdo general en atribuir a BRUNNER, en su obra *Wertpapiere* el mérito de haber recurrido a la teoría de la apariencia para explicar, en el ámbito del Derecho cambiario, lo que no podía explicar la teoría contractualista: por qué se respondía en ocasiones sin que hubiera contrato.

Pues bien, como observa PAZ-ARES (148), lo que hizo BRUNNER fue aplicar a la letra de cambio y otros títulos-valores el *principio registral de fe pública del Derecho alemán*, lo que le permitió afirmar que el tercero, al adquirir la letra de buena fe, era protegido por el ordenamiento, porque confiaba en que el contenido de la obligación era el reflejado en el papel (149). Pero fue JACOBI el primero en desarrollarla (150).

En España se hablaba del principio de apariencia como un principio presente en el Derecho cambiario, de forma que si bien el fundamento de la obligación cambiaria se situaba en la ley, la apariencia era la razón final: «*el fundamento del fundamento*», en palabras de GARRIGUES (151). La apariencia se utilizaba más como recurso explicativo o expresivo que propiamente constructivo.

Corresponde a PAZ-ARES el mérito de haber utilizado el principio de la apariencia para fundamentar la obligación del deudor cambiario en las relaciones *inter tertios* en los supuestos patológicos, tal y como hemos expuesto anteriormente. Su postura puede considerarse hoy la más aceptada en nuestra doctrina (152).

Sostiene PAZ-ARES (153) que la doctrina de la apariencia se basa en el pensamiento de que el obligado cambiario suscribiendo el título crea una realidad visible sobre la que puede confiar el tercero de buena fe. Se basa, por tanto, en la conexión del *principio de publicidad* y el *principio de impu-*

muy legitimado que esté formalmente Secundus, pero si éste transmite a Tertius y éste acciona frente a Primus, éste ha de allanarse frente a tal pretensión (arts. 12 y 19.II LCCh).

(147) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 67.

(148) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 157.

(149) Tomado de ZURIMENDI ISLA, A., en *op. cit.*, pág. 81.

(150) Véase PAZ-ARES y ZURIMENDI ISLA en *ibíd.*

(151) Seguimos en este punto a ZURIMENDI ISLA, A., en *op. cit.*, pág. 81 y sigs.

(152) Véase ZURIMENDI ISLA, A., en *op. cit.*, pág. 82.

(153) Seguimos su exposición en *op. cit.*, pág. 159 y sigs.

tación: el documento suscrito genera la apariencia jurídica de que el derecho incorporado ha surgido libre de defectos y por tal apariencia ha de responder el suscriptor en la medida en que la haya causado de una manera imputable, en razón del elevado riesgo asumido frente al tráfico por la expedición de un documento particularmente avocado a la circulación (154).

Esta perspectiva permite ilustrar los principios subyacentes a gran parte de las normas arbitradas por el Derecho común para la seguridad del tráfico, en torno a las cuales se ha ido construyendo la teoría de la apariencia, lo que permite subrayar la *homogeneidad intrasistemática* entre el Derecho cambiario y el Derecho común allí donde éste consagra la responsabilidad por la creación de la apariencia.

La apariencia jurídica, en opinión de ZURIMENDI, no es más que una manifestación específica del más amplio principio de la *responsabilidad por confianza*, principio que atraviesa todo el Derecho privado y que tiene dos manifestaciones o vertientes: una negativa, en la que la violación de la confianza da lugar únicamente a una indemnización por daños y perjuicios, y otra positiva, en la que la confianza generada fundamenta una pretensión específica, siendo la apariencia jurídica una manifestación de esta vertiente positiva de la responsabilidad por confianza, en cuya virtud ciertas situaciones aparentes se tienen en ciertos casos como reales, y que opera no sólo en el ámbito de los títulos-valores sino en otras muchas materias, como en la representación (arts. 1.734 y 1.738 CC y art. 286 CdC), en el Derecho Registral (art. 21 CdC, art. 34 LH), en el Derecho de Familia (art. 79 CC), en el Derecho de Sociedades (art. 147 CdC) e, incluso, en el Derecho del Trabajo (155).

9.3.2.2. Requisitos

El supuesto de hecho de la obligación cambiaria *inter tertios* es, pues, un supuesto de hecho apariencial y, como tal, requiere la concurrencia de una serie de elementos que son los que conforman la *species facti* en Derecho común. Si falta alguno de esos elementos, no se conforma correctamente el supuesto de hecho y, por tanto, no se constituye a favor de tercero la obligación cambiaria. Tales elementos son (156):

(154) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 68.

(155) Según CANARIS, para el Derecho alemán, citado por ZURIMENDI ISLA en *op. cit.*, pág. 83.

(156) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 160 y sigs.

9.3.2.2.1. La denominada *situación objetiva de apariencia*

La apariencia ha de referirse necesariamente a una situación objetiva cuya presencia externa tiene tal fuerza en relación al tercero que el Derecho permite a éste fiarse de ella sin necesidad de una investigación exhaustiva.

Este elemento viene dado en materia cambiaria por la propia *letra de cambio* que *literaliza* el contenido de un derecho de crédito.

Pero no basta con que del documento se desprenda la existencia del derecho, sino que, además de él, también debe desprenderse que se ha adquirido del legítimo titular (157). Naturalmente, no es necesario que el título haya sido transmitido por su auténtico propietario o por quien tuviera realmente legitimidad para transmitirlo, sino que basta con que de las circunstancias del caso el *tradens* parezca que lo es o que parezca que tenga legitimidad para transmitirlo (arts. 19, 126 y 127 LCCh). El *accipiens* en estos casos adquiere el título de buena fe, y para ello se requerirá en los títulos a la orden la regularidad formal de la cadena de endosos. Esto es, el *accipiens* no debe comprobar la autenticidad de las firmas, sino solo que formalmente la cadena de endosos no ha sido interrumpida; para los títulos al portador, basta con la mera posesión.

9.3.2.2. Ha de mediar un *negocio de tráfico*

La apariencia, en tanto que *instrumento al servicio del mercado*, sólo actúa a favor del *tercero cambiario*, no de cualquier tercero. Es decir, a favor del tercero que haya adquirido la letra —o título cualificado— en virtud de un *negocio de tráfico*, entendiendo por tal el que sirve por separado el interés económico, tanto del *tradens* —lo que excluye los negocios gratuitos— como del *accipiens* —lo que excluye las transmisiones realizadas en interés exclusivo del *tradens*, como v.gr.: endoso fiduciario de cobranza—.

El requisito de la onerosidad del negocio no lo exigen expresamente los artículos 19 y 125 de la LCCc. Sin embargo, como sostiene ZURIMENDI (158), debe llegarse a esta conclusión mediante la aplicación analógica del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que regula un supuesto similar, y de la ponderación de los intereses en juego. Partiendo 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.

(157) Seguimos en este punto a ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 87.

(158) ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, págs. 89-90, que cita abundante bibliografía en apoyo de esta tesis.

Sin embargo, si el confiante recibe el título-valor a título gratuito, no sufre ningún perjuicio si no se le protege, pero sí el deudor, y, conforme al principio *qui certat de damno evitando antependendus est qui certat de lucro captando*, ha de preferirse a aquél que trata de evitar un daño —el deudor— 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 a las transmisiones gratuitas.

9.3.2.3. Ha de haber *buena fe* en la adquisición

El tercero debe ignorar los vicios del contrato de entrega entre el deudor y su transmitente, pues el ordenamiento sólo protege a quien de buena fe confía en la apariencia y no a quien se vale de ella de mala fe. De esta manera se reducen los *costes de información* que dificultan el intercambio y se facilita la circulación. Pero si el tercero es de mala fe, es decir, conoce las circunstancias que pueden frustrar sus expectativas, o incurre en culpa grave, es decir, podía haberlas conocido fácilmente, incurriendo en un mínimo coste (159), entonces, conforme a lo expuesto, no está justificado sacrificar el interés del deudor.

La buena fe del adquirente debe existir en el momento de la adquisición del título —arts. 12, 19 II, 119 y 127 LCCh—, siendo irrelevante a estos efectos el conocimiento posterior de la realidad —*mala fides superveniens non nocet* (160)—. De lo contrario, se perjudicaría la circulación del título, pues nadie se arriesgaría a adquirirlo por temor a conocer posteriormente sus vicios.

9.3.2.2.4. La situación objetiva de apariencia ha de ser *imputable al deudor*

Obviamente, el deudor sólo responde si la creación de la apariencia en la que confió el tercero le es imputable conforme a un criterio objetivo, que, en materia cambiaria, es la firma o suscripción del documento, entendida la firma no tanto como una declaración de voluntad negocial, cuanto como un acto jurídico en sentido estricto y, por tanto, un acto imputable.

Es este un aspecto en el que insiste muy especialmente PAZ-ARES: según este autor, a quien estamos siguiendo en esta materia, no se puede confundir

(159) Los artículos 12, 119 LCCh y 545 CdC demuestran que el nivel de diligencia exigibles es realmente mínimo.

(160) De lo contrario, se perjudicaría la circulabilidad del título, porque nadie se arriesgaría a adquirirlo por temor a conocer posteriormente sus vicios. En todo caso, el conocimiento posterior facultará al acreedor a optar, en función de sus intereses, entre invocar la situación real o la aparente. ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 91.

el requisito de la imputabilidad propio de la doctrina de la apariencia —que sólo exige el impulso volitivo o *Willenimpuls*—, con el requisito de la voluntad propio de la doctrina del negocio jurídico —que exige también el contenido volitivo o *Willensinhalt*—. Son magnitudes diversas gobernadas por principios distintos. En el primer caso, opera el principio de protección de la seguridad del tráfico, y en el segundo el principio de protección de la seguridad jurídica —autonomía de la voluntad—, por lo que no cabe la aplicación analógica de la disciplina negocial a situaciones aparienciales. En efecto, lo específico de la protección del tráfico que realiza el Derecho cambiario es que, por medio de la apariencia, se conectan efectos semejantes a los negociales a un comportamiento no negocial (161).

Cuando concurren estos cuatro requisitos conjuntamente surge el supuesto de hecho apariencial y con él se constituye la obligación cambiaria frente a terceros a cargo del suscriptor.

Considerando que la protección de la apariencia opera a favor y no en contra del tercero, si éste descubre, una vez adquirido el título, que la situación real le es más favorable, puede invocar ésta, pues no está obligado a autolimitarse a la situación aparente, ya que sería contradictorio que un principio concebido para la protección del tercero de buena fe, acabe perjudicándole, al restringir sus derechos respecto de los que tendría en la situación real (162).

(161) Como observa ZURIMENDI ISLA —*op. cit.*, págs. 92-93— ello no obsta a que a veces sean de aplicación analógica las reglas del negocio jurídico, como por ejemplo los preceptos sobre la capacidad, y en algunos casos, incluso algunos referidos a los vicios de la voluntad... (...) ...Por eso, en los casos de falta de consciencia, como cuando se cree que se está firmando un autógrafo y no un título, no hay imputación y el vicio de la voluntad es oponible *erga omnes*... (...) ...Tampoco en los casos de violencia o intimidación absoluta puede considerarse al suscriptor auténtico autor de la firma, porque no ha actuado libremente, sino obligado por las circunstancias, por lo que estamos también aquí ante un excepcional supuesto de oposición *erga omnes* de un vicio de la voluntad. Otros supuestos en los que falta el nexo de autoría son los de falsedad —arts. 8 y 116 LCCh— y falta de representación —ex arts. 8, 10, 116 y 117 LCCh—.

(162) Ver ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 95. Destaca este autor que más discutida es la cuestión del plazo de ejercicio del derecho, para lo que deben tenerse en cuenta las exigencias derivadas del principio de buena fe. Cuestión distinta —y de gran interés— es la planteada por PAZ-ARES en *op. cit.*, pág. 65: «¿Puede afirmarse que la apariencia también opera resucitando un derecho que habiendo sido normalmente constituido se ha extinguido por cualquiera de las causas del artículo 1.156 del Código Civil? La respuesta ha de ser, asimismo, afirmativa. Sólo que en este caso la imputación de la apariencia al deudor no proviene tanto de haber firmado la letra cuanto de no haberla rescatado —a lo que tiene derecho cualquier deudor cuyo crédito se extinga: véase art. 45.I LC—. Opinión esta con la que coincidimos plenamente: es la falta de diligencia del deudor la que fundamenta esta consecuencia.

10. LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO REGISTRAL: LA ABSTRACCIÓN REGISTRAL

En el ámbito registral, las cosas se desarrollan de un modo sustancialmente idéntico, tal y como hemos explicado anteriormente.

En efecto, si Primus vende a Secundus un inmueble, las relaciones entre ambos se rigen por el contrato —que en nuestro sistema es siempre causal (163)— 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 (164), 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 abstracción personal *inter tertios* (165) porque en ese ámbito no son oponibles tales excepciones (166).

(163) 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 CC—, 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.

(164) Naturalmente con las excepciones al efecto de fe pública registral formuladas por normas de rango legal. Pero, cumplidas las condiciones del artículo 34, 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.

(165) Vid. PAZ-ARES, C., *op. cit.*

(166) 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 del Código de Comercio prohibía que el aceptante invocara la falta de provisión de fondos, aunque

En ambos casos (167), 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.

ZURIMENDI prefiere que no se utilice el término «abstracción», aunque se matice con los calificativos de «personal», «funcional» o «procesal» para explicar la inoponibilidad *inter tertios* de excepciones derivadas de las relaciones causales subyacentes previas, porque puede inducir a error, ya que en nuestro sistema, a diferencia del alemán, no se admite el negocio abstracto —para cuyo supuesto PAZ-ARES reserva la expresión «abstracción material»—, ni la doctrina alemana recurre a la abstracción para explicar el fenómeno.

En su lugar, propone concebir la obligación cambiaria como causal y explicar que las excepciones derivadas de la relación o contrato subyacente no serán oponibles a terceros de buena fe que adquieren sólo la obligación cambiaria y no la causal, y que, al ser ajenos a ella, no le son oponibles, en virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 CC) (168).

Parece una argumentación convincente y plenamente aplicable al ámbito registral. La inoponibilidad de excepciones *inter tertios* puede explicarse en este ámbito porque el tercero no adquiere el derecho tal y como ha sido perfilado por el contrato en virtud del cual adquirió su *tradens*, sino tal y como quedó configurado en la inscripción resultante de aquel negocio adquisitivo. En el ámbito registral se adquiere el derecho según el Registro (arts. 32 y 34 LH), 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*.

No parece, sin embargo, que haya ningún inconveniente para que se pueda denominar a este fenómeno «*abstracción registral*». Es precisamente

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., *op. cit.*, pág. 324.

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

(168) ZURIMENDI ISLA, A., *op. cit.*, pág. 322 y sigs. En realidad su discrepancia con PAZ-ARES, C., es más terminológica que de fondo.

esta *abstracción registral* la que posibilita la *simetría informativa funcional* entre quien transmite y quien adquiere mediante un acto de tráfico.

Ello nos obliga a plantearnos las siguientes cuestiones, a saber: así como en sede cambiaria hemos abordado la cuestión de cuál es el fundamento de la obligación asumida por el deudor cambiario, tanto *inter partes* como *inter tertios*, en el ámbito registral lo pertinente es plantearse, por un lado, cuál es el fundamento de que el *verus dominus* pueda verse privado de su derecho si no inscribe su adquisición y, por otro, cuál es el fundamento de la protección de quien adquiere de buena fe de un titular registral que no es *verus dominus*.

10.1. FUNDAMENTO DE QUE EL *VERUS DOMINUS* PUEDA VERSE PRIVADO DE SU DERECHO SI NO INSCRIBE SU ADQUISICIÓN

10.1.1. *Fundamento*

Conforme a lo que llevamos expuesto, resulta claro que el ordenamiento registral protege la seguridad del tráfico, mediante la protección del tercero que adquiere de buena fe de un titular inscrito, mediante un *acto de tráfico* (art. 34 LH), lo que supone una modulación de las consecuencias de lo dispuesto por el artículo 38 LH (169). En un doble sentido: 1. Por un lado, las limita a los adquirentes a título oneroso y de buena fe, porque el Registro es un instrumento para el mercado (que presupone la buena fe y desconoce los actos a título gratuito) (170). 2. Por otro, la presunción *iuris tantum* de

(169) Obviamente, también el artículo 32 protege al tercero, al consagrar la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros. En la medida en que, en nuestra opinión, el fundamento de la consecuencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es el principio de exactitud, creemos que el artículo 32 LH —como el art. 97 LH— define uno de los contornos de dicha protección.

(170) Esta idea aparece claramente recogida en la EM de la LH 1944: «Objeto de particular estudio ha sido el principio de la fe pública registral, elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles.

Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que, en orden a la aplicación del predicho principio, rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege, con carácter *iuris et de iure*, a los que contraten a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de los que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente. *La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario*».

exactitud ex artículo 38 LH a favor del titular registral deviene en una pre-sunción *iuris et de iure* a favor del tercer adquirente ex artículo 34 LH (171).

Ello supone situar los riesgos sobre el *verus dominus* que no ha inscrito su derecho o, si se prefiere, sobre el tercer adquirente —y presumible *verus dominus*— que, reuniendo las circunstancias del artículo 34 LH, no inscribe su adquisición, lo que le puede suponer la pérdida del derecho adquirido.

En el ámbito registral, el *verus dominus* que adquiere de titular inscrito pero no inscribe, es responsable de la situación objetiva de apariencia de titularidad que proclama el Registro a favor de su transmitente, y que fundamenta la confianza, que merece ser protegida, de quienes, de buena fe y a título oneroso, están interesados en adquirir el derecho, porque, conforme a la situación objetiva de apariencia —que el *verus dominus* ha preferido no alterar— creen estar adquiriendo del *verdadero dueño*.

10.1.2. *El supuesto sacrificio del principio del consentimiento*

Dicho de otro modo, 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 la imposición de una transacción forzosa a su titular, que, precisamente por serlo, es ineficiente (172).

Así, se afirma, en el *modelo* (173) 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.

Siendo ello así, se afirma (174), la reducción de costes transaccionales no debería articularse como una finalidad en sí misma, sino como un medio para

(171) En este sentido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 371. Ed. Tecnos, Madrid, 1978.

(172) 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 aquéllas y sólo de aquellas transacciones típicamente eficientes», es decir, las voluntarias.

(173) En el *modelo* neoclásico de mercado perfectamente competitivo, se parte de la hipótesis de plena información y, en consecuencia, de ausencia completa de costes transaccionales, 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*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, T. III, pág. 4050.

(174) PARDO NÚÑEZ, C. R., «Seguridad del tráfico y circulación de capital», en *RCDI*, 623, 1994, págs. 1522-1561.

facilitar que los bienes sean asignados a quien los use de manera más eficiente, algo que no garantiza la seguridad del tráfico, que puede decretar transacciones inconsistentes y, por tanto, ineficientes, en supuestos excepcionales.

En realidad, estas posiciones tienen su origen en EHRENBURG, según el cual:

«La seguridad jurídica —en el sentido estricto de la expresión— consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ésta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona» (175).

Como observa PAU —en su estudio introductorio a la traducción que realiza de la obra de EHRENBURG—, en la mayor parte de los casos, las referencias posteriores no han pasado de la cita del título y del empleo de las dos expresiones que aparecen en él, con la excepción del trabajo de PAZ-ARES al que posteriormente nos referiremos (176).

El propio EHRENBURG precisa:

«Sólo en el momento de tensión en el cual una de las partes ve el peligro de perder contra su voluntad un derecho y la otra parte percibe a su vez el peligro de no poder adquirir un derecho o no poder desligarse de una obligación, sólo en ese instante es cuando entran en conflicto la seguridad jurídica y la seguridad del derecho» (177).

En otro pasaje de la misma obra afirma:

«Si el ordenamiento jurídico permite que la inscripción sea invocada, no sólo por el inscrito sino también por un tercero, en-

(175) EHRENBURG, V., *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, pág. 36. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2003. Se trata de una excelente traducción de A. PAU PEDRÓN, precedida de una no menos excelente introducción del mismo autor. En ella pone de manifiesto que los primeros ecos de las ideas de EHRENBURG en España aparecen en artículos de VALLET DE GOYTISOLO —a partir de la «Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión», en *RDP*, junio de 1953— que las recoge indirectamente a través de la doctrina italiana, especialmente de CARNELUTTI y su *Teoría general del tráfico*, publicado en Padua en 1933. También LACRUZ introduce las ideas de EHRENBURG en España, en la segunda edición de sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* de 1957, si bien en este caso, como resalta PAU, LACRUZ sí trae las ideas de EHRENBURG del propio original.

(176) PAU PEDRÓN, A., En la *Introducción* de la traducción a la que nos referimos en la nota anterior (págs. 10-11).

(177) EHRENBURG, V., *op. cit.*, pág. 35.

tonces, una misma institución jurídica, que... protege de manera principal la seguridad jurídica, está favoreciendo la seguridad del tráfico jurídico a costa de la seguridad jurídica» (178).

A esta idea central de EHRENBURG, la ha denominado PAZ-ARES, *hipótesis de la repelencia*, con cuya expresión quiere significar que la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico constituyen la expresión doctrinal de valores normativos que se repelen mutuamente y que, por consiguiente, conviven dentro del Derecho Privado en conflicto y tensión permanentes (179).

Corresponde a PAZ-ARES el mérito de haber detectado que EHRENBURG, junto a esta idea central, desliza otra hipótesis en forma de sugerencia, a la que PAZ-ARES denomina *hipótesis de atracción*. Según esta segunda hipótesis, la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico deben ser contempladas, más que como categorías antagónicas, como piezas distintas de un idéntico mecanismo; como el anverso y el reverso de un mismo fenómeno, que no es otro que el de la facilitación al titular originario —y no al tercer adquirente— del aprovechamiento del valor económico de su derecho subjetivo (180).

Desde esta perspectiva argumenta PAZ-ARES del siguiente modo: la seguridad del tráfico no sería 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, por cuya razón no se entiende por qué, en el límite, se va a preferir al adquirente frente al titular, cuando éste no ha transmitido voluntariamente, sabiendo como sabemos que las distribuciones de recursos óptimas desde el punto de vista de la eficiencia son precisamente aquéllas cuya alteración no es posible voluntariamente —*óptimo de Pareto*—.

En la medida en que las normas de seguridad del tráfico reducen costes transaccionales y facilitan las transacciones voluntarias estarían justificadas. Ahora bien, a cambio de este ahorro, aumentan 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, pues la reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita cabalmente a través de la imposición forzosa de la transacción a su titular.

(178) EHRENBURG, V., *op. cit.*, pág. 39.

(179) PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, pág. 8.

(180) PAZ-ARES, C., *Seguridad jurídica...*, pág. 8. Destaca el autor que lo más significativo de este segundo planteamiento es que el interés del adquirente desaparece de escena: la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, dos vasallos distintos, sirven ahora a un mismo señor, el titular del derecho.

10.1.2. *El derecho de la seguridad del tráfico: un juego de suma positiva*

Es aquí donde discrepamos de la opinión del ilustre profesor, al menos en el ámbito inmobiliario y en relación a la arquitectura jurídica de los registros de derechos o de tráfico. Éstos, en la medida en que consiguen aumentar la seguridad del tráfico, aumentan también la seguridad jurídica —y, por consiguiente, disminuyen los costes de vigilancia o conservación del derecho para el titular originario— y viceversa. No aumenta una a costa de la otra, no se consigue la seguridad del tráfico a costa de privar al *verus dominus* de su derecho *sin su consentimiento*; por el contrario, tal privación únicamente puede producirse porque el *verus dominus* no asuma la carga que le impone el sistema registral para conservar su derecho —la inscripción de su adquisición— en todo caso de coste muy inferior a las medidas de conservación que debería adoptar en ausencia de sistema registral de derechos y, por tanto, en un sistema jurídico, gobernado por los principios *nemo dat quod non habet* y *ubi rem meam invenio ibi vindico*, entre otros.

En efecto, si por transacción incontestada o forzosa entendemos la impuesta por el sistema legal al propietario contra su voluntad, sin que pueda impedirlo, hay que afirmar que el sistema no *impone* tales transacciones, ya que el propietario puede evitarlas asumiendo los costes de vigilancia o conservación del derecho —básicamente, los costes necesarios para poder inscribir— requeridos por el sistema, que ofrece sustituir *autovigilancia* por *heteroprotección*. A cambio de asumir los costes de *heteroprotección*, el propietario se ahorra los de *autovigilancia*, e invertirá en tales costes racionalmente, es decir, hasta el límite de la utilidad marginal, como en todos los demás casos.

Por otro lado, 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 incontestadas 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 (181), nos llevan a la conclusión de

(181) 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.

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 (182), y la mayor protección que dispensa a los derechos facilita las inversiones a largo plazo en los mismos.

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 inveni ibi vindico*— incluso aunque sea un tercer adquirente de buena fe y a

(182) 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 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.

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 (183), 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.

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 *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 reivin-

(183) En sede de cesión de créditos, con la introducción del régimen cambiario, ciertamente el deudor pierde el 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.

dicarlo 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 identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz (184).

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

(184) 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.

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 (185), o, según la terminología más usual entre nosotros, deja de protegerlo con una regla de naturaleza real, para protegerlo con otra de naturaleza indemnizatoria.

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.

10.2. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE BUENA FE DE UN TITULAR REGISTRAL QUE NO ES *VERUS DOMINUS*

El fundamento es el mismo que el de la obligación asumida por el deudor cambiario en relación al tercer adquirente de la letra por endoso. En los supuestos normales, decíamos, el fundamento es el contrato de entrega; en los patológicos, la protección que merece la confianza fundada en la apariencia.

Pues bien, en el ámbito registral, podemos afirmar lo mismo: en los supuestos normales, el contrato, acto o negocio entre Secundus y Tertius, precedido de una cadena regular de transmisiones; en los patológicos —cuando Secundus, titular inscrito, no adquirió del verdadero dueño, porque Primus, su transmitente, había vendido previamente a Aulo Agerio, que no inscribió, y, a pesar de haberle vendido, también vendió a Secundus, que inscribió, y Tertius adquirió de Secundus a título oneroso y de buena fe— es

(185) 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.

también la protección que merece la confianza fundada en la apariencia. Nos remitimos, pues, a todo lo expuesto sobre la teoría de la apariencia en el ámbito cambiario.

En el ámbito registral, el *verus dominus* es responsable de la situación objetiva de apariencia que ha merecido la confianza del tercer adquirente, porque, al no haber inscrito su adquisición, ha permitido que aparezca como titular quien, tras su adquisición, ya no lo es, debiendo sufrir las consecuencias de su negligencia, «*pero solo —como dice la EM de la LH 1944— cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente*».

Ahora bien, puede sostenerse que, en el ámbito registral inmobiliario, la presunción de que la situación apariencial —la mostrada por el Registro— se corresponde con la realidad, aparece reforzada en relación con la situación objetiva de apariencia generada por el deudor cambiario, pues, en la creación de la primera han intervenido normalmente un notario (o bien otro funcionario público o un juez) y un registrador (186), quedando bajo la exclusiva

(186) Como consecuencia de lo establecido por el artículo 3 LH, que consagra la regla general de la exigencia de documentación pública para que los derechos inscribibles puedan acceder al Registro; en el ámbito de la contratación privada, normalmente interviene un notario, aunque también puede tratarse de un documento judicial; excepcionalmente puede tratarse de un documento privado, con firmas legitimadas o ratificadas ante el Registrador.

Por esta razón, decía SANZ, al fundamentar el artículo 38 LH, fundamento, a su vez, del artículo 34 LH: «...Se ha tratado de fundamentar la legitimación en la credibilidad, naturalmente impuesta por el Estado a sus órganos de autenticación y registración, en la presunción de veracidad de que a *prima facie* inviste la Ley a la documentación auténtica, con la cual se simplifica la prueba de las situaciones jurídicas y se simplifica la vida del Derecho. Este punto de vista es exacto: el fundamento de la legitimación concedida a los asientos del Registro es idéntico al de la concedida a otras formas de autenticación, como la documentación notarial. La diversidad de efectos de una y otra se explican por su diferente finalidad y fundamento. De esta manera la legitimación encuentra su precedente y apoyo en la *calificación registral*: la función calificadora practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, *presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título, y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo*». SANZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, págs. 186-187.

Conviene observar que los efectos del endoso de una letra de cambio se producen sin necesidad de la intervención de ningún fedatario. Para practicar la inscripción se requiere ordinariamente, sin embargo, documento público, documento que en el ámbito contractual privado suele ser notarial. El notario, con su intervención, acredita cuatro extremos que requieren presencia física: identidad, capacidad natural, consentimiento libre, que lo manifestado es lo que consta en el documento. Al ser un experto, su intervención permite albergar la confianza de que el documento no adolezca de defectos triviales. Naturalmente debe abstenerse de autorizar el documento si, a su juicio, lo que las partes pretenden es contrario a la ley (véase art. 17 bis de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862). Además, custodia el documento otorgado por las partes, velando por su conservación e integridad y actúa como abogado de las partes ante el Registro. La calificación registral, desde una posición de neutralidad posibilitada por la independencia y la competencia

responsabilidad del adquirente adoptar las medidas necesarias para que el «derecho adquirido no sea ilusorio» (187), esto es, solicitar y obtener la inscripción, si se supera el procedimiento registral correspondiente.

11. EMISIÓN CAMBIARIA *VERSUS* PROCEDIMIENTO REGISTRAL

11.1. LA EMISIÓN CAMBIARIA

Como afirma EIZAGUIRRE (188), el *libramiento* de la letra de cambio constituye el hecho jurídico en virtud del cual un documento resulta legalmente configurado como tal letra de cambio y entregado a la persona a quien se ha de hacer el pago. Al referido acto lo denomina la LCCh *emisión*, apartándose así de la denominación tradicional de *libramiento*. Ambas expresiones deben entenderse, así pues, sinónimas.

Mediante el libramiento tiene lugar la *constitución* del derecho cambiario a favor del acreedor —tomador— y a cargo del deudor —librador— en tanto que *derechos y obligaciones sometidos a reglas jurídicas distintas a las que ambos ligaban su relación precedente* (189) (relación subyacente o fundamental).

En el mismo sentido, PAZ-ARES sostiene (190) que la perfección del vínculo —cambiario, obviamente— requiere no sólo que el deudor firme el título

territorial del registrador, vela por los intereses del titular registral y de los terceros —especialmente de los desconocidos— y, por tanto, debe asegurarse de que las partes o el autorizante no han violado en el diseño negocial normas imperativas. Esta calificación es imprescindible para poder autorizar la inscripción con todos sus efectos (véanse el art. 18 y concordantes de la LH y del RH). El Registrador, además, custodia las inscripciones y los historiales registrales y facilita la información registral necesaria para la contratación, al tiempo que vela porque se respeten los datos protegidos por la ley. Estas garantías —lógicas, tratándose de un procedimiento en cuya virtud se pretende adquirir un derecho de eficacia *erga omnes*— son fundamentos, más que suficientes para robustecer los efectos de la inscripción, facilitando así las transacciones y aumentando el valor de los inmuebles como activos económicos.

(187) Esta expresión —de una enorme importancia— aparece en la EM de la LH de 1944, a cuyo tenor: «En el sistema de la Comisión no cabe fijar un término, dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero, necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error».

(188) EIZAGUIRRE, J. M., *op. cit.*, pág. 129.

(189) Véase PAZ-ARES, C., «La desincorporación de los títulos-valor», en *RDM*, núm. 219, pág. 13, 1996.

(190) PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pág. 141. De este modo —sostiene el autor— el deudor, entregando el título, realiza una verdadera declaración de voluntad por la que manifiesta su intención definitiva de obligarse. Esta declaración debe construirse como una declaración de oferta contractual. Recibiendo el título, el acreedor realiza otra declaración de

—firma que configura como un acto preparatorio— sino que, además, lo entregue al acreedor, siendo en este segundo momento cuando se produce el acuerdo contractual, a través del cual se constituye la relación obligatoria cambiaria.

Es necesario, pues, un *acuerdo contractual* entre acreedor y deudor para que su relación subyacente se convierta en cambiaria. Por un lado, no basta con la sola voluntad del acreedor o del deudor, siendo necesarias ambas; por otro, no es necesaria ninguna voluntad más.

11.2. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

En el ámbito registral inmobiliario, sin embargo, la cuestión se nos presenta con un cariz sustancialmente diferente.

En efecto, por un lado, la pretensión de inscripción se articula como un *derecho* del adquirente (191), sin que sea necesario, para poder deducir tal pretensión, ningún acuerdo contractual con el transmitente; por otro lado, no basta la sola voluntad del solicitante para que el derecho quede, por ese solo hecho, inscrito; se requiere superar, previamente, un procedimiento, y, como tal, sometido al derecho público, cual es el *procedimiento registral*.

¿Cuál es el fundamento de tan sustanciales diferencias? Vayamos por partes. En primer lugar, examinaremos el fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral*. En segundo lugar, examinaremos la razón por la cual la inscripción se configura como un *derecho* del adquirente —no solamente de él, aunque centraremos nuestro análisis, para simplificar, en su figura—.

11.2.1. Fundamento de la necesidad de un procedimiento registral

11.2.1.1. La necesaria eficacia *erga omnes* del dominio y demás derechos reales

En cuanto al fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral* se encuentra en el hecho de que el documento cambiario incorpora un derecho personal, en tanto que la inscripción registral incorpora el dominio u otro derecho real. Y la naturaleza de ambos derechos es sustancialmente diferente.

voluntad por medio de la cual patentiza la aceptación de la promesa del deudor. De esta manera se perfecciona el contrato de entrega.

(191) No sólo del adquirente, pues el artículo 7 LH también se lo reconoce al transmitente, a quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir, así como al representante de cualquiera de ellos. A efectos expositivos, nos centraremos en la figura del adquirente. Además, el artículo 312 RH reconoce al titular de un derecho real impuesto sobre fincas no inscritas el derecho a instar la inscripción del dominio sobre las mismas, con sujeción a las reglas que el citado precepto establece.

Así, como afirma PEÑA (192), el derecho personal atribuye un señorío que, aunque se refiera a cosas —por ejemplo, el derecho de crédito que adquiere un comprador— no tiene como objeto directo la cosa sino la *conducta de una determinada persona* (el deudor), es decir, el comportamiento exigible del deudor o prestación (en el ejemplo, sería un *dare* del vendedor). El derecho real, en cambio, tiene como objeto directo *la misma cosa*, sin la mediación de persona alguna. El derecho real atribuye, por tanto: *a*) un poder o señorío *inmediato* sobre una cosa, *b*) protegido *frente a todos* (*erga omnes*) (193).

En efecto, las facultades que integran el contenido de los derechos reales se ejercen *inmediatamente* sin la mediación de la conducta ajena. La cosa, objeto del derecho real, aparece en la medida de cada derecho, integrando directamente el patrimonio del titular. En cambio, los derechos de obligación implican la existencia de dos sujetos —acreedor y deudor— porque el objeto del derecho no es *directamente* la cosa sino la conducta del deudor; la *cosa*, cuando a ella se refiere el derecho de obligación, está fuera del patrimonio del acreedor.

La *protectio* del derecho real se organiza frente a todos, y son características propias del derecho real, derivadas de que el mismo es inherente a la cosa, la *preferencia* y la *reipersecutoriedad*. En efecto, la colisión entre derechos reales se resuelve mediante el principio *prior in tempore potior est jure* —principio sustantivo en materia de derechos reales, que ni se crea ni se desenvuelve con exclusividad en la Ley Hipotecaria, v.gr.: arts. 445, 1.473, 1.927-2 CC—; en cambio, en los derechos de crédito, en *caso de colisión*, en *principio hay concurrencia* (art. 1.925 CC). La defensa en los derechos reales es *erga omnes*, es decir, frente a *cualquiera* que lo perturbe, incluso frente a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso en el régimen extra-registral, lo que no sucede con los derechos de crédito (194). Ambos, por

(192) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, págs. 14-16, a quien seguimos en este punto. En gran parte, PEÑA sigue, a su vez, a DE CASTRO.

(193) Ciertamente esta concepción —hegemónica entre los civilistas— se adecua muy bien al paradigma de la propiedad, pero no tanto a todos los *iura in re aliena*. En efecto, como observa Díez-PICAZO —*op. cit.*, Tomo I, pág. 56 y sigs.—, los llamados derechos reales de garantía no generan un deber universal de respeto distinto del que genera el derecho de crédito al que sirven de seguridad. No se comprende, por ello, como puede ser lesionado o violado por una tercera persona. En realidad, tampoco puede ser violado por un tercero el derecho del titular de una servidumbre predial, pues el tercero que impide al titular del derecho el paso a través del fundo sirviente, en realidad no viola su derecho, sino su libertad personal.

Inversamente —continúa— el deber general de respeto al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito como en general en todos los derechos subjetivos.

(194) En efecto, en el régimen del Código Civil los derechos de crédito no están protegidos frente a terceros de buena fe, especialmente si son adquirentes a título oneroso (cf. arts. 1.111, 1.291-3.º, 1.295-II y 1.297, 1.124, 1.473, 643, 506 y 1.029 CC). Además, los terceros, aunque conozcan la existencia de las obligaciones, no serán nunca afectados

último, en cuanto bienes integrantes de un patrimonio, están protegidos, *frente a todos*, por el artículo 1.902 del Código Civil.

Todo ello pone de manifiesto que, mientras el derecho personal es, en principio, un asunto que afecta a dos sujetos, los derechos reales, y especialmente su paradigma, el derecho de propiedad, son un asunto que afecta a todos, por lo que nada que afecte al derecho de propiedad puede ser considerado un exclusivo asunto entre partes. Tampoco, obviamente, los mecanismos jurídicos a través de los cuales una persona adquiere el derecho de ser reconocida como dueña por todos.

11.2.1.2. Los derechos de propiedad como consenso social acerca del aprovechamiento de los bienes. El procedimiento registral como garante del consenso

En este sentido, resulta oportuno destacar que (195) 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 (196).

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 contrario a una norma imperativa.

por aquéllas que, de tener eficacia real, quedarían infringidas las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes: ejemplo, prohibición de disponer establecida en contrato oneroso (arg. art. 27 LH).

(195) 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.

(196) 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.

Y eso es precisamente lo que justifica *la existencia del procedimiento registral* y lo que justifican *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 LH).

11.2.1.3. Los intereses concurrentes en el procedimiento registral

Todo lo expuesto hasta el momento, pone de manifiesto cuáles son *los intereses* que se ventilan en *el procedimiento registral* (197).

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 (198).

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 inscripción 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 (199).

(197) 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 y 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.

(198) 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.

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

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 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, plenamente aplicable al procedimiento registral (200)—. En relación a los segundos es, en palabras de Jerónimo GONZÁLEZ, el «fiscal que representa a los ausentes» (201).

Estos intereses no son coincidentes, sino divergentes y hasta antagónicos, especialmente, una vez celebrado el acto o negocio jurídico, los intereses del adquirente y de los terceros son inevitablemente antagónicos: 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 (202).

(200) 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.

(201) GONZÁLEZ JERÓNIMO, *Principios hipotecarios*, pág. 274. Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931.

(202) 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.

11.2.2. *La inscripción como derecho del adquirente. Su fundamento*

En cuanto a que la *pretensión de inscripción* se articule como un *derecho* del adquirente, sin que sea necesario ningún acuerdo contractual con el transmitente, para poder deducir tal pretensión, se impone realizar las siguientes reflexiones.

11.2.2.1. El artículo 609 del Código Civil y el principio de eficacia relativa de los contratos

En primer lugar, ciertamente, el Código Civil regula los modos de adquisición del dominio, con carácter general, en el artículo 609, a cuyo tenor:

«La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

Para simplificar, vamos a ceñirnos al mecanismo de adquisición consistente en contrato seguido de tradición y, concretamente, al supuesto del contrato de compraventa, paradigma del contrato.

Celebrado un contrato válido y eficaz de compraventa entre A y B, una vez que A entregue la cosa a B (203), éste deviene dueño, según el Código

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».

(203) Como es sabido, antes de la entrega, el comprador sólo tiene un derecho personal, conforme al artículo 1.095 del Código Civil: *«El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que no le haya sido entregada»*. Ambos preceptos, 609 del Código Civil y 1.095 ponen de manifiesto que nuestro Código Civil sigue, en este punto, la denominada teoría del título y del modo.

Civil o, al menos, según la opinión dominante, discusión ésta que no introducimos en nuestro análisis por ser irrelevante a nuestros efectos (204).

Evidentemente, eso es cierto, a condición de que el vendedor sea dueño en el momento de la venta o, más exactamente, en el de la entrega, hipótesis fáctica no explicitada de la que parte el Código Civil, porque da por supuesta la condición de dueño del vendedor. Y, en efecto, si el vendedor es dueño en ese instante, el contrato de compraventa seguido de la entrega transmite el dominio al adquirente.

Por ello, como afirma Miquel GONZÁLEZ, la compraventa no es más que una parte del supuesto de hecho adquisitivo, del que forma parte la propiedad del transmitente como elemento independiente, o como presupuesto de eficacia de la tradición que es el modo de adquirir. Para que la tradición transmita la propiedad es preciso, además, que el *tradens* sea propietario o goce de una *legitimación especial para disponer* —precisamos nosotros—, lo que es un requisito para la *eficacia de la tradición*, pero no para la validez ni para la eficacia del contrato, por lo que el contrato de compraventa de cosa ajena es eficaz en cuanto contrato obligatorio y en cuanto contribuye como título de la usucapión a la adquisición del dominio (205).

En definitiva, lo que el Código Civil regula es el mecanismo —contrato seguido de tradición— que ha de seguir el dueño para transmitir su propiedad a quien desea adquirirla.

Si el vendedor no es dueño, el comprador no adquiere la propiedad, porque rige el principio *nemo dat quod non habet*. Si el comprador ha recibido la posesión de un vendedor no dueño, únicamente puede consolidar la adquisición del dominio por usucapión (206).

(204) Parece necesario, sin embargo, formular dos precisiones al respecto: 1) La tradición no se regula por el Código Civil como modo de transmitir en ningún lugar, porque la regulación que hace en el contrato de compraventa de la entrega se refiere obviamente al cumplimiento de la obligación del vendedor, regulación que puede ser la misma cualquiera que sea el sistema de transmisión, como así era en el proyecto de 1851, en el que la tradición no era modo de adquisición. 2) Parece claro que nuestro Código Civil no exige, para celebrar un contrato de compraventa, ser propietario del objeto vendido —STS 5-V-1983—, porque para contraer obligaciones en nombre propio no se precisa una especial legitimación. Véase MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en *Comentario del Código Civil*, T. I, pág. 1546 y sigs., Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

(205) MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en *op. cit.*, pág. 1548.

(206) Como observa MIQUEL GONZÁLEZ —en *op. cit.*, pág. 1547 y sigs.— toda la jurisprudencia que declara nula la compraventa de cosa ajena se basa en una confusión total entre el derecho de obligaciones y los derechos reales, confusión que viene propiciada por la doctrina que se empeña en situar en el contrato obligatorio toda la energía traslativa, jugando con las palabras del artículo 609 del Código Civil, y deduciendo de ellas, de modo erróneo, que es el contrato el que genera los efectos reales. Si esto fuera así, sería imprescindible exigir al vendedor poder de disposición para que la venta fuera válida, lo que no hace el Código Civil ni la jurisprudencia dominante ni la doctrina. El poder de disposición debe exigirse para que la tradición produzca su efecto como modo de adquirir la propiedad.

11.2.2.2. El derecho de propiedad: su necesaria eficacia *erga omnes*

En segundo lugar, conforme expusimos anteriormente, el derecho de propiedad, paradigma del derecho real, para ser tal, debe atribuir a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, esgrimible *erga omnes*. En efecto, o se es dueño *erga omnes*, o no se es dueño. No se puede ser dueño en relación a Ticio, pero no en relación a Cayo. Pero, sin embargo, el derecho contractual se halla gobernado por el principio de *eficacia relativa*, consagrado en nuestro sistema por el artículo 1.257 del Código Civil, y, en consecuencia, los contratos únicamente producen efectos *inter partes*, no en relación a terceros; respecto de éstos, el contrato es *res inter alios acta*, por lo que a ellos, *nec nocet nec prodest*.

En consecuencia, el contrato no es, *por sí solo*, un título que permita esgrimir al comprador el derecho supuestamente adquirido frente a todos, ni aunque vaya seguido de entrega; tan sólo le permite esgrimir el título de su transmitente, si es que gozaba de un título esgrimible *erga omnes*, pues el contrato es únicamente un mecanismo de *sucesión* o de subrogación del comprador (o adquirente) en la posición jurídica del vendedor (o transmitente) en relación al bien, y, *en cuanto tal* contrato, es un título únicamente esgrimible frente al propio vendedor y a sus causahabientes, pero frente a nadie más.

Nos encontramos, pues, con el hecho de que el principio de eficacia relativa del contrato veda que el mismo pueda, por sí solo, constituir un título del que resulte un derecho oponible *erga omnes*. Y 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, y dicha posesión puede fundamentar la adquisición de la propiedad por usucapión y, de ese modo, obtener una sentencia, esto es, un título oponible *erga omnes*.

La única alternativa, en el ámbito del Derecho común, pasa por probar que el transmitente es verdadero dueño, lo que exige probar que lo era su transmitente, y así sucesivamente hasta completar, sin interrupción, el tiempo necesario para usucapir, algo tan complejo que, con toda razón, nuestros clásicos le reservaron la denominación de *probatio diabólica*.

El caos reinante en esta materia tiene como consecuencia la desaparición del saneamiento por evicción de los repertorios de jurisprudencia, el desconocimiento de la eficacia relativa de los contratos a las partes que los celebran y sus causahabientes, la posibilidad de desvincularse, el propio vendedor, de obligaciones alegando falta de poder de disposición, la ignorancia total de que nadie puede alegar la propia torpeza, o, más simplemente, que el que está obligado por la evicción no puede provocarla, y se está abriendo el camino para que desaparezca la usucapión ordinaria por la lamentable confusión entre título y titularidad y por la falta de comprensión de que el título haya de ser verdadero y válido para que proceda la usucapión ordinaria.

En este sistema la posición del adquirente es siempre vulnerable, como hemos expuesto repetidamente a lo largo de este trabajo.

No obstante, probablemente no se requiera más en el ámbito de una economía de subsistencia, en la que no se produce para acumular y comerciar, sino para subsistir —autoconsumo—; en la que el principal componente del valor de los bienes —especialmente de los inmuebles— no es su aptitud para el intercambio —valor de cambio— sino su utilidad para el consumo o autoabastecimiento —valor de uso—; en la que, por tanto, el volumen de los intercambios —especialmente el de los inmobiliarios— es muy escaso e, incluso, estos últimos apenas gozan de aceptación social (207); en la que las comunidades humanas son pequeñas y compuestas por individuos que se *conocen entre sí*; en la que, en definitiva, todos saben quién es el dueño de cada porción de terreno del área habitada por la comunidad.

En este contexto, el problema fundamental no consiste en saber *quién* es el dueño, sino *cómo* puede transmitir el dueño su derecho a quién desea adquirirlo. Este es el problema que solventa el artículo 609 del Código Civil. Y este es el estado de cosas al que responde el Derecho Civil patrimonial común, basado en los principios de la *seguridad jurídica*, lejos de los principios de la *seguridad del tráfico*, principios del todo innecesarios en una sociedad de *tráfico escaso* y, además, entre *personas conocidas*.

11.2.2.3. Las insuficiencias del sistema del artículo 609 del Código Civil en un entorno de alta transaccionalidad entre personas desconocidas

Ahora bien, este sistema únicamente se muestra adecuado en el entorno descrito de intercambios escasos y circunscritos a círculos básicamente locales de amigos y conocidos. Pero muestra todas sus insuficiencias cuando el volumen de intercambios se incrementa y, además, los mismos tienen lugar entre personas que no se conocen entre sí, es decir, entre *extraños*.

En este nuevo entorno, lejos de predominar la confianza derivada del mutuo conocimiento, predomina la desconfianza derivada del desconocimiento, desconfianza fundada en la convicción de cada parte contractual de que la otra parte ajustará su conducta al modelo que maximiza su interés

(207) En las comunidades rurales los bienes inmuebles tenían la consideración de bienes familiares, que debían permanecer durante generaciones en el seno de la familia —integrando, sin duda, una categoría similar a la de las *res mancipi* del Derecho Romano—. En estas comunidades, el conocimiento mutuo hacía que el engaño —v.gr.: hacerse pasar por dueño sin serlo— sufriera una severa sanción social, consistente en la pérdida del *credere*. La necesidad de preservar el propio activo reputacional se erigía así en un valioso procedimiento de salvaguardia contractual. Por ello, la posición del adquirente, si bien era vulnerable desde una perspectiva jurídico-conceptual, no lo era tanto en la realidad.

y, por lo tanto, ocultará información relevante, si con ello espera obtener mayor beneficio que haciendo saber dicha información a la contraparte contractual.

En este nuevo estado de cosas —y una vez establecida por el Derecho común la mecánica de la transmisión del derecho de propiedad por el dueño a quien desea serlo—, para que los intercambios puedan tener lugar —esto es, puedan tener lugar transmisiones de derechos de propiedad por vía contractual— es preciso que la técnica jurídica suministre soluciones que disipen la desconfianza, basada en el desconocimiento, y, por lo tanto, faciliten la contratación (208). Para ello es necesario idear instrumentos que suministren al comprador toda la información que necesita conocer para decidir si adquiere o no, en qué condiciones y por qué precio y que, en su opinión, el vendedor le ocultaría si pudiera, con el fin de obtener condiciones más ventajosas. Así, si el transmitente no es dueño, se lo ocultaría, si pudiera, pues, de conocer esa circunstancia, el adquirente probablemente no compraría; si pesan cargas preferentes sobre el inmueble, también se lo ocultaría, pues el adquirente rebajaría el precio, o no adquiriría; lo mismo sucedería, si carece de poder de disposición.

En definitiva, en este contexto, el problema esencial no consiste ya en saber *cómo* puede transmitir la propiedad el dueño a quien desea serlo, sino en saber *quién* es el dueño, si tiene poder de disposición y si existen cargas preferentes. Para simplificar, ceñiremos nuestro análisis al primer extremo: saber quién es el dueño.

11.2.2.4. Los registros de tráfico —o de derechos— como solución: la inscripción como título de eficacia *erga omnes*

Solamente quien puede exhibir un título que acredite tal extremo con eficacia *erga omnes* —esto es, que garantice la actuación compulsiva del Estado en el caso de que cualquiera lo discuta o perturbe su ejercicio— *será aceptado como dueño por los extraños*, es decir, por el mercado. Y ya hemos visto que el contrato no puede suministrar por sí solo, ni aún seguido de tradición, semejante título, pues el principio de *eficacia relativa* del contrato lo impide. Y la adquisición por usucapión, proclamada en una sentencia firme, no es un procedimiento precisamente compatible con las exigencias del mercado.

Se hace preciso, pues, que el Derecho suministre soluciones que fundamenten la confianza, suministrando a quien desea adquirir la seguridad que necesita y con la agilidad que reclama: el interesado en adquirir necesita

(208) Véase lo expuesto anteriormente en 2.3.2.

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*.

En nuestro sistema viene a ser la institución del Estado que, en nombre del mismo en tanto que tutor de los derechos de todos, reconoce al adquirente como dueño en relación a terceros tras la superación, en su caso, del procedimiento correspondiente; por ello sus pronunciamientos tienen efectos *erga omnes* y se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.3 LH).

En este registro, la inscripción produce a favor de su titular toda la eficacia jurídico-obligacional y jurídico-real que hemos descrito en apartados anteriores. Y dado que el contrato —y su paradigma, la compraventa— seguido de la entrega, únicamente subrogan al adquirente en la posición jurídica del transmitente en relación al bien, la adquisición de un *titular registral* mediante un *acto de tráfico*, subroga al adquirente en la posición jurídica del titular registral —y, por tanto, lo inmuniza frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores e incluso de quien se postule como *verus dominus*—, excepto en un aspecto: mientras el adquirente no inscriba, el transmitente y todavía titular registral sigue conservando, en relación a terceros de buena fe, la *legitimación para* disponer; para privarle de ella y quedar *totalmente subrogado en su* posición, es necesario que el adquirente *inscriba* el derecho adquirido a su nombre; hasta ese momento no queda *completamente* subrogado en la posición jurídica de su transmitente, ni ha adquirido, por tanto, todos los atributos del derecho de propiedad.

Por esta razón, los terceros, es decir, el mercado —con toda la razón— no lo consideraran *verus dominus* hasta que no *inscriba su derecho*.

Por esta razón, puede afirmarse también que una vez que un derecho inmobiliario ha ingresado en el Registro, el régimen registral al que queda sometido implica también una modificación del régimen jurídico de adquisición de la propiedad: para adquirir de un titular inscrito, no basta con el contrato seguido de la entrega; es necesario, además, inscribir, pues hasta ese momento el adquirente no queda totalmente subrogado en la posición jurídica de su transmitente, por lo que la inscripción, en sede registral, forma parte del proceso ad-

quisitivo (209). Por esta razón, el mercado, hasta ese momento, con toda razón, no considerará al adquirente *verus dominus* ni lo tratará como tal.

Por estas razones, puede afirmarse que la inscripción es de *naturaleza inmunizadora y funcionalmente constitutiva*. En efecto, la inscripción del derecho a favor del transmitente, junto con la posterior inscripción a favor del adquirente, inmuniza a éste frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores y aún frente a las que pueda formular quien se postule como *verus dominus*.

Así pues, en las relaciones *inter tertios* derivadas de *actos de tráfico* —esto es, a título oneroso y de buena fe—, la inscripción es el título. Dicho de otro modo, no es tanto un instrumento de publicación del título, cuanto el título mismo, como lo demuestra el hecho de que, en caso de conflicto entre el titular del derecho y el titular de la inscripción, predomina este último.

Al igual que en sede cambiaria, para que operen todas las consecuencias derivadas del régimen cambiario es preciso que haya habido circulación cambiaria (endoso o entrega del documento), en sede registral, para que operen todas las consecuencias derivadas de su régimen es necesaria *la circulación tabular* (lo que podríamos denominar entrega de la inscripción, previa superación del procedimiento registral, a quien ha adquirido el derecho inscrito mediante un acto de tráfico).

(209) A una conclusión parecida llega GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. III, pág. 253 y sigs. Ed. Civitas, Madrid, 2002, con su concepción de la *inscripción conformadora*. Expone lo siguiente:

«La pregunta es ésta: ¿Qué valor tiene la inscripción en nuestro sistema respecto a la adquisición del derecho real inmobiliario cuando no estamos ante un caso de inscripción constitutiva propiamente dicha?

Descartada la tesis de la inscripción meramente declarativa por constituir un concepto negativo, vacío de contenido y sin efecto alguno, y relegados los conceptos de “inscripción convalidante” y de “inscripción legitimadora” a los ámbitos no menos importantes, pero distintos del principio de inscripción que ahora estudiamos, pues la inscripción convalidante se refiere al principio de fe pública registral, y la inscripción legitimadora al principio de legitimación, llegamos a la conclusión de que si *el valor de la inscripción en nuestro sistema no es la nada, sino que por el contrario, representa “algo” es ser precisamente una “inscripción que configura o conforma plenamente el derecho real como tal, con su nota de absolutividad o eficacia ega omnes total”*.

Desde esta perspectiva la inscripción no es constitutiva —a salvo los casos de excepción ya vistos, pues el Derecho nace antes de la inscripción. Pero antes de la inscripción, el derecho real, relativo, ya que puede hacerse valer contra cualquier persona sólo cuando se trate de propiedad no inscrita en el Registro. En cambio, cuando se trate de finca inmatriculada en el Registro, el titular del derecho real no inscrito no lo puede hacer valer frente al que inscribió su título sin contar para nada con ese otro derecho real no inscrito. El artículo 32 LH es terminante... El artículo 606 del Código Civil tiene el mismo texto.

En base a estos preceptos y otros más que luego veremos, mantenemos que, aunque la inscripción en nuestro sistema no es constitutiva por regla general, viene a ser *constitutiva respecto de terceros, en el sentido de que para tales terceros tiene un efecto de constitutividad si han inscrito su título, y, correlativamente, para los terceros que no han inscrito el derecho real, no está perfecta y plenamente constituido*».

Estas son las razones por las que la pretensión de inscripción se configura como un derecho del adquirente sin necesidad del consentimiento de su transmitente y, en general, sin necesidad de acuerdo contractual alguno, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los derechos de crédito para conseguir su incorporación cambiaria.

12. CONSIDERACIONES FINALES

Decíamos al principio de nuestro estudio que las asimetrías informativas presentes en el mercado son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar. En efecto, el desigual grado de conocimiento sobre los atributos jurídica y económicamente relevantes acerca del bien que se desea intercambiar, junto con la certeza de que ambas partes ajustarán su conducta a las exigencias del autointerés, generan la seguridad de que la parte mejor informada —usualmente la interesada en transmitir— ocultará a la parte peor informada —usualmente la interesada en adquirir— aquella información de cuya ocultación espere obtener mayores beneficios que de su revelación, todo lo cual genera desconfianza.

Para vencerla y posibilitar que las partes puedan coordinar sus intereses se requieren, pues, instituciones que garanticen simetría informativa entre los contratantes.

Decíamos también que dos instituciones fundamentales de una economía de mercado cuales son el Registro de la Propiedad —especialmente en su modalidad más evolucionada de Registro de Derechos o de Tráfico— y los denominados títulos-valores cualificados, especialmente la letra de cambio, son tecnologías institucionales generadas por la humanidad que obedecen a la lógica expuesta y que ambas se basan en principios y se valen de técnicas muy similares.

Tales principios y técnicas forman parte del conjunto que conforma el denominado Derecho de la seguridad del tráfico, el cual permite un grado de cooperación —y, por tanto, de especialización— mayor que el Derecho común, que corresponde a un estadio de cooperación más rudimentario, básicamente entre personas conocidas. El tránsito del primero al segundo se va produciendo paulatinamente, conforme se incrementa el ritmo y volumen de las transacciones, éstas tienen lugar necesariamente entre desconocidos y los principios que gobiernan la economía de mercado se extienden progresivamente desde los mercaderes, en cuyo ámbito surgen las primeras instituciones del Derecho de la seguridad del tráfico —*Lex Mercatoria*— a toda la sociedad.

Tales tecnologías institucionales —inscripción y letra de cambio— están basadas en los siguientes postulados esenciales: [1] Disminución de asimetrías informativas entre transmitente y adquirente, mediante la puesta a disposición

del eventual comprador o adquirente de la información jurídica y económicamente relevante para contratar; [2] Neutralización *inter tertios* y sólo en relación a los actos de tráfico de los efectos de las asimetrías informativas residuales, impidiendo que los transmitentes anteriores, así como, en su caso, el llamado *verus dominus*, puedan utilizarlas en su propio beneficio y en perjuicio de adquirentes posteriores. Ambas imponen la *simetría informativa funcional* como instrumento para activar la circulación de los derechos.

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.

Pues bien, la letra de cambio, mediante la técnica de la *incorporación cambiaria*, en relación a los derechos de crédito y el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de Derechos o de Tráfico, mediante la técnica de la intabulación o *incorporación tabular*, en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, consiguen imponer una situación de *simetría informativa funcional* en sus respectivos ámbitos y, mediante ella fomentar el comportamiento cooperativo y el crecimiento de los respectivos mercados, así como el del crédito hipotecario.

La incorporación dota a los derechos incorporados de unas determinadas propiedades normativas, a las que nos hemos ido refiriendo a lo largo de este trabajo.

En virtud de tales propiedades letra de cambio e inscripción registral independizan al derecho incorporado de las vicisitudes que afecten al negocio causal del que deriva, convirtiéndolo, en este sentido, en abstracto.

En efecto, la letra *incorpora* el derecho de crédito y lo *independiza*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten al negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido, en *abstracto* —abstracción personal—. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor —adquirente cambiario de buena fe— sólo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.

El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes registrá el contrato, pero una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez *incorporado* el contenido de tal derecho —*intabulado*, si se prefiere— al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente —a título oneroso y de buena fe— le afecte únicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste.

Como hemos argumentado a lo largo de este trabajo, la teoría de la protección de la confianza fundada en la apariencia —en que la apariencia coincide con la realidad— posibilita tal solución en los supuestos patológicos —aquellos en los que no se da tal coincidencia—, lo cual es imprescindible para dotar al tráfico de la seguridad necesaria para que pueda desarrollarse.

Por ello, en la medida en la que el ordenamiento jurídico admita excepciones al principio de *fe pública registral* —esencialmente en forma de *overriding interests* o cargas ocultas—, en beneficio de personas, grupos o instituciones determinadas —en esa misma medida—, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral —intabulación— y en esa misma medida aumentan las incertidumbres para *adquirentes, propietarios y acreedores* en el mercado inmobiliario, por lo que, también en esa misma medida, disminuye la contratación y se encarece el crédito.

Ahora bien, mientras en el ámbito de los derechos de crédito se requiere un acuerdo contractual entre acreedor y deudor para que su relación subyacente se convierta en cambiaria, en el ámbito registral inmobiliario, sin embargo, la cuestión se nos presenta con un cariz sustancialmente diferente.

En efecto, por un lado, la pretensión de inscripción se articula como un *derecho* del adquirente, sin que sea necesario, para poder deducir tal pretensión, ningún acuerdo contractual con el transmitente; por otro lado, no basta la sola voluntad del solicitante para que el derecho quede, por ese solo hecho, inscrito; se requiere superar, previamente, un procedimiento, y, como tal, sometido al Derecho público, cual es el *procedimiento registral*.

En cuanto al fundamento de la necesidad de un *procedimiento registral* se encuentra en el hecho de que el documento cambiario incorpora un derecho personal, en tanto que la inscripción registral incorpora el dominio u otro derecho real. Y la naturaleza de ambos derechos es sustancialmente diferente.

En este sentido, resulta oportuno destacar 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 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.

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 contrario a una norma imperativa.

Y eso es precisamente lo que justifica *la existencia del procedimiento registral* y lo que justifica *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 LH).

En cuanto al hecho de que la incorporación registral se configure como un derecho del adquirente —aunque no únicamente de él— es necesario considerar que el derecho de propiedad, paradigma del derecho real, para ser tal, debe atribuir a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, esgrimible *erga omnes*.

Nos encontramos, pues, con el hecho de que el principio de eficacia relativa del contrato veda que el mismo pueda, por sí solo, constituir un título del que resulte un derecho oponible *erga omnes*. Y 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, y dicha posesión puede fundamentar la adquisición de la propiedad por usucapión, y, de ese modo, obtener una sentencia, esto es, un título oponible *erga omnes*.

La única alternativa, en el ámbito del Derecho común, pasa por probar que el transmitente es verdadero dueño, lo que exige probar que lo era su transmitente, y así sucesivamente hasta completar, sin interrupción, el tiempo necesario para usucapir, algo tan complejo que, con toda razón, nuestros clásicos le reservaron la denominación de *probatio diabólica*.

En este sistema la posición del adquirente es siempre vulnerable, como hemos expuesto repetidamente a lo largo de este trabajo.

No obstante, probablemente no se requiera más en el ámbito de una economía de subsistencia, en la que no se produce para acumular y comerciar, sino para subsistir —autoconsumo—; en la que el principal componente del valor de los bienes —especialmente de los inmuebles— no es su aptitud para el intercambio —valor de cambio— sino su utilidad para el consumo o autoabastecimiento —valor de uso—; en la que, por tanto, el volumen de los

intercambios —especialmente inmobiliarios— es muy escaso e, incluso, apenas gozan de aceptación social (210); en la que las comunidades humanas son pequeñas y compuestas por individuos que se *conocen entre sí*; en la que, en definitiva, todos saben quién es el dueño de cada porción de terreno del área habitada por la comunidad.

En este contexto, el problema fundamental no consiste en saber *quién* es el dueño, sino *cómo* puede transmitir el dueño su derecho a quien desea adquirirlo. Este es el problema que solventa el artículo 609 del Código Civil. Y este es el estado de cosas al que responde el Derecho Civil patrimonial común, basado en los principios de la *seguridad jurídica*, lejos de los principios de la *seguridad del tráfico*, principios innecesarios en una sociedad de *tráfico escaso* y, además, entre *personas conocidas*.

Ahora bien, este sistema únicamente se muestra adecuado en el entorno descrito, de intercambios escasos y circunscritos a círculos básicamente locales de amigos y conocidos. Pero muestra todas sus insuficiencias cuando el volumen de intercambios se incrementa y, además, los mismos tienen lugar entre personas que no se conocen entre sí, es decir, entre *extraños*.

En este nuevo contexto, el problema esencial no consiste en saber *cómo* puede transmitir la propiedad el dueño a quien desea serlo, sino en saber *quién* es el dueño, si tiene poder de disposición y si existen cargas preferentes.

Solamente quien puede exhibir un título que acredite tal extremo con eficacia *erga omnes* —esto es, que garantice la actuación compulsiva del Estado en el caso de que cualquiera lo discuta o perturbe su ejercicio— *será aceptado como dueño por los extraños*, es decir, por el mercado. Y ya hemos visto que el contrato no puede suministrar por sí solo, ni aún seguido de tradición, semejante título, pues el principio de *eficacia relativa* del contrato lo impide. Y la adquisición por usucapión, proclamada en una sentencia firme, no es un procedimiento precisamente compatible con las exigencias del mercado.

Se hace preciso, pues, que el Derecho suministre soluciones que fundamenten la confianza, suministrando al adquirente la seguridad 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*

(210) En las comunidades rurales los bienes inmuebles tenían la consideración de bienes familiares, que debían permanecer durante generaciones en el seno de la familia —integrando, sin duda, una categoría similar a la de las *res Mancipi* del Derecho Romano—. En estas comunidades, el conocimiento mutuo hacía que el engaño —v.gr.: hacerse pasar por dueño sin serlo— sufriera una severa sanción social, consistente en la pérdida del *credere*. La necesidad de preservar el propio activo reputacional se erigía así en un valioso procedimiento de salvaguardia contractual. Por ello, la posición del adquirente, si bien era vulnerable desde una perspectiva jurídico-conceptual, no lo era tanto en la realidad.

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 ambos extremos 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*.

En este Registro, la inscripción produce a favor de su titular toda la eficacia jurídico-obligacional y jurídico-real que hemos descrito en apartados anteriores. Y dado que el contrato —y su paradigma, la compraventa— seguido de la entrega, únicamente subrogan al adquirente en la posición jurídica del transmitente en relación al bien, la adquisición de un *titular registral* mediante un *acto de tráfico*, subroga al adquirente en la posición jurídica del titular registral —y, por tanto, lo inmuniza frente a eventuales reclamaciones *ex contractu* de transmitentes anteriores e incluso de quien se postule como *verus dominus*—, excepto en un aspecto: mientras el adquirente no inscriba, el transmitente y todavía titular registral sigue conservando, en relación a terceros de buena fe, la *legitimación para* disponer; para privarle de ella y quedar *totalmente subrogado en su posición*, es necesario que el adquirente *inscriba* el derecho adquirido a su nombre; hasta ese momento no queda *completamente* subrogado en la posición jurídica de su transmitente, ni ha adquirido, por tanto, todos los atributos del derecho de propiedad. Por ello, en nuestro sistema, la inscripción es de *naturaleza inmunizadora y funcionalmente constitutiva*, lo cual configura el auténtico valor de la inscripción como título de eficacia *erga omnes*.

Por todo ello, se configura la inscripción como un derecho del adquirente

En este nuevo paradigma —cambiario y registral— ganan todos, no solamente unos a costa de otros. En el ámbito cambiario gana tanto el acreedor-endosatario —porque su posición es mucho más segura que la del cesionario— como el deudor-librador —porque puede obtener crédito en mejores condiciones—. En el ámbito registral no solamente salen ganando 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. Ciertamente pierde la facultad de reivindicar la cosa de un tercer adquirente a título oneroso de buena fe, pero, a cambio, puede evitar que surja tal tercero —algo que no puede evitar en el Derecho común— simplemente inscribiendo su adquisición, único coste en el que debe incurrir, asimismo, para la protección de su derecho, a diferencia

de lo que sucede en el Derecho común, en donde todo adquirente está expuesto a posibles reivindicaciones de eventuales dueños precedentes.

Todo ello a condición de que el Registro de derechos o de tráfico no cometa errores de trascendencia expropiatoria. En efecto, debido al efecto fe pública, característico de este tipo de registros, los asientos registrales crean y extinguen derechos con efectos *erga omnes* tanto si funcionan correcta como incorrectamente.

Naturalmente, el *efecto fe pública* puede mantenerse a condición de que *el efecto expropiatorio* no se produzca nunca o casi nunca, 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 todas las garantías necesarias, empezando por la neutralidad del encargado de autorizar las inscripciones en relación a los diferentes intereses que confluyen en el procedimiento registral (211).

Estos registros, además, suministran al mercado los derechos con los que éste opera y debe hacerlo no sólo con seguridad sino con la velocidad necesaria.

Todo lo cual hace que las cuestiones relativas a procedimiento, organización y gestión de tales sistemas devengan capitales.

RESUMEN

PUBLICIDAD REGISTRAL

El intercambio posibilita la especialización y ésta el crecimiento y el bienestar. Pero intercambiar es costoso. Las razones: la desconfianza generada por el desconocimiento junto con la mutua convicción de que la otra parte ajustará su conducta a los dictados del autointerés y, por tanto, ocultará información relevante cuando los beneficios esperados de esa conducta sean superiores a los de cualquier otra alternativa.

Las asimetrías informativas presentes en el mercado son, pues, la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar.

ABSTRACT

REGISTRATION DISCLOSURE

Exchange makes specialisation possible, and specialisation makes growth and well-being possible. But exchange is costly. The reasons: the mistrust born of lack of information, combined with the mutual conviction that the other party will conduct himself according to the dictates of self-interest and therefore will conceal relevant information when the benefits to be expected from doing so are greater than those of any other alternative.

The information asymmetries besetting the market are, then, the main difficulty in coordinating the parties' interests and therefore concluding a contract.

(211) Sobre este punto esencial, más extensamente MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica del sistema registral», en *RCDI*, núm. 671, págs. 871 y sigs., 2002.

Pues bien, el objetivo de este trabajo consiste en poner de manifiesto que dos instituciones fundamentales de una economía de mercado, cuales son, por un lado, los títulos-valores cualificados y muy especialmente la letra de cambio y, por otro, el Registro de la Propiedad, singularmente en su estadio más desarrollado de Registro de derechos o de tráfico, son tecnologías institucionales generadas por la humanidad dirigidas a evitar tales asimetrías. Para conseguirlo se basan en principios y se valen de técnicas similares.

Ponen a disposición de la parte peor informada —usualmente el adquirente— la información jurídicamente relevante para contratar e impiden a la parte mejor informada —usualmente la transmitente— la utilización en su propio beneficio de la asimetría informativa residual, creando de este modo lo que denominamos una situación de simetría informativa funcional, porque neutraliza los efectos de las asimetrías informativas residuales.

Consiguen este efecto mediante la técnica de la incorporación del derecho al documento —a la que denominamos cambiaria, en el caso de la letra, y registral o intabulación, en el caso de la inscripción—, a cuyo través letra de cambio e inscripción adquieren propiedades normativas muy similares. En este sentido puede afirmarse que la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito en la forma determinada por el asiento respectivo, fundamento de la legitimación reconocida al titular registral para disponer (art. 38 LH) y del efecto fe pública (art. 34 LH), propio de los registros de tráfico, guardan una semejanza esencial con el principio de literalidad cambiario y con la protección que nuestro sistema dispensa al endosatario. En ambos casos deben haber mediado actos de tráfico y haberse establecido, a su través, relaciones inter tertios, único

The objective of this paper is to show that two fundamental institutions of market economies —i.e., first, qualified securities and most especially bills of exchange, and second, the property registration system, particularly in its most-developed state wherein rights and trade are subject to registration— are institutional technologies generated by mankind to avoid such asymmetries. To achieve that end, said institutions are based upon similar principles and use similar techniques.

They make available to the less-well-informed party (usually the buyer) the information that is legally relevant to the contract, and they prevent the better-informed party (usually the seller) from twisting the residual informative asymmetry to his own benefit. Thus, they create what is termed «a situation of functional information symmetry», because the situation neutralises the effects of residual information asymmetries.

The institutions in question achieve this effect through the technique of incorporating the right at issue in a document (termed «the exchange technique» in the case of bills and «the registration technique» in registration), through which technique the bill of exchange and registration acquire very similar legal properties. The presumption of existence and ownership of a registered right as stated in the right's registration entry (the foundation of the legitimate standing for a registered owner's recognised power of disposal under article 38 of the Mortgage Act and the foundation of the effect of conclusive title under article 38 of the Mortgage Act, which trait is characteristic of trade registries) may be affirmed to be in essence similar to the rule of literal exchange and to the protection our system affords to endorsees. In both cases, acts of trade must have occurred, and through said acts relations inter tertios must have

ámbito en el que operan tanto las relaciones cambiarias como las registrales. En este ámbito, la incorporación determina la abstracción de los derechos incorporados respecto a las relaciones jurídicas subyacentes de las que derivan.

Pero mientras en el ámbito cambiario la incorporación requiere un acuerdo contractual entre acreedor y deudor, en el ámbito registral es un derecho del adquirente que requiere superar un procedimiento. La razón: la distinta naturaleza de los derechos: de crédito, en el caso cambiario; de propiedad, en el caso registral. Estos últimos reflejan un consenso social acerca de cómo los bienes y sus flujos de renta pueden adquirirse, utilizarse y poseerse y, en ese juego, las reglas deben respetarse exquisitamente, so pena de que el consenso básico se rompa. Además, para ser tales derechos de propiedad, se requiere que se puedan imponer a terceros y el principio de relatividad contractual lo impide, pues mediante el contrato el adquirente únicamente se subroga en los derechos del transmitente y con exclusiva eficacia inter partes. La prueba del dominio se convertiría así en una probatio diabólica; la única alternativa disponible, en el ámbito del Derecho común, sería la adquisición por usucapión reconocida en una sentencia firme, lo que es incompatible con las exigencias del mercado: ello hace preciso buscar otras soluciones que faciliten el tráfico. El Registro es la institución que, en nombre de todos, reconoce al adquirente como dueño, lo inmuniza frente a posibles excepciones personales derivadas de contratos anteriores e, incluso, frente a quien se postule como verus dominus. Puede afirmarse así que, en nuestro sistema, la inscripción tiene una eficacia inmunizadora y funcionalmente constitutiva. Por ello, mientras el adquirente no consigue inscribir el derecho adquirido, no es reconocido por el mercado como auténtico

been established, said relations being the only environment where exchange relations as well as registration relations operate. In this sphere, incorporation entails the abstraction of the incorporated rights with respect to the underlying legal relationships from which they stem.

But while in the exchange environment incorporation requires a contractual agreement between creditor and debtor, in the registration environment incorporation is a right of the purchaser that requires performance of a procedure. The reason: the difference between the nature of credit rights in the case of exchange and property rights in the case of registration. Property rights reflect a social consensus about how assets and their revenue flows can be acquired, used and possessed, and in that game the rules must be respected with exquisite care, else the basic consensus will be shattered. In addition, in order for this to be so, property rights are required to be enforceable with respect to third parties, and the rule of contractual relativity prevents this, for, by means of the contract, the purchaser only takes the seller's place in rights, effective exclusively inter partes. Proof of ownership would thus be converted into a probatio diabólica; the only alternative available in the sphere of common law would be acquisition by usucaption recognised in a final ruling, and that solution is incompatible with market requirements. Other solutions must therefore be sought to facilitate trade. Registration is the institution that, in the name of all, recognises the purchaser as the owner and immunises the purchaser from possible personal exceptions stemming from prior contracts and even immunises him from anyone postulating himself as the verus dominus. Our registration system, then, may be affirmed to have immunising and functionally constitutive efficacy. That is why, until the purchaser has successfully re-

dueño. Esta es la razón por la cual, en relación al mercado, la inscripción es el título.

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 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.

Se trata de dos elegantes y sofisticadas soluciones institucionales, basadas en la misma técnica, para resolver el mismo problema en dos ámbitos diferentes: el de la circulación de los derechos de crédito y su conversión en activos en el caso de los títulos cambiarios; el de la movilización de los derechos de propiedad sobre inmuebles como medio para convertirlos en activos económicos en el caso del Registro de la Propiedad.

gistered the right he has acquired, he is not recognised by the market as the true owner. This is the reason why, as far as the market is concerned, registration is title.

The inspiring principles form part of the body of law on security in trade whose origins in western Europe at least may be found in what was termed *lex mercatoria* or *merchant law*. Said body of law permits a higher, more complex level of cooperation (and therefore of specialisation) than does the common law (the law of legal certainty) it replaced, which responded to a more rudimentary state of cooperation.

In this paradigm, as opposed to the one depicted above, everyone wins, not just some at the cost of others. Purchasers and creditors do not win out over owners; on the contrary, purchasers and creditors win precisely because in the new paradigm the owner's position is made more robust, and the more intensely the principles of the law of legal certainty operate, the more robust is that position.

These are two elegant, sophisticated institutional solutions based on the same technique to solve the same problem in two different spheres: the sphere of the circulation of credit rights and the conversion of those rights into assets in the case of bills of exchange; the sphere of the mobilisation of property rights in immovable property as a means of converting said property into economic assets in the case of property registration.

(Trabajo recibido el 16-7-2007 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Aspectos civiles de la nueva Ley del Suelo

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Abogado

BELÉN CASADO CASADO
Doctora en Derecho

SUMARIO

- A) LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA.
- B) EL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU NUEVA REGULACIÓN.
- C) LA TRANSMISIÓN DE FINCAS Y LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE RESCISIÓN CONTRACTUAL POR OMISIÓN DE LAS DETERMINACIONES URBANÍSTICAS EN LAS ENAJENACIONES DE TERRENOS (ART. 18 LS).
- D) OTROS ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA LEY DEL SUELO:
 - 1. APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS.
 - 2. CONVENIOS URBANÍSTICOS Y SU RELEVANCIA CIVIL.
 - 3. ACCIONES REALES O POSESORIAS, Y ACCIONES DE NULIDAD CONTRACTUAL TRAS LA NUEVA LEY DEL SUELO.
 - 4. VALOR CIVIL DE LA DISTINCIÓN ENTRE SUELO URBANIZADO Y SUELO RURAL.
 - 5. UNIDADES MÍNIMAS Y EFICACIA CIVIL.
 - 6. ENTIDADES URBANÍSTICAS DE COLABORACIÓN Y SUS REPERCUSIONES CIVILES.
 - 7. LAS CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DE LICENCIAS POR HABERSE OTORGADO EN CONTRA DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA VIGENTE.
- E) LA NUEVA FORMA DE VALORACIÓN DE LOS TERRENOS Y SU INFLUENCIA CIVIL.
- F) REPERCUSIONES DE LA NUEVA LEY DEL SUELO EN EL ÁMBITO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Nuestra preocupación e interés en este trabajo se centra en analizar las repercusiones de la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (en adelante, LS) en el ámbito civil, esto es, en las relaciones entre particulares, o entre particulares y la Administración, cuando ésta actúe como un sujeto privado más.

¿Hasta qué punto una Ley del Suelo estatal, de marcado contenido jurídico-público, puede tener incidencia en las relaciones privadas?

En principio, una respuesta sencilla sería decir que los jueces y Tribunales civiles no quedan vinculados por una legislación sectorial como la urbanística, y por tanto, el asunto quedaría zanjado con una rotunda respuesta negativa.

Sin embargo, la cuestión no es tan fácil, y existen factores que contribuyen a hacernos esa pregunta:

1. En primer lugar, es cada vez mayor la influencia de lo urbanístico en lo civil, para resolver conflictos entre particulares (o entre éstos y la Administración cuando actúa como un particular más). Términos y figuras como los de licencias de obras, licencia de primera ocupación, silencio administrativo, construcciones ilegales (por infringir la normativa urbanística), aprovechamientos urbanísticos, etc., son cada vez más habituales en las resoluciones judiciales civiles. No obstante, debe advertirse que se utilizan normalmente como criterios que, confrontados con los principios, reglas y criterios hermenéuticos propios del Derecho Civil, contribuyen a dar las soluciones jurídicas adecuadas; pero nunca o casi nunca determinan la respuesta del juez civil por sí solas, al menos de momento.

2. Las normas contenidas en la nueva LS se dictan, en parte, en ejercicio de la competencia estatal en materia de Derecho Civil. Justamente por ello, la Ley ha recogido algunos temas tradicionalmente considerados como *civiles*, dándoles nueva regulación (ahora nos referimos a ellos). Como advertencia también, cabe señalar que tras la escasa competencia asignada al Estado para regular las cuestiones urbanísticas, es posible pensar que este tema de la «competencia civil» como competencia estatal puede haber sido utilizado como una suerte de subterfugio para dar entrada a una mayor intervención estatal en materia urbanística, sin demasiados riesgos de «inconstitucionalidad», lo cual no sería posible mediante otros títulos competenciales.

3. La jurisprudencia civil suele atribuir a las determinaciones urbanísticas contenidas en los Planes la consideración de *hechos*, y no necesariamente de *normas*. Sin embargo, ésta es una cuestión dudosa, que está cambiando en la jurisprudencia, y que puede llevar en la práctica judicial a una conexión entre lo civil y lo administrativo, en cuanto a integrar con las reglas urbanísticas los márgenes de discrecionalidad que juegan en conceptos típicamente civiles (diligencia, error excusable, incumplimiento, mora, imposibilidad sobrevenida, etc...).

Procedamos ya al examen de las principales figuras civiles afectadas por la nueva Ley del Suelo. Éstas serían las siguientes:

A) LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

Por lo pronto, antes de entrar en las novedades introducidas en este tema, conviene recordar cuál es la naturaleza jurídica de las Declaraciones de Obra Nueva (o de la DON y División Horizontal, dado que ambas suelen ir juntas en la práctica).

La Declaración de ON no es un negocio adquisitivo o transmisivo del dominio (a menos que vaya acompañada dicha declaración de un acto jurídico de esta naturaleza). La DON consiste simplemente en un acto jurídico mediante el cual se pretende como fin último la inscripción registral de la nueva construcción, a través de la manifestación —en las formas que prevé la Ley y el Reglamento Hipotecario— del cambio material producido en el inmueble. Esa manifestación proviene del titular registral (propietario actual) y es un acto unilateral, aunque a veces participen en el mismo terceras personas (v.gr., el arquitecto o contratista de la obra).

Una vez inscrita, se produce el efecto de que el Registro pasa a presumir de propiedad del titular inscrito todo lo que el mismo declara como situado dentro de la finca registral. Si se construye un edificio y además se constituye en régimen de propiedad horizontal, se presumirá que el suelo (la totalidad del mismo, si no ha habido segregación) pasa a convertirse en elemento común. Pero cabe recordar que el Registro no da fe de datos o elementos materiales, por lo que, si no está realmente construido el edificio o edificios, no cabe extender a ellos la presunción de veracidad de lo inscrito (art. 38 LH). No hay problema para inscribir una DON si aún no se ha comenzado siquiera las obras de construcción (e incluso es válida aunque nunca se realicen).

Si además de la Obra Nueva, la Declaración incluye la División Horizontal, aquí ya sí que nos hallamos ante un acto que exige una materialidad, dado que la Ley Hipotecaria exige que las obras estén al menos comenzadas (aunque, como es sabido, existe una gran flexibilidad a la hora de su interpretación). Esta Declaración de División Horizontal constituye normalmente la base previa para un efecto dispositivo subsiguiente: la adquisición de los distintos elementos privativos por sus compradores, y la constitución real del régimen de Propiedad Horizontal, tras la primera de las ventas y la subsiguiente existencia de al menos dos propietarios del conjunto.

Dicho lo anterior, veamos ahora qué dice la nueva LS sobre la Declaración de Obra Nueva en su artículo 19.

Por lo pronto, de lo único que trata la LS en dicho artículo es la Declaración de Obra Nueva, y nada más, sin referirse a la Escritura o Declaración de División Horizontal.

La relevancia civil de esta nueva regulación sigue siendo escasa, a nuestro juicio: nunca antes, ni ahora, el otorgamiento de esta Declaración o manifestación ante Notario resulta precisa para que civilmente exista la edificación, la cual es un mero hecho, acreditable por los medios probatorios establecidos en la ley (lo cual puede ser relevante, por ejemplo, en casos de accesión normal o de accesión invertida, o de conflictos jurídicos sobre mejoras entre poseedor y propietario, entre otros).

El artículo 19 LS creemos que es, por tanto, una norma dirigida más a Notarios y Registradores de la Propiedad que a particulares.

No se nos dice si esta norma deroga o no a la correlativa de la Ley Hipotecaria. Aunque una primera lectura pudiera llevarnos a la respuesta afirmativa, dados los términos tajantes de la norma y la relevancia desde el punto de vista del orden público urbanístico, entendemos que no debe ser así. A nuestro juicio, no existe una voluntad clara ni patente del legislador de suprimir las otras modalidades de acceso de las obras nuevas al Registro, previstas en el artículo 208 LH y el artículo 308 RH. Más bien ha pretendido establecer una serie de condiciones básicas imprescindibles para su entrada en el Registro, pero sin un alcance mayor.

Este artículo 19 LS debe tener carácter de norma *estatal*, por ser las normas sobre registros e instrumentos públicos de competencia del Estado, *en todo caso*, según el artículo 149.1.8.º de la Constitución. Ello tiene importancia, ya que supondría la imposibilidad de las CC.AA. de establecer condiciones más duras o gravosas a la hora de llevar al Registro estas declaraciones de obra nueva. De hecho, si algunas leyes autonómicas ordenasen —como efectivamente lo hacen algunas— que para que sea factible la inscripción de la obra nueva (o para la disposición sobre las viviendas en régimen de Propiedad Horizontal), son precisos otros requisitos adicionales, como licencias o autorizaciones, o controles diversos, puede ser bastante dudoso civilmente que se pueda declarar como nulo de pleno derecho tal acto (o el contrato de compraventa o de otro tipo que las infrinja), si le falta este requisito. Desde nuestro punto de vista, la sanción en tales casos sería únicamente administrativa, sin trascendencia civil.

Con carácter general, debe tenerse en cuenta que los contratos son válidos cuando concurren consentimiento, objeto y causa. Y además que la adquisición de los derechos reales (de propiedad, sobre todo, pero también de casi todos los demás derechos reales) se produce siempre al margen y con independencia de los registros y los actos notariales.

En este sentido, debe calificarse también como civilmente irrelevante la inclusión en el artículo 19.1 LS de la *aprobación del acto de conformidad con la legislación urbanística y territorial aplicable*: no por eso queda impedida la adquisición del derecho de propiedad sobre el edificio, ni anulado el contrato transmisivo. Desde nuestro punto de vista, la norma sólo contiene un

mandato dirigido a Notarios y Registradores, quienes podrían ser en su caso responsables (responsabilidad civil) si infringen esas exigencias legales o reglamentarias. Pero desde la perspectiva civil, si la construcción la hace o la encarga el propietario del suelo (como es lo habitual en la inmensa mayoría de los casos), la propiedad de lo construido la va adquiriendo automáticamente, y de forma sucesiva, por accesión, sin ninguna exigencia legal más.

Sí es verdaderamente novedoso el deber de incluir y aportar a la Escritura de Obra Nueva, no sólo la Licencia de Obras municipal, sino también *la autorización o licencia derivada del planeamiento territorial* (los ya famosos Planes de Ordenación Territorial o POT). La ley los sitúa *al mismo nivel* que las autorizaciones municipales a los efectos de hacer viable la inscripción de las DON. Se trata, como es obvio, de un importante medio de control adicional frente a construcciones ilegales, cuando exista Licencia del Ayuntamiento, pero se pueda estar infringiendo los mandatos y límites a nivel territorial o supramunicipal. Se desconoce de momento quién y de qué modo se otorgarán esas autorizaciones, y si las mismas se simultanearán con la Licencia de obras municipal, en cuanto no se podrá otorgar ésta sin aquélla.

Por otro lado, otra de las particularidades de la nueva regulación de la DON es que se habla de la concesión de Licencia, directamente *o por silencio administrativo*. Se trata de una enmienda introducida en el Senado, que trata de dar respuesta a estas posibles situaciones, cada vez más habituales, de silencio administrativo.

La aclaración, con ser aceptable, no era seguramente necesaria, y entendemos que no aporta nada o casi nada a este tipo de acto jurídico. Su relevancia será efectiva, si las Administraciones municipales acaban cumpliendo —lo que hasta ahora no siempre hacen, creando por ello una gran inseguridad jurídica— su deber de emitir certificados de silencio administrativo, nada más cumplirse los plazos legales sin haberse pronunciado sobre la licencia pedida.

De todos modos, el Decreto 1093/1997, regulador de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario de inscripción de actos de naturaleza urbanística (art. 46) ya establecía las distintas alternativas para inscribir la obra nueva, en caso de que la Administración no emitiera el certificado de silencio administrativo. La LS parece elevar a categoría de norma legal lo que antes era una disposición reglamentaria, pero sin mayor trascendencia teórica ni práctica.

A lo sumo, podría pensarse que el sentido de esta alusión al *silencio administrativo* esté en facilitar el acceso al Registro de la Propiedad de construcciones contrarias a la legalidad urbanística, en donde con anterioridad se planteaba la posibilidad de su legalización con el transcurso del plazo de cuatro años de prescripción para la adopción de medidas urbanísticas sancionadoras. Hoy parece que no habría que esperar todo ese tiempo, bastando para ello la obtención del certificado de silencio administrativo (o las alter-

nativas del Decreto de 1997, que deben entenderse subsistentes). Pero tampoco es seguro que esa sea la finalidad de la inclusión en la Ley de esa referencia.

Finalmente, cabe hacer una aclaración de bastante relevancia. El artículo 19.1 exige que, para autorizar obras nuevas *terminadas*, además de la Licencia Administrativa (de obras) y la certificación del técnico competente, se aporte *la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios*. Esta expresión, que a algunos pudieran hacer pensar en la necesidad de aportar también la Licencia de Primera Ocupación, entendemos que se refiere a otra cosa: en concreto, a lo exigido por la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, esto es, la aportación del seguro decenal exigido por el artículo 20 LOE, primordialmente. En ningún caso, a la citada Licencia de Primera ocupación, entre otros motivos, porque, de haberse querido así, se hubiera dicho de forma expresa y tajante, al ser éste un aspecto fundamental para su efectividad.

B) EL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU NUEVA REGULACIÓN

Ésta es una de las novedades relevantes desde el punto de vista civil de la LS. Se ha introducido una regulación en principio distinta de la preexistente.

Los artículos 35 y 36 LS se refieren al derecho de superficie. El legislador demuestra un gran interés por fomentar esta figura, como alternativa a la propiedad y al alquiler. Sin embargo, no albergamos muchas esperanzas de que de verdad vaya a generalizarse en la práctica. Sobre todo por su coste económico, que será muy próximo o idéntico al de la propiedad (recuérdese que incluso la disyuntiva propiedad-alquiler se ha resuelto casi siempre por la primera en nuestro país, por el alto coste de los alquileres, al menos hasta ahora).

En primer lugar, lo relevante es que la regulación introducida debe considerarse como *de alcance general, y no limitada a los derechos de este tipo creados por la Administración Municipal* en aplicación del planeamiento urbanístico, a diferencia de lo regulado en el antiguo artículo 287 TRLS de 1992, que se refería primordialmente al derecho de superficie que podían crear los entes locales y las personas jurídicas públicas. Así pues, *cualquier particular que pretenda crear un derecho de superficie, al margen incluso del planeamiento urbanístico*, debe saber que *ha de cumplir los mandatos legales incluidos allí*.

No queda claro del todo si la normativa reguladora es imperativa, o si los particulares pueden alterarla. El artículo 35.4 parece querer pronunciarse por la imperatividad, pero la remisión final al *título constitutivo del derecho* supone una clara manifestación a favor de la libre regulación por las partes.

No obstante, entendemos que existen aspectos en cierto modo *imperativos* (con matices): en concreto, lo parece el apartado 2 del artículo 35 LS, en el sentido de que, si se pretende efectivamente crear un derecho de superficie (y no otro derecho o carga real diferente), debe inscribirse en el Registro con carácter constitutivo, y en ningún caso podrá exceder de noventa y nueve años de vigencia.

De todos modos, ello no disipa la duda acerca de qué valor jurídico tendría tras la LS un *derecho real* (con el nombre de superficie u otro) que no cumpliera estas especificaciones (inscripción registral constitutiva y duración inferior a noventa y nueve años). No estamos seguros de que no pudiera funcionar como cualquier otro derecho real (cuestión distinta sería su inscribibilidad, en aplicación del principio de determinación o especialidad hipotecaria, que lo dificultaría).

En suma, creemos que, por ejemplo, un derecho de superficie que sea perpetuo (como hasta ahora se ha venido admitiendo por la doctrina), no está prohibido: la LS no ha venido a derogar o impedir la posibilidad de «derechos reales» que afecten de forma permanente el suelo a favor de tercero, esto es, que permitan la separación indefinida de suelo y vuelo entre dos titulares. Piénsese, si no, en la posibilidad de censo enfiteútico. Aunque quizá debería preverse en su título constitutivo una posibilidad o facultad de redención por analogía con los censos.

Como hemos visto, la nueva regulación opta ya de manera abierta, frente a las vacilaciones y dudas derivadas de la antigua normativa, por un derecho de superficie de *inscripción registral constitutiva*. Esta es una tendencia de los últimos años en el ámbito inmobiliario, cuya razón de ser resulta discutible.

Parece, en principio, lógico que un derecho cuyo contenido consiste en disponer de la *facultad de edificar* (si aún no se ha hecho, como será lo habitual), conste en el Registro, ya que la posesión material de este derecho, *mientras no se construye*, no gozaría de apariencia posesoria propia, es decir, sería una apariencia de poseedor incolora o sin cualificación, aunque equiparable o asimilable a la de un usufructuario o un arrendatario. Ello generaría inseguridad jurídica y podría dificultar el posible ejercicio de acciones reales frente a terceros.

Sin embargo, frente a este posible planteamiento, no creemos que fuera un problema grave el que no se pudiese identificar el tipo de posesión propia del superficiario. En realidad, lo mismo podría decirse del usufructuario o del censalista, por ejemplo. De hecho, además, en todos estos años, el derecho de superficie ha sido un derecho real que no ha precisado de la inscripción registral para nacer, y no se han planteado graves problemas por ello. Al respecto, cabe citar la reciente SSTS de 26 de noviembre de 2002 (R. 9935), la cual, siguiendo una línea clásica de nuestro Alto Tribunal, sigue mante-

niendo la innecesariedad de la inscripción para la vigencia de un derecho de superficie.

Da la impresión de que el legislador se ha inclinado por la inscripción registral constitutiva *pensando básicamente en los derechos de superficie creados por la Administración*, como modo de introducir mayores controles y mayor seguridad en su constitución, cuando se ve afectado el terreno de propiedad pública, sea o no de dominio público. Pero no parece una razón convincente para su generalización.

Es más, en cuanto a los modos de constitución (onerosa y gratuita), parece claro que está pensando en derechos concedidos por la Administración. Esa posibilidad de constitución gratuita entendemos que está relacionada con la construcción de VPO o vivienda protegida, en donde puede ser útil, como instrumento de una concreta política de vivienda, el ceder terrenos gratuitamente, no en propiedad, sino para constituir un derecho de superficie, y que en ese terreno una empresa pueda edificar viviendas, a menor coste que si fuera en propiedad, para su destino a rentas bajas.

En cuanto a la duración, se unifican todos los derechos de superficie en el plazo máximo de noventa y nueve años.

Por otro lado, no tiene ya mucho sentido la remisión que se hace en el artículo 35.4 LS a la legislación civil, como regulación supletoria, ya que la misma nunca ha tratado de forma abierta este derecho, y esa remisión sólo crea confusión, máxime habida cuenta el carácter de constitución registral con que se ha configurado este derecho.

Junto a lo anterior, llama la atención, en comparación con la normativa derogada de 1992, el que hayan desaparecido las referencias a la posibilidad de pactar por las partes el que el superficiario se quede, al finalizar el plazo, con parte del edificio construido. No creemos, sin embargo, que esa omisión llegue hasta el punto de interpretar como imperativa una prohibición (tácita) de quedarse el superficiario con parte del edificio al expirar el derecho. La remisión al *título constitutivo* del artículo 35.4 LS permite entender lícita la posibilidad de pacto al respecto, pero, eso sí, parece que habría que establecerlo de manera explícita.

En cambio, se hace especial hincapié en la Ley justamente en lo contrario, esto es, se introducen novedades específicas en cuanto a la transmisibilidad y gravamen del derecho de superficie, pudiendo incluirse cláusulas con *derecho de tanteo y retracto* a favor del propietario del suelo, para recuperar el dominio del edificio o de parte del mismo, antes de la conclusión del plazo de vigencia del derecho (de nuevo se está pensando en los derechos constituidos por la Administración).

Sin embargo, esta facultad de tanteo o retracto puede resultar un tanto contradictoria con la posible constitución de propiedades horizontales sobre el edificio, como será lo normal, en cuanto puede afectar a su modo de fun-

cionamiento. No puede olvidarse que la LPH considera como inherente y connatural a esta clase de propiedades, la inaplicación de las reglas de la comunidad de bienes, en concreto la referidas a la acción de división y, por derivación, la prohibición de derechos de retracto, propios de esta última propiedad.

Por otro lado, nada se dice —a diferencia de la antigua normativa— sobre el plazo de que dispone el titular del derecho de superficie para construir el edificio y sus consecuencias si no lo hace. Entendemos que ello está en relación con los cambios generales en la LS, en la que ya no son tan relevantes los plazos para construir en suelo urbano, quedando a lo que dispongan las particulares normas sobre planeamiento.

Junto a ello, el artículo 36.4 LS establece lo que debe considerarse, más que una presunción legal, un mero criterio hermenéutico en casos de duda: si no se ha establecido el alcance del derecho, éste no deberá incluir el subsuelo, el cual quedará para la propiedad.

Como novedad, también se prevé una norma concreta sobre consolidación del derecho, pero creemos que era seguramente innecesaria, habida cuenta la doctrina existente en la materia, que nunca discute el mantenimiento de las cargas o gravámenes constituidos a favor de terceros (cargas voluntarias) cuando se produzca de forma anticipada y voluntaria la reunión, en la misma persona, de las cualidades de propietario del suelo y de superficiario.

En cuanto a la extinción del derecho de superficie, no tiene mucha lógica —si no se ha pactado expresamente— la extinción del derecho si no se edifica en los plazos pactados (que pueden ser una remisión a las normas urbanísticas aprobadas), concretamente en aquellos derechos constituidos por particulares propietarios y no por la Administración.

Finalmente, la LS parece permitir el derecho de superficie sobre el vuelo de edificios ya construidos (el llamado *derecho de sobreelevación*), o sobre el subsuelo (*derecho de subedificación*), y en ambos casos lo llama derecho de superficie y establece un régimen jurídico unitario. Así lo afirma el propio artículo 35.1, que lo equipara al derecho de superficie «normal» o sin construcción preexistente.

Ha de advertirse que la doctrina tradicional ha separado netamente el derecho de superficie del denominado *derecho de sobreelevación* (o *subedificación*), por no responder a los mismos principios o problemas. Básicamente, en el derecho de sobreelevación, el titular suele adquirir además, de forma simultánea, la copropiedad sobre el suelo y sobre los demás elementos comunes del conjunto; además, este derecho de sobreelevación se suele constituir con carácter indefinido en el tiempo (integrando en la propiedad horizontal las nuevas plantas construidas), a diferencia del carácter esencialmente temporal del derecho de superficie. Cuestión distinta es que se quiera fijar un plazo para acometer las obras de construcción de las nuevas plantas.

Resulta bastante discutible en estos casos que sea precisa la inscripción registral constitutiva para su existencia jurídica, habida cuenta que es muy habitual que estos derechos se configuren como una simple «reserva genérica» del promotor (o de un tercero), cuando se construye un edificio y se le constituye en régimen de propiedad horizontal. No parece razonable en tales casos la inscripción registral previa para ser oponible dicho derecho, tanto frente a terceros (v.gr., compradores) como incluso frente a sucesores o causahabientes de éstos, sin perjuicio de su consideración como terceros hipotecarios, si la carga o derecho no está previamente inscrito en el Registro.

Esa inscripción constitutiva encontrará serios problemas en la habitual indeterminación de las plantas por construir (que por lo demás se hará depender de las posibles modificaciones futuras en el planeamiento): si para su constitución resulta precisa, como ahora parece imponer la nueva Ley, la previa inscripción del derecho, y en ésta hay que especificar con todo detalle el alcance del derecho futuro, difícilmente va a tener acceso al Registro ese derecho de sobreelevación, en especial en los casos más frecuentes de reserva por parte del promotor.

C) LA TRANSMISIÓN DE FINCAS Y LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE RESCISIÓN CONTRACTUAL POR OMISIÓN DE LAS DETERMINACIONES URBANÍSTICAS EN LAS ENAJENACIONES DE TERRENOS (ART. 18 LS)

En el artículo 18 LS se regulan aspectos civiles relevantes, como el de las condiciones de transmisión de fincas (afectadas por el planeamiento urbanístico), y la acción especial de rescisión de esas ventas o transmisiones.

La norma establece en su apartado 1.º, siguiendo la línea de las leyes anteriores, que la transmisión de fincas supone la subrogación del nuevo propietario en los deberes derivados de la normativa urbanística, que por tanto se configuran como deberes u obligaciones *propter rem*. Ahora se añade como novedad el de los deberes establecidos no sólo en la Ley del Suelo y la normativa urbanística autonómica, sino *además los derivados de la legislación sobre ordenación territorial*, que de nuevo han pasado a ser colocados *al mismo nivel que los otros*.

También se han equiparado a los anteriores los relativos a *los actos administrativos de ejecución de esa legislación*. Parece que esa equiparación es a todos los efectos, lo cual resulta relevante, como ahora se verá.

Este último aspecto ya puede ser más discutible: los primeros (deberes derivados de LS, de normas autonómicas y del planeamiento urbanístico y territorial) no son sino deberes impuestos *por auténticas normas jurídicas, legales o reglamentarias* (leyes y planes urbanísticos y territoriales de desa-

rollo, que son también normas jurídicas reglamentarias). En cambio, *los actos administrativos no son tales normas, sino decisiones singulares, con un valor jurídico menor, en cuanto vinculan al órgano que los otorga y al destinatario concreto de dichos actos.*

Ahora bien, consideramos que esa equiparación tiene su sentido. Dado que existe *el libre acceso a la información de los archivos públicos administrativos*, el nuevo propietario no puede llamarse a engaño respecto de deberes derivados de dichos actos: antes de comprar tiene que pasarse por el Ayuntamiento (sobre todo) y recabar información.

En este sentido, la más reciente orientación jurisprudencial (aunque ciertamente matizada por otra de signo contrario) hace un especial hincapié en los deberes de conducta y cargas de quienes compran inmuebles (terrenos o viviendas), y *la necesidad de que los mismos se informen adecuadamente en los archivos y registros públicos, de las condiciones urbanísticas de los mismos, para evitar sorpresas.* En este sentido, es paradigmática la STS de 17 de noviembre de 2006 (Ponente: Vicente Montés Penades), la cual remite a otras anteriores, sobre el conocimiento de las cargas urbanísticas de distinto tipo, y que afirma literalmente:

«...La jurisprudencia ha considerado, al menos en los últimos tiempos, que los problemas urbanísticos, deberes y cargas derivadas de la legislación urbanística que se imponen a través de los correspondientes Planes de Ordenación, no son subsumibles en la regla del citado artículo 1.483. En primer lugar, porque la información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público de Planeamiento. En segundo lugar, porque siendo ello así no puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos —arts. 7.1 y 1.258 CC—, imponga un especial deber de información en los vendedores que venga a coincidir con lo que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contrapartida un comportamiento diligente...».

Esta jurisprudencia (y la propia regulación del art. 18.1) parece *en franca contradicción con el apartado 3 del artículo 18 LS*, el cual sigue manteniendo, como hacía la legislación del suelo anterior, una acción especial de rescisión por infracción del deber de hacer constar el estado urbanístico de los terrenos objeto de venta, y al mismo tiempo con la jurisprudencia que ha aplicado esta clase de acción.

Pero es que, además de eso, la propia LS recién aprobada insiste en muchos de sus preceptos y desarrolla en ellos *el derecho de consulta de los ciudadanos a las Administraciones competentes* (entre otros, en el art. 6.b LS).

Ello supone un motivo más de contradicción y acaso de restricción de la línea tradicional de cierta jurisprudencia favorable a posibles acciones de nulidad por error o dolo cuando el comprador de terrenos no tiene conocimiento de las cargas o limitaciones urbanísticas (v.gr., se compra creyendo que era edificable el terreno, y resulta que no lo es, o lo es en una proporción muy inferior a la supuesta).

Eso significa que, *en realidad, el apartado 2 del artículo 18 LS no lleva como consecuencia ineludible, en caso de incumplimiento, a la posibilidad de resolver el contrato*, a pesar de un posible ejercicio de la facultad resolutoria prevista en el apartado 3 de ese mismo artículo.

Eso es así porque la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, que ha aplicado esa facultad de rescisión/resolución de los contratos, en aplicación de las anteriores normativas (art. 62 TRLS de 1975 o art. 21 de LSV de 1998) ha dado muestras de la escasa pujanza de este tipo de acción.

Son bastante pocas las sentencias dictadas al amparo del antiguo artículo 62 TRLS de 1975 y preceptos ulteriores. Cabe citar las SSTs de 28 de febrero de 1990, 15 de diciembre de 1992, 7 de julio de 1994 ó 10 de septiembre de 1996. Pues bien, en ellas, se hace un especial hincapié en las consecuencias de una posible falta de información al comprador sobre la condición urbanística de los terrenos que se compran, pero *en todas ellas llega curiosamente a la conclusión de que no procede la acción de resolución contractual prevista en dichos preceptos de la legislación urbanística*.

Consideramos que *los motivos por los que se han desestimado esas demandas radican justamente en lo que antes señalábamos: la información sobre las limitaciones urbanísticas se hallan en la propia normativa, que debe ser conocida por todos, y si se trata de actos administrativos singulares, los mismos constan en los correspondientes archivos públicos, dentro de los expedientes relativos a esos inmuebles*. Por tanto, parece poco viable la alegación, como incumplimiento contractual susceptible de producir la resolución del contrato, el no haber hecho constar en la escritura pública (o contrato privado) la condición urbanística del inmueble o terreno objeto de enajenación, cuando la información estaba al alcance de los compradores con un mínimo de diligencia.

Junto a ello, no cabe olvidar que existe jurisprudencia que se refiere a los cambios sobrevenidos en las determinaciones o parámetros urbanísticos de los inmuebles, acogiendo la idea de que son riesgos que debe asumir la parte compradora, salvo conducta dolosa u ocultadora del vendedor. Véase al respecto la STS de 29 de mayo de 1998, entre otras.

Por otro lado, la acción aquí analizada es una acción muy poco utilizada por los particulares ante la jurisdicción civil. Las razones por las cuales se ha usado poco esta acción, además de las ya señaladas, pueden ser, aparte del reducido plazo prescriptivo (que ha inclinado a los compradores afectados a

recurrir a las acciones contractuales generales, con plazos prescriptivos de quince años), la limitación de sujetos legitimados y la limitación del objeto (terrenos, y no ya viviendas).

A la vista de todo lo anterior, tenemos muchas dudas sobre la viabilidad práctica de esta ya tradicional acción, *aun con su nuevo plazo prescriptivo mayor de cuatro años*, en lugar del antiguo plazo de un año.

Ello obliga a aclarar cuál será entonces el valor jurídico de la exigencia del artículo 18.2 LS de dejar constancia de la situación urbanística de los terrenos que se enajenan. A nuestro juicio, su valor quedará limitado a *servir de requisito de exigibilidad en la actuación notarial*, así como, a lo sumo, *su trascendencia registral* (en cuanto el Registrador puede no proceder a la inscripción del título si no le consta esas referencias, al menos aquéllas que tengan trascendencia registral, es decir, que deban constar en el Registro de la Propiedad).

Se ha llegado a decir que estamos ante una suerte de presunción de error, con claras consecuencias civiles. Pero lo cierto es que ello no ha tenido hasta la fecha reflejo en la jurisprudencia civil, y no parece que la vaya a tener en el futuro, por las razones antes expuestas.

Tampoco se puede pensar en una suerte de mecanismo de automática atribución del riesgo al vendedor, cuando no se informa al comprador o éste desconoce la existencia de la limitación o prohibición urbanística.

La mejor prueba de lo que decimos es que, siendo ambas partes conocedoras de las circunstancias urbanísticas reales del inmueble, no cabe su alegación por el comprador. Tampoco cabría alegar que ese contrato es nulo de pleno derecho (si hubiese una falta total de edificabilidad del inmueble), ya que dicho acuerdo sería plenamente lícito, en cuanto perfectamente podría estar dirigido a esperar una futura edificabilidad, o a obtener otro tipo de aprovechamientos distintos de los urbanísticos. Véase, al respecto, la STS de 3 de marzo de 1995 (*RJ* 2778).

Dicho de otro modo, desde el punto de vista civil, esas normas no deben tener la consideración de imperativas, en cuanto sería perfectamente válida una distinta distribución de los riesgos por acuerdo entre las partes, o unas consecuencias contractuales singulares en caso de adquisición de terrenos no edificables.

Es llamativa la nueva alusión que se hace acerca del destino de los terrenos a la construcción de vivienda protegida [art. 18.2.a) de LS]. Este es un asunto que debería seguramente tener su reflejo registral, como afección del inmueble a un destino concreto, para su conocimiento y vinculación a terceros. De todos modos, como ya se ha dicho antes, incluso aunque no constase en el Registro, se trataría de vinculaciones generales del dominio que son conocidas o deberían haber sido conocidas por todos, incluido el nuevo adquirente de los terrenos.

Por otro lado, el nuevo plazo prescriptivo de cuatro años no anula o deroga los plazos civiles del resto de acciones posibles, dado que no hay un pronunciamiento expreso al respecto. Aunque lo cierto es que hubiera sido deseable un acortamiento de los plazos, por ser excesivos los generales de quince años.

Finalmente, no cabe olvidar que el artículo 6 LS establece al menos la responsabilidad de la Administración por los cambios o alteraciones en el planeamiento (aunque con una cierta limitación en la cuantía de lo reclamable, que es bastante discutible, en particular si había algún compromiso previo de la Administración con uno o varios particulares).

D) OTROS ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA LEY DEL SUELO

1. APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS

Nada parece que cambia en cuanto a la consideración de los aprovechamientos urbanísticos y su negociabilidad como posibles elementos patrimoniales, susceptibles de supervisión y control por los Tribunales civiles.

Entiendo que la nueva Ley nada dice al respecto, en cuanto no pone trabas a los negocios privados sobre los mismos. Es más, la separación que la Ley pretende entre la actividad de urbanización y la titularidad de los derechos puede facilitar algo más esta opción, en aquellos casos en que sea la propia Administración la que haya asumido esas labores.

Los aprovechamientos urbanísticos, en cuanto bienes con valor patrimonial, deben seguir siendo, por tanto, tras la nueva LS, susceptibles de tráfico jurídico privado, inclusive aunque procedan de los asignados por el planeamiento a la propia Administración Municipal.

En principio, también sigue manteniéndose el principio tradicional en materia urbanística de que sólo el propietario del terreno en el que se va a edificar está facultado para concretar el *ius aedificandi*, en tanto cumpla los deberes y cargas que se le imponen.

No obstante, la disociación que opera la Ley respecto de la actividad de urbanización como «servicio público», pudieran llevar a una conclusión distinta: cabría suponer que, siendo la Administración la facultada para ello, pudiera contar en su ejecución con terceros distintos del propietario, lo cual llevaría a una cierta adquisición (parcial al menos) de los terrenos sobre los que va a desarrollar esa labor. Sin embargo, parece, en primer lugar, que se trataría sólo de una simple opción, en manos de la Administración, el pagar sus servicios con la cesión de terrenos, pero, en todo caso, no parece que ello pueda hacerse sin una expropiación total o parcial del derecho del propietario o propietarios del sector o unidad de actuación, o mediante acuerdo directo con éstos.

No ha habido modificaciones de la normativa registral sobre este tema, por lo que es perfectamente posible aún la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de posibles derechos de aprovechamientos urbanísticos.

2. CONVENIOS URBANÍSTICOS Y SU RELEVANCIA CIVIL

Lo mismo cabe decir de los Convenios urbanísticos, que mantienen la vertiente civil que tenían hasta ahora, y que no ha sido modificada por la nueva Ley. No obstante, en diversos preceptos de la misma se alude a dichos convenios o acuerdos. Sin embargo, se trata de simples referencias puntuales, sin contenido jurídico específico, salvo lo que ahora se dirá.

De conformidad con la jurisprudencia de nuestros Tribunales Civiles (y Contenciosos), estos convenios tienen una proyección civil, y pueden ser objeto de reclamación civil por incumplimiento contractual, tanto de parte del particular como de la propia Administración, así como de resolución contractual por incumplimiento de una u otra parte.

Así se expresan las SSTS de 7 de mayo de 1986, 29 de abril de 1989 ó 7 de noviembre de 1990, que reconocen el carácter contractual de los convenios urbanísticos. Del mismo modo, las SSTS de 13 de julio de 1990, 20 de diciembre de 1991 ó 18 de marzo de 1992, admiten la posibilidad de pedir indemnización de daños a la Administración por incumplimiento de convenios de esta naturaleza. Finalmente, las SSTS de 15 de diciembre de 1978, 20 de septiembre de 1983, 4 de noviembre de 1986, 15 de diciembre de 1986 ó 15 de febrero de 1994, admiten la resolución del convenio (a instancias de la Administración).

No cabe alegar por parte de la Administración la concurrencia de un suceso de fuerza mayor por el hecho de dictarse un nuevo planeamiento contrario a lo acordado en el convenio correspondiente, en tanto estamos ante hechos que se hallan dentro de su órbita de control.

En cuanto a indemnización por incumplimiento de convenios, es aplicable lo dispuesto en el nuevo artículo 6.b) LS, respecto de la indemnización por cambios en el planeamiento, aunque entendemos que sin la limitación a los solos *gastos en que se haya incurrido en la elaboración de proyectos*, a los que allí se alude.

La única novedad introducida por la LS es el artículo 16.3, el cual establece *un mandato de alcance civil*, al ordenar *la nulidad de pleno derecho* de aquellos convenios que establezcan a cargo del propietario o propietarios particulares cargas superiores a las legalmente previstas. Es obvio que con ello se pretende cortar de raíz cualquier tentación de los responsables municipales de conseguir mayores beneficios económicos o de otro tipo, con la celebración de convenios urbanísticos.

3. ACCIONES REALES O POSESORIAS Y ACCIONES DE NULIDAD CONTRACTUAL, TRAS LA NUEVA LEY DEL SUELO

Puede ser interesante analizar también las consecuencias, en el campo civil de las relaciones entre particulares, de la reserva a favor de la Administración Municipal de la actividad de urbanización: ¿podría ello suponer un freno u obstáculo al ejercicio de acciones reales del propietario del suelo frente al urbanizador no propietario?

La cuestión no resulta fácil, pero debemos concluir, como en algunos de los casos analizados más arriba, que se tratará de un factor que el juez civil examinará, junto con otros, para resolver sobre si es viable o no una acción real o interdictal.

No obstante, ha de tenerse en cuenta también que, en principio, y salvo alguna manifiesta ilegalidad por parte de la Administración, el urbanizador autorizado por la Administración será una suerte de *concesionario*, con un derecho temporal a poseer los terrenos a urbanizar, por lo que frente a él seguramente no prosperaría la acción real pertinente (siempre que no hubiera habido una extralimitación o una inversión de su concepto posesorio).

Por la misma razón, debe ser obvio igualmente que el hecho de que la nueva ley reserve a la Administración la función de urbanizar los terrenos no puede significar la automática nulidad de pleno derecho de los contratos de compraventa o de otro tipo en la que dos particulares tengan en cuenta las edificaciones futuras a distintos efectos.

4. VALOR CIVIL DE LA DISTINCIÓN ENTRE SUELO URBANIZADO Y SUELO RURAL

Este es un tema recurrente en nuestra doctrina y práctica judicial. Entendemos que tampoco ha variado nada: el juez civil no va a entenderse vinculado forzosamente por la calificación del suelo (suelo urbanizado o suelo rural), a la hora, por ejemplo, de aplicar la Ley de Arrendamientos *Urbanos* o la Ley de Arrendamientos *Rústicos*. Entendemos además que esta tipología de la LS no deroga ni altera la contenida en las respectivas leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas.

5. UNIDADES MÍNIMAS Y EFICACIA CIVIL

Este es un caso típico en el que se ha reconocido tradicionalmente la eficacia civil directa de las normas administrativas limitadoras de las superficies mínimas edificables o cultivables (unidades mínimas de cultivo), a los efectos de su enajenación o transmisión a terceros. Debe, por

tanto, mantenerse este mismo criterio, tras la entrada en vigor de la Ley del Suelo.

No obstante, el nuevo artículo 17.2 LS no deja claros los efectos de realizar segregaciones de fincas. Simplemente dice que «...no es posible...», pero no dice que sean nulas de pleno derecho.

Entendemos que se trata de una prohibición de orden urbanístico, que no necesariamente conllevará la nulidad civil del acto o contrato correspondiente. El efecto relevante será la imposibilidad de otorgamiento de escritura pública notarial o, a lo sumo, la imposibilidad de inscripción en el Registro. Pero extrarregistralmente, el acuerdo sería válido y eficaz, a los limitados efectos que correspondan (y sin perjuicio de la posible resolución contractual si luego resulta inviable el uso previsto por el comprador).

Ahora bien, la norma incorpora la aclaración de que esa prohibición afectará también a la *enajenación de cuotas indivisas*, en tanto las mismas atribuyan el derecho de utilización exclusiva de una porción concreta de la finca a la que correspondan. Entendemos que se trata de una manera de evitar actuaciones en fraude de ley.

Esta excepción tiene a su vez la excepción del artículo 17.3 LS, que sí autoriza esa posibilidad en tanto se trate de constituir como una sola parcela las distintas fincas, y que dentro de su perímetro no haya superficie que deba tener la consideración de dominio público (viales, etc...).

6. ENTIDADES URBANÍSTICAS DE COLABORACIÓN Y SUS REPERCUSIONES CIVILES

Este es un tema tampoco específicamente tratado por la LS, pero que tiene relevancia práctica. Hasta la fecha no ha habido problemas en admitir el ejercicio ante los Tribunales Civiles de las reglas de la Propiedad Horizontal, aunque hay opiniones en contra de ello.

La cuestión tiene relevancia en cuanto a determinar si las limitaciones urbanísticas derivadas de la LS para los propietarios de un determinado sector van a poder ser ejecutadas ante la jurisdicción civil por los otros propietarios afectados. Entendemos con las debidas reservas, que esa posibilidad sigue siendo viable, en tanto en cuanto sean encajables como limitaciones propias de las relaciones de vecindad, en un ente supradomínical como sería una Entidad Urbanística de Colaboración, entendida como propiedad horizontal especial, asimilable a una Urbanización privada o Conjunto inmobiliario privado. Por analogía con las mismas, se les pueden aplicar las normas legales sobre Propiedad Horizontal, en defecto de normas más especiales aplicables o de estatutos internos.

7. LAS CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DE LICENCIAS POR HABERSE OTORGADO EN CONTRA DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA VIGENTE

Este es un tema de bastante actualidad, ya que nos encontramos hoy ante múltiples situaciones en las que se ha otorgado una licencia, aparentemente legal, por el órgano competente para ello, y después de varios años, cuando el edificio está ya terminado o a punto de concluirse, se procede a la revisión de oficio de la licencia, o se dicta por órgano judicial una resolución firme anulando la licencia.

En tales casos, el artículo 30, letra *d*) de la nueva LS establece factible la indemnización al propietario o promotor afectado, salvo que haya habido dolo o culpa grave del afectado, lo cual, obviamente, ha de ser probado por quien lo alegue.

E) LA NUEVA FORMA DE VALORACIÓN DE LOS TERRENOS Y SU INFLUENCIA CIVIL

Somos de la opinión de que, en principio, nada ha cambiado en este aspecto. Los particulares, en sus relaciones con otros particulares, se guiarán por valores de mercado, donde irán incluidas posibles expectativas de derechos o beneficios futuros. La LS no puede regular el mercado, y éste funcionará de la manera que el propio mercado quiera establecer.

Esto que decimos puede ser aplicable en un conjunto de situaciones tales como:

- Derechos de tanteo o retracto (a favor de particulares o de la propia Administración).
- En casos de accesiones invertidas (o construcciones extralimitadas) o en casos de accesión o construcción en terrenos ajenos, en general.
- En casos de partición de herencias o de comunidades de bienes en general, o en supuestos de desafectación y venta de zonas comunes de una propiedad horizontal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) ya se pronunció en su momento sobre la inaplicación a los litigios entre particulares del sistema de valoración utilizado por la legislación urbanística. Así la STS 14 de julio de 1990 (*RJ* 5860).

Ahora es la propia LS la que establece en su artículo 20.1 el ámbito de aplicación del nuevo régimen de valoraciones, en el que *está explícitamente excluido el campo de las relaciones civiles entre particulares*. Ello alcanza incluso a supuestos como *los de la accesión*, en los que es habitual hablar,

sin demasiado rigor técnico, que son una suerte de *expropiaciones en interés particular*.

No obstante, ello no permite descartar de modo definitivo que, en el futuro, entre particulares y en los Tribunales Civiles, puedan llegar a tener relevancia las valoraciones de terrenos incluidas en la LS, pero para ello será siempre precisa que se asiente de forma general entre los operadores económicos y jurídicos esa forma de valoración.

Esta cuestión debe decidirse con bastante prudencia, dado que, de hecho, ya existen operadores, jurídicos y no jurídicos, que actúan a impulsos de esa normativa: me refiero en concreto a bancos y entidades financieras, así como a los profesionales expertos en la tasación de inmuebles. En ambos casos, es ya bastante habitual que, en la valoración de los inmuebles a la hora de conceder préstamos hipotecarios, tenga un peso importante y decisivo la calificación urbanística actual del terreno, sin valorarse las expectativas futuras de beneficios o derechos por adquirir.

De todos modos, ello siempre estará condicionado, entre otras cosas, por la existencia o no de un mercado específico de bienes de esas características.

F) REPERCUSIONES DE LA NUEVA LEY DEL SUELO EN EL ÁMBITO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Resulta llamativo que la LS no diga nada sobre modificaciones en la legislación hipotecaria, cuando es evidente que algunas de sus normas van a afectar a derechos reales, así como a cargas y gravámenes susceptibles de inscripción registral. Ni siquiera existe una remisión a un futuro decreto o reforma del Reglamento Hipotecario o de la Ley Hipotecaria.

Ello nos obliga a preguntarnos qué sucede, por ejemplo, con los bienes de dominio público y con los títulos públicos procedentes del Ayuntamiento o entes públicos inscribibles en el Registro. O qué sucede con las cargas nuevas no susceptibles de inscripción registral.

En principio, y como regla, debe defenderse la subsistencia de la normativa hipotecaria tanto legal como reglamentaria, relativa a actos de naturaleza urbanística, en aquello que no esté en franca oposición con lo regulado en la nueva Ley del Suelo.

RESUMEN

ABSTRACT

LEY DEL SUELO

LAND LAW

La práctica judicial demuestra que es cada vez mayor la influencia de las re-

Judicial practice shows that the influence of development rules and princi-

glas y principios urbanísticos en el campo civil. El presente trabajo trata de examinar si la promulgación de una nueva Ley estatal del Suelo ha supuesto algún cambio en esta tendencia. La respuesta, en general, es que nos hallamos en una fase en la que los conceptos y reglas urbanísticas son tenidos en cuenta por los tribunales civiles, aunque siempre adaptándolos a los parámetros típicamente civiles, tales como diligencia, incumplimiento, error, mora, imposibilidad sobrevenida. Por otro lado, las variaciones legales en materias concretas, como las declaraciones de obra nueva, han sido puntuales, y más orientadas hacia la labor de los técnicos y los notarios y registradores, que con efectivas repercusiones civiles. En cambio, en materia de derecho de superficie, las modificaciones han sido relevantes, con trascendencia civil efectiva, aunque es dudoso que los Tribunales civiles vayan a cambiar de pronto una línea ya consolidada en cuanto a la constitución de este derecho. Por otro lado, la Ley introduce novedades en el plazo para el ejercicio de una acción típicamente civil como la regulada en el nuevo artículo 18 de LS, relativa a la resolubilidad de contratos por falta de constancia en el mismo de las determinaciones urbanísticas de lo vendido, aunque nos tememos que dicha acción siga teniendo poca efectividad en el futuro, dadas las características de la misma. En el resto de cuestiones civiles relacionadas por el urbanismo, entendemos que la Ley no ha introducido novedades significativas, por lo que la jurisprudencia presumiblemente no variará en esos campos (convenios urbanísticos, aprovechamientos urbanísticos, acciones reales, etc...).

ples in the civil field is growing stronger and stronger. This paper endeavours to examine whether the enactment of a new national land law has resulted in any changes in the trend. The reply in general is that we are in a phase where the concepts and rules of urban development are taken into account by civil courts, although they are always adapted to typically civil parameters, such as diligence, breach of contract, error, default and supervening impossibility. Moreover, the legal variations in specific matters, such as declarations of new construction, have been ad hoc changes oriented more toward the work done by technicians, notaries and registrars than toward any actual repercussions in terms of civil law. On the other hand, in matters of surface rights, the modifications have been significant, with actual impact in civil law proceedings, although it is doubtful that civil courts are going to suddenly change their consolidated feeling about the creation of surface rights. Moreover, the law introduces new features in the term for exercising such typically civil action as the action regulated in the new article 18 of the Land Act, concerning contract cancellation due to failure to include in the contract a statement of what is sold in development terms, although we fear that said action will remain relatively ineffective in future, given its characteristics. In the rest of the civil questions related with development, we feel that the act has not introduced significant new features, and so presumably case-law will not be varying in those fields (development accords, uses under zoning, real action, etc.).

(Trabajo recibido el 3-7-2007 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)

DICTÁMENES Y NOTAS

La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su trascendencia práctica?

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO.
- II. LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA:
 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 2. CUESTIONES ESENCIALES EN CASO DE DOBLE VENTA INMOBILIARIA:
 - A) *¿La posesión de inmuebles del artículo 1473.3.º del Código Civil es sólo material?*
 - B) *¿Es eficaz la tradición instrumental si el tradens no es poseedor del inmueble transmitido?*
- III. LA CONCURRENCIA DE TÍTULO Y MODO EN LAS VENTAS JUDICIALES INMOBILIARIAS:
 1. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL CLÁSICO DE LA NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA (O TESTIMONIO EN LA ACTUALIDAD).
 2. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL MODERNA DE LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL REMATE Y LA ADJUDICACIÓN AL REMATANTE.
 3. MI PROPUESTA: LA TESIS ECLÉCTICA.
- IV. ¿CUÁL ES LA VERDADERA EFICACIA PRÁCTICA DE LAS DISTINTAS FORMAS DE RESOLVER ESTA CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL?:
 1. TRASCENDENCIA ESENCIAL APARENTE: EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL.

2. SU VIRTUALIDAD REAL:

- A) *La unión de título y modo impide el ejercicio de la tercería de dominio.*
- B) *La aplicación del artículo 1.473 del Código Civil en caso de doble venta de inmuebles.*

V. CONCLUSIONES.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Resulta lamentable que siendo la doctrina del título y el modo en la adquisición de la propiedad un postulado cardinal en nuestro ordenamiento jurídico —según reiterada jurisprudencia— (1), el Tribunal Supremo no mantenga un criterio uniforme cuando lo aplica en las ventas judiciales (2); máxime en cuanto que la disparidad de criterios del Alto Tribunal podría afectar al principio de fe pública registral, pilar básico en el que descansa nuestro sistema registral inmobiliario y contenido en el artículo 34 LH, que dice: «*El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*» (3). Explicada esencialmente la doctrina del título y el modo, presupuesto del sistema adquisitivo español —conforme a los arts. 609 y 1.095 del CC—, analizaré las distintas posturas jurisprudencia-

(1) Como, por ejemplo, SSTs de 20 de octubre de 1990, 9 de marzo de 1994, 18 de febrero de 1995, 18 de septiembre de 1996, 14 de junio, 10 de julio, 1 de septiembre («en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición») y 9 de octubre de 1997, 18 de abril de 2000, 14 de febrero y 13 de marzo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 20 de julio de 2004 y 30 de marzo de 2005. También en la doctrina se afirma que es «necesaria en nuestro sistema la concurrencia de título (contrato) y modo (entrega o tradición) para que la propiedad se transmita» (De Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Madrid, 1975, pág. 563).

(2) La STS de 10 de junio de 1994 admite que la «doctrina de esta Sala no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión...; pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo en el sentido de exigir sólo la aprobación del remate y la adjudicación al rematante». Más recientemente, la SAP de Valencia, de 16 de febrero de 2004, habla abiertamente de la «existencia de doctrina jurisprudencial contradictoria» en esta sede.

(3) La STS de 28 de noviembre de 1996 califica el principio de fe pública registral como «la piedra angular del sistema registral inmobiliario español». El artículo 34 LH sigue diciendo que: «*Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere el causante o transferente*».

les respecto del momento de la consumación del proceso adquisitivo en las ventas judiciales inmobiliarias y, después, resaltaré la real trascendencia que la cuestión implica frente a la aparente que, con frecuencia, nuestro Alto Tribunal le concede, erróneamente creo, aplicando de forma indebida el susodicho principio de fe pública registral.

Por otra parte, la determinación del preciso momento de consumación de la venta judicial inmobiliaria puede tener otras aplicaciones posibles en las que no entraré por la extensión del presente trabajo, aunque puedo citar, como ejemplo significativo, el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de retracto correspondiente al arrendatario (art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), al comunero (art. 1.522 CC) o al colindante (art. 1.523 CC) (4). En efecto, según la STS de 7 de diciembre de 1998 (seguida, por ejemplo, por la de 28 de octubre de 1999), «la doctrina de esta Sala es que el *dies a quo* a partir del que puede comenzar a contarse el plazo de caducidad es el de la consumación de la compraventa», de modo que no vale para iniciar el cómputo la simple perfección de la compraventa voluntaria o judicial, pues, tanto por el carácter real de la acción, como por su finalidad, su nacimiento no puede ser anterior al momento de producirse el efecto real traslativo surgido del contrato, o sea, la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles retraídos. La acción de retracto tiende a subrogar al retrayente en la posición jurídica ocupada por el adquirente (ex art. 1.521 CC), por lo tanto, en la situación de quien ya es verdadero propietario y no un mero acreedor de la prestación consistente en dar una cosa determinada (5).

II. LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN LA ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La teoría del título y el modo —que está inspirada en el sistema jurídico romano— deriva de los artículos 609 (la «*propiedad y los demás derechos*

(4) El derecho de retracto del arrendatario «*caducará a los treinta días naturales contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa*» (art. 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), por tanto, si sólo se notificó el título de venta, pero realmente faltaba el modo, el plazo no empezará a contarse desde dicha notificación, sino desde la efectiva consumación del contrato de compraventa, mediante la concurrencia de la *traditio*. Tratándose de comuneros o colindantes, tienen «*nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta*» (art. 1.524 CC), venta que, por supuesto, debe estar consumada.

(5) SSTs de 25 de marzo de 1957, 29 de febrero de 1960, 20 de febrero de 1975, 17 de junio y 24 de septiembre de 1997, etc.

sobre los bienes se adquieren... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición») y 1.095 (el «acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (pero)... no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada») del Código Civil (6). Por ende, a tenor de dichos preceptos, y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, en Derecho español no bastan las simples declaraciones de voluntad generadoras del contrato para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes: es necesario que al título transmisivo se añada el modo o entrega de la cosa. Por la tradición o entrega, el hasta entonces derecho personal a la cosa pasa a ser derecho real en la cosa, configurador, por inherente a la misma, de una situación jurídica en ella que la acompaña donde quiera que vaya y que resulta de suyo oponible *erga omnes*. Pero, ¿perderá ésta su propia virtualidad la *traditio* cuando, sin mutación material posesoria, se la realice instrumentalmente? Evidentemente, no. La tradición o modo no sólo es posible en forma real o directa, sino también en formas espiritualizadas o *fictas*, como la de tipo *instrumental*—escritura pública o, en su caso, documento público asimilado— que permite el artículo 1462.2.º del Código Civil: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario» (7). La tradición documental o *ficta* supone una verdadera presunción *iuris tantum* de transmisión que sólo podrá ser desvirtuada cuando se demuestre su discordancia con la realidad jurídica o bien cuando de la misma escritura resulte claramente lo contrario, por no ser rebatible la presunción de entrega de cualquier manera (8). Otorgar la escri-

(6) También el artículo 433 del Código Civil contiene esta distinción de presupuestos adquisitivos al considerar poseedor de buena fe «al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide».

(7) Como explica, por ejemplo, la STS de 8 de mayo de 1982, si «bien es cierto que en nuestro sistema se exige la tradición para la adquisición efectiva de la propiedad, sin que baste el mero consentimiento, también lo es que esa tradición no ha de entenderse siempre como traslado material y físico de la cosa... porque la Ley lo que quiere es que haya una puesta a disposición...», para lo que es suficiente la escritura pública o documento público asimilado.

(8) Pues esta *traditio per cartam* «posee la misma eficacia que la ocupación material» (STS de 16 de febrero de 1970). Vid. también SSTs de 25 de abril de 1949, 22 de marzo de 1952, 31 de enero de 1990, 25 de marzo de 1994, etc. Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA («Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral», en *Revista Jurídica del Notariado*, 2001, julio-septiembre, págs. 117-118), se trata de «un modo especial destinado a la adquisición de la propiedad, aunque el transmitente no sea poseedor, y, en este aspecto, es una tradición no posesoria admitida en nuestro Código Civil y que tiene una regulación legal, cuyos efectos jurídicos derivan directamente de la misma, de la facultad de disposición ínsita en el derecho de propiedad». ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Curso de derechos reales*, I, Madrid, 1986, pág. 170), matiza que la «propia exigencia de sobrevivencia de la teoría del título y el modo y la función jurídica de la *traditio* ma-

tura pública o el documento público equiparado es tanto como poner la finca vendida en manos del adquirente, dejándola a su poder y disposición, en concepto de nuevo dueño de la misma. La *traditio* instrumental, así entendida, conlleva la fijación del momento en que se produce el efecto jurídico-real de la transmisión del dominio del inmueble correspondiente. Además, la escritura pública o documento público asimilado es normalmente, al mismo tiempo, tradición constitutiva de la transmisión y adquisición extrarregistral del derecho real (ex arts. 609 y 1462.2.º del CC) y documento auténtico sobre el que se fundamenta la credibilidad de la noticia registral (ex art. 3 LH). Igualmente, otra forma de *traditio* simbólica deriva del artículo 1.464 del Código Civil en cuanto que «se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia», y, como se verá, que la LEC equipara el testimonio del auto que aprueba el remate al título de pertenencia al que se refiere el Código Civil se desprendería con claridad del artículo 674.1.º LEC, que dispone que será título bastante para la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad el referido testimonio.

Por tanto y concluyendo, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato si no es seguida de la tradición o entrega, es decir, sólo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re*; de manera que de los contratos de compraventa sólo surgen acciones personales, mientras que para poder acreditar la propiedad, con el fin de ejercitar *erga omnes* los derechos correspondientes al dominio, se requiere la tradición o modo real o, en su caso, instrumental.

No obstante, este característico método transmisivo de la propiedad encuentra diversas excepciones o desviaciones en nuestro propio Derecho, de las cuales —por lo que ahora nos interesa—, destaco dos. La primera procede de los supuestos de doble venta de inmuebles regulados por el artículo 1473.2.º y 3.º del Código Civil, a cuyo tenor, si una misma cosa inmueble se hubiese vendido por la misma persona a diferentes compradores, «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro» (9), y, sobre todo, faltando la posesión, «a quien presente título de fecha

terial... exige interpretar la *traditio* instrumental como una mera presunción de entrega material».

(9) Inscripción que, por supuesto, deberá ser de buena fe, pues la prioridad en la inscripción no convalida la mala fe existente (por ejemplo, SSTS de 23 de enero de 1989, 20 de julio de 1990, 10 de abril de 1991, 23 de diciembre de 1992 y 27 de septiembre de 1996). No obstante, como critica RUBIO GARRIDO («Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1999», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 52, 2000, págs. 65-66), la sentencia que comenta parece preferir al que primero inscribe, aunque se califica como sujeto de mala fe. Por otra parte, GORDILLO CAÑAS («La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia

más antigua, siempre que haya buena fe» (10). La segunda excepción al sistema transmisivo mediante título y modo deriva del principio hipotecario de fe pública registral —fundado en la protección de la apariencia jurídica (11)— mediante el efectivo cumplimiento de los requisitos del artículo 34 LH. Respecto del valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad, ambas normas (arts. 1473.2.º CC y 34 LH) no pretenden hacer aplicación del mecanismo normal de la adquisición derivativa, sino adjuntar a éste el complemento exigido por lo que hoy llamamos «la protección del tráfico jurídico». En cuanto que el Registro, en materia de bienes inmuebles, debe realizar la misma función que la posesión en sede de bienes muebles, tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria permiten que, desconociendo una venta anterior y confiando de buena fe en la inscripción vigente, pueda todavía un tercero adquirir válidamente de quien ya vendió o fue ejecutado, creyéndole aún dueño. La excepción a la teoría del título y el modo surge, pues, desde el momento en que cabe la posibilidad de haber antecedido en la entrega a otros adquirentes —y ser, conforme a las exigencias del art. 609 CC, propietario—, mas no ser preferido a ellos, por no haber accedido a lo que el legislador considera una posición inatacable, a través de la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad en las condiciones expresadas en los artículos 1473.2.º del Código Civil o 34 LH (12). En relación con el

jurídica), en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 2001, págs. 184-185), destaca que en «todo caso, considerado en sí mismo y supuesta la vigencia en nuestro Derecho del sistema del título y el modo, el artículo 1.473, en cuanto prefiere al comprador posterior que se adelanta a inscribir frente al primero que, con posesión, deja de hacerlo, aparece como una desviación respecto al sistema transmisivo general, o una excepción al mismo..., (por lo que) la determinación del comprador que se considerará propietario se hace al margen del criterio general establecido para la transmisión de la propiedad».

(10) La excepcionalidad de este último criterio radica en que «otorga eficacia adquisitiva a la mera ostentación del título sin necesidad de la constancia del modo o tradición» (ALBÁCAR LÓPEZ: *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, V, Madrid, 1991, pág. 222). Por ello, en general, según MONTÉS PENADÉS (*Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* —coord.: Clemente MEORO—, Valencia, 2001, págs. 76-77), los conflictos que trata de resolver el artículo 1.473 del Código Civil «no reciben como criterio de solución la teoría del título y el modo». De ahí que, «las dudas que puedan plantearse en la interpretación de los distintos criterios de preferencia en ella —en la norma del art. 1.473 del Código Civil— elegidos no tienen por qué resolverse en el sentido que el sistema del título y el modo pudiera imponer» (GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 185).

(11) En nuestro Derecho se ampara la apariencia jurídica, entendida como «aquella institución por cuya virtud el Ordenamiento Jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles» (BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, pág. 40).

(12) Así, por ejemplo, como indica la STS de 4 de marzo de 1988, «habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente

principio de fe pública registral y tratándose, eso sí, de un tercero cumplidor del sistema del título y el modo, el acceso al Registro se considera como requisito último y esencial de la legitimación extraordinaria o expropiación que el artículo 34 LH supone. El tercero adquirente apoya su adquisición irrevindicable y *a non domino* en la inscripción de su propio derecho —*inscriptionis causa*—, sólo así podrá ser considerado un verdadero tercero registral protegido por este primordial principio hipotecario. El Registro de la Propiedad puede, pues, proteger las adquisiciones *a non domino* en dos formas distintas: acogiendo, simplemente, la adquisición de buena fe que primero se inscribe (arts. 1473.2.º CC y 32 LH: principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito), o fundamentando, además, la apariencia de titularidad y legitimación del transmitente y, *eo ipso*, alimentando la buena fe del tercero adquirente inscrito acerca de ellas (art. 34 LH: principio de fe pública registral), esto es, supliendo, en interés del tráfico inmobiliario de buena fe, el defecto de titularidad o poder dispositivo del transmitente. Así, y respecto de esta última hipótesis, si por haberse consumado ya una venta anterior —con título y modo ex art. 609 CC— se produce una posterior venta de cosa ajena, el segundo adquirente —en el que, repito, deben concurrir también los presupuestos de título y modo— será el propietario definitivo en aplicación del artículo 34 LH que consagra, por ello, una auténtica adquisición *a non domino*.

2. CUESTIONES ESENCIALES EN CASO DE DOBLE VENTA INMOBILIARIA

A) ¿La posesión de inmuebles del artículo 1473.3.º del Código Civil es sólo material?

Teniendo presente que la mayoría de los problemas que voy a tratar se plantean en los casos de doble venta judicial (13) —esto es, cuando realizada la subasta judicial de una finca, ésta ya se ha vendido por su titular registral o ya ha sido objeto de otra subasta pública—, hay que destacar que para un importante sector doctrinal (14) debe matizarse, en dicha sede, la virtuali-

hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral», principio consagrado legalmente en el artículo 34 LH.

(13) Para PAU PEDRÓN («Comentario al artículo 606», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ y otros, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pág. 1536), «en el caso de doble venta, se genera una grave incertidumbre social sobre la propiedad. Las formas espiritualizadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, *el Registro*».

(14) Así, por ejemplo, ALBÁCAR LÓPEZ (*Código Civil...*, cit., pág. 221), para quien la tradición instrumental es una presunción *iuris tantum* que no implica necesariamente

dad transmisiva dominical de la tradición instrumental. El modo documental o ficticio, por cuya virtud se trasmite la propiedad en una venta singular (ex art. 1462.2.º CC) aunque el vendedor no sea efectivo poseedor, no es idóneo para servir en una doble venta inmobiliaria como criterio de preferencia. En efecto, se dice, mediante la escritura pública o documento público asimilado, con independencia de su valor traditorio, no se puede tomar posesión a los efectos del artículo 1473.3.º del Código Civil, cuando proclama que en tales conflictos «*pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión*» (15). En el caso de doble venta inmobiliaria, no es que se niegue a la escritura pública su eficacia traditoria, pues el artículo 1473.3.º del Código Civil no deroga —ni siquiera circunstancialmente— el artículo 1462.2.º del Código Civil, sino que se rechaza su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad, y ello porque las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar esa grave incertidumbre social. La posesión que decide en el artículo 1473.3.º del Código Civil es la *possessio realis* o posesión material, posesión que presupone la *traditio* pero que no se sigue de toda forma de tradición. Y ello es así porque el artículo 1.473 del Código Civil es un precepto que, intentando respetar en lo posible el sistema del título y el modo, resuelve dando preferencia frente a los demás compradores a aquel que, además de haber consumado —como los demás— un proceso adquisitivo completo, se ha adelantado a los otros dando a su adquisición una forma efectiva de publicidad que evite la eventual aparición de una posterior adquisición de buena fe, que, en colisión con la suya, resulte más merecedora de la protección de la ley. La posesión, pues, que, en defecto de inscripción, decide cuál de las sucesivas adquisiciones es preferente, es la posesión real en su dimensión naturalmente publicadora del derecho real del dueño; no la que, sin manifesta-

la transferencia de la posesión, combatible cuando no concuerde con la realidad; GARCÍA CANTERO («Comentario al artículo 1.473», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir.: M. ALBALADEJO, T. XIX, Madrid, 1980, pág. 225); GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*op. cit.*, págs. 117-118); GORDILLO CAÑAS (*op. cit.*, pág. 204 y sigs.), LALAGUNA DOMÍNGUEZ («La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 2002, págs. 850-851 y 866), etc., y otros indicados en la nota siguiente. También algunas antiguas SSTs (22 de marzo de 1930, 9 de junio de 1955, 12 de abril de 1957 y 17 de noviembre de 1959, entre otras), recogen esta inteligencia.

(15) Para PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 2, Barcelona, 1956, pág. 189), «sólo cabe referirse a la posesión de que habla este artículo a base de concebirla como efectiva posesión real o de hecho», pues «la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil sólo puede tener eficacia a base de la inscripción de la escritura en el Registro»; y según MOLINA GARCÍA (*La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 218), «la presunción de la tradición *ficta* tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada». Ante el otorgamiento de dos compraventas, una primera en documento público y otra posterior en contrato privado, prevalece esta última si el comprador entró en la posesión real y efectiva de la finca (STS de 9 de junio de 1955).

ción material congruente, pueda simbolizarse o fingirse documentalmente a efectos traditorios para la transmisión de la propiedad. Sólo esta interpretación, entendiendo en la misma forma la posesión invocada en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.473 del Código Civil, permite la explicación unitaria y coherente del precepto, y sólo ella hace posible su integración en el ordenamiento como norma establecedora de preferencias en la colisión de adquisiciones producidas de acuerdo con el sistema del título y el modo (16).

A la inteligencia anterior se opone otro sector doctrinal (17). La posesión a que se refiere el artículo 1473.3.º del Código Civil, se dice, puede ser tanto la material como la ficticia (*ficta possessio*), pues esta conclusión es la única que permite la teoría del título y el modo, fundamento necesario del papel atributivo asignado a la posesión en el precepto. Haciendo suya la argumentación de la STS de 25 de marzo de 1994 (18) pueden señalarse, además, dos alegaciones fundamentales. La primera, que el artículo 1473.3.º del Código Civil se refiere únicamente a la *posesión*, sin añadir real, y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, hemos de considerarlas equivalentes a las de tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1.462 a 1.464 del Código Civil. La segunda, que el artículo 1462.2.º del Código Civil no hace distinciones ni salvedades, y es evidente que la tradición instrumental transmite la posesión «real», siempre que no se pruebe o se diga expresamente lo contrario. Ser primero en la pose-

(16) GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 206. Además, se dice —y yo no estoy de acuerdo—, que si se mantiene que el documento público equivale a la entrega, conforme al artículo 1462.2.º del Código Civil, se vendría a suplantarse el tercero de los criterios de preferencia del artículo 1.473 del Código Civil, a saber, la antigüedad del título adquisitivo, pues siempre resultará preferente el título de fecha más moderna, por estar incorporada la tradición a la escritura pública. Por tanto, no habiendo posesión material, siempre que se pueda probar la mayor antigüedad del título de una primera venta, celebrada verbalmente o en documento privado, será preferente sobre la más moderna, aunque ésta figure en escritura pública o documento público asimilado (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, págs. 850 y 865 y sigs.).

(17) Vid. ALBALADEJO («Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Revista de Derecho Privado*, 1976, noviembre, págs. 888-889), y «no sólo porque la Ley no excluye ninguna clase de posesión, sino porque es... el sentir del Tribunal Supremo», como se ve, por ejemplo, en las SSTs de 5 de noviembre de 1973 y 19 de noviembre de 1975; MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1921, págs. 175-176), RUBIO GARRIDO (*La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 107), etc.

(18) Explica también esta Resolución que en «todo caso, la posesión real no es equivalente a posesión o detentación material, como se ve en varias relaciones jurídicas contractuales (arrendamiento, depósito, precario, etc.)», y que las «distinciones que respecto de la posesión se hacen en los artículos 430, 431 y 432 del Código Civil... ponen de relieve la ambigüedad» de lo que sea «posesión real». La reciente SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de julio de 2005, manifiesta que si «bien en este punto no (hay) una posición unánime (son) predominantes en el terreno jurisprudencial y de la doctrina científica resoluciones y tesis que entienden que es suficiente la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil».

sión alude a cualquier modo de adquirir la posesión, sea de hecho o de derecho, sobre todo, en cuanto que en las transmisiones de inmuebles las formas espiritualizadas de tradición son, más que normales, indispensables. Además, no debe olvidarse que sólo la transmisión mediante escritura o documento público equivalente es la que transfiere el dominio y la acción real *erga omnes* sin necesidad de justificar la entrega material de la cosa vendida, no así cuando la base de la enajenación es un documento privado. La posesión que decide a quién pertenecerá la propiedad no puede ser sólo la material, porque dicha posesión únicamente puede resolver cuestiones posesorias, no de atribución de la propiedad, y porque, a diferencia de lo que sucede en sede de bienes muebles, tratándose de la adquisición de inmuebles no hay norma legal alguna que los atribuya por posesión real (19). Por todo ello, se concluye, la posesión derivada de la tradición instrumental (art. 1462.2.º CC) es apta, a falta de inscripción, para servir de criterio de preferencia en el supuesto de doble venta de inmuebles regulado por el artículo 1473.3.º del Código Civil y, en su caso, para demandar de desahucio al posterior ocupante material de la finca cuyo título se funde en documento privado, aunque éste sea de fecha anterior a la del documento público correspondiente.

B) *¿Es eficaz la tradición instrumental si el tradens no es poseedor del inmueble transmitido?*

Íntimamente conectada con la anterior surge la cuestión de qué sucede cuando en la transmisión documentada en escritura pública o documento público asimilado se comprueba que el transmitente no era poseedor real. La tradición instrumental, que puede valer como forma simbólica de entrega (ex art. 1462.2.º CC), podría quedar sin valor traditorio dominical si se constata la inexistencia o imposibilidad de la realidad simbolizada. Si, de acuerdo con el mecanismo ordinario de la adquisición derivativa del artículo 609 del Código Civil, el adquirente debía obtener del *tradens* la propiedad de la cosa mediante la entrega de su posesión, ¿nada tiene que decir el principio *nemo dat quod non habet* cuando dicho transmitente no puede entregar la posesión, por no tenerla? Voy a limitarme a apuntar someramente los más importantes intentos de solución que se han propuesto a esta controversia (20) y a decantarme por el que, a mi juicio, es preferible.

(19) RUBIO GARRIDO (*La doble venta...*, cit., págs. 106-108), para quien la primacía de esta forma de entrega «fiel a sus orígenes e ilesa ante los embates de la aceleración de la circulación jurídica es cabal precipitado *in subjecta materia* del principio añejo del título y modo».

(20) Siguiendo a GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 165 y sigs. Para este autor se trata de responder a la cuestión: «¿*Quid juris* cuando sin posesión, ni inmediata ni mediata, se

Para una primera posición doctrinal, la falta de posesión real en el *tradens* impide la transmisión dominical por defecto de modo o *traditio*. Las formas simbólicas o ficticias de tradición podrán valer en cuanto adelanten, representándola, una realidad que efectivamente va a producirse. Si esta realidad resultara imposible, ni valdría la tradición simbólica, ni la transmisión dominical se habría producido y ni siquiera su inscripción en el Registro de la Propiedad podría venir a salvarla. Esto último, porque en nuestro ordenamiento jurídico la inscripción no está llamada a hacer de *traditio* y porque en la transmisión nula por defecto de modo el adquirente es parte y no tercero protegible, sin olvidar que lo que suple el Registro es la falta de titularidad del inmediato causante, no su falta de posesión. El artículo 1462.2.º del Código Civil sienta la presunción *iuris tantum* de que la cosa se entiende entregada por el otorgamiento de la escritura pública o documento público asimilado, pero esta posesión *ficta* cede ante el hecho de estar un tercero poseyendo como dueño lo vendido y no el transmitente o ejecutado. En estos casos, se concluye, el adquirente o adjudicatario nada obtiene, pues el requisito general de la tradición quedaría totalmente destruido y, de admitir lo contrario, recaeríamos en el sistema de la adquisición de la propiedad por el solo consentimiento que con tanto empeño ha rehuido nuestro Código Civil (21).

Una segunda doctrina mantiene que la tradición por dueño no poseedor no es de por sí bastante para transmitir el dominio, pero que el principio de fe pública registral puede suplir tal insuficiencia en beneficio del adquirente inmediato de buena fe que cumpla los demás requisitos exigidos por el repetido artículo 34 LH. La falta de posesión real o efectiva por parte del *tradens*, titular inscrito, no ha de poder perjudicar al *accipiens* que adquiere confiado en que es verdad el contenido del Registro en cuanto publica un dominio completo y presume la posesión del titular registral (ex art. 38.2 LH). Es indiferente, pues, que el tercero hipotecario haya obtenido, o no, la tradición real. El título no inscrito, con tradición real o sin ella, no puede perjudicar al título inscrito al amparo de la fe pública registral, que, también con tradición o careciendo de tal, será eficaz frente a todos (22). En definitiva, sería

emplea alguna de las formas simbólicas o fingidas de tradición?». Prescindo intencionalmente de una primera orientación doctrinal que parte de la existencia de inscripción, por cuanto prefiero integrarla en el supuesto —más adecuado en este trabajo— del cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH.

(21) GULLÓN BALLESTEROS (*Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 28); PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (en *Ennecerus*, III, 1, Barcelona, 1971, pág. 446); PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, III, 1, Barcelona, 1971, pág. 347), para quien sobre «el carácter de la tradición en nuestro Derecho es importante la sentencia de 18 de febrero de 1965..., que declara que su ámbito de aplicación se limita a los contratos traslativos de dominio y que además exige la preexistencia del dominio y posesión en quien hace la entrega», etc.

(22) Vid., entre otros, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil*, III, cit., pág. 802), quien entiende que aunque el nuevo titular, al no haber recibido por *traditio*,

incongruente que la eficacia sanante de la fe pública registral, capaz de superar el defecto de titularidad del *tradens*, tuviera que detenerse, inoperante, ante la sola falta de posesión del mismo.

Una última propuesta doctrinal de solución sostiene que la tradición instrumental, en las condiciones previstas en el artículo 1462.2.º del Código Civil, vale por sí sola como modo o tradición que traspasa la propiedad al adquirente, sin que sea obstáculo que el *tradens* no posea ni siquiera mediatemente y sin que sea preciso el juego del principio de fe pública registral del artículo 34 LH. Careciendo el transmitente de toda forma de posesión, se dice, constituirá un caso de *traditio ficta* que, como fingida, no supone entrega efectiva de la posesión, pero, como medio de *traditio* legalmente admitido, vale para transferir válidamente el derecho de propiedad (23). Esta orientación añade que la propia ley cuenta con la eficaz transmisión del dueño no poseedor real: el artículo 36 LH, que entiende ser posible transmitir la propiedad de un bien inmueble mientras persona distinta del vendedor tiene su posesión jurídica total *ad interdicta* y *ad usucapionem*. A mi juicio, habría que inclinarse por esta última doctrina, pues en ella, respetándose en su esencia la teoría del título y el modo, y conjugándose con nuestro sistema registral de inscripción publicadora, se da explicación adecuada al dato legal suministrado por el citado artículo 36 LH. En efecto, la *traditio* puede y debería considerarse como medio para la obtención de lo que constituye la esencia del derecho real: el poder inmediato en la cosa, en su contraposición al solo derecho de crédito a exigirlo. Vista así la entrega, se comprende perfectamente que el otorgamiento de escritura pública pueda equivaler a ella: la escritura pública o documento público asimilado, al dar fe de la titularidad del comprador, pone el derecho de

no ha llegado a ser propietario, si «está protegido por el artículo 34 LH, su adquisición se consolida, sin *traditio*, siempre que él inscriba»; MONTES PENADÉS (*op. cit.*, pág. 113), para quien la «falta de posesión en el *tradens* conducirá a una cuestión que se ha de resolver según el adquirente esté o no protegido por el artículo 34 LH. Si lo está, y ha inscrito, la adquisición se consolida, aun sin *traditio*», etc.

(23) Así, ALBALADEJO (*Derecho Civil*, III, 1.º, Madrid, 1976, pág. 161), quien manifiesta que aunque el transmitente «no posea ni como hecho ni como derecho, sí es posible la tradición instrumental por la que no se traspasa posesión alguna pero sí se transfiere la propiedad»; GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*op. cit.*, págs. 117-118), etc. Por su parte, LACRUZ (*Inscripción y tradición...*, cit., págs. 10 y 12), dice que la «tradición instrumental del artículo 1.462, previa forzosamente a la inscripción en el Registro, perfecciona el acto transmisivo sin necesidad de posesión en el *tradens*», pues el legislador, aunque para la adquisición de la propiedad requiere la tradición, la ha desvinculado en alguna de sus formas «de toda relación posesoria, convirtiéndola en un acto destinado exclusivamente a atribuir el dominio», como ocurre en el caso del artículo 1462.2.º del Código Civil. Para el Derecho alemán, MARTÍNEZ VELENCOSO («La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la “Vormerkung”», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, pág. 667), recuerda que la «transmisión de la posesión, para los bienes inmuebles, no es uno de los presupuestos necesarios para la transmisión de la propiedad».

éste a su entera disposición, y ello le permite hacerlo valer *erga omnes*, como dueño ya actual y efectivo (24).

III. LA CONCURRENCIA DE TÍTULO Y MODO EN LAS VENTAS JUDICIALES INMOBILIARIAS

Como quiera que la adquisición de la propiedad en nuestro Derecho requiere la concurrencia necesaria de los presupuestos de título y modo, surge la trascendental cuestión del cumplimiento de dichos requisitos —indispensables para la consumación (ex arts. 609 y 1.095 del CC)—, en las adjudicaciones derivadas de ventas en subasta judicial. En este punto existen dos posturas encontradas —y, lo que es peor, utilizadas indistintamente— dentro del Tribunal Supremo (25).

1. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL CLÁSICO DE LA NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA (O TESTIMONIO EN LA ACTUALIDAD)

Esta posición jurisprudencial (26) se funda en que, en el supuesto de subasta judicial de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al

(24) GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 179. La reciente RDGRN, de 8 de septiembre de 2005, recoge esta orientación cuando afirma que la «escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega» de la posesión efectiva. Es más, la RDGRN de 22 de noviembre de 2004 negó la inscripción, conforme al artículo 5 LH —que impide la constancia registral de los títulos relativos a la sola posesión—, de una escritura pública en la que quien se decía poseedor real de unas fincas transmitía su posesión inmediata a sus verdaderos propietarios a cambio de una contraprestación.

(25) Vid. VELA SÁNCHEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2002», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, 2003, pág. 185 y sigs.

(26) Sustentada ya por las antiquísimas SSTs de 5 de enero de 1899 y 7 de octubre de 1903, y continuada, entre otras, por las de 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero y 1 de abril de 1960, 16 de julio de 1982, 10 de diciembre de 1991, 23 de diciembre de 1992, 1 de septiembre de 1997 («la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2.º del Código Civil»), 6 de abril y 29 de julio de 1999, 22 de diciembre de 2000, 4 de abril y 10 de julio de 2002. Respecto de las Audiencias Provinciales, pueden citarse, entre las más recientes, las SSAP de Orense, de 21 de enero de 2000; Cantabria, de 15 de junio de 2000; Ávila, de 5 de octubre de 2001; Asturias, de 28 de junio de 2003; Almería, de 25 de julio de 2003; Murcia, de 24 de julio, 14 de noviembre y 29 de diciembre de 2003; Barcelona, de 2 de marzo y 29 de julio de 2004, y Murcia, de 17 de enero de 2006. En la doctrina, vid., por ejemplo, CORDÓN MORENO, «Comentarios al

perfeccionamiento de la operación, al título, en tanto que la escritura pública (hoy testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario Judicial) —que confiere la posesión civilísima por *traditio ficta*—, sería el modo, es decir, la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. Se distinguen, pues, en el negocio jurídico de compraventa judicial, dos distintos momentos jurídicos, el de perfección y el de consumación. La subasta supone una oferta en «venta» que se perfecciona cuando existe conformidad en la cosa y en el precio (ex art. 1.445 CC), esto es, con la aprobación del remate, produciéndose la tradición instrumental con la plasmación de la enajenación en un documento público. Así, la aprobación del remate y la consignación del precio constituiría, a lo más, el título creador de la obligación de entrega de la cosa, pero no la tradición de ésta, que no se produce sino mediante una *traditio ficta* instrumental, una posesión civilísima o por ministerio de la ley, que antes exigía una escritura notarial y ahora un testimonio expedido por el Secretario Judicial (27). En efecto, se considera título bastante para la inscripción de la adquisición «*el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate..., y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria*» (ex antiguo art. 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— y actual 674.1.º) (28). Por ende, la entrega del testimonio del auto de adjudicación al rematante o cesionario del remate constituye una forma espiritualizada de posesión análoga al otorgamiento de la escritura pública ex artículo 1462.2.º del Código Civil.

Ciertamente, podría haberse llegado a otra conclusión para este caso de enajenaciones judiciales, habida cuenta que el otorgamiento de la escritura pública por quien es el dueño de los bienes, a favor de otro que desea comprar, puede suponer un acto consensual de entrega de la posesión avalada por el carácter público del acto, atendido que se trata de un negocio jurídico voluntario, mientras que en el supuesto de subasta pública en la vía de apremio, negocio jurídico forzoso, es más que discutible la posibilidad de presumir la intención traslativa, en cuyo caso la transmisión de propiedad sólo

artículo 674», en CORDÓN MORENO y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Pamplona, 2001, págs. 483 y 484.

(27) La reciente SAP de Murcia, de 17 de enero de 2006, defiende que la venta judicial regulada por la nueva LEC «se perfecciona por la aprobación del remate y se produce la tradición simbólica del citado artículo 1.462, y, por tanto, la consumación, con la expedición del testimonio por el Secretario, del auto de aprobación del remate y demás requisitos» (STS de 29 de julio de 1999).

(28) Como admite la RDGRN de 20 de octubre de 2005, el legislador reconoce expresamente la competencia que en orden a la adopción de fe de los actos procesales corresponde a los secretarios judiciales, y ello para satisfacer «suficientemente las exigencias formales del artículo 3 LH».

podría hacerse efectiva mediante la entrega real y efectiva de la posesión de los bienes al adjudicatario, conforme al artículo 609 del Código Civil. Sin embargo, esta línea jurisprudencial considera que la propiedad se entiende transmitida con la tradición espiritual que implica la entrega del testimonio del auto de adjudicación. Ni siquiera la modificación legal introducida, que elimina la escritura pública y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo —con las circunstancias que expresa— en título bastante para la inscripción registral, significa que se trastoquen los conceptos legales a que responde el sistema adquisitivo del título y el modo, pues sigue siendo esencial el momento en el que el adquirente entra en la posesión civilísima del inmueble, lo que sucede con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos. Por ello, como para fijar el *dies a quo* se elige el acto de consumación —cuando la cosa pasa a poder del rematante—, en vez del acto de perfeccionamiento —coincidencia de voluntades—, la tercería de dominio sólo puede interponerse hasta el momento en que el Secretario Judicial expide el testimonio que ha sustituido a la escritura pública (29).

Es cierto que ninguna sentencia del Alto Tribunal afirma que el auto de aprobación del remate deba ser firme. No obstante, la entrega del testimonio ha de tener lugar conforme al artículo 674 LEC, es decir, contando con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación del remate y en el que se exprese que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. Además, el artículo 3 LH impone la firmeza de la resolución judicial para ser considerada un título apto para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es por tanto que el testimonio sólo se entrega cuando el auto de aprobación del remate es firme y así debe constar para que el mismo pueda ser inscrito. La entrega del testimonio del auto al que la jurisprudencia anuda la *traditio* ha de reunir los requisitos antes citados, esto es, debe ser un título suficiente para la inscripción como lo es la escritura pública y no un documento meramente privado (30).

(29) La STS de 5 de enero de 1899 ya expresaba claramente que la tercería «de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante; por manera que antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura, que según el artículo mil cuatrocientos sesenta y dos del Código Civil equivale a la entrega de la cosa, puede deducirse y debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate en caso de subasta; por ser esa formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del contrato de compraventa, y no obstante el principio de la irrevocabilidad de la venta una vez celebrado el remate».

(30) SAP de Barcelona, de 2 de marzo de 2004. «Resulta por ello indiferente —sigue diciendo de forma confusa esta sentencia— que procesalmente las resoluciones judiciales sean o no ejecutivas con independencia de los recursos que puedan interponerse y también

De otra parte, para alguna sentencia perteneciente a este criterio jurisprudencial —por ejemplo, la STS de 29 de julio de 1999—, ni siquiera valdría como modo la entrega material de la finca al rematante que, aun habiendo abonado íntegramente el precio y realizado actos dominicales inequívocos —arriendos y aportación a una sociedad de la finca en cuestión—, no llegó a formalizar la enajenación forzosa en escritura pública —hoy testimonio del auto de adjudicación—. La razón de esta postura es que al ser la subasta judicial un negocio jurídico formal, donde rige para la plena producción de efectos la sujeción al principio de legalidad —de manera que sus requisitos son garantías de la seriedad de la oferta pública que la caracteriza y del cumplimiento de todas sus formalidades—, no cabe «asimilar en un todo el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código Civil. No vale, en suma, como modo, la posesión que no se otorgó conforme a las formalidades exigibles, ni según título, sin aptitud, para producir la inscripción registral».

2. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL MODERNA DE LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL REMATE Y LA ADJUDICACIÓN AL REMATANTE

Esta segunda posición jurisprudencial (31), partiendo también de la necesidad de que concurren título y modo para la adquisición del dominio en la subasta pública judicial, sostiene que la consumación de la venta judicial se produce con la aprobación por el Juez del remate —título— y la subsiguiente adjudicación al rematante o al cesionario del remate de la finca subastada —modo—, pues dicha adjudicación tiene carácter de tradición simbólica *fic-*

que la inscripción registral sea voluntaria o facultativa en nuestro derecho, pues lo que aquí (es fundamental es)... la entrega del testimonio... que supone la firmeza del auto de adjudicación».

(31) Mantenido, entre otras, por las SSTs de 31 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1989, 1 de julio de 1991 («para determinar la adjudicación definitiva debe tenerse en cuenta el día de la venta judicial, momento en que hay que entender transmitida la propiedad»), 11 de julio de 1992, 10 de junio de 1994, 8 de junio de 1995, 13 de octubre de 1998, 12 de julio de 1999, 14 de octubre de 2002 y 7 de diciembre de 2005 («con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato —venta judicial—, pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición»). En las Audiencias Provinciales, recientemente, las SSAP de Sevilla, de 3 de mayo de 2003; Málaga, de 9 de octubre de 2003 («la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública, incluida la existencia de una tradición simbólica que produce la consumación de la transmisión»); Valencia, de 4 de noviembre de 2003 y 16 de febrero de 2004; Burgos, de 29 de septiembre de 2004; Sevilla, de 30 de septiembre de 2004; Barcelona, de 24 de noviembre de 2004, y Madrid, de 15 de marzo de 2005.

ta, al no ser *numerus clausus* la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición de los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil (32). De manera que, consumada ya la venta judicial —por concurrencia de título y modo—, el posterior otorgamiento del testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario Judicial, aunque pueda ser imprescindible para que la adquisición acceda al Registro de la Propiedad, no será necesario para que concurra el requisito de la tradición instrumental del artículo 1462.2.º del Código Civil. Como resume la STS de 13 de octubre de 1998, el «problema jurídico planteado ha sido ya resuelto por esta Sala en sentencias que especifican el valor del remate del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre transmisión de titularidad dominical, aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción».

En fin, el único acto que reúne los presupuestos para considerarlo como transmisivo de la propiedad es el auto de aprobación del remate. El testimonio del auto no es más que la copia del auto redactada por el Secretario Judicial, de manera que la fuerza transmisiva descansa en la decisión judicial y no en el testimonio que se pueda expedir de dicha resolución. Eso sí, mientras el adjudicatario no reciba el testimonio del auto, no va a tener un documento público con el que acreditar su adquisición (ex art. 3 LH) y por ello no va a poder inscribir la adjudicación en el Registro de la Propiedad. Cuestión distinta es que el artículo 674 LEC, cuando se refiere al testimonio inscribible en el Registro, establece que el mismo debe ser comprensivo no sólo del auto de aprobación del remate sino también de la circunstancia de haberse consignado el precio. Pero ello no implica que la transmisión dominical se produzca por la expedición del testimonio del auto, sino que los efectos transmisivos del auto se condicionan a la susodicha consignación del precio. Lo contrario supondría considerar que una vez el Juez dicte el auto, todavía se pudiera interponer la tercera de dominio si el adquirente no hubiera retirado su copia del mismo, mientras que si ya se le hubiese entregado no (33).

(32) Y si bien en este primer momento aún no fuera dicha resolución firme —cosa juzgada formal que, por otra parte, tampoco parece ser exigida conforme a esta tesis— para entender consumada la venta, lógicamente la misma siempre habrá de entenderse producida a partir de la preclusión de la posibilidad de interponer cualesquiera recursos contra el citado auto conforme a la norma procesal civil, operando así la denominada «firmeza por consentimiento» o *ipso iure* (MONTERO AROCA y otros, *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, Valencia, 2002, pág. 412; cit. por la SAP de Burgos de 29 de septiembre de 2004).

(33) Lo «que haciendo una comparación, sería similar a pensar que si los contratantes han acudido al notario para otorgar escritura pública, pero el adquirente no ha retirado aún su copia, todavía no es propietario» (NAVARRO CASTRO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2002», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pág. 982).

En conclusión, el momento en el que se produce la transmisión de la propiedad del inmueble es el del auto de aprobación del remate o de adjudicación y no el momento en el que se expide el testimonio del mismo. Con el auto se pueden entender cumplidos los requisitos que, según la legislación civil, son necesarios para la transmisión de los derechos reales (ex art. 609 CC), pero no tanto porque el auto sea una forma de tradición, sino porque al igual que el Juez sustituye el consentimiento del ejecutado también reemplaza la voluntad de entrega de la cosa por parte de éste. Por tanto, a efectos transmisivos reales, puede considerarse ya efectuada la entrega de la propiedad del inmueble correspondiente (34). Por eso, puede decirse que el adquirente por subasta judicial se convierte en ese momento en propietario e, incluso, en poseedor mediato.

Esta nueva postura jurisprudencial se considera a sí misma como un «proceso evolutivo» actual frente a un cuerpo de sentencias antiguas, pero, obviamente, olvida —y aquí está el problema— que no se trata de un proceso cerrado, pues todavía existen resoluciones judiciales recientes que siguen manteniendo la que he denominado tesis clásica (35), de modo que, ni remotamente, el problema jurídico planteado se halla resuelto.

3. MI PROPUESTA: LA TESIS ECLÉCTICA

No seré yo quien niegue, de entrada, la virtualidad de la línea jurisprudencial que he llamado clásica, pues, como pone de manifiesto alguna sentencia (36), «obedece a una larga tradición legal que recoge (con antigüedad de unos doscientos años) *Jordán de Asso*, citando preceptos de la Nueva Recopilación y párrafos de la *Curia Philipica*». En efecto, el cumplimiento de la teoría del título y el modo del artículo 609 del Código Civil en

(34) La SAP de Sevilla, de 30 de septiembre de 2004, explica que la nueva «jurisprudencia permite afirmar que actualmente no sea dudoso que el título y el modo, requisitos ambos para adquirir el dominio, en los casos de subastas judiciales opera mediante el acto de la subasta y la aprobación del remate, siendo el auto de adjudicación, mediante testimonio del mismo, un mero requisito para la inscripción registral..., como formalismo necesario y a los solos efectos de su acceso al Registro de la Propiedad».

(35) Como, por ejemplo, las SSTs de 4 de abril y 10 de julio de 2002 y, respecto de las Audiencias Provinciales, las SSAP de Asturias, de 28 de junio de 2003; Almería, de 25 de julio de 2003; Murcia, de 24 de julio, 14 de noviembre y 29 de diciembre de 2003 (si la transmisión «se hace por Auto de adjudicación en subasta judicial, ésta es la perfección, pero la consumación se produce por la entrega a la parte del testimonio del Auto»); Barcelona, de 2 de marzo y 29 de julio de 2004, y Murcia, de 17 de enero de 2006.

(36) STS de 29 de julio de 1999. En «cualquier tiempo de la causa ejecutiva, aun después de la sentencia de remate, con tal que no se haya hecho pago, ni dado posesión de bienes, se ha de admitir la oposición de tercer opositor, que viene pretendiendo el dominio de los bienes ejecutados» (JORDÁN DE ASSO, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, Primer Tomo, año 1786, pág. 331).

las ventas en pública subasta exige, junto a la justa causa de la adquisición —la aprobación del remate—, un traspaso posesorio, aunque sea ficticio o simbólico, que produzca la efectiva adquisición del dominio sobre el inmueble ejecutado, como era el otorgamiento de escritura pública y hoy la expedición de testimonio del auto de aprobación del remate (ex art. 1462.2.º CC).

La simple adjudicación al rematante de la finca subastada, por mucho que se quiera espiritualizar la *traditio* y se proclame la existencia de un *numerus apertus* en las formas ficticias de tradición de los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil —como hace la segunda tesis comentada—, si no lleva aparejada la toma de posesión, no equivale a la entrega, al modo, como tampoco ocurriría, por ejemplo, en el caso de que varios compradores, que aún no tienen la posesión real o *ficta* de la cosa adquirida en común, se limitaran a concretar la parte específica correspondiente a cada uno.

Por tanto, en línea de principio, la tesis clásica es la que mejor responde a las exigencias de la repetida doctrina del título —aprobación del remate— y el modo —testimonio del auto de aprobación del remate— que rige en nuestro sistema de adquisición de bienes a tenor de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Ahora bien, a mi modo de ver, lo que no puede hacerse es exagerar o desvirtuar los presupuestos legales. La tradición ficticia es una mera formalidad que hace las veces de entrega sin que sea necesaria la material o real, pero si existe una verdadera entrega judicial de la posesión, eso sí, previa aprobación del remate y adjudicación de la finca al rematante, ya habría, desde este momento —y sin esperar al testimonio del auto— plena consumación de la venta judicial (37). Estoy de acuerdo en que no pueden asimilarse completamente —sin que sea posible una analogía total ex art. 4 del Código Civil— el negocio jurídico privado de compraventa y el de venta forzosa en subasta pública, y que ésta requiere, por imperativo del principio de legalidad, el cumplimiento estricto de los preceptos legales que la regulan. No obstante, no creo que el carácter de negocio jurídico formal de la venta judicial pueda llevarse al extremo de que la posesión material concedida por el Juez —si lo considerara oportuno, eso sí, recalco, aprobado el remate y adjudicada la finca—, tenga menos virtualidad que la ficticia derivada hoy del otorgamiento del testimonio por el Secretario Judicial (38). El hecho de

(37) Parafraseando al maestro CASTÁN (*Derecho Civil*, I, Madrid, 1941, págs. 404-405), la innegable virtualidad del artículo 1462.2.º del Código Civil «no excluye el que por otros medios adecuados se demuestre cumplidamente que» ya se obtuvo la posesión material del inmueble litigioso, en cuyo caso ya no es precisa «la presunción de la tradición *ficta*».

(38) Obsérvese que, puestos a ser rigurosos, también la compraventa voluntaria de inmuebles sería un negocio formal si atendemos al tenor literal del artículo 1280.1.º del Código Civil —deberá «constar en documento público» dice—, y, sin embargo, la tradición real, o sea, la consumación material de la venta, puede preceder al otorgamiento de la escritura pública. Advierte GORDILLO CAÑAS (*op. cit.*, pág. 124), que el «concepto *forma*

que el artículo 675.º LEC (39) —regulador de la entrega judicial de la posesión del inmueble adjudicado— se encuentre después del precepto que regula el otorgamiento del testimonio del auto de aprobación del remate (art. 674 LEC) no puede impedir, a mi juicio, que el Juez acceda a poner al ejecutante en posesión real de los bienes, antes del indicado otorgamiento de título público, en supuestos justificados como, por ejemplo, el de adquisición de finca que se va a destinar a vivienda habitual del adjudicatario que habita una casa ruinosa, prestándose por éste, por supuesto, las oportunas garantías —depósito suficiente, etc.— mientras, v.g., no obtiene el adecuado crédito hipotecario «*para atender el pago del precio del remate*» (art. 674.1.º LEC).

Otra hipótesis de previa posesión del rematante podría tener lugar cuando el Juez le concediera, en cualquier momento del procedimiento de apremio, la administración de la finca embargada «*para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución*» (ex art. 676 y sigs. de la LEC). Conforme al artículo 676.2.º LEC, la consecuencia inmediata de esta «*administración para pago*» es la puesta en posesión del bien embargado a favor del administrador-ejecutante, posesión, obviamente, en concepto distinto al de dueño. Si el administrador no ve satisfecho convenientemente su crédito a través de este medio de realización puede solicitar la venta judicial del inmueble en pública subasta. En este supuesto, aunque del artículo 680.3.º LEC parece deducirse la previa finalización de la administración —precediéndole, a su vez, rendición de cuentas del administrador—, entiendo que el Juez, en interés de la apropiada conservación del inmueble embargado y, por ende, en interés del buen fin del procedimiento ejecutivo, podría mantener al administrador —de acreditada competencia— en la mencionada posesión durante la tramitación del proceso. De esta manera, tendría lugar, desde la aprobación del remate y la adjudicación del inmueble al propio administrador-poseedor —momento en el que se produciría la interversión

se mueve en el campo del acto jurídico y hace referencia al revestimiento de la voluntad en el momento de su declaración», y que la «entrega o *traditio* cumple dos funciones distintas: por una parte —y esto a la perfección y en todo caso— proporciona a quien recibe la cosa el poder inmediato y directo en la misma; por otra —y ahora ya no siempre con igual rigor ni elocuencia—, en cuanto le constituye en poseedor, actúa en su favor como instrumento publicador, natural y rudimentario, del derecho que ha adquirido».

(39) Que dice: «1. *Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado.* 2. *Si el inmueble estuviera ocupado, se procederá de inmediato al lanzamiento cuando el tribunal haya resuelto, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 661, que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él...*». La SAP de Barcelona, de 2 de marzo de 2004, indica que, ciertamente, «el artículo 675 de la LEC como el anterior artículo 1.515 no imponen la posesión (material) al adjudicatario, pues para que el juzgado actúe debe pedirse o solicitarse su actuación, pero sí resulta claro de su contenido que si el adjudicatario desea tomar posesión de los bienes existiendo poseedores que se oponen a ello ha de acudir al juzgado para que disponga lo necesario».

posesoria y ya poseería en concepto de dueño—, una *traditio brevi manu* por tener la finca «ya en su poder por algún otro motivo» (ex art. 1.463, último inciso, CC). Por todo ello, sería mejor defender que el otorgamiento del testimonio del auto de aprobación del remate será título bastante e imprescindible para inscribir (ex art. 674 LEC) y, de no tener el rematante la anterior posesión material de la finca, equivaldría a una tradición simbólica o ficticia que consumaría la venta (ex art. 1462.2.º CC). Si el rematante tenía ya la posesión material de la finca, por causa justificada, no veo razón, repito, para que no se considere producida la definitiva consumación de la venta judicial desde el auto de aprobación y adjudicación.

Así, surgiría una tesis intermedia o ecléctica que podría explicarse así: en las ventas judiciales en pública subasta, el cumplimiento de la doctrina del título y el modo exige hoy la aprobación del remate y adjudicación y entrega de la finca al rematante, bien materialmente, bien instrumentalmente mediante la expedición del testimonio del auto de adjudicación por el Secretario Judicial. En esta línea estaría, por ejemplo, la STS de 27 de septiembre de 1996, que consideró cumplidos los presupuestos de título y modo en el rematante por haber hecho efectivo el pago del precio del remate y haber entrado en la posesión material de la finca subastada. En concreto, la subasta judicial se celebró el 16 de julio de 1982 y el 23 de ese mismo mes se hizo efectivo el resto del precio, entrando el rematante en la posesión material y pacífica de la finca —por no existir ocupantes de la misma ni oposición del ejecutado— y realizando «diversos actos dominicales» —obras de diversa índole, arriendos, pago de los gastos de comunidad, etc.—, si bien no otorgó escritura pública de compraventa hasta cuatro años después —marzo de 1986—. Como ya existía modo real no hacía falta, lógicamente, el instrumental derivado del otorgamiento de escritura pública o testimonio a los efectos de la consumación de la venta judicial, aunque sí para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

IV. ¿CUÁL ES LA VERDADERA EFICACIA PRÁCTICA DE LAS DISTINTAS FORMAS DE RESOLVER ESTA CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL?

1. TRASCENDENCIA ESENCIAL APARENTE: EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

Para la línea jurisprudencial que he llamado clásica (40), partiendo de que el momento esencial en el que debe apreciarse la buena fe del artícu-

(40) Concretamente, la STS de 23 de diciembre de 1992 resolvió que no «es tercero protegido hipotecariamente el adquirente que tuviese un perfecto conocimiento de las con-

lo 34 LH es el de la consumación de la adquisición —el de la concurrencia de los presupuestos de título y modo—, es razonable que si el rematante —aunque tuviera la posesión material de la finca subastada a título de dueño—, no cumplió a rajatabla los preceptos legales que regulan el procedimiento para la toma de posesión y adquisición en forma del bien subastado —esto es, si no se otorgó testimonio del auto de adjudicación—, o antes de la estricta observancia de estas normas tuvo o pudo tener conocimiento de la inexactitud registral —o sea, de que el ejecutado no era el verdadero propietario o de que existía alguna anotación de derechos a favor de tercero—, dicho rematante no estaría amparado legalmente. En efecto, al faltarle el presupuesto básico de la buena fe, no tendría la condición de tercero protegido, por lo que no podría acogerse a la salvaguarda que el Registro de la Propiedad confiere, quedando sujeto a las reclamaciones de personas con mejor derecho —v.g., procedimientos de apremio por juicio ejecutivo, tercerías de dominio, acciones reivindicatorias, etc.—. En otro caso, el rematante de buena fe —cuya adquisición se produjo por la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate— quedaría favorecido definitivamente, sin que pudiera alegarse que no tiene la posesión material o de hecho de la finca litigiosa porque el vendedor (o ejecutado) tampoco la tenía o por la retención de la posesión material por el primitivo poseedor, pues el testimonio del auto de adjudicación supone una efectiva tradición instrumental (ex art. 1462.2.º CC); y sin que, por lo demás, quepa olvidar la posible existencia de la inscripción registral en favor del rematante o cesionario del remate como refuerzo de la concurrencia de la *traditio ficta* instrumental (41).

Igualmente, para el criterio jurisprudencial moderno, si, en la enajenación de bienes inmuebles en subasta judicial pública, el ulterior rematante conoce la inexactitud registral antes del otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación, pero después de la efectiva consumación de la venta forzosa producida por la aprobación judicial del remate —título— y la adjudicación y consignación del precio de la finca subastada —modo—, quedará protegido definitivamente en su titularidad dominical por considerarse tercero hipotecario del artículo 34 LH, esto es, adquirente de buena fe y a título oneroso de aquél que según el Registro podía transmitir válidamente su dominio.

Por tanto, el argumento en el que coinciden las diversas sentencias incardinadas en las dos posiciones jurisprudenciales sobre la concurrencia de tí-

diciones en que hubo de verificar la adquisición aunque éstas no resulten del Registro, conocimiento que ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble», que, en su caso, será «aquel en que se efectúa la *traditio ficta* por el otorgamiento de la escritura pública», a tenor del artículo 1462.2.º del Código Civil.

(41) SSTs, entre otras, de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984, 7 de febrero de 1985, 18 de mayo de 1994, 29 de mayo y 9 de octubre de 1997, 14 de diciembre de 1998, 22 de diciembre de 2000, 4 de abril de 2002, etc.

tulo y modo en las ventas judiciales es el siguiente: mientras no se produce el tránsito del derecho de crédito al derecho real, sigue teniendo trascendencia, a los efectos de la protección dispensada por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, el conocimiento que el tercero alcance del defecto del título de su transmitente. Una vez que se produce tal tránsito —por el auto de adjudicación o por el testimonio del mismo—, esto es, una vez que ingresa el derecho real en el patrimonio del segundo adjudicatario como resultado de la teoría del título y el modo del artículo 609 del Código Civil, ya resulta irrelevante jurídicamente que llegue a tener noticia de esa inexactitud registral, pues se trata de un tercero adquirente a título oneroso de aquel que según el Registro podía transmitir el dominio, adquisición que, al momento de su consumación, era de buena fe (STS de 14 de octubre de 2002).

En todo caso, y ya se sostenga una línea jurisprudencial u otra, se concluye que la buena fe del tercero debe existir en el momento de la consumación del negocio adquisitivo forzoso, sin que tenga que mantenerse hasta el instante mismo de la inscripción de la adjudicación en el Registro de la Propiedad (42). Esta inteligencia se deriva también del propio artículo 34 LH, en cuanto que la fe pública registral se aplica al «tercero que de buena fe adquiera...», y es este el momento —adquisición o consumación— primordial para la concurrencia de la buena fe, pues, en nuestro Derecho, la adquisición de la propiedad se produce y consume extra-registralmente según el sistema transmisivo del título y el modo del artículo 609 del Código Civil. El Registro se hace eco de una mutación jurídico-real ya operada, pues la adquisición del derecho dominical se verifica al margen de aquél. Cuando el artículo 34 LH habla de mantener en su adquisición a quien haya inscrito su derecho, presupone que la transformación jurídico-real ya ha tenido lugar, es decir, que el derecho ha ingresado previamente en el patrimonio de quien ahora solicita la inscripción en el Registro, al haber sido parte, en este caso, en un negocio traslativo de dominio que ya se ha consumado mediante la entrega real o ficticia. Así, habrá de ser el momento de la tradición, y no el instante en el que se accede al Registro de la Propiedad, el decisivo para calibrar la buena fe del rematante. Porque fue entonces, en el instante consumatorio, cuando se dejó de ostentar un derecho de crédito y se pasó a ser titular de un derecho real concluyendo el proceso adquisitivo. Por ello, el conocimiento de la existencia de una venta anterior después de consumada la adquisición y antes de proceder a inscribir, no destruye la buena fe inicial en

(42) Como declaró la STS de 22 de abril de 1994 (confirmada, entre otras, por la STS de 23 de septiembre de 2004), la protección del artículo 34 LH al tercero hipotecario «exige que la titularidad registral exista en el momento de la perfección del contrato, no en el momento de la inscripción a favor del adquirente». La STS de 5 de diciembre de 2002 distingue: la adquisición es el momento «decisivo para la buena fe», y la inscripción «para la condición de tercero hipotecario».

virtud del principio general de que *mala fides superveniens non nocet*. Exigir la buena fe en el momento de la inscripción significaría para el tercero hipotecario, en detrimento del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, abandonar su suerte a la incierta diligencia del primer adquirente, en cuanto que si éste inscribiera previamente evitaría la irrefragable adquisición del tercero. En definitiva, el momento de adquisición *a non domino* es el del otorgamiento del título con valor de tradición —auto o testimonio del mismo— a favor del tercero de buena fe, y no el de la inscripción, de modo que ésta no hace más que cerrar el círculo de presupuestos necesarios para que actúe la fe pública del Registro, y nada más (43); esto es, la posible existencia de la inscripción registral en favor del rematante o cesionario del remate es sólo un refuerzo de la concurrencia de la *traditio ficta* instrumental (ex art. 1462.2.º CC) decisiva para consumar el negocio jurídico forzoso.

A mi juicio, la inteligencia anterior debe rechazarse en esta sede de doble venta judicial de inmuebles registrados, cuando entra en juego el principio de fe pública registral. Así, siendo dicho postulado un efecto favorable derivado de la inscripción, el artículo 34 LH requiere, como requisito *sine qua non*, la inscripción de la adquisición para la completa protección del adquirente, inscripción que necesitará la documentación legalmente establecida para cada caso. El tercero hipotecario adquiere de modo absoluto e inatacable por efecto de la inscripción, y por tanto ésta deviene en cierto sentido constitutiva de su derecho por la eficiencia de la publicidad del Registro de la Propiedad (44). En realidad, en la adquisición registral *a non domino*, la inscripción actúa sanando o supliendo las carencias de un proceso adquisitivo irregular o deficiente por falta de propiedad extrarregistral del *tradens*. En la hipótesis del artículo 34 LH la toma de razón registral es necesaria para justificar la sanación legal de una adquisición regida por el sistema del título y el modo (ex art. 609 CC), en la que, por tanto, se ha exigido el soporte de un título transmisivo válido seguido de la imprescindible tradición, aun sim-

(43) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Fundamentos de la publicidad registral», en *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1995, pág. 391. Cfr., en la misma línea, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ («Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Sentencia de 26 de febrero de 1949», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 1241 y sigs.), LACRUZ y SANCHO (*Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, págs. 231-232), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS («Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», en *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1999, pág. 556), etc.

(44) La SAP de Alicante, de 31 de enero de 2002, por ejemplo, negó la condición de terceros hipotecarios a los cesionarios de un remate, entre otras razones porque no habían procedido a inscribir su título de adquisición. Para algunos, incluso, la «inscripción tiene eficacia constitutiva, cuando, careciendo el titular inscrito del derecho aparentado por la inscripción (Registro inexacto), adquiere de él un tercero protegido por el principio de fe pública registral» (GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1987, págs. 93-94). En el mismo sentido, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 612.

bólica, pero en la que hay que suplir el defecto de titularidad o de poder dispositivo del transmitente. Tratándose de doble venta de inmuebles inscritos, en el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional del título y el modo y la necesidad de la tradición; pero en el instante de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor si no constitutivo, sí de prevalencia, pero que juega con independencia de la adquisición ya consumada (45). Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para hacer inatacable el dominio de fincas inscritas respecto de un tercero registral que aún no ha inscrito su derecho en el Registro. Por ello, la protección del artículo 34 LH sólo existe cuando se da entrada al título en el mundo hipotecario, de modo que la inscripción interviene colaborando en la adquisición de buena fe dándole una efectividad que sin ella no habría obtenido. La absolutividad o eficacia *erga omnes* irreivindicable de los derechos reales adquiridos ex artículo 34 LH exige su publicidad, su inscripción, como medio fáctico para conseguir esa virtualidad oponible. Una adquisición *a non domino* según el Registro requiere, pues, la inscripción del título del adquirente, por lo que el momento decisivo de la adquisición no es el de la concurrencia de título y modo según el artículo 609 del Código Civil, sino el de la inscripción (46).

De esta manera, y en cuanto que ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero sino desde el momento en que haya sido inscrito en el registro público, realizada la inscripción, se evita que puedan surgir nuevos terceros hipotecarios que adquieran, confiando en el Registro, del que anteriormente figuraba como titular registral; y, asimismo, quedan privadas definitivamente de efectividad las transmisiones intermedias del inmueble que, debiendo o pudiendo haber sido inscritas, no accedieron al

(45) DE LA RICA (*Dualidad...*, cit., pág. 642), más terminante, declara que la «anticuada teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y los derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria».

(46) Así, recuérdese que la STS de 4 de marzo de 1988 indica que existiendo «inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral». Por ello, GORDILLO CAÑAS («Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2002», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, págs. 854-855), defiende que la buena fe debe mantenerse hasta el momento de la inscripción, pues el artículo 34 LH consagra no «una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción, sin ser por ello constitutiva al modo germánico, es requisito —uno más— del complejo presupuesto convalidador de la adquisición».

Registro. La mera adquisición por el sistema de título y modo no garantiza al adquirente la plena oponibilidad de sus derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior, al no disponer los terceros de mecanismos para conocer y respetar la nueva situación jurídica producida, generándose así clandestinidad e incertidumbre social respecto de la titularidad de los derechos reales (47). En estos casos, deberá ser el Registro el llamado a eliminar cualquier riesgo, es decir, frente al problema de la colisión de derechos existente, el Derecho Registral deberá resolver esta controversia mediante su intervención, estableciendo de manera objetiva la primacía de uno de los derechos concurrentes. Aquí, pues, resulta imprescindible la publicidad de los derechos de propiedad a través del Registro de la Propiedad, constituyendo éste la mejor prueba de propiedad, sin que ello lo convierta en constitutivo de derechos. Al prevalecer la posición de quien inscribe de buena fe, a pesar de que existieran adquirentes anteriores, se premia la diligencia de quien evita que persista una apariencia engañosa, continuando el bien inscrito en el Registro en favor del *tradens* cuando, en realidad, se han verificado transmisiones que no han trascendido a los folios registrales y convirtieron en dueños a otros, menos diligentes, que no solicitaron a tiempo la inscripción. El sistema registral, en consideración a la eficacia de la publicidad registral, opta por la protección del tercero hipotecario que inscribe, respecto del cual las demás ventas resultarán ineficaces, por lo que, en un sentido operativo, la inscripción refuerza su modo adquisitivo, aunque no llegue a ser constitutiva de su derecho. La existencia y transmisión del derecho real *inter partes* se produce con total independencia de la inscripción registral, pero la omisión de ésta impide al derecho real desplegar expedidamente la oponibilidad que por su propio concepto naturalmente le corresponde; por ello, el derecho real así existente y transmitido, aunque podría oponerse a cualquier tercero, no tendrá virtualidad frente a quien lo tenga adquirido e inscrito, de buena fe. Igualmente, por el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH) (48), al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos, esto es, al tercero que adquiere en determinadas condiciones (las del art. 1473.2.º CC o del art. 34 LH —incluyendo

(47) Como certeramente manifiesta GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, cit., pág. 120), la «publicidad, instrumento artificial de constatación de una realidad jurídica previa, al igual que la forma en su significación ordinaria (arts. 1.278-1.280 CC), aparece como una prolongación de esta última, en condición de instrumento concatenado a ella y más específica y adecuadamente ordenado a vehicular directa e indiferenciadamente *erga omnes* la cognoscibilidad de los derechos reales, o, más general y propiamente hablando, la situación jurídica de las fincas y las condiciones de capacidad y dispositivas de su titular». Vid., también, en esta sede, págs. 181 y 212 y sigs.

(48) A cuyo tenor, los «*títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*».

la inscripción—), sólo le perjudica lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro. En esta sede de doble venta, pues, los artículos 32 y 34 de la LH están recíprocamente involucrados en una zona única donde la inscripción reforzaría excepcionalmente su significado. Así, la preferencia dada a la venta primeramente inscrita sobre la anterior consumada pero no inscrita es una consecuencia de que los títulos no inscritos no surten efectos contra tercero que inscribe (arts. 32 LH y 1473.2.º CC), ni frente al adquirente protegido por el principio de fe pública registral (art. 34 LH), esto es, frente a quienes habiendo inscrito en el Registro están protegido por él, de tal modo que no pueden oponérsele los titulares anteriores no inscritos (STS de 15 de noviembre de 1990). Por el contrario, son preferentes las transmisiones intermedias que, cumpliendo también los requisitos de título y modo, se inscribieron con anterioridad o —y esto es importante—, fueron conocidas por el segundo adquirente antes que inscribiera, pues, ahora sí, *mala fides superveniens nocet* (49). La finalidad aseguradora de las adquisiciones de buena fe que el sistema registral se propuso introducir en el tráfico inmobiliario por la vía del artículo 34 LH, es incompatible con la posibilidad de que cualquier derecho real, por muy existente que sea —por la concurrencia de título y modo—, pueda sorprender perjudicialmente a quien, sin tacha alguna de mala fe, se haya colocado en situación de resultar objetivamente alcanzado por su característica absolutividad. Adquirido ya conforme a Derecho un derecho real por la concurrencia de título y modo —derivado éste de la posesión material o del otorgamiento de escritura pública o de documento público asimilado—, el principio de fe pública registral aparece como una anomalía, como una privación de derechos adquiridos legalmente y con anterioridad, que no puede justificarse, tratándose de inmuebles inscritos, sino por la conjunción de todos los presupuestos contemplados en el artículo 34 LH (50).

(49) Por tanto, el «tercero adquirente no resultará protegido por el principio de fe pública registral si cuando llega al Registro la finca ya no está inscrita a nombre de su transmitente (cfr. art. 17 LH), aunque éste fuera su titular registral en el momento de la celebración del contrato, en el del otorgamiento del título público inscribible y en el de la tradición. Tampoco resultará protegido si en el momento de la inscripción consta en el mismo Registro alguna causa de anulación o resolución del derecho de su transmitente (cfr. art. 34.1 LH), aunque no constase en un momento anterior» (CLEMENTE MEORO, «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, 2002, págs. 1874-1875).

(50) Ahora bien, como resalta GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, pág. 337), existiendo una adquisición *a non domino* ya consumada y eficaz, con arreglo al artículo 34 LH, por reunir el adquirente todos los requisitos de tal precepto y, en particular, el de la inscripción y el de la buena fe, si, seguidamente, ese titular *a non domino* transmite la finca a un ulterior adquirente, que carece de buena fe porque conocía la inexactitud registral que existía en la previa adquisición que hizo su ahora transmitente, esta última adquisición será inatacable, ya que es

En definitiva, en virtud del principio hipotecario de fe pública registral (art. 34 LH), puede producirse una adquisición *a non domino* que haga preferente a un comprador y que haga perder la propiedad al adquirente que recibió primero la tradición; primacía que se concederá tan sólo al rematante que cumpla los requisitos exigidos por el indicado principio (51). Por tanto, en caso de adquisición *a non domino*, ex artículo 34 LH, el momento crucial no es el de la tradición, el de la consumación —como las dos posturas jurisprudenciales encontradas mantienen—, sino el de la inscripción, de manera que el tercero registral debe continuar siendo de buena fe hasta dicho instante (52). Si bien la buena fe debe estar presente al momento de la celebración del contrato, deberá perdurar hasta su inscripción, por cuanto todos los requisitos para el funcionamiento del principio de fe pública deben ser concurrentes en el tiempo: antes de la inscripción, no tiene sentido referirse a la buena fe de quien todavía no es tercero del Registro ya que no ha inscrito su derecho. El *iter* adquisitivo de la adquisición registral *a non domino* culmina cuando el tercero adquirente inscribe su derecho; mientras ello no ocurre, todavía no ha adquirido de forma irreivindicable, y es al adquirir —a la coronación de su proceso adquisitivo—, cuando necesita estar y permanecer en su situación de buena fe. Aplicando el principio *mala fides superveniens nocet*, quien conoce la compra anterior del bien por un tercero al mismo *tradens* y *a domino* pierde su buena fe, incluso si tal conocimiento se obtiene después de tener título público —testimonio del auto de aprobación del remate— inscribible a su favor. En la medida en que llega a saber que su transmitente no era dueño cuando fue ejecutado, resulta de mala fe —pues conoce la inexactitud registral—, y en el conflicto entre adquirente *a domino* y el que sólo puede llegar a adquirir *a non domino* ha de ser preferido aquél si éste no es de buena fe en el momento de la inscripción; buena fe, eso sí, que se presume (ex art. 34.2.º LH).

indiferente que los ulteriores adquirentes de un titular *a non domino* sean o no de buena fe porque ellos adquieren *a domino* y realizan una adquisición normal y corriente, para la cual ni el Código Civil ni la legislación hipotecaria exigen más requisito que el título seguido de la tradición conforme al artículo 609 del Código Civil.

(51) La STS de 5 de diciembre de 2002, por ejemplo, tratándose de un titular registral no dueño real, optó por aplicar el artículo 34 LH a dicha adquisición *a non domino*, desechando el juego del artículo 1.473 del Código Civil por estar restringido sin más al «terreno de una doble venta».

(52) Vid. CANO TELLO (*Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1992, pág. 303), GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 296), para quien «la adquisición *a non domino* del tercero, además de *ex lege*, es una adquisición *inscriptionis causa*, es decir, que se produce por *causa de la inscripción*. La inscripción no es simplemente un requisito de eficacia, ni una simple *conditio iuris*..., sino que la adquisición sólo tiene eficacia y se mantiene como tal una vez inscrita, lo que demuestra que la inscripción determina el momento fundamental de la adquisición»; GÓMEZ GÓMEZ («Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, págs. 571-572), GOR-

Obsérvese que en esta posición subyace un deseo de extremar la posición ética del adquirente. Si el tercero va a ser protegido en la medida en que sea de buena fe, ésta ha de darse todo el tiempo, y parece contrario a la ética indicada que quien ha llegado a tener conocimiento de la inexactitud registral acuda al Registro para buscar su amparo. La adquisición *a non domino* supone una derogación al principio de autonomía privada, pues el propietario real debe consentir la pérdida de su propiedad, y como tal abolición de una regla general y básica requiere una justificación especial. La propiedad hecha eficaz por la fe pública registral no supone una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción es requisito —uno más— del complejo mecanismo convalidador de la adquisición, dispositivo que, en su íntegra verificación o desarrollo, exige la concurrencia de la buena fe. Para que opere una adquisición mediante un negocio jurídico en el que no interviene el verdadero titular ha de imputarse a éste una conducta contraria a las exigencias de la buena fe (objetiva) —negligencia en la constancia registral de su derecho—, y la adquisición ha de ser en favor de quien a su vez actúa de buena fe (subjettiva) hasta el momento en que se completa su protección registral —la inscripción— (53). Claro que habrá que entender como momento de la inscripción, no en el que ésta materialmente se extienda —y que puede depender de hechos extraños a la voluntad del tercero—, sino el del asiento de presentación, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 LH (54).

DILLO CAÑAS (*Comentario...*, cit., págs. 854-855), SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, págs. 465-466), quien sostiene que la inscripción es constitutiva «en el caso en que sea necesario proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante», etc.

(53) Cfr. CLEMENTE MEORO (*op. cit.*, pág. 1868), GARCÍA GARCÍA («Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 4.º, Madrid, 1999, pág. 502), MIGUEL GONZÁLEZ («El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, pág. 47), NÚÑEZ LAGOS («Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, pág. 604), etc. Sería «contrario a la orientación moral de nuestro Derecho que éste pueda preferir a nadie, en su colisión con otro u otros, por haber puesto en práctica una determinada actuación llevada concretamente a cabo de mala fe» (GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., pág. 202, nota 485). También en esta línea parece estar la STS de 30 de noviembre de 1991, que niega la aplicación del artículo 34 LH por existir mala fe «inicial y no sobrevenida y posterior a la inscripción registral».

(54) «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». Así, por ejemplo, la STS de 16 de junio de 1998 mantiene que la «fecha de una inscripción... es siempre la del asiento de presentación cuando, dentro del plazo de su vigencia, se cumplen los requisitos exigidos por el Registrador al calificar»; por ello, «el asiento de presentación es como un *nasciturus* hipotecario: si llega a feliz término, sus efectos se retrotraen a la presentación» (CARBONELL SERRANO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia*

2. SU VIRTUALIDAD REAL

A) *La unión de título y modo impide el ejercicio de la tercería de dominio*

En los casos de ejecución de embargos sobre inmuebles sí que es fundamental la presencia de los presupuestos de título y modo en el adjudicatario en relación con la posibilidad de que el verdadero dueño pueda o no interponer tercería de dominio, ya que, según el artículo 596.2.º LEC, el «*tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio... que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta*» (55); legislación civil que requiere, conforme a los repetidos artículos 609 y 1.095 del Código Civil, la concurrencia de título y modo para adquirir, modo, ya se sabe, material o instrumental (ex art. 1462.2.º CC).

En esta sede, pues, sí que podría tener trascendencia la asunción de uno u otro de los criterios mantenidos por las dos líneas jurisprudenciales diversas existentes respecto del momento de la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales. Como sabemos, una primera posición parte de que la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, al título, en tanto que la escritura pública —hoy testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario Judicial—, sería el modo, esto es, la operación de consumación del acto procesal enajenatorio; por lo que es posible interponer la tercería entre la aprobación del remate y el momento en el que la transmisión del bien se produce, es decir, el momento de expedición del testimonio del auto de aprobación del remate (56). En cambio, la segunda

Civil, núm. 48, 1998, pág. 1274). Por ende, aun existiendo asiento de presentación del título del adquirente antes de que se inscriba la otra adquisición, si aquél se deja caducar y mientras esa otra adjudicación tiene acceso al Registro, ésta obtiene la prioridad respecto de la inscripción que finalmente se realice. Téngase en cuenta, además, que si el asiento de presentación es aquel a que se refiere el artículo 418.4.º RH, es decir, el practicado al recibir en el Registro la comunicación por telefax del Notario de la autorización de una escritura pública de venta, caducará a los diez días si en ese tiempo no llega al Registro el original de dicha escritura.

(55) En idéntico sentido, quien «*afirma que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante*» (art. 614.1.º LEC), no podrá interponer demanda de tercería de mejor derecho «*en caso de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante, después de que éste adquiera titularidad de dichos bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil*» (art. 615.2.º LEC); indicando la STS de 10 de julio de 2002 que convirtiéndose por la LEC «al testimonio del auto de aprobación del remate en título suficiente para la inscripción registral a favor del rematante... la tercería de mejor derecho podría ser interpuesta hasta el momento en que el Secretario de Juzgado expidiese el referido testimonio».

(56) En esta línea, por ejemplo, la SAP de Granada, de 18 de mayo de 1999, expresamente declara que la demanda de tercería de dominio puede presentarse y ha de trami-

línea jurisprudencial sostiene que la consumación de la venta judicial se produce con la aprobación por el Juez del remate —título— y la subsiguiente adjudicación de la finca subastada al rematante o al cesionario del remate —modo—, pues dicha adjudicación tiene carácter de tradición simbólica *fic-ta*. Por ende, según se mantenga una u otra tesis jurisprudencial, el derecho a ejercitar la tercería de dominio cesará antes o después, lo cual es sin duda relevante en la protección del derecho del anterior dueño. Pero, ¿acaba aquí la virtualidad de la fecha de la concurrencia de título y modo? O, dicho de otra manera, ¿cuál es la efectiva trascendencia de la falta de ejercicio de la tercería de dominio?

Obsérvese que al titular de un derecho real sobre el inmueble embargado se le impone una actuación diligente respecto de la ejecución que afecta a dicho bien, pues debe realizar lo necesario para conservar su titularidad (57), esto es, ha de acudir al proceso ejecutivo de cuya existencia tiene o puede tener conocimiento a través del Registro de la Propiedad. Pero si no se ejercita la tercería de dominio antes de que concurren título y modo en el segundo adjudicatario, es decir, antes de dictarse el auto de aprobación del remate o de adjudicación —según el criterio jurisprudencial moderno— u otorgarse testimonio del mismo —conforme a la línea jurisprudencial clásica— (ex art. 674.1.º LEC), momento límite para la interposición de aquella acción, según ordena el artículo 596.2.º LEC, el rematante podría adquirir una posición inatacable y podría inscribir libre y definitivamente su título en el Registro. Y ello a pesar de que, previamente, se hubiera inscrito una escritura de compraventa —voluntaria o judicial— en favor de persona diferente del deudor ejecutado, y de cualquiera que hubiera sido el momento de celebración de dicha compraventa: antes o después del embargo, con tal que se hubiera registrado después de la anotación preventiva de éste. Si la inscripción de la adquisición es posterior a la anotación preventiva de embargo, al

tarse aun cuando se hubiese aprobado el remate en caso de subasta judicial, por ser tal formalidad un acto de perfeccionamiento y no de consumación, pues éste se produce por la expedición de la escritura o testimonio correspondiente.

(57) Vid. GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario...*, II, cit., pág. 770), y NAVARRO CASTRO (*op. cit.*, pág. 978), quien escribe que si «el adquirente inscrito quiere evitar la cancelación de su inscripción, deberá alegar su adquisición durante la tramitación de la ejecución a través de la correspondiente tercería de dominio»; debiendo probar ser propietario del bien embargado en el momento en que se decretó el embargo (STS de 9 de abril de 1997). Para BUSTOS PUECHE («El sujeto beneficiario de la protección registral...», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, 2003, pág. 2641), ni siquiera es justo que pueda quedar perjudicado quien, «confiado en los datos registrales, sigue todo el procedimiento de apremio hasta pedir la adjudicación o hasta que un postor la pide y, justo antes de la aprobación de la venta judicial, se ve demandado en tercería de dominio por quien... lleva meses, acaso años, con una escritura de compraventa que no inscribió, y que acaba de inscribir, y que ha provocado el engaño del ejecutante quien, de haber conocido esa compraventa ni habría embargo ni mucho menos habría seguido la vía de apremio».

faltarle la buena fe en el momento de la registraci3n, el adquirente no podr3 ser tercero hipotecario del art3culo 34 LH, de lo que parece resultar que habr3 de soportar la carga del embargo con la que ya adquiri3 el bien y, por tanto, podr3 proseguirse el procedimiento de apremio hasta su conclusi3n con la enajenaci3n forzosa en subasta p3blica o cualquiera de los otros medios de realizaci3n previstos ahora por la Ley de Enjuiciamiento Civil y ser3 inatacable el derecho del adjudicatario o rematante, inscribi3ndose su adquisici3n en el Registro de la Propiedad, previa cancelaci3n de la anterior, al amparo de los art3culos 674.2.º LEC y 175.2.º RH. De esta manera, la inscripci3n a favor del rematante exigir3, al mismo tiempo, la cancelaci3n de esa compraventa que lleg3 tard3amente al Registro (ex art. 674.2.º LEC). La falta de ejercicio de la tercer3a de dominio otorgar3 —se concluye por un importante sector doctrinal— efectos absolutos al embargo frente a todas las inscripciones posteriores, aun cuando éstas se basen en adquisiciones consumadas anteriores a la propia anotaci3n de embargo (58). Desde esta 3ptica, pues, resulta diáfana la trascendencia de asumir una u otra posici3n jurisprudencial respecto de la concurrencia de t3tulo y modo en las ventas judiciales, puesto que la tesis moderna restringir3 el plazo de ejercicio de la tercer3a de dominio, a diferencia de la postura cl3sica que, al exigir testimonio del auto de aprobaci3n del remate o de adjudicaci3n, podr3a alargar en el tiempo aquella posibilidad de actuaci3n procesal.

No obstante, y frente a lo anterior, creo que hay que realizar algunas puntualizaciones y correcciones. En caso de enajenaci3n de un inmueble que ya ha sido embargado —con t3tulo y modo tras el embargo o con t3tulo anterior y tradici3n posterior—, no prosperar3 la eventual tercer3a de dominio que el adquirente interponga, dado que, como reitera la jurisprudencia (59), el dominio del tercerista ha de ser adquirido mediante un t3tulo que tenga realidad ya en el momento del embargo, concurriendo igualmente el modo antes de dicha fecha, sin que, en principio, sea l3cito tomar como punto de referencia temporal para la justificaci3n del dominio la de la anotaci3n preventiva de embargo

(58) Vid. BUSTOS PUECHE (*El sujeto...*, cit., págs. 2638-2639), NAVARRO CASTRO (*Comentario...*, cit., págs. 978-979), etc. Para ARNÁIZ RAMOS («La anotaci3n preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinaci3n del alcance de la ejecuci3n respecto de titulares registrales posteriores a ella», en *Revista Cr3tica de Derecho Inmobiliario*, núm. 666, 2001, pág. 1572), hay «una idea fundamental que informa el contenido de los diferentes preceptos que regulan la materia: *el de la mayor o menor diligencia con la que los afectados por el proceso ejecutivo y sus consecuencias act3en en el mismo*».

(59) Para que se produzca la enervaci3n del embargo es necesario que los bienes est3n integrados efectiva y legalmente en el patrimonio del tercerista en tiempo anterior a quedar sujetos al pronunciamiento de ejecuci3n sobre los mismos mediante su traba: SSTs de 12 de junio de 1982, 25 de febrero de 1991, 15 de junio y 3 de noviembre de 1992, 1 de abril y 30 de septiembre de 1993, 17 de septiembre de 1996, 10 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2005, etc.

en el Registro de la Propiedad. En suma, si la traba tuvo lugar cuando los bienes todavía permanecían en el patrimonio del deudor y éste posteriormente los enajena, cabe sostener que los transmite con la carga del embargo, por lo que el adquirente primero habría de soportar la ejecución, a no ser que concurrieran en él los requisitos del tercero hipotecario del artículo 34 LH, lo que, evidentemente, no será apreciable si se ha practicado en el Registro la anotación preventiva de la traba antes de que él inscribiera su derecho, lo que enerva los efectos de la fe pública registral por falta de buena fe en el momento de la inscripción. Por ende, si el comprador que adquiere después del embargo inscribe su derecho en el Registro después de la anotación preventiva de aquél no prosperará su tercería de dominio por no ser su adquisición anterior a la traba (STS de 7 de enero de 1992), ni será protegido en su adquisición frente al eventual adjudicatario en la enajenación forzosa por no ser tercero hipotecario. Sin embargo, si el primer adquirente acelera su acceso a los libros y consigue registrar su derecho antes de que el acreedor embargante logre dar garantía registral a la traba, el Registrador no practicará la anotación del embargo, al aplicar el artículo 140, regla 1.^a RH, que se refiere a los casos en que la propiedad de la finca gravada apareciese inscrita a favor de persona que no sea aquélla contra quien se hubiese decretado el embargo. Tal decisión aparece confirmada en Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de 8 de febrero de 1996, que afirma que «aun cuando, como en el caso debatido, el embargo cuya anotación se pretende fue anterior a la adquisición de la finca trabada por el titular registral actual, el principio de prioridad (cfr. art. 17 LH) determina el cierre del Registro a los títulos (como el embargo cuestionado) que, aun siendo anteriores al ahora inscrito, se le opongan o sean incompatibles» (60). Producido el embargo, aunque no esté anotado, el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo, a salvo el caso en que el que hubiese adquirido el bien con posterioridad al embargo reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria, el artículo 34 LH básicamente, lo que no sucederá si la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien. Esta inteligencia tiene apoyo legal expreso en el artículo 613.3.º LEC, el cual, al regular los efectos del embargo, establece que cuando «*los bienes (embargados) sean de las clases que permiten la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución, tendrá como límite las cantidades*

(60) Vid. DÍAZ MARTÍNEZ (*La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, págs. 249-250), para quien, además, debe tenerse «presente que el acreedor embargante podría ejercitar, en su caso, acción rescisoria de la enajenación por fraude de sus derechos y que el artículo 37.4.º, b) LH establece que este tipo de acción perjudicará al tercero que haya inscrito el título de su derecho cuando éste, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude».

que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición». En consecuencia, ya que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida, ni por el principio de prioridad ni por la fe pública registral —si se inscribe después de la anotación del embargo—, no puede denegarse al rematante la inscripción de la enajenación forzosa —antes a través de la escritura pública, hoy mediante el testimonio del auto de aprobación del remate—, aunque, por supuesto, sea necesario efectuar la cancelación de la venta intermedia en los términos que resultan de los artículos 674.2.º LEC y 175.2.º RH.

Sin embargo, y por lo que respecta al comprador con adquisición consumada con anterioridad al embargo y que inscribe después de la anotación preventiva de la traba, estoy de acuerdo con la inteligencia de que la falta de ejercicio de la tercería, la inadmisión de la tercería por interponerse fuera de plazo o su resolución desfavorable al tercerista no da efectos absolutos al embargo, pues no impide una posterior acción reivindicatoria para hacer valer el anterior derecho de propiedad, como resulta de la propia LEC en su artículo 603, primera parte (61). Así, el adquirente anterior al embargo, que inscribe su derecho una vez que ya se ha practicado en el Registro de la Propiedad la anotación preventiva de embargo no necesita interponer tercería de dominio si quiere defenderlo. El propio artículo 594.1.º LEC confirma esta inteligencia cuando afirma que el *«embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adju-*

(61) Que indica que: *«La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien...»*. Vid. CACHÓN CADENAS (*Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, dir.: LORCA NAVARRETE, Valladolid, 2000, pág. 2955); TALMA CHARLES (*La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, pág. 452), para quien la «adquisición anterior prevalecerá (independientemente de la fecha de la inscripción), sobre la anotación de embargo “posterior”, siempre que se haga valer en la tercería, o el declarativo correspondiente», etc. Como señala GUTIÉRREZ ZARZA («Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2000», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, pág. 63), la «jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo». Sin embargo, la reciente RDGRN de 21 de febrero de 2005 mantiene que a «pesar de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre la materia, que entiende que el juicio de tercería se limita exclusivamente a decidir sobre la pertinencia del embargo trabado, (si) la declaración judicial contenida en dicha tercería declara la pertenencia de la finca a una persona determinada con base en uno de los actos o negocios previstos por el artículo 609 del Código Civil y que como tales se consideran por el legislador aptos para lograr la transmisión del dominio... (resultará) procedente la inscripción de la declaración judicial contenida en la sentencia».

dicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva». Ello significa que el primer adquirente puede ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con el único límite de que el ulterior adjudicatario haya consumado una adquisición que sea inatracable o irreivindicable. Es cierto que los artículos 175.2.º RH y 674.2.º LEC permiten al adjudicatario cancelar las inscripciones posteriores a la anotación de embargo (62), pero también lo es que dichos preceptos deben conjugarse con el citado artículo 594.1.º LEC que, repito, sólo impide la virtualidad definitiva de la primera compra si se ha producido una adquisición inatracable por parte del ulterior rematante. Pero ello no va a poder ser así si el segundo adjudicatario tiene a la vista la existencia de una titularidad anterior y contradictoria a la suya, pero que retrasó su presentación a un momento posterior al de la anotación preventiva, más anterior a la inscripción del ulterior adquirente: resultaría absurdo dar lugar a la registración del segundo adjudicatario y a la cancelación del asiento del titular rezagado porque éste siempre podría reivindicar la finca al rematante (63). Además, la cancelación obtenida en el procedimiento de ejecución no constituye una decisión jurisdiccional definitiva sobre la cuestión relativa a la titularidad de la finca, que sólo se puede obtener en un procedimiento contradictorio *ad hoc*, sino, todo lo más, consigue ubicar al ahora titular registral en una cómoda posición pasiva y trasladar al expulsado del Registro la carga de la prueba. Dicho en otras palabras, en el caso de que se obtenga del Juez la cancelación del asiento vigente —referido a la primera adquisición— y la inscripción de la segunda adjudicación, como ello no es determinante de una pérdida definitiva de derechos, siempre quedará a salvo la acción reivindicatoria (64) del primer adquirente,

(62) Tampoco puede olvidarse que es doctrina de la DGRN —vid., por ejemplo, Resolución de 10 de octubre de 2005—, que en «materia de cancelación de asientos posteriores a una anotación preventiva, la caducidad de tales anotaciones opera *ipso iure* una vez agotado su plazo, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores... no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro se había operado ya la caducidad».

(63) Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ («La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, págs. 1508-1509), «la inscripción de la adjudicación no supone la cancelación automática de la inscripción incompatible, aunque ésta sea posterior a la anotación de embargo que ha causado la adjudicación, sino, en principio, la existencia de dos inscripciones sobre la misma finca... Resolver la contradicción de dos inscripciones... simultáneas es el contenido del mandamiento de cancelación, que debe efectuarlo el juez porque la contradicción registral no se puede resolver directamente aplicando el principio de prioridad».

(64) Como indica la STS de 16 de julio de 1982, en los casos en que la finca ya se ha transmitido a un segundo adjudicatario (ex art. 596.2.º LEC), la vía adecuada para que el primer adquirente defienda su posición jurídica no será ya, evidentemente, la ter-

que deberá ser estimada, en cuanto que, como vengo defendiendo, el último adjudicatario, al conocer la existencia del primero antes de inscribir su derecho, carecería de la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH por faltarle la buena fe, y sólo el juego del principio de fe pública registral podría conllevar una adquisición irreivindicable a tenor del artículo 594.1.º LEC.

Porque, respecto del segundo adjudicatario, ¿adquirir de «*modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*» significa sólo concurrencia de título y modo, criterio normal de la adquisición de la propiedad en nuestro sistema según los artículos 609 y 1.095 del Código Civil? Así parece entenderlo, como ya he señalado anteriormente, la Jurisprudencia mayoritaria en cuanto que —ya se decante por la tesis clásica, ya por la moderna—, fija el momento de protección del adquirente en subasta judicial cuando adquiere el dominio por el solo concurso de los presupuestos de título y modo, como, por ejemplo, la STS de 14 de octubre de 2002. Pero esto no es así, porque cuando se adquiere *a non domino*, es decir, de un titular inscrito que ya no es propietario en la realidad extrarregistral, la adquisición de «*modo irreivindicable*» del artículo 594.1.º LEC requiere, necesariamente, el juego del principio de fe pública registral y, por ende, el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH. El hecho de que el primer adquirente no haya ejercitado a tiempo la tercería de dominio —por haber consumado el segundo adjudicatario por la unión de título y modo—, no hace desaparecer el dato relevante de que se embargó un inmueble que ya no pertenecía al deudor ejecutado, por lo que, al final de la ejecución, el rematante no adquiere del *verus dominus*, sino *a non domino*. No es la mera adjudicación en la subasta judicial o el testimonio de la misma la que hace inatacable la adquisición, sino la reunión de todos los requisitos propios del tercero hipotecario en el ulterior adquirente: finalizado el procedimiento de ejecución, si el adjudicatario inscribe en el Registro, la ajenidad de la finca no será un obstáculo a la adquisición si se cumplen todos los demás presupuestos del artículo 34 LH. Por ello, el mantenimiento irreivindicable de la compra del segundo adjudicatario debe fundarse en su consideración de tercero registral del artículo 34 LH por haber adquirido a título oneroso, de persona inscrita y de buena fe, debiendo ésta durar hasta el momento de su inscripción (65), último presupuesto, pero también esencial, en esta sede. Cualquier adquirente *a non domino*, también el adjudicatario en pública subasta derivada de anotación de embargo, no tiene garantizada una posición defensiva

cería de dominio, sino la acción ordinaria correspondiente, en particular, la acción reivindicatoria.

(65) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO («Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2001», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, pág. 643); CLEMENTE MEORO (*Sobre el momento...*, cit., págs. 1866-1867); GORDILLO CAÑAS (*Comentario...*, cit., págs. 854-855), etc.

definitiva más que cuando logra adelantarse a la inscripción registral del *verus dominus*, cosa que no sucede, obviamente, cuando al inscribir su derecho ya figura en el Registro una titularidad anterior incompatible y, normalmente, preferente.

En definitiva, y en conclusión, la virtualidad real de las distintas posiciones jurisprudenciales sobre el momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales se limita, únicamente, a la posibilidad de ejercitar durante un mayor o menor tiempo —hasta el otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación o hasta el auto de adjudicación, respectivamente— la tercería de dominio. Pero, en cuanto que, respecto al adquirente anterior al embargo, la falta o el retraso en el ejercicio de dicha acción no concede efectos absolutos a la ejecución del embargo de inmuebles, pues su absolutividad deriva de que el adjudicatario *a non domino* haya consumado de forma irrevindicable —esto es, por el cumplimiento de todos los requisitos del art. 34 LH—, y no sólo por la unión de título y modo, la trascendencia efectiva de la polémica jurisprudencial queda muy disminuida.

B) *La aplicación del artículo 1.473 del Código Civil en caso de doble venta de inmuebles*

Otra posible trascendencia de la polémica jurisprudencial sobre el momento de concurrencia de título y modo en las subastas judiciales tiene lugar en los supuestos de doble venta de inmuebles, en los que no haya inscripción del segundo adquirente y, precisamente por esa falta de registración, no sea posible aplicar el principio de fe pública registral del artículo 34 LH ni el de la preferencia del que primero inscriba derivado del artículo 1473.2.º del Código Civil. En estas hipótesis, el artículo 1473.3.º del Código Civil, proclama que, a falta de inscripción, «*pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión*». En esta sede pueden producirse diversas situaciones conflictivas que hay que estudiar separadamente.

Una primera posibilidad sería la de que el primer comprador, por negocio jurídico voluntario o forzoso, tuviera la posesión material y de buena fe del inmueble litigioso y que dicha posesión fuera anterior a la concurrencia de título y modo real en el segundo adjudicatario, quien tampoco estaría registrado y, por ende, no protegido por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH o el de prioridad en la registración del artículo 1473.2.º del Código Civil. En este caso, parece que no hay duda: por aplicación del artículo 1473.3.º del Código Civil, el primer adquirente sería preferido por ser primero en la posesión material de buena fe. Del mismo modo, a falta de prioridad posesoria y de previa inscripción de buena fe del primer adjudicatario y careciendo también el segundo de inscripción, pero no de posesión

material, éste será preferente en la resolución del conflicto dominical planteado. Y ello es así aunque este segundo adquirente llegue a conocer la existencia del primero —no inscrito— antes de que pretenda inscribir, ya que, a falta de registración, será preferido el primero que tuviera título y modo real, el que antes hubiese consumado materialmente su adquisición, esto es, «*quien de buena fe sea primero en la posesión*» (art. 1473.3.º, primer inciso, CC). Por tanto, la buena fe se precisa, ahora sí, en dicho momento de entrar en la posesión del inmueble —no en el de la inscripción en el Registro referido al adquirente a *non domino*—, pues con ella se ha anudado el título dominical con la tradición, requisitos imprescindibles y únicos para adquirir la propiedad según el solo artículo 609 del Código Civil (STS de 4 de marzo de 1988) y no conforme al principio de fe pública registral del artículo 34 LH que exigiría, además, inscripción de buena fe. En estos conflictos dominicales, por consiguiente, no es relevante la distinta solución que se adopte para resolver la cuestión jurisprudencial de cuándo se entiende consumada la venta judicial, en cuanto que en esta polémica judicial siempre se trataría de una tradición instrumental (ex art. 1462.2.º CC) y aquí se están ventilando casos de prioridad en la posesión real o material del inmueble litigioso.

Una segunda situación, más compleja, consistiría en que la posesión material y de buena fe del primer comprador —en negocio jurídico voluntario o forzoso— fuere posterior a la consumación documental o ficticia —ex art. 1462.2.º del Código Civil— de la segunda venta judicial del inmueble en liza. Resurge en este punto la cuestión, ya analizada oportunamente, de la virtualidad transmisiva de la tradición instrumental frente a la material aunque derivada sólo de título privado. ¿El modo documental es idóneo para servir en una doble venta como criterio de preferencia a tenor del artículo 1473.3.º del Código Civil? Sin reproducir aquí lo que ya se dijo anteriormente (66), baste con declarar que frente a aquellos que sostienen la aptitud de la posesión instrumental en estos supuestos (ex art. 1462.2.º CC), para determinar la propiedad y demandar de desahucio al ulterior ocupante material de la finca, me parece más defendible la tesis contraria. La posesión que, en defecto de inscripción, decide la preferencia en la adquisición es la real o material en su dimensión naturalmente publicadora del derecho del dueño, no la que, sin manifestación material, pueda simbolizarse documental o espiritualmente a efectos traditorios para la transmisión de la propiedad. Por tanto, obsérvese que tampoco en estas situaciones tendrá verdadera virtualidad la controversia jurisprudencial sobre el momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales, pues, frente a dicha consumación instrumental o *ficta* —cualquiera que fuera el momento pro-

(66) En el Capítulo II, punto 2, apartado B de este estudio. Vid., en particular, GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., pág. 204 y sigs.

cesal en que se entendiese producida— prevalecerá la *possessio realis* o material.

Otra hipótesis de posible relevancia de la pugna jurisprudencial tratada es la de que ninguno de los adquirentes o adjudicatarios tenga la posesión material del inmueble litigioso, pero sí uno de ellos la instrumental o ficticia conforme al repetido artículo 1462.2.º del Código Civil. Aquí, si el primer adquirente con escritura pública o documento público asimilado —tradición instrumental— reclama antes de que el segundo adjudicatario tenga dicho documento público —que necesita también para consumar su adquisición, inscribir en el Registro de la Propiedad y completar su condición de tercero hipotecario del art. 34 LH—, aquél será preferente porque, faltando la posesión real o material del inmueble litigioso, reaparece la eficacia de la ficticia obtenida mediante la *traditio* instrumental para atribuir o reconocer la propiedad a quien en ella sea primero, con buena fe (ex art. 1462.2.º en relación con el art. 1473.3.º del CC). De igual modo, si es el segundo adjudicatario el que consigue antes la *traditio* instrumental de buena fe será el vencedor del litigio dominical inmobiliario. Recuértese que el artículo 1.473 del Código Civil no resuelve el conflicto de la doble venta aplicando sin más la teoría del título y el modo, pero, en las variantes de su solución, el comprador preferido es siempre un consumidor del mecanismo adquisitivo del título y el modo, aunque éste sea —en los casos de inexistencia de inscripción y de posesión material—, sólo instrumental. En esta sede, por consiguiente, sí que tendrá relevancia la resolución, en uno u otro sentido, del debate jurisprudencial sobre el momento de la reunión de los requisitos de título y modo en la adquisición judicial por subasta, pues, como sabemos, la tesis clásica retarda el momento de la consumación instrumental hasta el otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación, mientras que la moderna lo acorta al exigir, únicamente, el auto de aprobación del remate o de adjudicación. Es más, para esta doctrina moderna, y como ya se ha dicho, aunque el posterior otorgamiento del testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario Judicial es imprescindible para que la adquisición acceda al Registro de la Propiedad (ex art. 674.1.º LEC), no será necesario para que concurra el requisito consumatorio de la tradición instrumental del artículo 1462.2.º del Código Civil, al no ser *numerus clausus* la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición de los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil. De nuevo considero aquí preferente la interpretación jurisprudencial clásica que exige documento público —el testimonio del auto— para que exista tradición instrumental, pues el simple auto de adjudicación no puede equivaler a documento o título público del artículo 2 LH y cuya prioridad hace preeminente al adquirente según el artículo 1.473 del Código Civil.

Finalmente, si en ambos adquirentes o adjudicatarios concurre título más tradición instrumental, pero ninguno tiene la posesión material, y, por su-

puesto, ni el primero ha inscrito, ni el segundo adjudicatario ha llegado a ser tercero hipotecario del artículo 34 LH —por la inscripción y el cumplimiento de los demás presupuestos del principio de fe pública registral—, tendrá que aplicarse el último de los criterios del artículo 1.473 del Código Civil y considerarse propietario del inmueble en litigio a quien tenga título público de fecha más antigua de buena fe, a quien tenga el documento público más antiguo, a quien tenga la tradición simbólica o *ficta* (ex art. 1462.2.º CC) de fecha más remota. En el mismo sentido que en la hipótesis del anterior apartado, título sería aquí igual, en función del artículo 2 LH, a la escritura pública o documento público asimilado —testimonio del auto de adjudicación— en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho dominical que se tiene en alguna cosa inmueble. De nuevo aquí podría tener aparente virtualidad la controversia judicial sobre el momento de concurso de título y modo instrumental en las ventas judiciales, valiendo exactamente en este punto lo dicho al respecto en el inmediato anterior, tanto respecto de la diversa preferencia nacida de la adopción de una u otra línea jurisprudencial, como en cuanto a mi opinión sobre qué debe entenderse por título a los efectos del artículo 1473.3.º del Código Civil.

V. CONCLUSIONES

Resulta deplorable la disparidad de criterios que respecto del momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales mantiene y aplica indistintamente el Tribunal Supremo. Del exhaustivo estudio de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal —y de las Audiencias Provinciales— derivan claramente dos inteligencias diferentes en esta sede de gran importancia práctica. A mi juicio, la que he calificado como tesis clásica —con las matizaciones realizadas— sería la más aceptable, pues recoge más adecuadamente los mecanismos básicos de la mencionada teoría del título y del modo consagrada por los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Por consiguiente y concretando, el Tribunal Supremo debería decantarse definitivamente por la tesis tradicional —corregida— de que existe consumación de la venta judicial tras la aprobación del remate y adjudicación y entrega de la finca al rematante, bien materialmente, bien instrumentalmente mediante la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate o de adjudicación por el Secretario Judicial.

También resulta lamentable que, en los casos de doble venta judicial de inmuebles inscritos, nuestro Alto Tribunal se confunda en la aplicación del artículo 34 LH. Así, el argumento en el que suelen coincidir las dos posturas jurisprudenciales antedichas es que el instante consumatorio controvertido —auto o testimonio del mismo— es esencial para la exigencia de la buena fe en el segundo adjudicatario y, por ende, para proteger a éste definitiva-

mente en su adquisición de la propiedad a través del principio de fe pública registral del artículo 34 LH. A mi modo de ver —y hago mía la propuesta de un sector doctrinal—, a esta argumentación se le puede hacer una objeción esencial: la adquisición del tercero registral no es una adquisición *a domino* en la que es determinante la conjunción del título y el modo (ex art. 609 CC), y para la cual no hace falta la protección dispensada por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, sino una adquisición *ex lege* —por mandato de la ley, sustentada en razones de seguridad jurídica y confianza en la apariencia registral—, *inscriptionis causa* —pues la inscripción, junto a los demás requisitos, sustenta el derecho adquirido— y *a non domino*. Basta con tener en cuenta aquí que la tradición y la fe pública registral entran en juego en momentos distintos y, por consiguiente, con alcance muy diferente: la tradición desarrolla su eficacia en el momento del nacimiento del derecho real y con referencia al acto transmisivo, en tanto que la fe pública entra en liza dentro de los efectos de la inscripción, esto es, en el momento en que, al menos en apariencia, el derecho real ya existe y es perfecto, y si convalida el acto de disposición *a non domino* es porque se cumplen todos los requisitos del artículo 34 LH y, especialmente, el de la inscripción, momento hasta el que, por tanto, debe subsistir la buena fe del tercero adquirente. Por tanto, la buena fe ha de darse hasta la tradición —real o ficticia— para quien adquiere *a domino*, y hasta el acceso al Registro para el adjudicatario *a non domino*. Y como el artículo 34 LH sólo es aplicable a aquellos supuestos en que no se ha adquirido *a domino*, porque si se ha adquirido de tal forma no es necesario ampararse en el principio de fe pública registral —sino en el art. 609 del Código Civil—, resulta que en las hipótesis de doble venta o doble disposición judicial en que sea precisa la virtualidad del artículo 34 LH, la buena fe ha de subsistir hasta la inscripción, último requisito específico del sistema registral de adquisición *a non domino* por parte del tercero, mecanismo complejo que, de otra manera, no se consumaría. Por lo tanto, en este punto, la eficacia práctica de las distintas formas de resolver la controversia jurisprudencial analizada es sólo aparente, pues no es válida para el juego del principio de fe pública registral del artículo 34 LH.

En cambio, una virtualidad real de las distintas posiciones jurisprudenciales sobre el momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales es la posibilidad de ejercitar durante un mayor o menor tiempo —hasta el otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación o hasta el auto de adjudicación, respectivamente— la tercería de dominio en los casos de ejecución de embargos sobre inmuebles (ex art. 596.2.º LEC). No obstante, también aquí la trascendencia efectiva práctica de la polémica judicial queda muy limitada porque la falta de ejercicio de la tercería, su inadmisión por interponerse fuera de plazo o su resolución desfavorable al tercerista no da efectos absolutos al embargo, pues no impide una posterior acción reivindicatoria para hacer valer el

anterior derecho de propiedad, salvo que, con arreglo al artículo 594.1.º LEC, el ulterior adjudicatario haya consumado una adquisición inmobiliaria que sea inatacable o irreivindicable. Ahora bien, téngase en cuenta que adquirir aquí de «*modo irreivindicable*» un inmueble no significa sólo concurrencia de título y modo de acuerdo con el artículo 609 del Código Civil, como parece entender alguna doctrina y jurisprudencia —ya se decante por la tesis clásica, ya por la moderna—, y que, ciertamente, daría extrema relevancia a la pugna jurisprudencial estudiada. Sin embargo, ello no es así en absoluto, porque cuando se adquiere un inmueble *a non domino*, es decir, de un titular inscrito que ya no es propietario en la realidad extrarregistral —por la existencia de una doble venta judicial de inmuebles—, la adquisición inmobiliaria de «*modo irreivindicable*» del artículo 594.1.º LEC requiere, necesariamente, el juego del principio de fe pública registral y, por ende, el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH: haber adquirido a título oneroso, de persona inscrita y de buena fe, debiendo ésta durar hasta el momento de la inscripción. En suma, y de nuevo, la relevancia aprovechable del debate judicial queda muy disminuida.

Por otra parte, podría ser relevante la distinta solución que se adopte para resolver la porfía jurisprudencial de cuándo se entiende consumada la venta judicial en algunos de los supuestos de doble venta en los que, por faltar la inscripción de buena fe en el Registro de la Propiedad, no jugara el principio de fe pública registral del artículo 34 LH ni el de prioridad en la registración del artículo 1473.2.º del Código Civil. En concreto, la trascendencia se reduciría a los casos de falta de posesión material en los dos adquirentes o adjudicatarios, pero en los que uno de ellos o bien ambos tuviesen la tradición instrumental derivada de escritura pública o documento público asimilado. En estas hipótesis, como ya se ha explicado anteriormente, la prioridad en la tradición instrumental será determinante, por lo que de aplicarse la tesis judicial clásica se retardaría la consumación ficticia al momento del otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación, y, de adoptarse la posición moderna, dicho instante consumatorio se acortaría al tiempo del auto de adjudicación. No obstante, se trata de situaciones muy limitadas en cuanto que exigen la inexistencia de la posesión material en el primer adquirente y la falta de aplicación del principio de fe pública en el segundo y, además, como también quedó expuesto, no considero apropiada la equivalencia que hace la línea jurisprudencial moderna de auto de adjudicación con título público cuya prioridad hace preferente al adjudicatario según el artículo 1.473 del Código Civil, pues, a tenor del artículo 2 LH, sólo podría admitirse como tal título público el testimonio de dicho auto de adjudicación. Por todo ello, puede afirmarse, una vez más, que la controversia jurisprudencial investigada —cualquiera que sea la luz con la que se intente clarificar— no tiene —ni debería tener— la esencial trascendencia práctica que el propio Tribunal Supremo parece otorgarle.

Finalmente, y en definitiva, hay que resaltar que en esta sede de ventas judiciales dobles la diversidad de criterios y los planteamientos confusos de nuestro Alto Tribunal provocan una indeseable inseguridad jurídica que hay que desterrar. En las Resoluciones del Tribunal Supremo se echan en falta un razonamiento uniforme, fundado y claro, y una interpretación y aplicación adecuadas del artículo 34 LH, lo que afecta al puntal principal de nuestro sistema inmobiliario registral: el principio de fe pública registral.

RESUMEN

TRADITIO INSTRUMENTAL

Nuestro Tribunal Supremo mantiene una doble posición respecto del momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: la que exige auto de aprobación del remate (título) y testimonio del mismo (modo), y la que se conforma con la aprobación del remate (título) y la subsiguiente adjudicación al rematante (modo).

Esta lamentable disparidad se agrava en cuanto que ambas posturas coinciden en que dicho instante consumatorio controvertido es esencial para el juego del principio de fe pública registral, inteligencia criticable, pues la adquisición del tercero registral no es a domino, en la que sí es determinante la conjunción de título y modo del artículo 609 del Código Civil, sino inscriptionis causa y a non domino, por lo que requiere el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH. La trascendencia efectiva práctica de la polémica jurisprudencial quedaría limitada, pues, a la existencia de un mayor o menor plazo para el ejercicio de la correspondiente tercera de dominio ex artículo 596.2.º LEC, alcance éste, ciertamente, muy restringido.

ABSTRACT

INSTRUMENTAL DELIVERY

Our Supreme Court holds two standpoints about the time when title and mode become attendant in foreclosure sales: the standpoint that requires a ruling approving the conclusion of the auction (title) and an official transcript thereof (mode), and that which is satisfied by the approval of the auction's conclusion (title) and the subsequent adjudication to the winning bidder (mode).

This sad disparity might seem worse, inasmuch as the two postures agree that this debated instant of consummation is essential for the principle of conclusive title to come into play. This bit of intelligence may be criticized, because the third party's registered acquisition is not an a domino acquisition (in which case the conjunction of title and mode would be a telling issue under the Civil Code, art. 609), but an acquisition inscriptionis causa and a non domino, so it requires the fulfilment of all the requirements set by art. 34 of the Mortgage Act. The practical, effective impact of the jurisprudential polemics are limited, then, to the varying length of the term for the exercise of the corresponding third-party claim to ownership under art. 596.2 of the Civil Procedure Act, which is of a very restricted scope indeed.

(Trabajo recibido el 25-7-2006 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)

DERECHO COMPARADO

Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007

por

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE
Profesora Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. EL CONGRESO DE NOTARIOS DE FRANCIA Y EL PROYECTO DE 2006.
- II. PERSONAS VULNERABLES, MAYORES PROTEGIDOS E INCAPACITADOS.
- III. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES TRAS LA REFORMA DE 2007:
 - 1.^a SALVAGUARDA DE JUSTICIA.
 - 2.^a CURATELA.
 - 3.^a CURATELA REFORZADA.
 - 4.^a TUTELA.
 - 5.^a SUBROGADO DE TUTOR O DE CURADOR.
 - 6.^a TUTOR O CURADOR *AD HOC*.
 - 7.^a MANDATARIO JUDICIAL.
- IV. AUTOTUTELA Y AUTOCURATELA:
 1. ¿QUIÉN PUEDE DESIGNAR TUTOR O CURADOR?:
 - 1.º *Titular del derecho.*
 - 2.º *Supuestos en los que procede.*
 - 3.º *Capacidad del que hace la designación.*
 - 4.º *Forma de hacer la designación.*
 2. CAPACIDAD DE LA PERSONA QUE DESIGNA TUTOR O CURADOR PARA SÍ MISMO.
 3. CONTENIDO DE LA FACULTAD.

V. EL MANDATO DE PROTECCIÓN FUTURA:

1. ¿QUIÉN PUEDE CONCLUIR UN MANDATO DE PROTECCIÓN FUTURA?
 - A) *Cualquier persona para sí mismo.*
 - B) *Los padres para los hijos.*
2. EFICACIA DEL MANDATO.
3. FORMA DEL CONTRATO Y FACULTADES DEL MANDATARIO.
4. RÉGIMEN APLICABLE.

En el Discurso Preliminar al Proyecto del Código Civil francés, PORTALIS (1) recomendó prudencia en los cambios legislativos, prefiriendo, en lugar de cambiar las leyes, «presentar a los ciudadanos nuevos motivos para amarlas». Y es que no hay leyes perfectas, ni instituciones infalibles y «si es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no es posible conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir».

Una de las instituciones que más recelos despierta en la sociedad, entre los juristas y en el legislador, es la incapacidad. Así lo demuestran las últimas tendencias legislativas que, en Francia y en España, acometen su reforma con la disculpa de conceder mayor margen al principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, en ellas se pone de manifiesto que se pretende, además, y puede ser que principalmente, evitar el recurso a la incapacidad judicial, por considerarla una medida restrictiva de derechos, y por las dificultades y complicaciones que presenta el procedimiento de incapacidad. Por ello, en vez de poner remedio a las deficiencias del sistema, se buscan alternativas extrajudiciales.

I. EL CONGRESO DE NOTARIOS DE FRANCIA Y EL PROYECTO DE 2006

El Congreso de Notarios de Francia, celebrado en Estrasburgo en mayo de 2006, se consagró a las personas vulnerables, al estudio de su protección jurídica. Las conclusiones del Congreso ponían de manifiesto que los cambios demográficos y sociológicos de la sociedad francesa en las últimas décadas generaban problemas en la aplicación del régimen jurídico vigente, a la vez que su antigüedad dejaba al *Code* rezagado respecto a los países de su entorno que, en los últimos tiempos, habían incorporado a sus normas de protección de incapaces, grandes dosis del principio de autonomía de la voluntad.

(1) PORTALIS, J. E. M., «Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil», Traducido por T. P. SILVA DE LA CANAL, *La Ley*, 2004, pág. 4.

En esta línea, las conclusiones del Congreso llevaron a cabo importantes y elaboradas propuestas para poner al día el marco normativo de protección de las personas vulnerables. Tales propuestas fueron, en parte, asumidas por el Proyecto de Ley de reforma de la protección jurídica de mayores, presentado en la Asamblea Nacional en noviembre de 2006 y que ha sido finalmente aprobado el 5 de marzo de 2007.

La Ley se inspira en los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, y establece una clara distinción entre las medidas de protección jurídica y los sistemas de acción social.

Entre estos últimos, consagra los mecanismos de actuación, especialmente destinados, como indica la Exposición de Motivos del Proyecto, a dar respuesta a las situaciones sociales de precariedad y exclusión social (2). Y es que, como veremos a continuación, el concepto de persona vulnerable es de mayor amplitud que el de incapacidad.

Vamos a centrarnos en las medidas de protección jurídica. La Ley, además de reformar y mejorar el marco general, incorpora el principio de autonomía de la voluntad a través de instituciones como la autotutela o el mandato de protección futura.

Sin embargo, no incorpora las alternativas patrimoniales que las conclusiones del Congreso de Notarios recogía. En la línea del patrimonio protegido que la Ley de 2003 incorpora al ordenamiento jurídico español (3), el Congreso de Estrasburgo había realizado propuestas en las que se aportaban soluciones privadas para la gestión del patrimonio de las personas vulnerables.

(2) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, pág. 5: «Parallèlement, a fin de répondre avec d'avantage de justesse et d'efficacité à certains situations sociales de précarité et d'exclusion, est crée une mesure d'assistance judiciaire (MAJ): il s'agit d'un dispositif de gestion budgétaire et d'accompagnement social de la personne, prenant sa place au sein du dispositif civil de protection des majeurs. Cette mesure d'aide, qui se substitue à l'actuelle tutelle aux prestations sociales versées aux adultes, est limitée à la gestion des prestations sociales et n'entraîne aucune incapacité juridique. Elle ne peut être mise en œuvre de manière impérative par le juge que lorsque toutes les actions personnalisées menées par le département au titre de l'aide et de l'action sociale n'ont pas permis de remédier aux difficultés rencontrées.

En effet, toute personne majeure dont la santé ou la sécurité risque d'être compromise du fait de ses difficultés à assurer seule la gestion de ses ressources se verra proposer par les services du département une mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) qui comportera une aide à la gestion de ses revenus et un accompagnement social individualisé. Cette proposition interviendra avant la saisine du juge des tutelles, pour éviter l'ouverture de mesures de protection, ou en aval du dispositif judiciaire, pour faciliter la sortie des mesures de ce dispositif. La MASP sera mise en œuvre sous la forme d'un contrat conclu entre le président du conseil général et la personne majeure qui pourra l'autoriser à percevoir et à gérer pour son compte tout ou partie des prestations sociales devant lui revenir, en les affectant en priorité au paiement du loyer».

(3) Sobre el patrimonio protegido, ver estudio de CUADRADO IGLESIAS, M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, en el Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Madrid, 2004, Tomo I, págs. 1133-1150.

Especial atención merece el recurso a la fiducia (4). Después de numerosas propuestas, el legislador francés aprueba la fiducia mediante Ley de 7 de febrero de 2007. En la tramitación parlamentaria de la Ley de protección jurídica de los mayores, la Comisión de leyes propone, cuando la importancia del patrimonio protegido lo justifique, permitir la aportación de los bienes de la persona protegida, con autorización del juez, a una fiducia-gestión. Así, el Senado lo incorporó al Proyecto, en el artículo 6 (5), proponiéndose, además, un tratamiento fiscal neutro. Sin embargo, el informe de la Comisión mixta paritaria (6) aconseja suprimir dicha posibilidad, entre otros motivos porque la Ley de fiducia excluye a las personas físicas de su constitución, por lo que sería un contrasentido permitir que una persona protegida pueda hacer uso de la misma. Finalmente, se suprime del texto definitivo la referencia a la fiducia.

En el ámbito de la gestión patrimonial, lo que hace la Ley es perfeccionar los mecanismos existentes y corregir las desviaciones y abusos (7) que se producían en la práctica, como las llamadas «cuentas pívot», para lo cual se establece la prohibición de que la persona encargada de la medida de protección pueda proceder a la modificación de las cuentas bancarias abiertas a nombre de la persona protegida o abrir otras nuevas, excepto autorización del juez o del consejo de familia.

(4) 102.^o Congres des Notaires de France, *Les personnes vulnérables*, ACNF, 2006, pág. 871: «Pour la souplesse qu'elle présente, la fiducie représente une technique adaptée à la gestion des biens des incapables ou des personnes inaptes à gérer. Actuellement, ces actifs sont gérés par le tuteur sous le contrôle du conseil de famille au par l'administrateur légal sous contrôle du juge. La multiplicités des organes de la tutelle représente une indiscutable lourdeur dans le mécanisme de prise de décisions, en outre ils n'ont pas forcément la volonté ou la compétence requise pour assurer cette fonction dans des conditions optimales».

(5) Se incorporó al *Code* un artículo 500-1 que, en su párrafo primero, establecía: «Le juge peut, à la demande de tuteur, autoriser ce dernier à conclure un contrat de fiducie pour la gestion de tout ou partie du patrimoine de la personne protégée».

(6) Informe de la Comisión Mixta Paritaria, pág. 9: «M. Emilie Blessig, rapporteur pour l'Assemblée nationale, reconnaissant que le recours à la fiducie pouvait présenter un intérêt, notamment pour la gestion de patrimoines importants, et que les dispositions adoptées par le Sénat présentaient certaines garanties, a néanmoins proposé de se supprimer en soulignant : -que le transfert de propriété résultant d'un tel contrat, dans la mesure où il intervient à l'insu de la personne protégée, posait des difficultés au regard du droit de propriété, constitutionnellement garanti; -qu'il était prévu que le fiduciaire rend compte de sa mission dans les conditions prévues par le contrat, ce qui paraissait offrir une moindre protection que les dispositions du projet de loi relatives au contrôle des comptes du tuteur ou mandataire de protection future».

(7) Así lo puso de manifiesto el informe de la Comisión de leyes, pág. 32: «Or, la position même de ces mandataires leur donne la possibilité, pour les moins scrupuleux, d'assurer leur enrichissement personnel grâce à la gestion des biens du majeur qui leur est confié: Les médias se font ainsi parfois l'écho de patrimoines détournés. La pratique des "comptes pivots", qui consiste à verser dans un compte commun ouvert au nom d mandataire l'ensemble des revenus des différentes personnes protégées dont il a la charge, a ainsi pu faire le bonheur de certaines personnes physiques ou morales».

Las dificultades que el control judicial de la gestión patrimonial presenta en la práctica, entre otros motivos por la sobrecarga de asuntos, se intenta solventar implicando a los notarios que, como veremos posteriormente, en el ámbito del mandato de protección futura serán los que ejercerán un primer control de las cuentas que el mandatario debe rendir.

Nuevos roles, compartidos con el juez, quien ya no podrá actuar de oficio para que se inicie el procedimiento en el que se adopta una medida de protección, sino que actuará en virtud de demanda de persona legitimada o del procurador de la República.

Pero no es en el aspecto patrimonial en el que pone mayor empeño la Ley, sino en el personal, en la protección de la persona misma y no sólo de su patrimonio, y esta preocupación se pone de manifiesto en muchas ocasiones en la Exposición de Motivos del Proyecto, que establece, como uno de sus objetivos, conseguir, siempre que sea posible, la individualización o personalización de las medidas de protección (8).

II. PERSONAS VULNERABLES, MAYORES PROTEGIDOS E INCAPACITADOS

¿Quiénes son los destinatarios de la Ley de 5 de marzo de 2007? La cuestión terminológica presenta, en cada legislación, sus particularidades. En otra ocasión ya nos hemos referido a la ligereza con la que el legislador español utiliza, en la Ley de 18 de noviembre de 2003, los términos incapacidad y discapacidad (9), así como a la necesidad de que exista una terminología lo más uniforme y extendida posible en la que, como aconseja la OMS, se evite el recurso a términos que puedan atentar a la dignidad de la persona.

El legislador francés incorporó a su legislación las orientaciones de la 54.^a Asamblea Mundial de la Salud, celebrada en Ginebra en mayo de 2001, a través de la Ley número 2005-102 de 11 de febrero, por la igualdad de derechos y oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas con discapacidad, cuyo artículo 2 define la discapacidad como «toda limitación de la actividad o restricción de la participación en la vida en sociedad sufrida en su ambiente por una persona en razón de una alteración sustancial, durable o definitiva, de una o más funciones físicas, sensoriales, mentales,

(8) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, pág. 7: «Ainsi de nouvelles dispositions sont élaborées pour une meilleure prise en compte des droits et de la volonté de la personne vulnérable, notamment à travers le recueil de son consentement, la prise en compte de sa famille et de ses proches et la personnalisation du contenu même des mesures».

(9) «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actuación Civil*, primera quincena de septiembre de 2004, págs. 1758-1772.

cognitivas o físicas, de una polidiscapacidad o de un problema de salud invalidante». Sin embargo, en el ámbito del *Code*, el término «discapacidad» está ausente.

Tanto el Congreso de Notarios, como la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, se refieren a «la persona vulnerable», como concepto amplio en el que se incluye a las personas dependientes, con discapacidad, de edad avanzada, incapaces e, incluso, personas en situación de riesgo o exclusión social.

Sin embargo, la distinción ya aludida, entre sistemas de acción social y medidas de protección jurídica, hace que, en este último ámbito —que es en el que nos vamos a centrar—, la terminología empleada se restrinja y se recurre a la expresión «mayores protegidos».

¿Qué relación guarda con los judicialmente incapacitados del Derecho español? ¿Son términos equivalentes? En una primera aproximación, parece que la expresión «mayores protegidos» es más amplia que la española. Sin embargo, si analizamos las causas que en uno y otro código dan lugar a la incapacitación o a la medida de protección, vemos que, en realidad, son expresiones de una misma realidad, aunque el *Code* establece una mayor gradación de las medidas.

En el Código Civil español, el artículo 200 consagra como causas de incapacitación las «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma». En el *Code*, de acuerdo con el nuevo artículo 425, puede beneficiarse de una medida de protección jurídica, la persona que se encuentre imposibilitada para cuidar sola de sus intereses, por causa de una alteración médicamente constatada de sus facultades mentales o de sus facultades físicas, cuando éstas sean de tal naturaleza que le impidan la expresión de su voluntad.

Con diferentes redacciones, las causas son las mismas, lo que ocurre es que en el Derecho francés el elenco de medidas de protección es mayor, no se limita, como veremos a continuación, a la tutela y la curatela, y la redacción (10) del 425 permite establecer nítidamente una línea divisoria con la discapacidad, ya que las enfermedades que dan lugar a una medida de protección son las de naturaleza psíquica que impiden a la persona cuidar de sus intereses, o las de naturaleza física que le impidan la expresión de su voluntad.

Pero, además, otro factor influye en la terminología empleada por el *Code*. A iniciativa del Presidente de la Comisión de Leyes, Nicolas About, el texto definitivo de la Ley suprime cualquier referencia a la capacidad o

(10) Párrafo primero del artículo 425 del *Code*: «Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre».

incapacidad, por considerar tales expresiones discriminatorias y un atentado contra la dignidad de la persona. Así, las referencias que en el articulado se hacían al incapaz, se sustituyen por «mayor protegido». Es cierto que esta orientación responde a una tendencia general, a la que ya hemos hecho referencia, que pretende suprimir todas las expresiones que puedan resultar ofensivas. Sin embargo, los términos capacidad/incapacidad tienen una carga de técnica jurídica, cuya supresión puede provocar, como luego analizaremos, algunos problemas.

III. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES TRAS LA REFORMA DE 2007

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis sistemático y completo de todas las medidas de protección consagradas por el *Code*, en parte modificadas por la Ley de 2007, aunque respetando el esquema anterior, vamos a hacer una breve referencia a las mismas, poniendo de manifiesto algunas de las reformas introducidas para, posteriormente, estudiar con más detalle dos de sus novedades: la autotutela y el mandato de protección futura.

En virtud de la aplicación de los principios de necesidad y subsidiariedad, las medidas de protección judicial sólo pueden ser acordadas por el juez si no existe otro modo de proteger suficientemente los intereses de la persona.

Uno de esos modos es el mandato de protección futura, pero no es el único. El nuevo artículo 428 se refiere expresamente a las reglas de Derecho común de la representación y a las relativas a los derechos y deberes respectivos de los esposos y las reglas de los regímenes matrimoniales (11).

En cuanto a las medidas judiciales, éstas deben estar individualizadas y ser proporcionales al grado de alteración de las facultades personales del interesado. Veamos cuáles son estas medidas.

1.^a SALVAGUARDA DE JUSTICIA

Se trata de una medida limitada en el tiempo o bien referida a actos determinados, en la que el juez nombra un mandatario especial que llevará

(11) Párrafo primero del artículo 428 del *Code*: «La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne pour l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1.426 et 1.429, par un autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé».

a cabo los actos que la persona protegida no pueda realizar. Su duración es de un año, renovable únicamente por otro año más.

2.^a CURATELA

Tendrá lugar, de acuerdo con el artículo 440, cuando la persona, sin estar «fuera de sí» necesite ser asistida o controlada de manera permanente en los actos importantes de la vida civil. Al igual que ocurre en el Derecho español, el curador no representa sino que asiste, no sustituye a la persona protegida. Sin embargo, como excepción, el párrafo segundo del artículo 469 permite, si la persona sometida a curatela compromete gravemente sus intereses, solicitar al juez la representación del protegido para llevar a cabo un acto determinado.

3.^a CURATELA REFORZADA

Se trata de una curatela a medio camino entre ésta y la tutela, como lo prueba el hecho de que, de acuerdo con el artículo 472, se somete a las reglas de la tutela. En este caso, el curador percibe las rentas de la persona protegida y realiza el pago de los gastos de éste frente a terceros.

4.^a TUTELA

El juez la establece cuando no sea posible proteger suficientemente a la persona mediante la salvaguarda de justicia o la curatela y tendrá lugar cuando la persona deba ser representada de una manera continuada en los actos de la vida civil por una de las causas del artículo 425. Pero esto no significa que la representación o sustitución de la persona protegida sea total, ya que el artículo 473 prevé que el juez puede enumerar los actos que la persona protegida puede hacer por sí misma o con asistencia de su tutor, luego éste puede representar o asistir como si fuese curador.

Por otra parte, uno de los aspectos en los que más énfasis ha puesto el legislador es el que se refiere a los actos estrictamente personales, para los que no admite representación ni asistencia, y a los que dedica los artículos 457-1 a 463 del *Code*. Con términos muy tajantes, establece el 458 (12)

(12) Párrafo primero del artículo 458 del *Code*: «Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée».

que la realización de actos cuya naturaleza implique un consentimiento estrictamente personal, «jamás pueden dar lugar a asistencia o representación de la persona protegida». Y a continuación enumera como estrictamente personales la declaración de nacimiento de un hijo o su reconocimiento, los actos relativos a la autoridad parental, la elección o cambio del nombre de un hijo, así como el consentimiento para su propia adopción o la de un hijo.

El juez puede, como antes de la reforma, organizar la tutela con consejo de familia. La novedad de la Ley consiste en que ahora puede autorizar que éste se reúna sin su presencia.

5.^a SUBROGADO DE TUTOR O DE CURADOR

Uno y otro tienen dos funciones: una de vigilancia y control de los actos que lleva a cabo el tutor o curador; otra de sustituto de uno u otro, si entre éstos y la persona protegida existe conflicto de intereses.

6.^a TUTOR O CURADOR *AD HOC*

En aquellos casos en los que no exista un subrogado de tutor o curador y los intereses de éstos sean opuestos a los de la persona protegida en un acto concreto, el juez, o el consejo de familia, nombrará un tutor o curador *ad hoc*.

7.^a MANDATARIO JUDICIAL

En aquellos casos en los que ningún miembro de la familia o persona próxima al protegido pueda asumir la tutela o la curatela, el juez designa un mandatario judicial, el cual no puede negarse a realizar los actos urgentes que demande el interés de la persona protegida, especialmente los actos de conservación de su patrimonio (art. 450).

La reforma ha mantenido el esquema general de las medidas judiciales de protección, pero ha introducido, en la tutela y en la curatela, el principio de autonomía de la voluntad permitiendo al interesado la designación de tutor o curador.

IV. AUTOTUTELA Y AUTOCURATELA

La redacción dada al párrafo segundo del artículo 223 del Código Civil español se refiere únicamente a la designación de tutor hecha por uno mismo,

lo que, a nuestro modo de ver, no es obstáculo para admitir que se pueda proceder igualmente a la designación de curador, porque, quien puede lo más, puede lo menos.

El legislador francés, en el nuevo (13) artículo 448, igual que el catalán, consagra expresamente la posibilidad que tiene una persona de designar tutor o curador para el supuesto de que llegue a constituirse tal régimen de protección.

1. ¿QUIÉN PUEDE DESIGNAR TUTOR O CURADOR?

Como en el Derecho español, cualquier persona para sí mismo o los padres respecto de su hijo menor o incapacitado. La diferencia es que, para este último supuesto, la previsión no se contiene en un mismo precepto, como hace el párrafo primero del artículo 223 del Código Civil español, sino en dos: el 403 y el 448. El primero, que no es una novedad, aunque está modificado (14) por la Ley de 2007, corresponde al antiguo artículo 397, que ya preveía la posibilidad de que el último de los padres que quede vivo pueda designar tutor a su hijo menor para el caso de que aquél fallezca antes de que éste haya alcanzado la mayoría de edad. Precisamente por referirse a menores, se entiende que, en este caso, se refiera únicamente a la designación de tutor y no de curador.

Sin embargo, el artículo 448 regula, ahora como novedad, la posibilidad de que los padres nombren tutor o curador para su hijo incapacitado. Las diferencias entre ambos preceptos no deben pasar desapercibidas.

1.º Titular del derecho

Para el supuesto de los hijos menores, se concede únicamente, como hemos indicado, al último que sobreviva. Sin embargo, para los hijos inca-

(13) Artículo 448 del *Code*: «La désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge, sauf si la personne désignée refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer ou si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. En cas de difficulté, le juge statue.

Il est de même lorsque les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur désignent une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur à compter du jour où eux-mêmes décéderont ou ne pourront plus continuer à prendre soin de l'intéressé».

(14) Párrafo primero del artículo 403 del *Code*: «Le droit individuel de choisir un tuteur, qu'il sois ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale».

pacitados se concede a ambos o al último que sobreviva. ¿Significa esto que en el primer caso ambos progenitores no pueden hacer uso conjunto de este derecho para el supuesto de que, por ejemplo, ambos fallezcan en un mismo accidente?

Tampoco queda claro si la literalidad del artículo 448, para el caso de los hijos incapacitados, exige, si viven ambos progenitores, que actúen conjuntamente o si puede hacerlo sólo uno de ellos.

Ser padre o madre no es suficiente para poder hacer uso de este derecho. Para la designación de tutor al hijo menor se exige conservar hasta el día de la muerte el ejercicio de la autoridad parental. En el supuesto del hijo incapacitado, el 448 exige el mismo requisito, si se trata de un hijo menor; si es mayor, asumir la carga material y afectiva del mismo. En este caso, la designación respecto del hijo menor no tiene lugar por la minoría de éste, sino en previsión de su incapacidad después de alcanzar la mayoría de edad, haciéndose la designación cuando todavía es menor.

2.º Supuestos en los que procede

Tratándose de hijos menores, sólo se prevé para el caso de muerte de los padres, mientras que para los hijos incapaces se prevé también para el supuesto en que ellos no puedan seguir cuidando del hijo, lo que puede incluir tanto la incapacidad de hecho como la judicialmente establecida.

3.º Capacidad del que hace la designación

Nada establece el artículo 403 para el supuesto de los hijos menores, mientras que el 448 sí exige que los padres, o el que de ellos ejercite el derecho, no esté sometido a tutela o curatela. ¿Significa esto que no se exige el mismo grado de capacidad a los padres en el supuesto de los hijos menores que en el de los hijos incapacitados?

4.º Forma de hacer la designación

Para el supuesto de los hijos menores se exige testamento o «declaración especial ante notario». Nada exige la Ley para el supuesto de los hijos incapacitados. ¿Existe, en este caso, libertad de forma? No creemos que esta solución sea aconsejable, aunque la ausencia de referencia expresa a la cuestión complica defender una solución contraria al principio de libertad de forma.

2. CAPACIDAD DE LA PERSONA QUE DESIGNA TUTOR O CURADOR PARA SÍ MISMO

Para el supuesto de los padres, ya hemos visto cuál es la solución del legislador francés. En el Derecho español, el artículo 223 exige «capacidad de obrar suficiente». No es este el momento de analizar las consecuencias de tan imprecisa expresión, cuestión a la que ya hemos dedicado nuestra atención en otra sede, entendiendo que dicha exigencia no impide a los menores, cuya capacidad aprecie el notario, y a los sometidos a curatela, nombrar tutor.

¿Qué establece sobre esta cuestión el Derecho francés? Nada. Sin embargo, no es así como se presentó el Proyecto de Ley. Veamos. La Exposición de Motivos del Proyecto reconocía este derecho a las personas capaces y así lo exigía expresamente el artículo 448 del Proyecto (15). Sin embargo, la propuesta del Presidente de la Comisión de Leyes, Nicolas ABOUT, a la que ya hemos hecho referencia, sugirió suprimir los términos capaz e incapaz de la redacción definitiva de la Ley, por entender que son discriminatorios y que atentan contra la dignidad de la persona. Comprometido el Ministro de Justicia, Pascal CLÉMENT, con esta iniciativa, se suprime del texto definitivo de la Ley la exigencia de capacidad.

Ya hemos dicho que referirse a una persona capaz o incapaz tiene una connotación de técnica jurídica importante, por lo que la supresión sin más genera problemas de interpretación. El legislador no ha sustituido la referencia a la capacidad por otra expresión como «que no esté sometido a tutela o curatela», como sí hace en el párrafo que dedica a la facultad que tienen los padres de designar tutor al hijo (16). Esto podría inducir a interpretar tal omisión como indicativa de que no se exige plena capacidad, sino que, como se defiende para el Derecho español, el notario apreciará en cada caso la capacidad. Sin embargo, al no exigirse expresamente en el Derecho francés forma notarial, se complica la defensa de esta interpretación.

3. CONTENIDO DE LA FACULTAD

En el Derecho español el que designa tutor lo puede hacer de forma positiva o negativa, es decir, designando al elegido o a los que excluye. Se contempla, además, que se establezca «cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes».

(15) El artículo 448 establecía en el Proyecto de Ley: «La désignation par une personne capable d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur...»

(16) Para este segundo párrafo del artículo 448 la evolución ha sido, precisamente, la contraria. El Proyecto no exigía requisito alguno de capacidad. Sin embargo, en la tramitación parlamentaria se incluyó la exigencia de que los padres no estuviesen sometidos a tutela o curatela, y así quedó en el texto definitivo de la Ley.

Sin embargo, el legislador francés, más contenido, limita la facultad a la designación de tutor o curador. No creemos que pueda extenderse a otras cuestiones, porque el legislador ha pretendido separar nítidamente el ámbito de la representación legal y de la voluntaria, lo que, desde luego, contribuye a una mayor seguridad jurídica. Es decir, en el *Code* la autonomía de la voluntad permite la designación de tutor o curador, pero no permite que se altere su régimen jurídico, que es de carácter imperativo. Cuando el interesado quiera hacer uso de un mayor margen de la autonomía de la voluntad y establecer reglas de funcionamiento y control, tendrá que recurrir al mandato de protección futura.

V. EL MANDATO DE PROTECCIÓN FUTURA

Es la novedad más importante de la Ley de 2007 y viene a ser el equivalente de los poderes preventivos incorporados al Código Civil español mediante una reforma de mínimos que genera numerosas lagunas y problemas en su aplicación. El legislador francés, consciente de la trascendencia del nuevo instrumento de protección, le dedica una sección entera, que comprende los artículos 477 a 494.

La primera diferencia que encontramos con el Derecho español es de carácter sistemático, pues en éste se introduce mediante una modificación en sede de mandato, mientras que en el *Code* se ubica en el Libro primero, como segundo capítulo del título XI, titulado «De las medidas de protección jurídica de los mayores».

1. ¿QUIÉN PUEDE CONCLUIR UN MANDATO DE PROTECCIÓN FUTURA?

A) *Cualquier persona para sí mismo*

De acuerdo con el artículo 477 (17), podrá cualquier persona mayor o menor emancipado que no esté sujeto a tutela. También podrá la persona sujeta

(17) Artículo 477 del *Code*: «Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur.

Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à

a curatela, con asistencia de su curador. Nada se establece respecto a las que estén sometidas a una medida de salvaguarda de justicia. Antes de la reforma, el artículo 491.3 permitía a una persona sometida a esta medida, nombrar un mandatario, incluso contemplando expresamente la posibilidad de que se otorgase en consideración al periodo de salvaguarda. Suprimido este precepto, se ha sustituido por el nuevo 436, que ya no se refiere expresamente a la posibilidad de que se otorgue en consideración a este periodo, sino que se limita a establecer que el poder produce efectos durante la salvaguarda. De esta redacción (18) se deduce que el mandato era anterior a la medida judicial.

¿Significa esto que durante este periodo no podrá concluir un mandato de protección futura? Por una parte parecería contradictorio permitir que pueda hacerlo el sometido a curatela y no el que se encuentra en salvaguarda de justicia ya que, teniendo en cuenta la gradación establecida por el legislador, esta última es una medida más ligera que la curatela. Sin embargo, debemos analizar un poco más en qué consistirá esta medida para poder dar una respuesta a este interrogante.

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Proyecto, se trata de una medida de protección temporal que puede ser pronunciada en los siguientes supuestos: 1.º) cuando la persona presenta una alteración temporal de las facultades personales; 2.º) cuando la necesidad de protección se limite a la conclusión de un acto jurídico; 3.º) mientras dure el procedimiento de tutela o curatela.

Es complicado, teniendo en cuenta los supuestos en los que esta medida procede, admitir que se pueda concluir el mandato de protección futura ya que, si bien se trata de una medida más ligera que la curatela, el nombramiento de un mandatario especial para realizar ciertos actos supone que, respecto de éstos, la persona carece de capacidad, así es que difícilmente podrá otorgar poder para que sean realizados por otro. La primera frase del artículo 435 podría parecer un obstáculo para esta interpretación, pues establece que «la persona sometida a salvaguarda de justicia conserva el ejercicio de sus derechos». Sin embargo, ese mismo artículo sirve de argumento para defender que no tendrá capacidad, ya que en él se establece la nulidad de los actos que lleve a cabo la persona sometida a esta medida si el juez ha designado un mandatario especial para realizarlos.

l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié».

(18) Párrafo primero del artículo 436 del *Code*: «Le mandat par lequel la personne protégée a chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue à produire ses effets pendant la sauvegarde de justice à moins qu'il ne soit révoqué ou suspendu par le juge des tutelles, le mandataire étant entendu ou appelé».

Además, si el sometido a curatela puede, es con consentimiento de su curador, con lo que su capacidad queda completada. Por otra parte, la salvaguarda de justicia puede ser una medida provisional que se aplica mientras se sustancia el procedimiento que va a dar lugar a un régimen de tutela, y, como ya hemos visto, en este caso no es posible concluir un mandato de protección futura.

B) *Los padres para los hijos*

De modo análogo a lo que se permite para la designación de tutor, el artículo 477 permite que los padres puedan designar uno o varios mandatarios de protección futura para su hijo, para el caso en que éste no pueda cuidar sólo de sus intereses por estar incurso en una de las causas del artículo 425.

En este caso, los padres, o el que de ellos haga uso de la facultad que se le concede, no podrán estar sometidos a tutela, pero tampoco, a diferencia del supuesto anterior, podrán estar sometidos a curatela. Por otra parte, a diferencia de lo que se prevé para la designación de tutor o curador, los padres no pueden concluir un mandato de protección futura para sus hijos menores, por causa de su minoría de edad. Sólo podrán si concurre en ellos causa de incapacidad.

2. EFICACIA DEL MANDATO

Una de las cuestiones que de forma más imprecisa ha regulado el legislador español en el apoderamiento preventivo, es la de la eficacia del mandato, en el supuesto de los poderes *ad cautelam*, es decir, aquellos que se dan «para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste». Numerosos son los interrogantes que se plantean sobre cómo puede establecer el mandante que se lleve a cabo esta apreciación, pero, todavía surgen más si nada ha establecido. ¿Quién aprecia la incapacidad? ¿Cuál es el grado que se exige? ¿De qué modo se inicia la eficacia del mandato? ¿Cómo pueden saber los terceros que el mandato es eficaz?

A algunos de estos interrogantes ha dado respuesta el legislador francés, suprimiendo en este punto la libre apreciación de la incapacidad conforme a lo dispuesto por el mandante, lo que contribuye a una mayor seguridad jurídica, pero también impide que se pueda utilizar este instrumento en las fases iniciales de ciertas enfermedades como el Alzheimer, que afectan a las personas de edad avanzada.

El artículo 481 prevé que el mandato sólo produzca efecto cuando se establezca que el mandante no puede cuidar de sus intereses por una de las

causas del artículo 425. A tal fin, el mandatario debe entregar al secretario judicial el mandato y un certificado médico en el que se acredite tal extremo. El secretario judicial visa el mandato, data que éste comienza a producir efectos y lo restituye al mandatario. De este modo, para los terceros que se relacionan con el mandatario no hay duda de que el mandato ya produce efecto, porque, para que esto suceda, ha de estar visado.

3. FORMA DEL CONTRATO Y FACULTADES DEL MANDATARIO

Las conclusiones del Congreso de Notarios de 2006 aconsejaban como una garantía más para el mandante, que se exigiese la forma notarial (19). A cambio, indicaba FOSSIER (20), se crearía un Registro de poderes. Sin embargo, el texto definitivo de la Ley no prevé una medida especial de publicidad, ni tampoco exige siempre la forma notarial. Veamos.

Dos son las formas previstas: el mandato notarial o bajo firma privada. Este último queda reservado para los actos de gestión patrimonial, para los actos que el tutor puede hacer sin autorización. En este caso, no se exige forma notarial, pero tampoco existe libertad de forma porque el artículo 492 exige que esté fechado y firmado de mano del mandante y que esté contrafirmado por un abogado o que se realice según el modelo que establecerá el Consejo de Estado. El mandato que otorgan los padres para su hijo sólo podrá hacerse bajo forma notarial.

El mandato notarial, que exige la misma forma para la aceptación, confiere al mandatario amplias facultades. Establece el artículo 490 que, incluso el mandato concebido en términos generales, incluye todos los actos patrimoniales que el tutor puede hacer solo o con autorización. Este precepto no impide, evidentemente, que el mandante pueda limitar los actos que el mandatario pueda realizar, pero, si no lo hace, el mandatario que tenga un poder concebido en términos generales tendrá unas facultades más amplias que las del tutor.

La inspiración del principio de subsidiariedad se pone de manifiesto en la posibilidad que tiene el juez, si el mandato no comprende todos los actos, de autorizar al mandatario a realizar actos determinados para los que el mandato no le autoriza, y con ello se evita recurrir a la tutela. Pero sobre todo

(19) «Les personnes vulnérables...», *op. cit.*, pág. 522: «Compte tenu de ces éléments, il avait été retenu à l'origine que le mandat de protection future devait être consenti en la forme authentique. Cette précaution semblait surtout animée par le souci de protéger le mandant, en lui permettant de recevoir toutes les informations utiles et d'être conseillé, et de conférer au mandat tous les avantages de l'acte authentique».

(20) FOSSIER, T., «Le rapport du Conseil économique et social sur la réforme des tutelles», en *Revue Droit de la Famille*, nov. 2006, pág. 2.

se pone de manifiesto en lo que resulta del artículo 428 ya citado: si existe un mandato de protección futura, el juez no puede abrir un procedimiento de tutela o curatela.

4. RÉGIMEN APLICABLE

Como ponían de manifiesto las conclusiones del Congreso de Notarios de Francia, la incorporación de esta figura al ordenamiento jurídico francés supone una verdadera evolución, porque significa que la voluntad de la persona se convierte en fuente de un instrumento de protección, en un sistema en el que la única fuente posible, hasta el momento, había sido el poder judicial.

Una figura bien conocida en el ámbito de la autonomía de la voluntad, el mandato, se utiliza para la protección de las personas vulnerables, pero, para ello, el legislador no aplica sin más el régimen del contrato de mandato, sino que combina la aplicación de ciertas reglas de éste con otras de la tutela. Veamos.

En primer lugar, la voluntad de aproximarle al mandato más que a la tutela se pone de manifiesto en el artículo 478, que establece la aplicación supletoria de las reglas del mandato cuando no sean incompatibles con las nuevas disposiciones específicas del mandato de protección futura, y el Senado suprime de la redacción definitiva de la Ley la remisión a las normas de la tutela como criterio para interpretar las ambigüedades del mandato.

La verdadera revolución consiste en permitir que el mandato comprenda no sólo los actos de gestión patrimonial, sino también la protección de la persona, aunque en este ámbito, el artículo 479 prevé que las obligaciones del mandatario serán las establecidas para los tutores y curadores y no las recogidas en sede de mandato.

Una primera modalización de este mandato en el que el principio de autonomía de la voluntad no juega un papel tan pleno como en el mandato clásico, sino que está sometido a límites. Uno de estos límites se pone de manifiesto en la elección de la persona del mandatario. No existe libertad total. Por una parte, el artículo 480 exige, si se trata de persona jurídica, que esté inscrita en la lista de mandatarios judiciales prevista por el artículo 471-2 del Código de la acción social y de las familias. Pero, además, se exige que, en todo caso, el mandatario reúna las condiciones que el *Code* exige para ser tutor.

La ausencia de un régimen específico para los poderes o mandatos preventivos en el Derecho español hace que en cuestiones como la rendición de cuentas, el mandatario esté sometido a la genérica obligación que impone el artículo 1.720 a todo mandatario. Rendición de cuentas que se hace al mandante. Si partimos de la premisa de que éste es incapaz, esta obligación se

diluye, por lo que las posibilidades que tiene el mandatario de abusar del poder son mayores.

El *Code* establece importantes mecanismos de control. En primer lugar, el mandatario debe proceder a realizar un inventario de los bienes del mandante y establecer anualmente la cuenta de su gestión, que el juez puede, en todo momento, hacer verificar. Esta obligación no cesa con el cargo, sino que, de acuerdo con el artículo 487, está obligado, durante los cinco años siguientes a la expiración del mandato, a conservar el inventario y sus actualizaciones, así como las cuentas de gestión de los cinco últimos años.

Pero, además, la Ley implica a los notarios en el control de las cuentas ya que, cuando el mandato es notarial, el artículo 491 establece que el mandatario rinde cuenta al notario autorizante del mandato, el cual, además de controlar las cuentas, conserva éstas, así como el inventario.

Este control notarial no suprime el judicial, sino que es un primer filtro, porque si el notario descubre un movimiento de fondos o un acto no justificado, debe ponerlo en conocimiento del juez.

En el caso de los poderes en forma privada, las cuentas se rinden como en la tutela, ante el juez o el procurador de la República.

De lo expuesto podemos concluir que el legislador francés, consciente de la utilidad que instituciones clásicas como el mandato pueden desempeñar en la protección de las personas incapaces, crea el mandato de protección futura como una nueva institución, que hunde sus raíces en el mandato pero que se configura a medio camino entre éste y la tutela, aunque, desde luego, permite un amplio margen al principio de autonomía de la voluntad. Veremos lo que la práctica revela porque, como se puso de manifiesto en las conclusiones del Congreso de Notarios, «el mandato de protección futura no es una panacea, es simplemente, una alternativa de protección».

RESUMEN

AUTOTUTELA. DERECHO FRANCÉS

El papel del principio de autonomía de la voluntad ha sido tradicionalmente muy reducido en el ámbito de las instituciones de protección de los incapacitados. Sin embargo, las últimas reformas operadas en la materia, tanto en el Código Civil español como en el francés, amplían considerablemente su presencia. La Ley de 5 de marzo de 2007 modifica el Código Civil francés e introduce la autotutela, la autocuratela y el mandato

ABSTRACT

SELF-GUARDIANSHIP. FRENCH LAW

The role that the principle of autonomy of will plays in institutions for the protection of the disabled has traditionally been very small. Nevertheless, the latest reforms instituted in the matter, in both the Spanish Civil Code and the French Civil Code, give autonomy of will a considerably larger footprint. The Act of 5 March 2007 amends the French Civil Code and introduces self-guardianship, self-curatorship and the future

de protección futura. Con una regulación más detallada y más respetuosa con la seguridad jurídica que la incorporada a nuestro Código por la Ley de 18 de noviembre de 2003, el nuevo régimen del Code, especialmente en lo que se refiere al mandato de protección futura, está llamado a convertirse en una referencia para futuras reformas. Mediante este mandato, se consigue un equilibrio entre el respeto a la voluntad individual, como fuente de la que se nutren los instrumentos de protección de los incapacitados, y el control judicial, porque, en último término, el juez es el único que puede garantizar el respeto a la voluntad de aquel que ha perdido la capacidad.

protection mandate. Regulated in greater detail and with more respect for legal safety than our own Code's regulation through the Act of 18 November 2003, the new scheme under the French Code is fated to become a yardstick by which future reforms will be measured, especially in regard to the future protection mandate. By means of the future protection mandate, a balance is struck between respect for individual will, as the source on which instruments for the protection of the disabled draw for sustenance, and judicial control, because ultimately the judge is the only authority that can guarantee respect for the wishes of a person who has lost his or her capacity.

(Trabajo recibido el 11-5-2007 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)

Real estate liens as security for cross-border property finance The Eurohypotheck - a security instrument with real prospects (1)

por

DR. OTMAR STÖCKER
Managing Director

Association of German Pfandbrief Banks (vdp), Berlin

SUMMARY

I. DEVELOPMENT OF CROSS-BORDER MORTGAGE BUSINESS:

1. ITS BEGINNINGS: SIMPLE LOW-VOLUME STRUCTURES.
2. INCREASE IN LOAN FIGURES AND PROFESSIONALISM.
3. PORTFOLIO FINANCE AND INITIAL SYNDICATION.
4. SECONDARY SYNDICATIONS.
5. PORTFOLIO FINANCE AND SECONDARY SYNDICATION.
6. PORTFOLIO FINANCE SPANNING SEVERAL DIFFERENT COUNTRIES.

II. LEGAL ISSUES REGARDING THE EUROHYPOTHECK:

1. APPLICABLE LAW.
2. CONNECTION BETWEEN THE REAL ESTATE LIEN AND THE EXPOSURE SECURED.
3. EUROHYPOTHECK.
4. EUROTRUST.
5. EUROHYPOTHECK AND EUROTRUST APPLICATIONS.
6. ROUND TABLE ON «THE FLEXIBILITY OF REAL ESTATE LIENS IN CENTRAL EUROPE».

(1) This article is the updated and amended version of the English translation of an article published in Wertpapier-Mitteilungen (WM) 2006, pages 1941-1949: Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen, Die Eurohypotheck – ein Sicherungsinstrument mit Realisierungschancen. It was the basis of a lecture given during the «Cursos de verano 07, Universidad Rey Juan Carlos, *La Reforma del Mercado Hipotecario*, 12 de julio, Aranjuez».

I. DEVELOPMENT OF CROSS-BORDER MORTGAGE BUSINESS

Cross-border investment in real estate is not a new phenomenon. However, its funding by foreign banks – i.e. cross-border financing by a bank situated in State A of a property situated in State B – was only boosted with the realisation of the single market, along with its abolition of barriers under the law on the supervision of banks.

The development of complex, high-volume international financing methods has meant that under many legal systems real estate liens have not kept pace with modern requirements (2).

1. ITS BEGINNINGS: SIMPLE LOW-VOLUME STRUCTURES

For a long time cross-border mortgage transactions were not of any great interest to German banks. Apart from a few cases, mostly in regions close to the German border, business was confined to national territory. This was particularly so in the case of German mortgage banks, which were not permitted to secure loans on properties situated in other EC States by way of real estate liens until the middle of 1988.

The banks lacked the necessary know-how about property markets and legal terms and conditions because, until then, they had confined their activities to domestic mortgage transactions. The VDH/vdp (3) therefore started up an intensive information and training programme. Since 1989 the VDH/vdp has been analysing legal terms and conditions in the form of national seminars, as well as conducting an intensive systematic review of mortgage and land registration law in the individual EU States – both through working groups on foreign business and its own VDH/vdp staff.

(2) The 1989 Second Banking Law Coordination Directive – which had to be transposed into national law by 1.1.1993 – established the principle that any credit institution authorised in an EC State should be permitted to carry on business in another EC State without being obliged to also obtain permission there. This principle of mutual recognition of banking authorisations granted by national authorities, also known as the country of establishment principle, is an established principle of EU law and is now to be found in Article 23 et seq. of the so-called EU Banking Directive (Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, European Union Official Journal L 177/1 of 30.6.2006).

(3) The former Verband deutscher Hypothekenbanken (VDH) changed its name in July 2005 to Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) because the enactment of the Pfandbrief Law (PfandBG) meant that the mortgage bank institution that, until then, had been regulated by the Law on Mortgage Banks (HBG) was abolished as a special institution governed by statute. To show the historical development of Pfandbrief banks the vdp has documented the «origin» of its member institutes in a «family tree» on its website at «www.pfandbrief.de - Über uns - Unsere Mitgliedsinstitute».

Most mortgage banks were hesitant in taking on foreign mortgage business – not least of all because of the fact that, during the reunification period, all available resources were invested in developing the new German Länder. The fact that this then involved venturing into territory as yet unknown also meant that, at that time, they were only inclined to take small steps on a few foreign markets, with small volumes of credit that seldom amounted (after conversion) to more than 500,000 euros.

At the beginning of the 90s the structure of real estate funding transactions in Europe still generally took a relatively simple form. Foreign lending structures were therefore also simple. It quickly became apparent, however, that the different legal terms and conditions, particularly in relation to land registration and real estate liens, would lead to procedures for the grant of credit – and particularly the disbursement of loans – that differed from the procedure then followed in Germany.

If ownership title passes *inter partes* as soon as a written transfer deed is concluded but a mortgage is not created until it is entered in the land register (4), the problem then is that the vendor will not want to lose or encumber his title to the property before he receives the purchase price, the purchaser does not yet have authority to dispose of (mortgage) the property but the bank will not pay over the loan to the purchaser before being sure that it will receive a mortgage over it. When one then also considers that a legal instrument such as a caution (*Vormerkung*) does not exist everywhere outside Germany and that, in many countries, there is no comparable system of land registration encompassing the positive principle of good faith inherent in registration nor any notarial system of the German kind, the initial problems faced by the banking industry become very clear.

There was also the fundamental problem that most Western European legal systems only made provision for accessory mortgages and the German mortgage banks were therefore unable to apply the contractual structures and procedures used at home based on the *Grundschild* (land charge).

This did not mean that all transactions were based on legally uncertain foundations, but it became necessary to understand the established procedures and solutions to problems that foreign banks had already developed to counter weaknesses in the law – both those weaknesses already established and those that were at first sight just conceivable (5). All of this meant, however, that at first the banks' internal working methods had to be specially

(4) For example, in Spain; see STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlin 1992, p. 164 et seq. and further references. The same legal situation exists in Poland.

(5) One of the most important sections of the VDH/vdp country reports was therefore always an overall presentation of mortgage finance procedure, in which the various framework terms and conditions were summarised and the practical modes of procedure up to disbursement were described.

tailored to the needs of each individual transaction – with corresponding consequences on transaction costs.

As from 1991, German mortgage banks were allowed to include foreign mortgage loans in the cover pool for mortgage Pfandbriefe (6). The research results therefore were not only circulated within the association but were also made available to the banking supervisory authority through a series of consultations (7).

2. INCREASE IN LOAN FIGURES AND PROFESSIONALISM

As soon as the mortgage banks took on foreign business they had to decide their future strategy. For reasons of cost German mortgage banks quickly stopped regarding the direct cross-border funding of residential properties for private clients as a feasible area of business (8). Professionalism, specialisation and cost all led to the mortgage banks setting minimum amounts below which they would not consider loan enquiries. At first that limit was approximately DM 1 million but with many banks it soon became DM 3 or even 5 million (9).

A simultaneous expansion of business to cover all EC States was impossible for purely staffing reasons. The constant pervasion of both legal and commercial conditions and the revenue question meant that, at the beginning, the banks concentrated on just a few countries and on financing some less commercial types of property, particularly offices and retail properties. In order to keep a constant watch on market developments the trend now is to set up representative offices in the most important locations (10).

(6) The reasons for this Law are printed at *VDH*, 100 Jahre HBG, Frankfurt a.M. 1999, p. 590 et seq.

(7) In July 2007, a new series of workshops was started in order to provide banking supervisory authority with updated informations on mortgage law in Europe and USA.

(8) Demand for finance here mainly related to holiday homes. It was usually just small loans that were being asked for, which did not even cover the banks' costs since applicants wanted German loan conditions but did not want to bear any more costs. The expense of a bank employee making a trip abroad to check whether the property actually existed and was situated on the land that was to be given as security, together with the transaction procedure involving a notary and land registration, made such loans into loss-making transactions for the banks.

(9) Various attempts were made to set up the necessary network of branches to attract customers abroad in the retail sector by way of cooperation with foreign banks; however, this route was generally unsuccessful; it only succeeded in quite exceptional circumstances where there were strong financial links between the banks.

(10) This sometimes brought with it the problem that EC law did not govern the representative offices and many foreign bank supervisory authorities tried to categorise them as branch offices – with corresponding costly registration obligations. The solution here was to show the representative office – in the course of registration under 24 (a) (3)

The original strategy of assisting German clients with their investments abroad and concentrating on the local market in a heavily fragmented property market was soon supplemented (or even replaced) by the taking-on of pan-European financing for highly professional international investors, an area which has steadily developed and won an ever-increasing share of the market. The sums invested achieved new dimensions, given the circumstances at the time. These became impossible for individual banks to manage. In the mid-90s it was still exceptional for a share of a cross-border loan allocated to an individual mortgage bank to amount to a sum of DM 100 million. The involvement of highly professional lawyers, mostly from large international law firms, also quickly became the norm, bringing with them their own ideas on contractual content and collateral mechanisms. This led to greater professionalism generally and also, to a certain extent, to standardisation of international mortgage business.

3. PORTFOLIO FINANCE AND INITIAL SYNDICATION

Rising investment costs made it increasingly necessary to have recourse to consortium loans, also known as syndication. The securing of such loans by way of mortgage made great demands on the legal expertise of all concerned. Under the *Hypothekbankgesetz* (Mortgage Bank Law, the «HBG») German mortgage banks were even obliged to structure collateral in such a way that they themselves had a direct interest in it. Indirect security that was only given to the syndicate leader was unacceptable in principle. It was only in UK transactions that a solution was quickly found based on the English concept of a trust (11). Under other legal systems it was found necessary to use complex devices such as joint creditor arrangements, mortgages ranking *pari passu* and the division of real estate liens.

It quickly became apparent to the VDH/vdp that the original idea of drawing up a uniform questionnaire for all countries once and for all would not suffice. Arrangements were therefore made for other specialist areas to be included as «specialist topics» alongside the list of questions in the so-called country reports (12) so as to cover the most significant matters with which

of the current version of the KWG (German Banking Law) – as an accompanying measure to the conduct of direct cross-border business.

(11) See BELLINGER/KERL, *Hypothekbankgesetz*, Kommentar, 4th edition, Munich 1995, § 1, paragraph 37; see with regard to the whole topic PICHERER, *Sicherungsinstrumente bei Konsortialkredit von Hypothekbanken*, Frankfurt a.M. 2002 (vdp Series, Volume 14).

(12) These national reports contain a great deal of vital basic information on the law governing the supervision of banks, land and company registration, mortgages, loans, leases, enforcement and insolvency. Some of the conclusions from these reports have been

specialists in foreign mortgage business would have to deal (13). One of the main points was the mortgage backing of initial syndicated loans; the chief legal topic in this regard is the creation of real estate liens ranking *pari passu*.

Both structures and legal issues became even more complex when it was not just one property that was to be financed, but a whole portfolio. One good example of this is the finance for the acquisition of almost 90 office and retail properties situated in Switzerland, which was provided in 2001 by a consortium of 4 German mortgage banks. The total volume of that finance amounted to approximately CHF 800 million. The properties were spread over various Swiss cantons.

The reason for a portfolio transaction is that, given the risk diversification effect, the risk with a portfolio is lower than the sum of the individual risks. It is quite clear, in the context of securing portfolio finance by real estate liens, that the best collateral is achieved by a collective real estate lien as it evens out fluctuations in the values of individual properties with *in rem* effect (14).

The concept of a collective real estate lien is one known to Swiss mortgage law (15). However, the Swiss law on notaries and authentication does not permit a notary from one canton to authenticate matters relating to another canton. It is therefore impractical to have a collective real estate lien over properties in different cantons. Real estate liens ranking *pari passu* were therefore entered in the land registers against each property on behalf of each of the syndicate banks (16). This ultimately meant that it was necessary to

published at SCHUB, «Allgemeine rechtliche Voraussetzungen des Hypothekarkredits in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft und den benachbarten EFTA-Staaten», in RÜCHARDT (publisher), *Handbuch des Hypothekarkredits*, 3rd edition, Frankfurt a.M. 1993, p. 685-755.

(13) These special topics relate to the procedure for disbursement of loans, agreements on interest and securing by real estate lien, real estate collateral in bankruptcy, contract structure for redemption payments and damages for early repayment, collateral structure for syndicated loans, disbursement procedure and the earliest possible date of taking into coverage, full and partial assignment of claims secured by mortgage, the cost of creating a mortgage, and assignment/pledging of leases. These 9 special topics, which have been worked on since the middle of the 90s, were supplemented a few years ago by two other topics: a guide to realisation of collateral and a guide to secondary syndication.

(14) §§ 1132, 1192 BGB. For details see BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, 17th edition, Munich 1999, § 43, p. 497 et seq.

(15) § 798 ZGB. See with regard to the Swiss law on collective real estate liens MÜHL/PETERET, *Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern*, Part V: Switzerland, Berlin 1983, p. 259 et seq.

(16) Mortgage notes (*Schuldbriefe*) or mortgage assignments (*Grundpfandverschreibungen*) were used, depending upon the canton. For the differences between these two kinds of Swiss real estate liens see STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlin 1992, p. 230 et seq. and further references. For current discussion on the reforming of the Swiss *Schuldbrief* see STAEHELIN, *Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB*, *Basler Juristische Mitteilungen*, Issue No. 1, February 2006, pp. 1-21.

create approximately 350 individual real estate liens and to obtain the cooperation of notaries in all of the cantons – with the corresponding consequences in terms of cost. The portfolio nature of the entire loan was achieved using contractual devices (17).

Previously unknown technical difficulties were also then encountered in the extensive credit decision-making processes that had to be completed in parallel by the mortgage banks concerned and finally harmonised before the loan agreement could be signed.

4. SECONDARY SYNDICATIONS

The lengthy credit decision-making processes and multifarious harmonisation problems amongst syndicates have caused property investors during the last few years to increasingly insist, if possible, on just one bank granting the loan – which then later passes it on in tranches to other banks by way of secondary syndication. It is only banks with a large equity capital base that can conceive of this – due, not least of all, to the provisions governing large exposure contained in the *Kreditwesengesetz* (German Banking Law – «KWG») (18).

Generally speaking, however, those banks that take on part of the loan from the financing bank will also want a share of the real estate lien (19) – e.g. to minimise the risk or to implement special provisions associated with the provision of security by way of a real estate lien, particularly regarding risk weighting for capital adequacy ratio purposes (20). In the case of finance that acts as the cover pool for mortgage Pfandbriefe, in particular, it is necessary for the Pfandbrief bank itself to be able to claim entitlement to rea-

(17) With portfolio structures of this kind individual real estate liens are created for each individual property and it is agreed that the bank should be free to proceed on the basis of any real estate lien, although only once overall in relation to the loan exposure. SPV structures are generally used in international commercial credit transactions: with these, a holding company (normally a limited liability company) is set up by the investor/borrower for each property, with that company holding the property. These holding companies agree *inter se* to accept liability for the commitments assumed by the others. A real estate lien is created in respect of each property. The real estate lien over a property is collateral for the loan exposure. The other real estate liens are collateral for liability claims against the SPV.

(18) For KWG provisions on credit secured on real estate in the case of large exposure, see STÖCKER, *Realkredit und Pfandbriefsicherheit*, Berlin 2004, p. 15 et seq. (VDH/vdp Series, Volume 18).

(19) If they should waive it they can extend purely refinancing credit, possibly in the form of a sub-participation. This is ultimately just a loan to another bank without any right *in rem* to the real estate lien and does not constitute partial assignment of the loan secured.

(20) See in detail STÖCKER, *Realkredit und Pfandbriefsicherheit*, p. 8 et seq. (VDH/vdp Series, Volume 18).

lisation (21) – and under many legal systems this is not possible without also having title to the real estate lien itself.

There are various ways of achieving this under German law. Because of the legal non-accessoriness of a *Grundschild* (land charge) a part of the loan exposure can be assigned. Partial assignment of a *Briefgrundschild* (certificated land charge) is also possible – even without a partial certificate having to be created (22).

The legal position is more complex in the case of *Buchgrundschilden* (uncertificated land charges), which have been the instruments most widely used in practice for many years, as it is expensive for them to be transferred in part because of the necessary entries in the land register (23). However, this is ultimately no hindrance to the financing of major commercial properties where the property investor pays the costs.

Uncertificated land charges were often not assigned, however, but just held fiduciary for the other banks involved (24). Uncertainty as to whether the status of the beneficiary bank would be insolvency-proof and as to the resultant absence of cover for mortgage Pfandbriefe, together with the decisive costs argument in the case of major transactions, led the German legislature, in 2005, to create the legal framework for a so-called «Funding Register» (25).

In other European countries the problem is that there are often only accessory real estate liens the partial assignment of which is a very expensive operation. Nor can those costly formal requirements be circumvented by only

(21) Under § 1 (2) PfandBG a claim on a bank to the assignment or partial assignment of a mortgage that is held fiduciary will now also be sufficient provided that it is possible to require segregation of the mortgage in the event of the credit institution's insolvency. This also applies to foreign mortgages; see in this respect STÖCKER, *Das Refinanzierungsregister – zur Deckungsfähigkeit der insolvenzfesten Treuhand-Grundschild*, ZfgKw 2005, p. 997 et seq. (1000).

(22) See PICHERER, *Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken*, Frankfurt a.M. 2002, p. 256 et seq. (VDH/vdp Series, Volume 14).

(23) §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 BGB.

(24) See in detail PICHERER, *Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken*, Frankfurt a.M. 2002, p. 44 et seq. (VDH/vdp series, Volume 14).

(25) Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters (Law on the Reorganisation of the Federal Financial Administration and on the Creation of a Refinancing Register), BGBl. of 27.9.2005, Part I, p. 2809-2819. The provisions on the refinancing register came into force on 28.9.2005. They were inserted in the Banking Act, § 22a – 22o KWG. The content of this Act is explained in detail in TOLLMANN, *Die Sicherstellung der Insolvenzfähigkeit bei der Asset Backed Securitization nach dem neuen Refinanzierungsregister gemäß §§ 22a ff KWG*, WM 2005, p. 2017 et seq.; FLECKNER, *Das Refinanzierungsregister – Tatbestandliche Grenzen und Vorschläge zur Verbesserung*, WM 15/2006, p. 697 et seq. For information on the political background to the legislation see STÖCKER, «Das Refinanzierungsregister – zur Deckungsfähigkeit der insolvenzfesten Treuhand-Grundschild», in *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen* 18/2005, pp. 997-1001.

assigning part of the loan exposure – with the mortgage, on the other hand, being held fiduciary – as it is not possible in the case of a strictly accessory security for an interest as creditor of the real estate lien and an interest in the claim secured to be separated without adversely affecting the real estate lien.

The vdp's working groups on international business have for many years been looking into the legal position in those European property markets of most importance to its membership; it has come to the conclusion that it is only possible to have efficient secondary syndication in a few countries – that is to say, mainly in Denmark, Germany, England and Wales, Scotland, Sweden and Switzerland – because of the problems with inflexible types of real estate liens faced in many places (26). It is therefore vital for it to be possible to enter in the funding register not just real estate liens but also exposure, including accessory mortgages. This will enable pan-European syndication to be structured via German banks.

5. PORTFOLIO FINANCE AND SECONDARY SYNDICATION

Where portfolio finance is combined with subsequent syndication the legal situation becomes even more complex. This is clear from an example of major funding that was provided in Poland in 2004 with a German mortgage bank as lead arranger. From the start the idea was to involve two other banks, if possible before closing – and both of those banks wanted to then pass on parts of their exposure to other banks.

The finance was intended to cover the acquisition of almost 30 retail properties spread throughout Poland with a volume of finance that initially amounted to approximately 600 million euros but was ultimately upped to more than 900 million euros.

After many years of detailed technical preparatory work and lobbying, the Polish Mortgage Foundation (27) had, by mid 2001, succeeded in getting the Polish legislature to introduce an initial contractual collective mortgage

(26) If it is possible to provide for segmentation of mortgage exposure right from the start and if the denomination is also known an efficient mode of practice is also possible in France by having separate individual «copies exécutoires à ordre» issued, which can then later be used to transfer mortgage tranches; for the formalities required in this context and for exceptions in the case of banks, see STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlin 1992, p. 113 et seq.

(27) The Polish Mortgage Credit Foundation (Fundacja na Rzecz Kredytu Hipotecznego) was founded in 1991 by the former Minister of Finance Balcerowicz and converted in 1996 to a new system of financing through credit institutions, so that it now has the structure and working procedures of a specialised banking association. For more information on its structure, scope of activity, the institutes and institutions funding the foundation and its specific responsibilities see «www.fukrehip.pl» in Polish, English and German.

into Polish mortgage law (28); it was then possible to use that legal instrument to also transfer the portfolio effect to the loan security *in rem*.

Through its Land Register Judge Conferences (29) the Mortgage Foundation has also managed to achieve a high (formerly non-existent) degree of transparency and uniformity in the formal requirements for land registration applications throughout Poland as a whole – especially as the papers and discussion records have been published by the Mortgage Foundation.

Despite these legal openings, secondary syndication is actually an extremely expensive and complex procedure requiring the partial assignment of the collective mortgage and then the partial assignment of the various elements. Any change in a collective mortgage means that the change has to be entered in each of the land registers concerned – with full documentation being generated for the entire transaction (30). Costly procedures such as this can only be undertaken in limited numbers – however sound the business reasons might be.

6. PORTFOLIO FINANCE SPANNING SEVERAL DIFFERENT COUNTRIES

Realisation of the EU single market has resulted not only in an increase in cross-border supplies of goods but also in an expansion of cross-border investment in financing of property. However, there are no national or European statistics available on cross-border mortgage loans.

The VDH/vdp has been compiling statistics from amongst its members for many years and from these it has established a steady growth in foreign mortgage business. After a cautious trial period, German property financiers began to enter this field to a greater extent in the mid 90s, accelerating towards the end of the 90s.

In 2006, the proportion of new commercial property finance extended by vdp members abroad was 67% (31). This was mainly in Great Britain, Fran-

(28) See DREWICZ-TULODZIECKA/SOERGEL/STÖCKER, *Mehr Rechtssicherheit für die Hypothek in Polen*, WM 2002, p. 891 et seq. (p. 894 et seq.). This collective mortgage is not created, however, until it has been registered against the last of all of the properties encumbered.

(29) The Polish Mortgage Foundation runs these Land Register Conferences annually in conjunction with the Polish Ministry of Justice with the assistance of judges from the Supreme Court and registrars from all of Poland's land registry districts, as well as banking lawyers and advocates.

(30) In the finance case mentioned this resulted in approximately 80,000 sheets of paper!

(31) vdp, Jahresbericht (Annual Report) for 2006, p. 28 on the financing of commercial properties. In 2006 loans in the sum of about € 24 billion (33%) were granted on domestic real estate whilst cross-border mortgage loans of about € 48 billion (67%) were granted.

ce, the USA, Italy and Spain. This led to the volume for cross-border commercial mortgages granted by vdp member banks amounting to about € 92 billion by the end of 2006, which corresponded to a 44% share of total exposure (32). This shows that cross-border property finance is now of very great significance.

Over the last few years international investors have increasingly pressed for portfolio transactions entered into to span more than one country. This makes it possible for them to ensure that the risk of individual properties going down in value is counterbalanced by others increasing in value. It enables them to include in their overall projects and funding those properties which, without the portfolio effect, could not be realised at all – or only realised on unfavourable terms. From the financing banks' point of view this risk-balancing effect cannot be achieved *in rem* by using real estate liens as it is not possible to have a cross-border collective real estate lien.

The legal instrument of a collective real estate lien, which is available under many legal systems (33), cannot therefore be used when the properties to be encumbered are situated in different countries. The securing of the loan then becomes more complex, the risk to the banks is greater and the loan therefore becomes more expensive than it might conceivably be if a collective real estate lien were to be used.

The introduction of a real estate lien uniform to all EU Member States could help if it could be created in the form of a collective real estate lien over properties situated in different EU Member States.

II. LEGAL ISSUES

The legal work already done to facilitate cross-border mortgage transactions, some of which was started many years ago, will be detailed below. A few fundamental legal issues should be mentioned first of all.

1. APPLICABLE LAW

In mortgage transactions with foreign connotations a clear distinction has to be drawn between the loan agreement and the real estate lien as they can

(32) Vdp, Jahresbericht 2006, p. 30 et seq. with details on loan approvals and exposures across individual countries. The most important countries here are: Great Britain, France, the Netherlands, Spain and the USA.

(33) According to a more recent vdp study of real estate liens in Central Europe, collective real estate liens exist in transactions in, for example, Bosnia-Herzegovina, Estonia, Germany, Croatia, Austria, Poland, Romania, Slovenia, the Ukraine and Hungary. No such collective real estate liens are to be found under Czech or Spanish law, however.

both be governed by different legal systems. In the case of the real estate lien the law of the country in which the encumbered property is situated is the law that is to be applied (*lex rei sitae* rule). In principle, however, the parties are free to choose the law that is to apply to a loan agreement; restrictions are imposed here, in particular, in the consumer credit field. Under the international private law of European legal systems it is recognised that the law applicable to a real estate lien and the law applicable to the exposure secured may differ. This applies to all kinds of real estate liens irrespective of whether they are accessory or non-accessory instruments.

2. CONNECTION BETWEEN THE REAL ESTATE LIEN AND THE EXPOSURE SECURED

The practicalities of a real estate lien are very greatly influenced by its flexibility. The stronger the link between the exposure secured and the real estate lien the less flexible the structure of the loan arrangement will be. In the case of strictly accessory real estate liens changes to the exposure secured, a change of creditor and therefore assignability, are greatly restricted and are only possible (if at all) at a high cost and with a possible loss of priority (34).

Real estate liens in Europe present very differing degrees of accessoriness and cannot therefore be used to secure credit with uniform flexibility. According to research conducted by the vdp there are four distinguishable levels of flexibility of real estate liens; the most flexible form of real estate lien known under the respective legal systems will be taken as comparison:

- a) Contractual accessoriness with a high degree of flexibility: Denmark, Germany, England and Wales, Estonia, Finland, Ireland, Scotland, Sweden, Switzerland and Hungary;
- b) Statutory accessoriness with a relatively high degree of flexibility as long as the bank and client remain the same: Netherlands, Austria, Poland and Spain;
- c) Statutory accessoriness and a low degree of flexibility: France (35), Latvia, Lithuania, Portugal, Slovakia and the Czech Republic;
- d) Statutory accessoriness with a very low degree of flexibility: Italy.

(34) See STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlin 1992, p. 191 et seq.

(35) As a result of a recent reform of mortgage law the «hypothèque rechargeable» would appear to be more flexible than previous forms of mortgages. However, the vdp's enquiries into its practical applications have not yet been finalised so that the flexibility of this new form of mortgage in France has not yet been assessed.

3. EUROHYPOTHEC

Mortgage loans are of great significance in Europe, having a volume of more than 4 billion euros. It is not yet possible to talk of a pan-European single market in mortgage loans however; indeed, the mortgage market is mostly nationally orientated. One of the proposals for facilitating cross-border credit business is to create a property loan security instrument that could apply uniformly in all EU States in addition to existing national real estate liens and could be used as a flexible and efficient means of financing property transactions.

Real estate business and finance transactions have been experiencing dynamic growth in some EU States over the last few years, although not everywhere to the same extent. EU expansion has brought ten new Member States into the EU. Capital is not equally spread throughout Europe. The new EU States in particular require a great deal of capital input to achieve the same level as the older EU States. The new Member States have therefore modernised their property laws and, in this context, also their law on mortgages over the last few years in order to achieve better conditions for both domestic and foreign capital – and, in doing so, have also modernised the infrastructure of their real estate collateral (36).

The challenge for the European Union now is to create modern instruments for cross-border property finance based on very different legal traditions. This is not really a new topic, even in property law.

Eurohypothech guidelines

As early as 1966 the so-called Segré Report had submitted its proposal to the former EEC Commission that in order to integrate European capital markets a flexible real estate lien – similar to the German *Grundschuld* – should be introduced in all Member States (37). Research into this was star-

(36) In some parts of Central Europe there are now better rules governing real estate liens than in many Western countries – e.g. the well-developed computerised land registers in Lithuania and Hungary and the elimination of undisclosed preferential rights in Poland.

(37) In the autumn of 1966 a group of experts appointed by the EEC Commission and headed by Prof. Claudio SEGRÉ - then Head of Research at the EEC Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs - submitted an extensive report on «The Development of a European Capital Market». The experts' task was to carry out a comprehensive investigation of the problems arising from the liberalisation of movements of capital and the implications of the integration of capital markets. The most significant structural differences in the individual capital markets were portrayed and capital flows within the EEC indicated. The «Segré Report» came to the following conclusion (p. 177): «An

ted but then interrupted as it was thought that quicker progress would be made on the concept of mutual recognition of finance procedures. This did not prove correct, however, in relation to property law.

In 1987 the International Union of Latin Notaries suggested creating a uniform «Eurohypothec» throughout Europe following the example of the Swiss *Schuldbrief*; that Eurohypothec would then be available in addition to real estate liens already in existence (38). This topic has been the subject of academic discussion in several European countries, with more and more practitioners also joining in during the last few years. The VDH/vdp has been at the forefront of this work. Its extensive research work conducted since 1989 into foreign property laws shows not only that there are huge differences in national mortgage legislation but also that some kinds of mortgages are so narrowly structured that modern forms of credit can either not be secured by mortgage at all or only at a great deal of expense. It was also deemed appropriate to draft the wording of a real estate collateral legislation in the context of the consultancy procedure started in 1992 within Central and Eastern European emerging countries on the reform of mortgage loans (39).

The VDH/vdp therefore in 1998 set up a working party of academics, notaries and banking lawyers, which drew up and published «Guidelines for

approximation or harmonisation of the laws on real estate liens within the individual Member States should be considered a priority. The land charge described in the previous chapter could play a vital role in funding house building as it is more adaptable and cheaper than the *hypothec*. It would also be appropriate to allow mortgages and land charge entries to be made in a currency other than the national currency.» Another conclusion is also reached (p. 165): «The introduction of a mortgage common to all Member States would help to integrate capital markets. The German *Grundschuld* could be suggested here, a very adaptable means of providing security». On these proposals in the Segré Report, see KIRCHER, *Grundpfandrechte in Europa*, 2004, p. 418 et seq. and p. 442 et seq.; STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlin 1992, p. 216 et seq. KIESGEN, *Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit*, Cologne, 2004, p. 38.

(38) Re. this proposal by the UINL see in particular WEHRENS, *ÖnotZ* 1988, pp. 181-191; WEHRENS, WM 1992, pp. 557-563; WEHRENS, «Real Security Regarding Immoveable Objects – Reflection on a Euro-Mortgage», in *Towards a European Civil Code*, The Hague/London/Boston 1998, pp. 551-564; KIRCHER (footnote 35) pp. 481-506; STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlin 1992, pp. 228 et seq (this was partially translated into Spanish by Manuel CASERO MEJÍAS and published: «La Eurohipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Febr. 1994, pp. 91-182); WACHTER, *Die Eurohypothek - Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt*, WM 1999, p. 49 et seq.

(39) This was triggered by more and more urgent requests for assistance on the modernisation of the law on securing loans on real property being directed at the VDH by the emerging countries. See in this respect STÖCKER, «Zum Aufbau von Strukturen zur Immobilienfinanzierung in den Reformländern und den dabei auftretenden Schwierigkeiten des Know-how-Transfers», in DROBNIG (publisher), *Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa und ihre Folgen für Banken, Börsen und Kreditsicherheiten*, Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht, Hamburg 1998, pp. 315-323.

a Non-Accessory Security Right over Real Property for Central Europe» including concrete proposals for legislation (40).

These guidelines were taken as the basis for the work done by the pan-European group of experts initiated in Spain «The Eurohypothech», with which the VDH/vdp was also involved (41). The guidelines were revised and for the first time worded in English during a workshop in Valladolid in June 2004.

At the end of 2004 the «Forum Group on Mortgage Credit» set up by the EU Commission (42) incorporated in its recommendations the idea of creating a Eurohypothech (43). This meant that the idea of a Eurohypothech gained hold within the EU Commission.

The VDH/vdp agreed with the view expressed by «The Eurohypothech» group of experts and invited the members of the Forum Group's «collateral» sub-group, experts from the Northern European initiative on cross-border land registration networking (EULIS) (44) and from the pan-European study

(40) WOLFSTEINER/StÖCKER, *Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa*, ZBB 1998, pp. 264-270, and DnotZ 1999, pp. 451-467 (English translation – A Non-Accessory Security Right over Real Property for Central Europe - published in Notarius International 2003, pp. 116-124).

(41) See in this respect the website for that group of experts: www.eurohypothech.com. It contains a large number of literary references on the topic of the Eurohypothech.

(42) In March 2003 the EU Commission set up a so-called Forum Group on hypothech credit consisting of 25 national experts; its purpose was to establish the barriers preventing cross-border mortgage credit within the EU and draw up recommendations on the further integration of the internal market in mortgage credit. The Forum Group's report was published at the end of 2004: *European Communities, The Integration of the EU Mortgage Credit Markets – Report by the Forum Group on Mortgage Credit*, Brussels 2004.

(43) EC, Report by Forum Group, p. 30 (116): «The Forum Group discussed other ways to facilitate transfers of mortgages, focussing on the Euro mortgage and the European Security Trust». Furthermore (117): «The Forum Group considered the Euro mortgage to be an alternative tool which could be introduced by Member States, without substantial changes to their existing legal systems, as it would operate under the rule of *lex rei sitae*. Such a pan-European non-accessory mortgage instrument could:

- avoid burdensome and costly inquiries in other Member States concerning local regulations and the quality of the national mortgage instruments;
- reduce additional and differing formalities and authentication;
- offer mortgage collateral as security for more than one mortgage credit;
- enable easy transfer of the mortgage as well as the property;
- meet the requirements for cross-collateralisation on a cross-border basis;
- meet the requirements for securitisation and mortgage portfolio management; and
- enable the creation of bank syndicates for mortgage finance».

(44) *Ploeger/van Loenen*, EULIS – At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe, *European Review of Private Law* 2004, 379, 382: «EULIS is a project within the eContent programme of the Directorate-General Information Society of the EU. It is collaboration between the organizations that provide computerized access to the legal information on real estate of eight European jurisdictions: Austria, England and Wales, Finland, Lithuania, the Netherlands, Norway, Scotland and Sweden». Up to now Germany has unfortunately not been represented government-wise. In addition

on property law by the European University in Florence and other experts to attend two workshops in Berlin each lasting several days. From November 2004 to April 2005 those experts collaborated on drawing up the «Basic Guidelines for a Eurohypotheck», which were published by the Polish Mortgage Credit Foundation in May 2005 (45). The challenge here was, on the one hand, to draft a flexible real estate lien that met all modern finance structure requirements whilst, on the other hand, creating an instrument that would work by being capable of integration in all European legal systems. Although it was not possible to finalise the wording in every detail that work did provide concrete suggestions with regard to legal structures and identifying interfaces with national legal systems.

The outcome of this work now forms the basis of further reflection in Brussels on the development of mortgage laws in Europe. The greatest success of these endeavours to date has been that the idea of a Eurohypotheck has been taken up by the EU Commission in its «Green Paper on Mortgage Credit in the EU», which was published on 19.7.2005 (46). In that paper the EU Commission notes the Eurohypotheck projects and announces that the proposals drawn up will be examined. The economic analysis of the suggestions put forward by the Forum Group on Mortgage Credit, which was commissioned by the EU Commission, puts the idea of a Eurohypotheck in a positive light (47). The Eurohypotheck was also the subject of expert testimony to the EU Commission on the green paper in Brussels on 7.12.2005. Whilst the workshops organised by the vdp have dealt with the content of a Eurohypotheck, discussion in Brussels has focussed on the question of whether a Eurohypotheck is needed at all and whether any such instrument could be introduced under the so-called «26th Regime».

Nowadays there is no further work on the Eurohypotheck in Brussels. There are rumors that the White Book on mortgage credit will not touch the item of the Eurohypotheck. This is not negative, because herewith there will be more time for further deep analysis of mortgage law in Europe without

to the vdp, only representatives of the Bundesnotarkammer are represented on the German side at EULIS. See too the EULIS website at: www.eulis.org, also *Zevenbergen*, Registration of property rights; a systems approach – Similar tasks, but different roles, *Notarius International* 2003, p. 125 (136 et seq.). The EULIS+ Project has now been started, the aim being to link the land registries in Latvia, Lithuania, Poland, Slovakia and the Czech Republic to EULIS; vdp is taking part in this project.

(45) DREWICZ-TULODZIECKA/MORTGAGE CREDIT FOUNDATION, Basic Guidelines for a Eurohypotheck, Outcome of the Eurohypotheck workshop November 2004/April 2005, Warsaw 2005.

(46) *EU Commission*, Green Paper – Mortgage Credit in the EU, Brussels, 17.6.2005, (47) and (48).

(47) *London Economics*, The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, Report for European Commission, DG – Internal Market and Services, August 2005, p. 69.

hard politically motivated pressure. On national levels the discussion on Eurohypothech already contributed to modernisation of mortgage collateral law.

It is the right way to include the Eurohypothech and items of accessoriness into more conferences, like it was done in June 2007 in Maastricht and in July 2007 in Aranjuez. More and more specialists dealing with the so-called «Common Frame of Reference on contract law in Europe» get interested in the Eurohypothech idea. This will lead to more scientific work on real estate collateral law in Europe. Already several young lawyers all over Europe have studied the flexibility of their national mortgage law and used the «Basic Guidelines on a Eurohypothech» as benchmark for their research. Such studies should be initiated and supported much more. The practical need for more detailed information is obvious.

Need for a Eurohypothech

The Berlin workshops have made it clear that a Eurohypothech is not needed where a single bank grants a customer a loan that is secured by a charge on real estate provided that none of this changes during the whole term of the loan. However, this simple structure is increasingly becoming the exception. Property investments, by their very nature, are and will continue to be long-term investments because the capital used in their financing can only be returned over long periods of time. Changes in economic cycles, which are also reflected in financing structures, are becoming more and more frequent in both commercial and private sectors; this is particularly so in the case of Central and Eastern European countries, with their rapid economic and social development.

Loans secured on real estate today are amended, redeemed, subjected to both initial and subsequent syndication, assigned, certificated, secured by charges against more than one property, divided up and sold in part. Refinancing measures, equity optimisation, risk control and diversification now make it increasingly necessary to transfer large portfolios of mortgage loans (48).

As soon as the loan exposure secured is affected by a change in funding the question that immediately arises is what legal consequences this will have on the real estate lien. If the change consists of the fact that the exposure secured is to be replaced by new exposure this will basically mean, in the case of a strictly accessory mortgage, that the mortgage perishes and a new

(48) The Funding Group set up by the EU Commission at the beginning of 2006 identified as one of the most important and urgent problems in the creation of an EU single market in mortgage credit the issue of legal obstacles to the transfer of mortgage portfolios.

one has to be created as security for the new exposure. This generates costs and fees, a loss of priority and takes a great deal of time (49).

Many national legal systems offer solutions to some of the legal problems, but generally only for specific structures (50). There is a general tendency to weaken strict accessoriness (51), although this is being done in a very non-uniform manner for individual groups of cases, all with different structures. All of these solutions are difficult enough at national level but virtually irresolvable in cross-border situations (52).

Hence, a Eurohypotheck should not be designed along the lines of specific individual financing structures; it should be structured as a neutral credit collateral instrument flexible enough to serve all traditional funding purposes and also satisfy future credit structure requirements.

Owner protection

The most vital principle is that a Eurohypotheck should not be a new credit product but just a uniform European-wide real estate lien. None of the highly political dissension at consumer protection level in both national and cross-border credit transactions should therefore be applied to the Eurohypotheck.

It should, of course, be noted in a consumer protection context that the owner of a property encumbered by a Eurohypotheck must not be placed in a worse position than with a national mortgage. This is quite feasible, as can be seen from the proposals put forward by the Berlin group of experts.

If the Eurohypotheck should be fashioned, for example, on the structure of a German *Sicherungsgschuld* (land charge) the theoretical risk faced by an owner of being obliged to pay twice in the event of the loan debt and the

(49) On the need for a Eurohypotheck from the economic point of view, see Stöcker, *Die Eurohypotheck – Struktur einer ökonomischen Analyse*, Immobilien & Finanzierung 2005, p. 766 et seq.

(50) In France, special provisions have been brought in on the transfer of mortgages but these only apply in the special cases regulated there; see Stöcker, *Die Eurohypotheck*, p. 108 et seq. Such special provisions have been adopted in many European countries over the last few years in order to facilitate the securitisation of mortgage credit, i.e. (as well as France) in Spain and Belgium – that is to say, wherever the transfer of mortgages for funding purposes is only feasible under general legislation at great expense.

(51) This is evident, for example, in the now quite overwhelming use of the maximum amount mortgage in Austria, the «hypothèque pour toutes sommes» in Belgium and in the introduction in 2006 of the «hypothèque rechargeable» in France.

(52) The French law on «obligations foncières» provides that mortgages can be transferred, without complying with the general provisions of civil law, from the parent bank (originator) to the highly specialised mortgage bank subsidiary, which then issues the French covered bonds on that basis. This can only apply to French mortgages, however, as the French legislature cannot overrule foreign mortgage and land registration law so as to have effects in property law.

land charge being assigned to different new creditors without agreement, turns not on the land charge *per se* but on the effect of the German legal principle of good faith in relation to entries in the land register. It would therefore only be necessary to provide that claims and objections under the security agreement, the debt and the land charge together could be held against any person acquiring the real estate lien. The owner must nevertheless avail himself of that opportunity in proceedings, just as in the case of an accessory mortgage (Hypothek) (53).

In order to more easily convey this idea of appropriation by way of a security agreement the phrase now used in relation to the Eurohypothec is not «non-accessoriness» but «contractual accessoriness».

Flexibility in a real estate lien is therefore achieved by converting statutory accessoriness (54) into contractual accessoriness (55) by means of a legislatively prescribed security agreement. The mere change in terminology from «non-accessory» to «contractual accessory» has contributed to a clearly better understanding of the basic structure of a Eurohypothec and of the central legal instrument of a security agreement; it has also deflected a great deal of resistance on theoretical grounds, especially in Romanic law families.

4. EUROTRUST

The EU Forum Group has also supported the idea of a pan-European law of trusts in conjunction with the Eurohypothec (56).

Because of the technical legal separation of the loan debt from the real estate lien a Eurohypothec could facilitate European-wide security structures based on the principle that only the loan debt is sold or assigned but the real estate lien is held on trust – which also could be called fiduciary relation. Then, however, it is of great importance to ensure that such a fiduciary relation is insolvency-proof – i.e. that the beneficiary under the fiduciary relation retains its full legal status even if the trustee becomes insolvent (57).

(53) See in detail KÖNDGEN/STÖCKER, «Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?», *ZBB* 2/2005, p. 112 et seq.

(54) The terms used in European discussions are «accessorieté légale» and «statutory accessoriness».

(55) This is termed «accessorieté conventionnelle obligatoire» and «compulsory contractual accessoriness».

(56) *EC*, Report by Forum Group, p. 31 (118).

(57) See above under I.4. with regard to the German funding register.

5. EUROHYPOTHEC AND EUROTRUST APPLICATIONS

a) With these two legal instruments *European-wide syndication* would be much easier than it is today. It would then be possible not only to draw on a uniform real estate lien under all legal systems but to also make use of the «trust» vehicle so popular in Anglo-Saxon legal circles – or the «*Treuhand*» device developed under German law – by providing that the Eurohypothech is only created for the benefit of a «trustee». In order for this trustee to be able to give the syndicate members insolvency-proof status in the event of the trustee becoming insolvent it would have to have its principal place of business in a country that recognises insolvency-proof trust status (58). It would seem to be appropriate to also create a common European standard in this respect, a so-called «Eurotrust» (59).

b) The same also applies to the cross-border funding of mortgage credit by way of *securitisation*. With securitisation, the predominant feature is the insolvency-proof transfer of «mortgages» to an SPV. Such a transaction, termed a «true sale» in international parlance, is not the same thing as an assignment and transfer under property law. A «true sale» requires the achievement by the transaction of special insolvency-proof segregation of assets in the event of the originator's insolvency; the latter will generally not only be the original lender but also the monitor of the mortgage loans. With a Eurohypothech in the form set out in the Basic Guidelines, the loan exposure could undoubtedly be assigned to the SPV whilst the Eurohypothech (which is a separate legal interest to the loan exposure) could be held on trust by the originator so as to avoid the high cost and delays caused by amendments to the land register – and this would be so throughout Europe. There would nevertheless be no hope of success without legal separation between the loan exposure secured and the real estate lien and without insolvency-proof trust status.

c) The recently emerging «*structured covered bonds*» would also partly be put on a European-wide basis as it is of vital importance here that the real estate liens be transferred to an SPV. «Covered bonds» is now customary international terminology for products like the German «*Pfandbrief*» and the Spanish «*cédulas hipotecarias/territoriales*». They are of huge importance in the market; at the end of 2006 the volume of all covered bonds in Europe amounted to approximately 1.9 trillion euros (60).

(58) This is the case, for example, in English legal circles and also under German law as a result of the funding register.

(59) See in this respect Nasarre-Aznar/Stöcker, Eurohypothech and Eurotrust - Future Instruments of a Pan-European Mortgage Market, in de Vries Robbé / Ali (ed.), *Innovations in Securitisation*, Yearbook 2006, Alphen aan den Rijn 2006, p. 111 et seq.

(60) See European Covered Bond Council (ECBC), *European Covered Bond Fact Book*, Brussels August 2007, p. 15. There, most covered bond structures in Europe are

The aim of structured covered bonds in the UK (61) and the Netherlands is to use normal securitisation structures to plug the gap in countries where there are no special provisions regarding insolvency law. This means that the mortgage loans are «transferred» to an SPV (62). That SPV guarantees the bonds that are issued by a credit institution (63), which is in turn required so that the special provisions of EU law for covered bonds can apply (64).

The transfer of mortgage loans from a credit institution to an SPV raises many problems (65) in a property law context. These could be partially resolved by a Eurohypotheec – as described above – particularly with regard to portfolios of cover assets spread throughout Europe.

d) If the transfer of an individual mortgage loan were to be easier or if it could be replaced by trust solutions this would also be possible for a large number of mortgage loans. With a Eurohypotheec and a Eurotrust the expansion of pan-European diversified portfolios of mortgage loans would become easier – with positive benefits with regard to the spread of risks by credit institutions and the use of more efficient funding structures. All this applies equally to traditional *Pfandbriefe*, structured covered bonds and mortgage backed securities.

6. ROUND TABLE ON «THE FLEXIBILITY OF REAL ESTATE LIENS IN CENTRAL EUROPE»

An analysis of fundamental legal theory and a systematic evaluation of experience in credit practice are very important to the reform of mortgage law. This applies at both national and European level.

explained. See further the website of the ECBC «hypo.org» with additional country reports, legislation data and an overview.

(61) For the UK version of structured covered bonds see. Engelhard in: ECBC, European Covered Bond Fact Book, Brussels August 2006, p. 125.

(62) With the MBS this SPV issues the bond instruments, with structured covered bonds the SPV guarantees the bond instruments issued by a credit institution.

(63) Instruments have recently also been issued in the USA, some of which are called «contractual covered bonds». These are not issued by a credit institution, however, but in the case of Washington Mutual by a trust with its head office in Delaware. The structure is set out in detail in the basic prospectus of 4.9.2006, p. 6 et seq.

(64) The most significant special provision relates to risk weighting for covered bonds; cf. in this respect Engelhard, Covered Bonds and the EU Capital Requirements Directive, in ECBC, European Covered Bond Fact Book, Brussels August 2006, p. 179 et seq.

(65) With these «transfers» it is necessary to consider whether these are real legal transfers or just charges or pledges over the cover assets or whether there is any specific structure under English law (particularly an equitable assignment or an equitable charge). It is also necessary to analyse whether the transaction covers the assets in full or just in part. It is also necessary to ask what consequences the assignment or transfer of collateral might have with regard to other exposure for which the collateral assigned or transferred was also originally intended to be security.

In order to put further work on a wider basis the vdp has set up a Round Table on «The flexibility of real estate liens in Central Europe». Three two-day discussions have now been held with leading experts from Austria, Bosnia-Herzegovina, Croatia, Estonia, Germany, Hungary, Poland and Slovenia with regard to the theoretical principles and practicalities of their national real estate liens, culminating in detailed national reports. Those countries were selected according to whether there were currently non-accessory real estate liens or real estate liens with extremely loose accessoriness in existence or whether flexible real estate liens of that kind were intended to be introduced in their national legal systems. The results of this Round Table were published recently (66). The vdp intends to extend these talks to other countries (67).

Results to date have shown that in many countries maximum amount mortgages are used; some of these are extremely flexible but only provided that there is no change of owner or creditor. No in-depth comparative-law review of real estate liens in Europe is anywhere near complete. There is a great need for examination of the theoretical link between the loan agreement and the creation of real estate liens, into questions regarding the burden of proof and acquisition in good faith (68) and on the utilisation of abstract promissory notes (69).

(66) STÖCKER, Otmar (Red.): «Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa», Band I. Ergebnisse der Workshops vom Juni 2005/Dezember 2005/Juni 2006 in Berlin (Flexibility of Real Estate Collateral in Europe, volume 1), Berlin 2006, vdp series volume 23.

(67) During the next round of talks reports are to be received on Norway, Russia, Romania, Serbia, Turkey and Ukraine. After that, the Northern and English legal circles could be included and possibly, later on, increased consideration of the Romanic-law families.

(68) In many countries it is customary with accessory mortgages for the bank to have disbursement of the loan confirmed in the agreement creating the mortgage, so that disbursement is not made until then. This means, in principle, that the same effect is achieved as by the creation of a non-accessory land charge before disbursement of the loan, which is quite legitimate and necessary from the financing bank's point of view. Those that stress the consumer-protection effect of the strict accessoriness of their mortgages do not mention this widespread practice however.

(69) In Sweden a real estate lien is not created to secure the loan; a «skuldebrev» is created that runs alongside the loan as a separate commitment. It is also of interest to note that in many US federal states it is customary to create a real estate lien for a promissory note, which also forms an independent commitment existing alongside the loan. Under German credit practice too, use was sometimes made of a combination of an abstract promissory note secured by way of a mortgage although this practice was discontinued because the securing land charge was easier to manage; see also with regard to that «abstract mortgage» Baur/Stürner, Sachenrecht, 17th edition, Munich 1999, § 36, paragraph 76, § 37, paragraphs 18 and § 40, paragraph 45 et seq.

RESUMEN

EUROHIPOTECA

Las operaciones inmobiliarias complejas y la financiación (por ejemplo, la financiación de carteras y la estructuración) exigen gravámenes inmobiliarios modernos y flexibles. Este es, desde luego, el caso a nivel nacional, pero es aún más el caso en operaciones transfronterizas. La expansión de las carteras diversificadas pan-europeas de crédito hipotecario —y de su cesión a otros bancos o vehículos de refinanciación— es un desafío importantísimo que desafortunadamente a menudo no se supera, por lo menos no sin incurrir en costes desmesurados.

La eurohipoteca y el eurotrust podrían constituir un medio viable de lograr esto. Ya están sobre la mesa las primeras propuestas concretas. Se hace un llamamiento a los juristas y profesionales europeos a participar en este labor. Aunque el desarrollo de dichos instrumentos legales a nivel europeo podría tardar un tiempo, desde luego que el trabajo sirve de algo. El trabajo hecho sobre los principios de la Ley Hipotecaria en Europa puede por lo menos hacer una aportación clara a las mejoras que se hagan a nivel nacional, demostración de lo cual se encuentra en algunos ejemplos alentadores de Europa Central y del Este.

ABSTRACT

EUROHYPOTHEC/EUROMORTGAGE

Complex property transactions and financing – e.g. portfolio finance and structuring – require flexible modern real estate liens. This is certainly the case at national level, but even more so in cross-border transactions. The expansion of pan-European diversified mortgage credit portfolios – and their transfer to other banks or refinancing vehicles – is a huge challenge that unfortunately is all too often not mastered at all, or at least not at reasonable expenses.

The Eurohypothech and the Eurotrust might be a feasible means of doing this. The first concrete proposals are already on the table. Academics and practitioners in Europe are being called upon to participate in this work. Although it might take some time for such legal instruments to be developed at European level the work is certainly not being done in vain. Work done on the principles of mortgage law in Europe can at least make a definite contribution towards improvements at national level, as demonstrated by some encouraging examples in Central and Eastern Europe.

(Trabajo recibido el 18-7-2007 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 10-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro de la Propiedad de Calpe

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Apareciendo la finca inscrita a nombre de un hombre de nacionalidad rusa, con sujeción a su régimen económico-matrimonial, por título de compra, a menos que se acredite que tal ordenamiento prevé otra cosa al respecto, no cabe anotar un embargo trabado sobre la finca en un procedimiento dirigido sólo contra él y en el que se ha notificado a su esposa. Es imprescindible que dicho procedimiento se entable contra ambos.

Resolución de 16-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro de la Propiedad de La Orotava

OBRA NUEVA. SEGURO DECENAL: REHABILITACIÓN DE EDIFICIOS.

Si las obras consisten no sólo en la rehabilitación de un edificio, sino que suponen la reforma y ampliación, creando una nueva planta, no cabe entender excepcionada la exigencia de seguro decenal.

Resolución de 19-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro de la Propiedad de Jávea

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN CUOTAS. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Considerando la naturaleza del régimen de propiedad horizontal como una situación de propiedad especial, y teniendo en cuenta el alcance y sentido de la fijación de una cuota para cada departamento, considera la Dirección General que la inscripción de un acuerdo de la Junta, por el que se modifican las cuotas de los diferentes pisos y locales, no es posible sin que conste en documento público el consentimiento individualizado de todos los titulares registrales de los mismos, dado que no cabe encuadrarlo (salvo en casos excepcionales como el de la redefinición de la contribución a los gastos comunes) dentro de la categoría de los llamados actos colectivos en los que basta el mero acuerdo de la Junta.

Resolución de 20-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro de la Propiedad de Baza

MONTES PÚBLICOS. EXCESOS DE CABIDA.

No es posible practicar la inscripción de un exceso de cabida en una finca colindante con monte público, cuando se ha remitido un informe desfavorable de la Comunidad Autónoma, aunque el monte sea titularidad de un Ayuntamiento, dado que el espíritu de la legislación de montes es evitar la invasión de zonas emanales, sin que la mera interpretación literal deba implicar que el informe al respecto sólo pueda emitirlo el Ayuntamiento titular.

Resolución de 23-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO. ACREDITACIÓN DE LA NO SUJECCIÓN AL ITPOAJD.

La función de control que el artículo 254 de la LH encomienda al Registrador comprende la apreciación, sin perjuicio de la definitiva decisión sobre la materia que compete a la Administración Tributaria, respecto a la sujeción o no sujeción del acto objeto de inscripción. La aceptación de una hipoteca unilateral por parte de la Seguridad Social es un claro caso de no sujeción, y exigir la previa presentación a liquidación supone una multiplicación inapropiada de los trámites necesarios para la inscripción.

Resolución de 24-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro de la Propiedad de Olmedo

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN POR DEFECTOS SUBSANABLES: PRÓRROGA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 96 de la LH y 205 del RH, las anotaciones preventivas por defecto subsanable, cuando éste consista en la

falta de previa inscripción de la finca, son susceptibles de una segunda prórroga por un plazo que no exceda de un año. Entra dentro de las facultades calificadoras en relación con los documentos judiciales, la apreciación de si el procedimiento registral admite o no una segunda prórroga de las anotaciones preventivas.

Resolución de 27-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro de la Propiedad de Llerena

RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

No puede practicarse la cancelación de asientos registrales en virtud de una sentencia por la que se declara la retroacción de la quiebra, en tanto no consta que los titulares hayan sido parte en el procedimiento y además no se practicó en su momento anotación preventiva que publicara el alcance de dicha quiebra.

Resolución de 30-4-2007

(BOE 5-6-2007)

Registro de la Propiedad de Jávea

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. BIENES INSCRITOS CON SUJECIÓN AL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Hallándose inscrita una finca a nombre de una persona extranjera con sujeción a su régimen económico-matrimonial, no puede anotarse un embargo trabado en procedimiento dirigido sólo contra su cónyuge. Para su anotación no basta notificárselo al cónyuge no apremiado, sino que habrá que dirigir el procedimiento también contra él, o acreditar que conforme a ese derecho extranjero procede el embargo en los términos en que ha sido ordenado.

Resolución de 3-5-2007

(BOE 19-6-2007)

Registro de la Propiedad de Barbate

EXPEDIENTE DE DOMINIO: INMATRICULACIÓN. MONTES. SILENCIO ADMINISTRATIVO. CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

Conforme al artículo 22 de la Ley de Montes, transcurridos tres meses desde la solicitud del preceptivo informe a la Consejería de Medio Ambiente respecto de la inmatriculación de un monte ordenada por Auto aprobatorio de un expediente de dominio, si la Administración no ha contestado, se produce el silencio positivo y el Registrador ha de inscribir. Cualquiera que sea el medio utilizado, para la inmatriculación de una finca ha de aportarse certificación catastral descriptiva y gráfica.

Resolución de 4-5-2007

(BOE 5-6-2007)

Registro de la Propiedad de Gerona, número 1

SEGURO DECENAL: VALOR ASEGURADO.

La exigencia establecida en la Ley de Ordenación de la Edificación respecto a que el valor asegurado por seguro decenal sea como mínimo el correspondiente al coste final de la ejecución de la misma, no significa que haya de coincidir con el valor que los interesados dan en la escritura, dado que éstos son conceptos distintos.

Resolución de 7-5-2007

(BOE 19-6-2007)

Registro de la Propiedad de Villena

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: REQUISITOS. COMUNIDAD DE BIENES.

De los artículos 67 a 69 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se infiere con claridad que para practicar anotación preventiva de demanda contencioso-administrativa, es necesario que conste que han sido debidamente notificados en el procedimiento los titulares registrales de dominio y cargas de la finca y que se ha prestado la pertinente caución. No basta notificar a una comunidad de bienes, dado que ésta carece de personalidad jurídica. Han de ser notificados los titulares registrales propiamente dichos.

Resolución de 8-5-2007

(BOE 15-6-2007)

Registro de la Propiedad de Cocentaina

ACTA DE FIN DE OBRA: TERMINACIÓN PARCIAL. SEGURO DECENAL.

Aunque no es el supuesto habitual, puede practicarse nota marginal de terminación de obra sólo respecto de una de las viviendas del edificio y de los elementos comunes, aportando póliza de seguro decenal con relación a las partes terminadas.

Resolución de 9-5-2007

(BOE 19-6-2007)

Registro de la Propiedad de Daimiel

OBRA NUEVA. COMUNIDAD VALENCIANA. SEGURO DECENAL: AUTOPROMOTOR.

La excepción legal del seguro decenal en los casos de autopromotor de vivienda unifamiliar para uso propio es aplicable al caso de la Comunidad Valenciana, aunque las características constructivas no sean las viviendas sitas en

parcelas independientes, sino edificación en altura. Si bien cuando se pretenda enajenar alguno de los pisos y no se den las circunstancias precisas para que se exonere al transmitente será preciso constituir el seguro sobre todo el edificio.

Resolución de 10-5-2007

(BOE 19-6-2007)

Registro de la Propiedad de Albacete, número 3

PERMUTA POR OBRA FUTURA. CONDICIÓN RESOLUTORIA.

El hecho de que conste ya inscrita una permuta por obra no impide el acceso al Registro de un contrato transaccional por el que las partes introducen un condición resolutoria en garantía de determinadas obligaciones, dado que la cláusula resolutoria puede ser empleada en todo tipo de contratos sinalagmáticos y tiene en sí misma trascendencia jurídico-real.

Resolución de 11-5-2007

(BOE 21-6-2007)

Registro de la Propiedad de Barbate

RECURSO GUBERNATIVO: INADMISIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Al margen de otros defectos formales que no procede entrar a valorar, el recurso no puede ser admitido por cuanto se impugna un asiento ya practicado, el cual está bajo la salvaguardia de los Tribunales y no es el mencionado recurso el cauce adecuado para discutir su eventual improcedencia.

Resolución de 12-5-2007

(BOE 21-6-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

RECURSO GUBERNATIVO: INFORME DEL REGISTRADOR. PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO.

Reitera el Centro Directivo el carácter meramente procedimental y no argumental del informe que ha de emitir el Registrador en la tramitación del recurso gubernativo. Cuando no se ha acreditado debidamente la privatividad de la adquisición ha de practicarse la inscripción con carácter presuntivamente ganancial. No obstante, si se solicita la inscripción privativa y el cónyuge del adquirente comparece y da conformidad a la globalidad de la escritura, aunque no utilice palabras rituarías, procede la inscripción con carácter privativo por confesión.

Resolución de 16-5-2007

(BOE 21-6-2007)

Registro de la Propiedad de Almería, número 4

DERECHO DE RETRACTO ADMINISTRATIVO: ESPACIOS NATURALES EN ANDALUCÍA. DERECHO DE PROPIEDAD.

El ejercicio del derecho de retracto reconocido a favor de la Comunidad Autónoma en la legislación sobre espacios naturales protegidos, en tanto está referido a cuestiones atributivas del derecho de propiedad privada, y no supone una actuación de la Administración con facultad de *imperium*, no puede llevarse a efecto mediante resolución administrativa. Para la inscripción será preciso sentencia dictada en procedimiento judicial civil. Puesto que no estamos ante un «acto administrativo», sino lo que se denomina un «acto de la administración», la competente no es la jurisdicción contenciosa, sino la civil.

Resolución de 17-5-2007

(BOE 21-6-2007)

Registro de la Propiedad de Alcorcón, número 1

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. SENTENCIA DECLARATIVA. FIRMEZA DE RESOLUCIONES DICTADAS EN REBELDÍA.

Aunque legalmente es posible la rectificación del Registro mediante una sentencia declarativa del dominio sin necesidad de actos específicos de ejecución, en el caso concreto no cabe tal rectificación porque la propia resolución judicial rechaza la pretensión del demandante en tal sentido. Ha de acreditarse el transcurso de los plazos establecidos en la LEC para la interposición de la acción de rescisión por el rebelde, a los efectos de poder practicar inscripción definitiva y no mera anotación preventiva.

Resolución de 19-5-2007

(BOE 15-6-2007)

Registro de la Propiedad de Lorca, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL. RESERVA DE DERECHO DE VUELO.

La reserva del derecho de vuelo a favor del promotor de un edificio dividido en propiedad horizontal supone una excepción a las normas generales de esta forma especial de organización de la propiedad. En consecuencia, ha de ser interpretada de forma estricta, con lo que, si se han incumplido las condiciones de ejercicio pactadas al constituir la reserva, no es posible practicar la inscripción de la declaración de obra nueva y la modificación de cuotas de la propiedad horizontal con la sola intervención del promotor titular de dicho derecho de vuelo.

Resolución de 21-5-2007

(BOE 15-6-2007)

Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CREACIÓN DE TÍTULOS *AD HOC*. RECURSO GUBERNATIVO.

Habiéndose presentado el recurso antes de la emisión de la calificación por el Registrador sustituto, es evidente que el plazo se computa desde la notificación de la calificación inicial. Para la acreditación de la representación que ostenta el recurrente, hay que estar a lo previsto en el artículo 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin que sea necesario que la misma conste en escritura pública. Los documentos aportados después de la calificación recurrida no podrán ser tenidos en cuenta al resolver el recurso.

La inmatriculación por título público exige que los títulos que sirven de base a la misma no hayan sido creados *ad hoc*, y que tal circunstancia sea evidente y susceptible en consecuencia de ser apreciada en el ámbito de la actuación calificadora. Tal es el caso en el que el título previo está constituido por una compraventa en la que adquiere el marido con carácter privativo por confesión, y el título directamente inmatriculador es la escritura de aportación a la sociedad de gananciales otorgada ante la misma Notaría y en número consecutivo de protocolo.

Resolución de 22-5-2007

(BOE 16-6-2007)

Registro de la Propiedad de Antequera

OBRA NUEVA: TÉCNICO COMPETENTE.

El visado del colegio profesional correspondiente constituye medio suficiente para acreditar la competencia del técnico que certifica la antigüedad de una obra a los efectos de lo previsto en el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 23-5-2007

(BOE 16-6-2007)

Registro de la Propiedad de Cuéllar

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO PRIVADO.

La elevación a público de un negocio de adjudicación de parcela sobrante celebrado en su día entre un Ayuntamiento y una determinada persona, requiere que concurren todas las partes del negocio o sus respectivos herederos, no bastando la intervención del heredero que terminó siendo único titular de la finca.

Resolución de 24-5-2007

(BOE 16-6-2007)

Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: COMPETENCIA JUDICIAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

El Registrador puede calificar la competencia del Juzgado al calificar un Auto de adjudicación derivado de un procedimiento de ejecución hipotecaria,

dado que es una de las cuestiones esenciales previstas en el artículo 100 del RH, y considerando que la LEC prevé de manera imperativa el Juez competente en estos casos.

Resolución de 25-5-2007

(BOE 22-6-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 3

RATIFICACIÓN: RETROACTIVIDAD. ANOTACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS: EFECTOS.

La ratificación hecha por el adquirente respecto de una escritura de ejercicio extrajudicial de un retracto de comuneros en la que había estado representado verbalmente por determinada persona, surte plenos efectos retroactivos sin perjuicio de terceros. La inscripción podrá verificarse aunque conste anotada la situación de suspensión de pagos del enajenante, dado que la escritura ahora ratificada es anterior a dicha anotación.

Resolución de 26-5-2007

(BOE 25-6-2007)

Registro de la Propiedad de Cangas

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN DE ANEJOS.

La desvinculación de anejos no es un acto equiparable a la segregación de elementos privativos, y por tanto, no se encuentra amparada por la cláusula estatutaria que permite esta última operación sin autorización de la Junta.

Resolución de 28-5-2007

(BOE 23-6-2007)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 17

INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES. FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS. FIRMEZA DE RESOLUCIONES DICTADAS EN REBELDÍA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES. RECURSO GUBERNATIVO.

Los documentos no aportados al Registrador al hacer su calificación no pueden ser tenidos en cuenta en el recurso. La calificación de documentos judiciales alcanza a la congruencia de la resolución con el procedimiento. La ejecución de una sentencia que condena al demandado a elevar a público un contrato privado de venta, en aplicación de lo previsto en el segundo apartado del artículo 708 de la LEC, en combinación con los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria, implica la necesidad de que a los efectos de la inscripción se otorgue la oportuna escritura pública, sin que baste el mandamiento judicial derivado de la fase de ejecución. Ha de acreditarse el transcurso de los plazos establecidos en la LEC para la interposición de la acción de rescisión por el rebelde, a los efectos de poder practicar inscripción definitiva y no mera anotación preventiva.

Resoluciones de 30-5, 1 y 2-6-2007
(BOE 22-6-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. El Notario, a través de su intervención, no sólo tutela los intereses de las partes sino que también protege los de los terceros en el tráfico. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Resolución de 31-5-2007
(BOE 22-6-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19

PROCEDIMIENTO REGISTRAL. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

El procedimiento registral está sujeto al cumplimiento de formalidades ineludibles que han de ser observadas, entre las que tienen especial relevancia la de fundamentar debidamente las notas de calificación negativas, sin que quepa trasladar al informe que ha de emitirse en el recurso gubernativo tal fundamentación, dado que éste tiene un alcance meramente procedimental. Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio, aún cuando no se haya acreditado la inscripción en el Registro Mercantil del poder. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Resolución de 1-6-2007
(BOE 21-6-2007)

Registro de la Propiedad de Torrijos

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio, aún cuando no se haya acreditado la inscripción en el Registro Mercantil del poder. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. El Notario, a través de su intervención, no sólo tutela los intereses de las partes, sino que también protege los de los terceros en el tráfico. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Resolución de 4-6-2007

(BOE 18-6-2007)

Registro de la Propiedad de Belorado

RECURSO GUBERNATIVO: ADMISIBILIDAD. ASIENTO DE PRESENTACIÓN. ESCRITURA ELECTRÓNICA. PRINCIPIO DE ROGACIÓN.

El recurso gubernativo puede ser admitido y ha de ser resuelto aunque la Registradora haya procedido a inscribir el documento inicialmente calificado negativamente, puesto que, sostiene el Centro Directivo, en realidad no hay rectificación del criterio que fundó tal nota de calificación, sino inscripción previa subsanación de los defectos alegados.

La Dirección General realiza una serie de comentarios de interpretación de la normativa vigente, llegando a la conclusión de que debe distinguirse entre el acuse de recibo digital de la presentación de un título telemáticamente (que se realiza automáticamente por el propio sistema electrónico del Registro, siempre con un contenido mínimo que permita determinar el Registro remitente, especificando los datos de identificación del documento, número de entrada y fecha y hora de presentación), y la notificación de haberse practicado el asiento de presentación que habrá de efectuar personalmente el Registrador con su firma electrónica en el mismo día (si se recibe el documento en horas de despacho) o al día siguiente (si se presenta fuera de dichas horas).

Es indiferente, a los efectos de la inscripción, que el instrumento público se autorice en una fecha y que la copia autorizada electrónica se remita al Registro en otra distinta. Tampoco es necesario que la expedición de copia electrónica y la remisión de la misma sean actos simultáneos. Para la inscripción no es preciso que se trate de una primera copia. En el caso de la escritura electrónica, el Notario tiene la consideración de presentador *ex lege* (art. 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), y no debe acreditar ninguna autorización especial para ello.

Resolución de 5-6-2007

(BOE 4-7-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 9

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio, aún cuando no se haya especificado que está salvada la situación de conflicto de intereses en que se halla incurso el apoderado. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. El Notario, a través de su intervención, no sólo tutela los intereses de las partes, sino que también protege los de los terceros en el tráfico. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Resolución de 5-6-2007

(BOE 4-7-2007)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 10

JUICIO NOTARIAL DE CONOCIMIENTO O IDENTIDAD. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

El juicio de conocimiento o identificación de los comparecientes en la escritura, que hace el Notario autorizante, goza de la protección de la fe pública notarial. El Registrador sólo puede oponerse a la inscripción si aprecia discrepancias respecto de los asientos registrales que sean de consistencia. El principio de prioridad impide tener en cuenta a la hora de calificar un documento otros que hayan sido posteriormente presentados.

Resolución de 6-6-2007

(BOE 4-7-2007)

Registro de la Propiedad de Alcobendas, número 1

ASIENTO DE PRESENTACIÓN. DISCREPANCIAS EN EL CONTENIDO DEL TÍTULO.

Cuando existan discrepancias entre el título presentado y el contenido de la comunicación por fax que causó el asiento de presentación, lo procedente es practicar un nuevo asiento de presentación, perdiendo su prioridad el primitivo. Sin embargo, si se trata de un caso en el que sólo se aprecian contradicciones o referencias confusas en el contenido del título, pero sin suficiente entidad para desvirtuar la claridad del acto inscribible, no puede por ello rechazarse la inscripción solicitada.

Resolución de 6-6-2007

(BOE 4-7-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 42

CALIFICACIÓN REGISTRAL: PRESENTACIONES SUCESIVAS. DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD. APORTACIONES A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Aunque las últimas reformas introducidas en la legislación hipotecaria han conducido a una clara administrativización del procedimiento registral, son de aplicación preferente las normas propiamente hipotecarias sobre la materia. En este sentido, como ha declarado la Dirección General en numerosas Resoluciones, una vez vencido un asiento de presentación, puede volver a presentarse el mismo documento para una nueva calificación, calificación que tendrá autonomía plena con independencia de la que se hubiere realizado con anterioridad, abriendo un nuevo plazo de interposición de recurso, sin que sea de aplicación el principio de Derecho Administrativo conocido como «doctrina del acto consentido».

La libertad de contratación que existe entre los cónyuges, así como el reconocimiento jurisprudencial del negocio autónomo con causa propia de aportación a la sociedad de gananciales, permiten que en una disolución de una comunidad romana, surgida de una partición hereditaria, en la que se adjudica a uno de los condueños la totalidad de la finca, compareciendo su cónyuge, pueda determinarse que unas tres cuartas partes de la finca se inscriban con carácter ganancial.

Resolución de 7, 15, 25 y 26-6-2007

(BOE 4, 13 y 25-7-2007)

Registro de la Propiedad de Jávea

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Apareciendo la finca inscrita a nombre de dos cónyuges en proindiviso, sin especificación de cuota, casados en régimen de comunidad de un Derecho extranjero, a menos que se acredite que tal ordenamiento prevé otra cosa al respecto, no cabe anotar un embargo trabado sobre la mitad indivisa de la finca en un procedimiento dirigido sólo contra uno de los esposos y en el que se ha notificado al otro. Es imprescindible que dicho procedimiento se entable contra ambos.

Resolución de 7-6-2007

(BOE 4-7-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 35

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Constando agotada la cabida de la finca matriz, no cabe inscribir dos segregaciones respecto de la misma. La rectificación del Registro no cabe instarla por vía del recurso gubernativo.

Resolución de 8-6-2007

(BOE 3-7-2007)

Registro de la Propiedad de Chiva

CONDICIÓN RESOLUTORIA: EFECTOS RESPECTO DE LOS SUBADQUIRENTES. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

En aplicación del principio de tracto sucesivo, y en tanto no han tenido parte en el procedimiento los subadquirentes, no es posible practicar las cancelaciones ordenadas en un proceso judicial de resolución de una cesión a cambio de alimentos garantizada con condición resolutoria. Puede el Registrador calificar este extremo en tanto existe una situación de indefensión para esos subadquirentes, puesto que tampoco se había practicado en su día anotación preventiva de demanda.

Resolución de 8-6-2007

(BOE 4-7-2007)

Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2

INMATRICULACIÓN: DATOS DESCRIPTIVOS DE LA FINCA.

No hay inconveniente en hacer constar en la descripción de una finca que se inmatricula la referencia a que en su interior existen determinados elementos constructivos destinados al mejor aprovechamiento del agua, porque eso no prejuzga la existencia de tal aprovechamiento.

Resolución de 9-6-2007

(BOE 7-7-2007)

Registro de la Propiedad de Carmona

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: TÍTULO PARA PRACTICARLA.

Aunque es posible la práctica de una anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo por el que se impugna un proyecto de reparcelación, el único título apto para conseguirlo es el mandamiento expedido por el Juez competente.

Resolución de 11-6-2007

(BOE 7-7-2007)

Registro de la Propiedad de Arzúa

INMATRICULACIÓN. OBRA NUEVA: ANTIGÜEDAD.

Tratándose de una inmatriculación de una finca que contiene una edificación que aparece descrita como tal en los títulos traslativos de la misma desde 1966, no hace falta que la antigüedad se acredite mediante la certificación catastral, dado que es impensable que exista desde 1966 una edificación que no existe en realidad.

Resolución de 12-6-2007

(BOE 7-7-2007)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUPTIDO: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SU INCOACIÓN. PRINCIPIO DEL *NUMERUS CLAUSUS*.

Aunque la falta de previsión expresa de la ley y el clásico principio de *numerus clausus* llevarían a considerar que no cabe anotación preventiva de la incoación de un expediente de dominio para la reanudación del tracto interrumpido, la posición de la doctrina en casos análogos y la tendencia claramente matizadora de ese principio de lista cerrada que se deduce de lo previsto en el artículo 727.6.º de la LEC, permiten su práctica siempre que se den tres requisitos: que haya un interés digno de protección; que no sea contraria al sistema registral, y que se considere útil para el aseguramiento de los resultados del procedimiento.

Resolución de 13-6-2007

(BOE 7-7-2007)

Registro de la Propiedad de Jávea

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: TÍTULOS REZAGADOS.

No es posible inscribir una escritura de segregación y venta de una parte de un local destinada a aparcamientos, cuando con anterioridad a su presentación han accedido al Registro documentos por los que diferentes titulares han adquirido participaciones del local matriz. No puede inscribirse un documento, aunque sea de anterior fecha, que afecta a los derechos inscritos sin consentimiento de sus titulares.

Resolución de 14-6-2007

(BOE 7-7-2007)

Registro de la Propiedad de Valls

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUPTIDO: CASOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No es inscribible un expediente de dominio de reanudación de tracto si el que lo ha instado ha adquirido su derecho del último titular registral. La congruencia del procedimiento y la resolución recaída son objeto de calificación por el Registrador conforme al artículo 100 del RH.

Resolución de 18-6-2007

(BOE 13-7-2007)

Registro de la Propiedad de Nules, número 1

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: TRASLADO DE CARGAS. SUBROGACIÓN REAL. ANOTACIÓN PREVENTIVA: TÍTULO FORMAL.

Las cargas que afectan a las fincas de origen, aportadas a una reparcelación, sólo pueden gravar las fincas adjudicadas en pago del aprovechamiento urbanístico de las mismas por aplicación del principio de subrogación real. Para trasladar las anotaciones preventivas en cuestión a otras fincas distintas es necesario una resolución judicial dictada en un procedimiento dirigido contra los titulares registrales de esas fincas.

Resolución de 19-6-2007

(BOE 20-7-2007)

Registro de la Propiedad de Tías

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Se resumen los requisitos que han de darse para la reinscripción de la finca a nombre del transmitente que tiene a su favor la condición resolutoria: 1. Aportar el título del que resulta la condición; 2. Notificación judicial o notarial al adquirente, de la que no resulte oposición, o, en su defecto, resolución judicial acreditativa de que ha tenido lugar el incumplimiento; 3. Documento acreditativo de haberse hecho la consignación de la totalidad del precio que ha de restituir el adquirente al transmitente, sin que quepa detraer nada en virtud de la cláusula penal; 4. Respecto a los terceros adquirentes de derechos sobre la finca, se exige lo mismo que en relación al primer adquirente.

Resolución de 20-6-2007

(BOE 20-7-2007)

Registro de la Propiedad de Ceuta

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADADA.

Hallándose la sociedad de gananciales disuelta, pero figurando todavía inscrita la finca a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial, caben tres hipótesis a la hora de poder anotar un embargo: *a)* Embargo de la finca concreta: será preciso dirigir el procedimiento contra los dos cónyuges o sus respectivos herederos; *b)* Embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponda en la masa ganancial, que se practica sobre los bienes o derechos que especifique el mandamiento: basta dirigir el procedimiento contra el cónyuge deudor (art. 166.1 *in fine* del RH); *c)* Embargo de los derechos que sobre un concreto bien ganancial correspondan a uno de los cónyuges cuando se realice la liquidación: este embargo carece de sustantividad y no es susceptible de anotación.

Resolución de 21-6-2007

(BOE 20-7-2007)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 1

SUSTITUCIÓN VULGAR. DERECHO DE ACRECER. RENUNCIA A LA HERENCIA.

De acuerdo con la letra del artículo 774 del Código Civil, la sustitución vulgar sin expresión de casos comprende no sólo los de premoriencia, sino también los de renuncia o incapacidad. En caso de renuncia del sustituido, sólo habrá lugar al derecho de acrecer si se acredita que no existen descendientes del mismo que tengan el carácter de sustitutos vulgares.

Resolución de 22-6-2007

(BOE 20-7-2007)

Registro de la Propiedad de Castrojeriz

**EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO
INTERRUMPIDO. SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: LICENCIA.**

Aunque es posible la reanudación del tracto sólo referida a una porción de la finca, previa segregación de la misma, es imprescindible que se acredite la obtención de la oportuna licencia urbanística.

Resolución de 23-6-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 30

PARTICIÓN DE HERENCIA. LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES. REBELDÍA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Para inscribir una entrega de legado ordenada judicialmente, es preciso que el procedimiento se haya dirigido contra los herederos de los dos cónyuges titulares registrales, dado que todos ellos son los titulares de las facultades dispositivas respecto de esa finca. Se entiende igualmente que han de transcurrir los plazos máximos previstos en el artículo 502 de la LEC para la inscripción de una sentencia dictada en rebeldía. La calificación de documentos judiciales alcanza a examinar si han sido citados aquéllos a quienes el Registro reconoce algún derecho que pueda verse afectado por el procedimiento.

Resolución de 27-6-2007

(BOE 25-7-2007)

Registro de la Propiedad de Villacarriedo

**PARTICIÓN JUDICIAL DE HERENCIA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.
CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.**

Para inscribir una partición judicial de herencia respecto de una finca que se halla inscrita a nombre de un matrimonio con carácter ganancial, es necesario que el procedimiento se haya dirigido contra los herederos de ambos cónyuges, dado que resulta imprescindible la previa liquidación de la sociedad de gananciales. La calificación de documentos judiciales alcanza a examinar si han sido citados aquéllos a quienes el Registro reconoce algún derecho que pueda verse afectado por el procedimiento.

Resolución de 28-6-2007

(BOE 25-7-2007)

Registro de la Propiedad de Albocácer

PARTICIÓN DE HERENCIA. PATRIA POTESTAD.

Hallándose un menor representado por su madre en ejercicio de la patria potestad, y no concurriendo conflicto de intereses, no es necesaria la aprobación judicial de la partición de herencia, sin que la realización de adjudicaciones de bienes concretos implique exceder de lo meramente particional.

Resolución de 29-6-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Massamagrell

REFERENCIA CATASTRAL: CONSTANCIA REGISTRAL.

No existiendo una diferencia de superficie superior al 10 por 100 entre la que figura en el Registro y la que resulta del Catastro, y cumpliéndose los demás presupuestos establecidos en la legislación, no puede la Registradora oponer duda fundada que impida el reflejo registral de la referencia catastral de una finca.

Resolución de 30-6-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6

ANOTACIONES PREVENTIVAS: CADUCIDAD. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE PRIORIDAD. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

La caducidad de las anotaciones preventivas se produce de forma automática, quedando extinguidas, y consideran que es como si nunca hubieran existido. En consecuencia los gravámenes y cargas posteriores avanzan un puesto y no se verán registralmente afectados por la anotación caducada. Por ello, hallándose la finca inscrita a nombre de persona distinta del ejecutado, no será posible la inscripción del auto de adjudicación ni la cancelación de las cargas posteriores, si dicho auto y mandamiento judicial se presentan en el Registro cuando la anotación ya ha caducado.

Resolución de 2-7-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Vinarós

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: ERRORES DE CONCEPTO. PROYECTO DE REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: RECTIFICACIÓN.

Habiendo quedado ya inscrito un proyecto de reparcelación en virtud de una resolución administrativa firme, no es posible rectificar el carácter y modalidad de la titularidad de una de las fincas adjudicadas (ganancial por privativo) sino contando con el consentimiento del titular afectado o mediante resolución judicial dictada en un procedimiento seguido con dicho titular, por cuanto se trata de un error de concepto, y no de un simple error material, y, además ha de respetarse el procedimiento de revisión de los actos administrativos.

Resolución de 3-7-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Sitges

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ACTOS Y DERECHOS INSCRIBIBLES.

La resolución judicial por la que se declara que el demandante es titular de un determinado porcentaje del capital social de una sociedad que aparece como titular registral de una finca, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, sino que debe reflejarse en el libro registro de socios de dicha entidad.

Resolución de 4-7-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO: TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

Si existen varias transmisiones que no han tenido acceso al Registro, se puede técnicamente hablar de interrupción del tracto, siendo posible la subsanación de este problema a través de un expediente de dominio, y ello aunque todas esas transmisiones no inscritas consten en escritura pública.

Resolución de 5-7-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Huelva, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PRESUNCIÓN DE PRIVATIVIDAD DE LAS DEUDAS.

Las deudas contraídas por uno de los cónyuges se presumen privativas de éste, siendo necesario para desvirtuar esta presunción, la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo.

Resolución de 6-7-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 2

VIVIENDA FAMILIAR: ATRIBUCIÓN DEL USO. RECURSO GUBERNATIVO.

Si la vivienda familiar está inscrita a nombre de la esposa con carácter privativo, carece de sentido hacer constar registralmente la atribución judicial del uso de la misma en un procedimiento de divorcio, dado que ese uso ya lo ostenta como contenido del derecho de propiedad. No pueden tenerse en cuenta en la resolución del recurso documentos no aportados en el momento de la calificación recurrida.

Resolución de 9, 10, 11 y 12-7-2007

(BOE 31-7-2007)

Registro de la Propiedad de Écija, Utrera, número 2, Sevilla, número 8 y Orgaz

DACIÓN EN PAGO DE DEUDAS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS FISCALES.

La dación en pago es un contrato por virtud del cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos y que éste acepta voluntariamente como pago de su crédito, transmisión que en cuanto forma de pago puede realizar tanto el deudor como un tercero. A los efectos de la inscripción resulta necesario que intervenga la entidad acreedora prestando su consentimiento, y que se determine el importe de la deuda en cuya satisfacción se transmiten los bienes. En los casos en que de una manera evidente conste la no sujeción o la exención al pago del impuesto, debe el Registrador practicar la inscripción sin necesidad de que se acredite la oportuna nota de la Administración Tributaria.

Resolución de 13-7-2007

(BOE 3-8-2007)

Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares

SERVIDUMBRE: CANCELACIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Constando inscrita una servidumbre y no resultando del título de su constitución previsión alguna al respecto, sólo será posible la cancelación de su inscripción contando con el consentimiento de su titular, o mediante resolución judicial dictada en procedimiento seguido contra el mismo.

Resolución de 14-7-2007

(BOE 3-8-2007)

Registro de la Propiedad de La Laguna, número 2

CONVENIO URBANÍSTICO: LEGISLACIÓN CANARIA. ESCRITURA PÚBLICA. RECURSO GUBERNATIVO.

Aunque se haya producido la subsanación del defecto apreciado por el Registrador en su nota, practicándose la correspondiente inscripción, si ello ha sucedido después de interpuesto el recurso, ésta ha de ser resuelto por el Centro Directivo. Conforme a la legislación urbanística canaria, los convenios urbanísticos de gestión han de ser elevados a escritura pública para su acceso al Registro, siendo por tanto este requisito de imprescindible cumplimiento para la inscripción.

Resolución de 16-7-2007

(BOE 3-8-2007)

Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 1

FUNDACIONES: ACEPTACIÓN DE HERENCIA. BENEFICIO DE INVENTARIO.

Conforme a la letra del artículo 22 de la Ley de Fundaciones, la aceptación de herencias a las que las mismas sean llamadas, se considerará siempre hecha a beneficio de inventario, aun cuando no se haga manifestación expresa al respecto. El beneficio de inventario se contrae al fin económico de la limitación de responsabilidad por las deudas hereditarias, pero en absoluto impide al heredero que goza del mismo la posibilidad de inscribir su adquisición hereditaria.

Resolución de 16-7-2007

(BOE 3-8-2007)

Registro de la Propiedad de Ribadeo

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO. RECTIFICACIÓN DEL TÍTULO INSCRIBIBLE.

El Registrador debe actuar de oficio cuando los defectos por él apreciados puedan ser subsanados mediante simples operaciones aritméticas o mediante una interpretación lógica y sistemática del resto del documento calificado, atendidas las reglas del sano juicio y la escasa entidad de la falta, pero nunca puede exigírsele que deduzca la voluntad de las partes sobre las cuestiones esenciales del acto inscribible, cuando éstas no han manifestado nada al respecto.

Resolución de 16-7-2007

(BOE 3-8-2007)

Registro de la Propiedad de Cogolludo

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DE EXPEDIENTE DE COMPENSACIÓN URBANÍSTICA: CANCELACIÓN.

Constando prorrogada y no caducada la nota marginal de iniciación de expediente de compensación urbanística, no es posible practicar la cancelación sin aportar los documentos que demuestren que la finca no está afectada al referido proyecto de compensación. No puede dilucidarse en el recurso gubernativo si la prórroga de la citada nota fue o no correcta.

Resolución de 17-7-2007

(BOE 6-8-2007)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

No puede cancelarse una inscripción en virtud de una resolución recaída en un procedimiento contencioso-administrativo, dado que el titular registral no consta que haya sido oportunamente demandado. Existe un obstáculo derivado del Registro que puede ser calificado por el Registrador.

Resolución de 18-7-2007

(BOE 7-8-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

No corresponde al Registrador calificar aquellos extremos del título que no son directamente generadores de la mutación jurídico-real objeto de inscripción. Así no puede abordar aspectos referentes a la comparecencia de una persona en concepto de tutor de otra cuando esta última no es titular transigente ni adquirente de la finca.

Resolución de 19-7-2007

(BOE 6-8-2007)

Registro de la Propiedad de Lorca, número 1

ANOTACIONES PREVENTIVAS: CADUCIDAD. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE PRIORIDAD. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

La caducidad de las anotaciones preventivas se produce de forma automática, quedando extinguidas, y consideran que es como si nunca hubieran existido. En consecuencia los gravámenes y cargas posteriores avanzan un puesto y no se verán registralmente afectados por la anotación caducada. Por ello no será posible cancelar esas cargas posteriores, con independencia de su orden de preferencia extrarregistral, si el mandamiento judicial se presenta en el Registro cuando la anotación ya ha caducado. Existe un obstáculo derivado del Registro que puede ser calificado por el Registrador.

Resolución de 19-7-2007

(BOE 7-8-2007)

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Gramanet, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: TIPO DE TASACIÓN PARA SUBASTA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DOCUMENTOS JUDICIALES.

Aunque el respeto en el ámbito del procedimiento de ejecución sumaria al tipo pactado para subasta en la escritura de hipoteca es de gran importancia para la salvaguarda de los intereses de acreedor, deudor y tercer poseedor, tal extremo escapa al control que conforme al artículo 132 de la LH y 100 del RH puede realizar el Registrador al calificar este tipo de documentos.

Resolución de 19-7-2007

(BOE 7-8-2007)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL DOCUMENTOS JUDICIALES.

Para la inscripción de un Auto de adjudicación dictado en procedimiento de testamentaría es necesario que se acredite por documento público que todos los titulares registrales o sus respectivos herederos han sido parte en el procedimiento.

Resolución de 19-7-2007

(BOE 7-8-2007)

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4

SEGURO DECENAL: VALOR ASEGURADO. NOTA DE CALIFICACIÓN: NOTIFICACIÓN.

La exigencia establecida en la Ley de Ordenación de la Edificación respecto a que el valor asegurado por seguro decenal sea como mínimo el correspondiente al coste final de la ejecución de la misma, no significa que haya de coincidir con el valor que los interesados dan en la escritura, dado que éstos son conceptos distintos. El fax no es procedimiento adecuado para notificar la nota de calificación, a menos que el Notario haya autorizado previamente este extremo.

Resolución de 20-7-2007

(BOE 17-8-2007)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 3

CONTADOR PARTIDOR: FACULTADES. PROPIEDAD HORIZONTAL. LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA. LIQUIDACIÓN SOCIEDAD DE GANANCIALES. OBRA NUEVA: ANTIGÜEDAD.

El Registrador no puede revisar las decisiones de adjudicación verificadas por el contador partidor, siempre que éste no exceda sus funciones propiamente particionales. El legatario parciario se asimila al heredero, aunque necesita la entrega del legado para adquirir el dominio, sin que se beneficie de la transmisión de la posesión civilísima de que gozan los herederos propiamente dichos. La partición hecha por contador partidor puede acceder al Registro, aunque no conste la aceptación de los herederos, aunque dicha inscripción puede hacerse de forma condicionada a la referida aceptación. Aunque la liquidación de la sociedad de gananciales es una operación previa y necesaria para la partición de la herencia, si se efectúa simultáneamente la de ambos esposos, no es necesario concretarla formalmente, sino que se deducirá de las adjudicaciones finales. Además podrá verificarla el contador partidor nombrado por los dos cónyuges en sus respectivos testamentos. Puede inscribirse una obra nueva cuya antigüedad se acredita con certificado del Ayuntamiento. Aunque la cubierta del edificio es elemento común por naturaleza, no hay obstáculo para que en el título constitutivo se la configure como elemento privativo.

Resolución de 25-7-2007

(BOE 17-8-2007)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN POR FALTA DE INMATRICULACIÓN: PRÓRROGA.

La regla establecida en el artículo 86 de la LH respecto a la duración de las anotaciones preventivas, cede en caso de que exista otra que, de manera especial, esté prevista en una norma legal para una determinada clase de anotaciones. Así ocurre con las anotaciones de suspensión por defecto subsanable, que tendrán sólo la duración máxima que establece el artículo 96 de la LH y el 205 del Reglamento.

Resolución de 26-7-2007

(BOE 17-8-2007)

Registro de la Propiedad de Navacarnero, número 2

MENCIONES. DISMINUCIONES DE CABIDA. PRINCIPIO DE ROGACIÓN: INSCRIPCIÓN PARCIAL.

Debe ser considerada una mención de derechos susceptibles de inscripción separada o especial, la alusión en una inscripción a que una parte de superficie ha sido expropiada, o que otra parte de ella es una cañada y va a ser cedida a la Administración. En ambos casos ha de procederse a la inscripción específica de los mencionados títulos traslativos, y la mención existente debe ser cancelada. Los defectos de cabida están sujetos al mismo régimen de acreditación que los excesos. Sólo cabe la inscripción parcial previa solicitud del presentante.

Registro Mercantil

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 17-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número IX

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. ANUNCIOS.

La expresión sede debe ser entendida como domicilio social.

La convocatoria de la Junta corresponde al Consejo, no a su Presidente, debiendo mencionarse en la convocatoria la existencia de un acuerdo de aquél.

En la convocatoria debe expresarse el derecho que establece el artículo 144.1.c) y la forma de su ejercicio.

Resolución de 18-4-2007

(BOE 1-6-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. ANUNCIOS.

En la convocatoria debe expresarse el derecho que establece el artículo 144.1.c) y la forma de su ejercicio.

Resolución de 14-5-2007

(BOE 15-6-2007)

Registro Mercantil de Valencia, número II

DENOMINACIÓN SOCIAL.

La inclusión total o parcial del nombre o seudónimo de una persona en la denominación social requiere su consentimiento, que se presume cuando se es socio. Pero no puede negarse la inscripción cuando se trate de nombre y apellidos de uso común que difícilmente puedan servir para identificar a una persona concreta ajena a la sociedad o cuando se trate de una denominación subjetiva que más bien implica una de fantasía por referirse, como en este caso, al título de una conocida obra de arte.

Resolución de 16-5-2007

(BOE 9-7-2007)

Registro Mercantil de Toledo

CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITOR.

Si una sociedad, que no está obligada a presentar balance abreviado, tiene designado e inscrito auditor con carácter voluntario para el ejercicio en cuestión, es preciso presentar, con las cuentas anuales correspondientes, el informe de auditoría para obtener su depósito. De otro modo se podría perjudicar el derecho de los socios minoritarios que por este motivo no hubiesen solicitado al Registrador el nombramiento de auditor.

Resolución de 24-5-2007

(BOE 4-7-2007)

Registro Mercantil de Barcelona, número XV

DENOMINACIÓN SOCIAL. SUCURSAL.

Para inscribir en el Registro Mercantil una sucursal de sociedad extranjera, no es necesaria la certificación negativa de denominación, ya que no se trata de una sociedad nueva sino de un establecimiento secundario.

Con la certificación de denominación, lo que se pretende es evitar que se constituyan dos sociedades o personas jurídicas de nacionalidad española con idéntica o similar denominación.

Resolución de 29-5-2007

(BOE 21-6-2007)

Registro Mercantil de Toledo

REDUCCIÓN. AJUSTE EL CÉNTIMO DE EURO.

Aun habiendo transcurrido el periodo transitorio que para ello estableció la Ley 46/98, la Dirección General entiende que puede efectuarse la reducción constituyendo una reserva indisponible alegando que el importe era de escasa importancia y va seguido de un aumento de capital con lo que se compensa la posible merma de garantías.

Resolución de 30-5-2007

(BOE 23-6-2007)

Registro Mercantil de Barcelona, número V

REDUCCIÓN. PÉRDIDAS.

En una operación acordeón, con aumento de capital por importe que iguala o supera el que tenía la sociedad antes de la reducción, no es necesario cumplir los requisitos que en garantía de los acreedores se establecen en los artículos 80 y 81 de la LSRL, puesto que la operación puede incluso mejorar su situación. Pero si la reducción es por pérdidas y sobre todo en interés de los socios, dichas pérdidas, así como la inexistencia de reservas, deben ser acreditadas mediante un balance, aprobado por la junta y verificado por auditor, referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses anteriores al acuerdo.

Resolución de 31-5-2007

(BOE 22-6-2007)

Registro Mercantil de Badajoz

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

Tras la reforma de la LSA, el plazo de antelación de un mes con que debe efectuarse la convocatoria, se computa de fecha a fecha, luego, publicado el anuncio un 29 de mayo, la Junta puede celebrarse desde las cero horas del 29 de junio.

Resolución de 5-6-2007

(BOE 4-7-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número IV

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

No es admisible una cláusula estatutaria señalando como plazo de antelación para la convocatoria de junta de una sociedad anónima en treinta días. El plazo de un mes como mínimo que establece el artículo 97 de la LSA quedaría infringido en los meses de treinta y un días.

Resolución de 26-6-2007

(BOE 25-7-2007)

Registro Mercantil de Toledo

ERROR. EN LA ESCRITURA.

No cabe rechazar la inscripción por una inexactitud o error en la escritura cuando del contenido del documento no resulte duda alguna acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el verdadero. En este caso se trata de una contradicción entre los apellidos del otorgante que constan en la intervención y los que constan en el resto del documento.

Resolución de 24-7-2007

(BOE 7-8-2007)

Registro Mercantil de Madrid, número VI

ESTATUTOS. MODIFICACIÓN.

La declaración de que en la convocatoria se han hecho constar los extremos que van a modificarse y que el texto íntegro de la modificación ha estado desde la convocatoria a disposición de los socios en el domicilio social, debe hacerse en la escritura. Su omisión supone una irregularidad e incumplimiento por el Notario autorizante, pero en este caso no impide la inscripción, puesto que tal declaración figura en los anuncios de la convocatoria que han sido incorporados a la escritura por testimonio.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA JURISPRUDENCIA Y EL FRAUDE DE LEY

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 6 en su último apartado dedica su atención al fraude de Ley. Con él se trata de impedir la eficacia de una norma imperativa, residiendo su esencia en que no se actúa directamente contra la norma sino que se da «un rodeo», se actúa oblicuamente.

Han de realizarse al amparo de una norma. Existe, por consiguiente, una norma de cobertura que es la que se utiliza, pero para alcanzarse los fines prohibidos por la norma imperativa, que es la ley defraudada, se simula el supuesto de hecho de la ley de cobertura para poder protegerse (1).

II. REQUISITOS DEL FRAUDE DE LEY

Para que un acto se califique de fraudulento deben cumplirse determinados requisitos (2):

(1) La STS de 17 de enero de 2001 (AC 458/2001) establece que: «Para apreciar fraude de ley es preciso que se dé prueba cumplida de haber utilizado subterfugios o ardides con aparente cobertura legal, pero que en el fondo son actos realizados *contra legem* para sortear las reglas del derecho e instaurar efectivos daños y perjuicios a personas ajenas, es decir, que al amparo de una norma que se presenta aplicable (norma de cobertura), lo es sólo en apariencia, porque no corresponde a lo que en realidad se pretende (sentencias de 31 de noviembre de 1992, 25 de febrero de 1994, 30 de mayo de 1994 y 29 de julio de 1996), no procediendo confundir fraude de ley con incumplimiento contractual».

(2) Las SSTs de 6 de febrero de 1957, y la de 23 de enero de 1999, señalan que «los requisitos son: que el acto o actos sean contrarios al fin práctico que la norma

- Los actos deben realizarse al amparo «del texto de una norma», lo que es una alusión a la llamada ley de cobertura (3).
- Los actos han de perseguir un resultado prohibido imperativamente.
- El fraude de ley no requiere la prueba de intencionalidad, siendo pues una manifestación objetiva a apreciar por la circunstancia de concurrir los requisitos que lo configuran.

No basta que objetivamente el resultado del acto coincidiese con lo ordenado o prohibido si no se ha buscado. El requisito de la subjetividad ha sido criticado a favor del requisito de la objetividad, pero es un requisito exigido por el propio apartado último del artículo 6 del Código Civil.

Además el resultado perseguido ha de estar en contradicción con el ordenamiento jurídico y no con una o varias normas concretas. Debemos tener en cuenta que se tienen que incluir no sólo las normas, sino también la costumbre y los principios generales del Derecho. Esta idea surge por la vía interpretativa, pues la norma que se trata de eludir no debe referirse sólo a la ley sino también a las demás fuentes del Derecho. Sin embargo no puede incluirse en el concepto de ordenamiento jurídico el correspondiente ordenamiento contractual (4).

III. EFECTOS DEL FRAUDE DE LEY

La sanción legal del fraude no es la nulidad de pleno derecho, sino que el legislador se remite a la ley que se haya pretendido defraudar ordenando su aplicación a los actos realizados. Precisamente por esa aplicación puede surgir la nulidad, pero no del fraude por sí mismo.

Tampoco sanciona el fraude de ley la mala fe o la intención maliciosa del agente sino el acto de incumplimiento de las leyes (5).

La declaración judicial de fraude implica la remoción del obstáculo para el cumplimiento de la ley.

RESUMEN

FRAUDE DE LEY

El requisito esencial del fraude de ley es la existencia de un acto o serie de actos que pese a su apariencia de

ABSTRACT

EVASION OF THE LAW

The essential requirement of evasion of the law is the existence of an act or series of acts that, albeit legal in

defraudada persigue, y que la norma en que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida expresa y directamente a protegerle. El fraude de ley no requiere la prueba de intencionalidad, siendo pues una manifestación objetiva a apreciar por la circunstancia de concurrir los requisitos que lo configuran».

(3) La STS de 23 de febrero de 1993 señala que «la norma de cobertura no ha de amparar suficientemente al acto o actos que se dicen en fraude de ley; de lo contrario, habría una concurrencia o choque de leyes que habría de resolverse de acuerdo a los principios generales».

(4) Vid. STS de 3 de noviembre de 1992.

(5) Vid. STS de 29 de mayo de 1988 y las que cita.

legalidad violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya sean con o sin intención de burlar la ley.

appearance, violate the ethical content of the precepts upon which they are based, be it with or without the intention of outwitting the law.

1.2. Familia

EL CONCEPTO DE CONVIVENCIA MARITAL Y LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

El hecho que nos lleva a estudiar este tema se debe a una reciente sentencia de la Sección 18.^a de la Audiencia de Barcelona, que está innovando en cuestiones de Derecho de Familia, pues si la custodia compartida fue objeto del comentario jurisprudencial realizado en el número anterior, hoy el tema sobre el que nos propone recapacitar es el de la convivencia marital y su «equiparación» con la de una pareja estable que no comparte casa (1).

La importancia de la concreción del concepto de «convivencia marital» se centra en que es causa de extinción de la pensión compensatoria en los supuestos de extinción del matrimonio.

II. CONCEPTO DE CONVIVENCIA MARITAL

Hasta esta sentencia, se había venido considerando por la llamada jurisprudencia menor (de las Audiencias) que la convivencia marital requiere:

- Como causa de extinción de la pensión por desequilibrio exige que se cumplan y prueben tres elementos fácticos: *la existencia y continuidad*

(1) Sentencia de la APB Sección 18.^a Sentencia de 3 de mayo de 2007. Ponente: Enrique Anglada Fors. LA LEY 12493/2007.

Forman parte de la Sección Decimoctava del Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona: Don ENRIQUE ANGLADA FORS, doña Margarita NOBLEJAS NEGRILLO y doña M.^a Dolors VIÑAS MAESTRE.

La Sección decimoctava de la Audiencia confirma el fallo de un Juzgado de Granollers (Barcelona) que en septiembre de 2005 declaró extinguida la pensión compensatoria que cobraba de su marido una mujer separada por considerar probado que había iniciado una nueva relación sentimental estable. Con su Resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona equipara por primera vez el concepto de convivencia marital que el Código de Familia prevé como motivo para retirar una pensión compensatoria por separación con el de una relación de pareja estable, aunque no se comparta domicilio de forma permanente.

de esa convivencia, que ésta sea similar a la marital y que *tenga un domicilio estable como referencia*. Se trata de datos fundamentales en cuanto permiten distinguir lo que es una simple convivencia coyuntural, una relación sentimental, o incluso de noviazgo, de una unión extramatrimonial que es la que, en definitiva, requiere el precepto. Sentencia de 6 de noviembre de 2006, Sección 1.^a Ponente: Álvaro Castaño Penalva, (LA LEY 142984/2006) (2), y en sentencia de la misma Sala de 25 de febrero de 2005.

- La necesidad de justificar *«con certeza una relación personal que revista las características de permanencia, en comunidad de vida e intereses, tanto personales, sociales y económicos, reveladores de una unión de características similares, a salvo de la sanción legal, a la matrimonial, aun a pesar de que se haya demostrado la relación personal entre, en este caso, la demandada y el tercero, a la sazón, don Alberto, sin que se pueda afirmar cuál sea la naturaleza de dicha relación, si es de simple amistad, aun profunda, o de índole sentimental y sexual, y aun en esta última hipótesis, no demostrada, ello no habría de bastar para el éxito de la pretensión deducida, en una correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil»*. Sentencia de la AP de Madrid de 3 de octubre de 2006. Sección 22.^a Ponente: Eladio Galán Cáceres (LA LEY 133329/2006) (3), en el mismo sentido, vid. las sentencias de la misma

(2) El Fundamento de Derecho 2.º dictamina que «es preciso que el actor aporte elementos, datos o indicios probatorios que lleven al órgano jurisdiccional a la convicción de que entre la demandante y esa tercera persona concurre una relación de convivencia similar a la matrimonial. No desconoce la Sala las enormes dificultades probatorias que ello conlleva al desarrollarse buena parte de esa vida en común en la intimidad. De ahí que en estos casos sea conveniente, de una parte, una intervención judicial más acentuada, aunque no por ello menos imparcial y sopesada, de otra, acudir a la prueba de presunciones, así como servirse de las ventajas que en la valoración de las pruebas personales ofrece la inmediación procesal, dulcificando las reglas sobre la carga de la prueba, invirtiéndola si fuere preciso en atención a su disponibilidad (art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el presente caso, el análisis del material probatorio acumulado a la luz de las anteriores premisas nos lleva al convencimiento de que la demandante ha pasado a convivir con una tercera persona durante la tramitación del presente expediente... Tales elementos probatorios han de estimarse suficientes al fin pretendido. Efectivamente consta demostrado que la señora Paula convivió durante el verano de 2004 con don Carlos Antonio, no siendo convincente las excusas dadas por ella durante su interrogatorio de que ello se debió a que en esas fechas no tenía casa donde residir en la playa, coincidiendo con el inicio del proceso de separación. Igualmente, admitió que habían hecho viajes juntos y que convivían algunos días y fines de semana. Por otro lado, las declaraciones de los hijos y de la propia esposa aluden siempre a la existencia de una relación y de cierta convivencia, aunque sin expresar más detalles. En la misma línea, durante la exploración de las menores en la instancia, éstas aludieron genéricamente a esa convivencia. Por último, deviene concluyente el acta aportada con el recurso, sobre la que nada alegó la apelada al impugnar éste, que evidencia esa vida en común, según reconoció la propia demandante en el juicio matrimonial de su actual pareja, precisando detalles propios de la intimidad familiar (que los niños hacían los deberes, que les costaba leer y escribir, etc.).».

(3) El Fundamento de Derecho tercero acredita que «ni aún por la vía de las presunciones, señalada en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha acreditado el recurrente la existencia de dicha convivencia, en los términos y condiciones antes señalados, sin prueba de que dicha convivencia ha generado, y genera, una apa-

Sala (entre otras, de 15 de julio y 15 de octubre de 1992, y 27 de septiembre de 1994).

- Necesariamente, una *cohabitación de carácter permanente y estable*, que en la práctica venga a generar una *posesión de estado familiar de facto*, es decir, una convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial que actúa como paradigma, lo que exige las notas de habitualidad y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa habitualidad presupone la estabilidad. Sentencia de la AP de Cáceres, de 14 de septiembre de 2006, Sección 1.^a LA LEY 136035/2006 (4).

riencia sobre un estado familiar, conyugal, habitual y estable, no esporádico u ocasional, del que es paradigma el modelo matrimonial, con apariencias de la existencia de una intimidad personal y sensual permanente y estable.

En efecto, no solamente se ha estudiado por la Sala el informe de detective obrante en autos, sino que también se ha examinado la grabación en vídeo elaborada por el propio detective, sobre el estudio de los movimientos y hábitos personales de la demandada y el tercero, y las concretas circunstancias en las que se desenvuelve la relación entre ambos en unas fechas muy concretas y determinadas, sin que se puede inferir de ello una convicción de las circunstancias extintivas del derecho establecido, según los presupuestos antes señalados, que deben concurrir para considerar probada la convivencia, al margen de que dicha prueba haya podido poner en evidencia la relación de amistad entre aquellos y, además, entre estos y una tercera persona, con la que tienen dicha relación de amistad, pues debe advertirse que ni del estudio fotográfico, adjuntado con el informe de detective, ni del análisis de la grabación sobre los movimientos y los hábitos y comportamientos de la demandada y el tercero, es posible deducir la aplicación del artículo 101 del texto legal antes citado; si a ello se añade, como bien señala la resolución apelada, que existe prueba contradictoria al respecto, en razón del testimonio prestado por las personas que tienen conocimiento de la vida de la demandada, a la sazón, el portero del inmueble y una vecina, cabe concluir, entonces, que no se dan los requisitos para dar lugar a la extinción de la pensión compensatoria, pues, por lo demás, no se ha acreditado la mejora sustancial en la fortuna y en el patrimonio del cónyuge beneficiario de tal derecho; por ello, el motivo principal del recurso interpuesto por el apelante debe ser rechazado».

(4) El Fundamento Jurídico 2.º dice que... «Centrados los términos del recurso, la cuestión central del mismo, al igual que lo ha sido en la instancia, se refiere a la extinción de la obligación de pago de la pensión compensatoria que se estableció a favor de su mujer en anterior sentencia de separación, alegando como causa la que se expresa en el artículo 101 *in fine* del Código Civil, la de vivir su beneficiaria maritalmente con otra persona, y que ha sido estimada en la sentencia de instancia, al estimar probado la juzgadora la realidad de la convivencia marital.

Pues bien, dicho precepto ha sido interpretado reiteradamente en el sentido de que la convivencia marital, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone, necesariamente, una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar de facto, es decir, una convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de habitualidad y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa habitualidad presupone la estabilidad, como corolario lógico práctico inevitable, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como tampoco puede no serlo el matrimonio, ni proyectarse obligatoriamente hacia esta institución cuando la propia Ley ya lo contempla expresamente como causa de extinción. Se trata, en definitiva, de una relación a semejanza de la matrimonial, como tiene

Así pues nos encontramos como requisitos imprescindibles para referirnos a «convivencia marital» *la existencia y continuidad de una convivencia*, que ésta sea *similar a la marital* y que *tenga un domicilio estable* como referencia. Son caracteres básicos la *permanencia*, en *comunidad de vida e intereses*, tanto *personales, sociales y económicos*, y *no basta la simple relación personal* si no se acredita la naturaleza de la relación como de índole sentimental y sexual, y no simplemente si es de simple amistad, aún profunda. Es más, era criterio exigido que existiera una *cohabitación de carácter permanente y estable* (vid. SSAPP de Cádiz, Sección 8.^a, de 5 de mayo de 2001; de Valladolid, Sección 3.^a, de 5 de junio de 1999; de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 diciembre de 1999, etc.).

Incluso se le negaba la consideración de convivencia marital a *«la cohabitación más o menos pasajera, ni aun la convivencia prolongada con persona del otro sexo si la relación no tiene carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses comunes, en cuanto grupo, distinta de la relación sentimental»* (5).

Dicho esto, la sentencia objeto de comentario nos propone dar un paso más en la evolución del concepto y entiende que en la sociedad actual, en que existen distintos tipos y modelos de convivencia, *la «convivencia marital» debe entenderse como toda aquella en que se dé una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda*, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar *la convivencia como «marital» no es el mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos*, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece en todos

declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998, al decir que esa convivencia, respecto de la cual es ciertamente irrelevante que haya concluido en el momento de interponerse la demanda o dictarse la sentencia, ha de tratarse de una unión de carácter estable similar a la matrimonial, no mereciendo tal consideración las relaciones sentimentales más o menos esporádicas o circunstanciales, incluso mediando el nacimiento de un hijo, ni la cohabitación más o menos pasajera, ni aun la convivencia prolongada con persona del otro sexo si la relación no tiene carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses comunes, en cuanto grupo, distinta de la relación sentimental. SSAPP de Cádiz, Sección 8.^a, de 5 de mayo de 2001; de Valladolid, Sección 3.^a, de 5 de junio de 1999; de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 diciembre de 1999, etc.

Ciertamente, la distinción entre una relación sentimental esporádica y otra marital, semejante a la propia de un matrimonio, que es la aludida en el precepto al principio citado, como causa de extinción de la pensión compensatoria, es difícil o compleja, pues pertenece al orden interno de los sentimientos, y sólo puede inferirse de los actos externos manifestados.

También presenta cierta complejidad la apreciación por los tribunales de la causa de extinción de la pensión compensatoria que comentamos, por cuanto precisa, en primer lugar, establecer cuál es el contenido de la expresión vivir maritalmente con otra persona, y, en segundo lugar, analizar cuidadosamente el acervo probatorio obrante en los autos, afín de concluir en uno u otro sentido, en el bien entendido de que, si bien es cierto que la carga de la prueba de la convivencia corresponde al demandante, acreditada la misma, corresponderá a la parte demandada acreditar que tal convivencia no puede equipararse a una unión *more uxorio*».

(5) SSAPP de Cádiz, Sección 8.^a, de 5 de mayo de 2001; de Valladolid, Sección 3.^a, de 5 de junio de 1999; de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 diciembre de 1999, etc.

aquellos casos de parejas en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad.

Tres son las cuestiones claves de la evolución de la convivencia marital:

- En primer lugar, la propia evolución del concepto de convivencia marital, regulado en el artículo del Código Civil, y en el artículo 86.1.b) de la Ley 9/1998, de 15 de julio. CA Cataluña (Código de Familia).
- En segundo lugar, la irrelevancia del hecho de que los miembros de la pareja habiten en distinta vivienda.
- Y, en tercer lugar, la prevalencia de la voluntad de los integrantes de la unión de ser o constituir una pareja estable.

Los hechos claves en los que se centra la sentencia es que «entre la demandada señora M. y el señor M. existe, o cuando menos existió, una relación afectiva de pareja, incardinable en el concepto de “convivencia marital”, que como causa de extinción de la pensión compensatoria contempla el artículo 86.1.b) del Codi de Família».

La Audiencia concreta en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia lo que debe entenderse actualmente por convivencia marital como «toda aquella en que se dé una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar la convivencia como “marital”, no es el mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece, en todos aquellos casos de parejas, en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad»:

- Para que se dé el concepto de *pareja estable* debe existir un sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad.
- No es necesaria la *convivencia permanente en la misma vivienda* para que realmente exista la convivencia marital.
- No debe prevalecer el mero hecho de *residir* siempre juntos los dos miembros de la pareja: pueden incluso *habitar* cada uno de los componentes de la pareja en su propio domicilio o compartir la misma vivienda sólo durante algunos días.
- El hecho clave se centra en la existencia de una *relación afectiva* o sentimental entre ambos, es decir, la *voluntad* de éstos de ser o de constituir una *pareja estable*.

III. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

El artículo 97 configura para los casos de separación y divorcio un *derecho de pensión*, basado en el desequilibrio económico originado en uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, y, en la comparación de esa situa-

ción con la anterior al matrimonio, siempre que haya un empeoramiento. Se trata de compensar a aquél de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicamente.

La determinación cuantitativa de la pensión se realiza por el juez, en sentencia, a falta de acuerdo de los cónyuges, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges; la edad y el estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. También en la resolución judicial se establecerán las bases para actualizarla y las garantías que aseguren su cumplimiento.

El derecho de pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o *por vivir maritalmente con otra persona* (art. 101, p. 1.º).

En el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario, la pensión compensatoria fue acordada a favor de la esposa en el juicio de separación conyugal. El recurrente solicita en el recurso de apelación la impugnación de dicho acuerdo.

La sentencia de la Audiencia determina la extinción en el proceso de divorcio de la pensión por desequilibrio económico a favor de la esposa fijada en el juicio de separación conyugal, al concurrir en el caso la causa de extinción, pues consta acreditado que existió, al menos durante unos meses, convivencia marital entre la demandada y un tercero —siendo jurídicamente irrelevante si continúa o no vigente—, habiendo reconocido la propia esposa que mantenía una relación de noviazgo con ese tercero, que tenía arrendada una vivienda en su mismo edificio y rellano.

Frente a otros criterios como el establecido en la sentencia de la AP de Barcelona, de 21 de marzo de 2007, Sección 12.ª Ponente: Don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón (LA LEY 14726/2007), que entiende que: «No se dan los presupuestos legales para extinguir la pensión compensatoria relativos a la convivencia marital de la beneficiaria de la prestación con tercera persona, al haberse constatado sólo una relación sentimental de la demandada que no llegó a cuajar ni a constituir una situación análoga a una convivencia *more uxorio*» (6).

(6) En el Fundamento de Derecho tercero de la citada sentencia se expone cómo el apelante señala en su escrito como «*la causa extintiva de la pensión compensatoria, referida a la convivencia marital de la beneficiaria de la prestación con tercera persona ha de ser plenamente desatendida, al no concurrir los presupuestos legales, y en concreto, que se diese entre la demandada y tercero una comunidad de vida e interés en forma análoga a la relación matrimonial*».

Pero el juzgador expone su criterio, que es el que se había mantenido en general en otras sentencias, señalando que: «*De la valoración en conjunto de las pruebas practicadas en los autos de la primera instancia, tan sólo se constata una relación sentimental de la demandada, que no llegó a cuajar ni a constituir una situación análoga a una convivencia more uxorio. Del informe de detectives practicado no se deduce una situación de convivencia marital, sino que tan sólo se constata, en los cinco días del seguimiento, las visitas de tercera persona al domicilio de la demandada, y determinada salida de la misma, hijos y tercero a excursiones, compras y celebración de una boda*».

RESUMEN

CONVIVENCIA MARITAL

La evolución del concepto de convivencia marital conlleva la consideración de la existencia y continuidad de una relación sentimental similar a la marital, pero si antes era requisito prioritario la cohabitación de carácter permanente y estable, el cambio se produce en la ausencia de convivencia de forma permanente y en la misma vivienda, pues se considera prioritario la existencia de la relación afectiva o sentimental.

ABSTRACT

SHARED MARITAL LIVING

As the concept of shared marital living has evolved, a sentimental relationship similar to the marital relationship has come to be seen as existing, and on a permanent basis. While ongoing, stable cohabitation was once a top-priority requirement, however, things have now changed in the absence of a permanent arrangement for shared living in the same home, because the existence of the affective or sentimental relationship is held to take priority.

1.3. Derechos reales

**LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA POR LOS PADRES
DE LOS MENORES A CUYO FAVOR SE ENCUENTRA INSCRITA,
COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL SOBRE LA CAPACIDAD
NECESARIA PARA CANCELAR**

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. CAPACIDAD PARA CANCELAR: REGLA GENERAL

La capacidad necesaria que, como regla general, se exige para cancelar, es la capacidad plena o capacidad de enajenación. Así se deduce del artículo 178 RH que de manera clara y contundente asegura que los representantes legales, para cancelar inscripciones, deberán obtener las autorizaciones y observar las

Esa inicial relación afectiva de la demandada con tercera persona, con la finalidad de rehacer su vida sentimental y constituir una hipotética comunidad de vida e intereses, no llegó a buen término ante la ruptura de la misma, sin que durante la duración de tal relación se produjera una situación de vida e intereses análoga a una situación matrimonial, que constituye la causa extintiva prevista en el artículo 86.1.b) del Código de Familia de Cataluña.

La Juzgadora *a quo* ha entendido también la ausencia de los presupuestos legales para la extinción de la prestación de referencia, en la fundamentación jurídica de su sentencia, interpretando correctamente la naturaleza de tal motivo del cese de la pensión compensatoria del artículo 86.1.b) del Código de Familia de Cataluña».

formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos. Esta regla se hace extensiva a todos los sujetos de la cancelación: titular registral, representantes y causahabientes que, por consiguiente, sólo podrán cancelar si tienen capacidad de enajenación. Dicho lo cual, será necesario que, en la inscripción de crédito hipotecario, el acreedor hipotecario tenga capacidad de disposición para poder cancelar dicha inscripción.

Asimismo, la DGRN ha manifestado en numerosas ocasiones que la capacidad necesaria para poder cancelar debe ser la capacidad de enajenar; se equipara la capacidad cancelatoria con la de enajenación. La propia DGRN ha basado esta exigencia en que la cancelación es un acto de riguroso dominio que exige, para llevarlo a cabo, capacidad plena en el sujeto legitimado. Esto queda confirmado por las siguientes Resoluciones: la Resolución de 22 de septiembre de 1879, en la que se afirma que los actos por los que se extinguen o cancelan derechos reales importan tanto como una enajenación; la Resolución de 19 de julio de 1922 dice que la extinción de derechos reales es otro modo de enajenar; la Resolución de 27 de septiembre de 1924 equipara la capacidad para cancelar con la de enajenar, distinguiéndola de la capacidad para cobrar créditos; las Resoluciones de 25 de octubre de 1932, 22 de junio de 1936 y 26 de octubre de 1964 establecen que la cancelación es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a la enajenación, y por lo tanto requiere capacidad para disponer, tal y como proclama el artículo 178 RH; en las Resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964 se considera a la cancelación como un acto dispositivo que implica una enajenación, un *ius disponendi*. Todas estas Resoluciones se ven completadas con otras muchas que equiparan y exigen para cancelar la misma capacidad que para enajenar. Pueden verse en este sentido las siguientes Resoluciones: 9 de octubre de 1889; 14 de marzo de 1887; 3 de mayo de 1902; 11 de mayo de 1903; 27 de abril de 1907; 20 de abril de 1909; 25 de abril de 1931; 29 de marzo de 1935; 24 de abril de 1936; 23 de febrero de 1966, etc.

El hecho de que se exija capacidad de enajenar para cancelar, no quiere decir que forzosamente la cancelación, el negocio cancelatorio, sea un negocio dispositivo, pero lo que sí es cierto es que, independientemente de su carácter dispositivo o no, siempre se ha exigido la capacidad máxima para llevar a cabo una cancelación, es decir, la capacidad para enajenar bienes inmuebles o derechos reales que recaigan sobre aquellos.

Sin embargo, esta regla general tiene varias excepciones o reglas especiales contenidas, también, en el artículo 178 RH, en sus párrafos 2.º, 3.º y 5.º. En concreto, las excepciones del 178.2 y 5 RH, en las que basta la capacidad de administrar para poder cancelar, como ya se verá, sólo se justifican en un supuesto especial que es la cancelación de créditos hipotecarios que han sido extinguidos por pago. En este supuesto, la cancelación no puede considerarse como un acto de enajenación o disposición, sino como un acto debido al haberse cobrado el crédito, bastándole, entonces, al acreedor hipotecario, para cancelar, la misma capacidad que para cobrar el crédito, es decir, la de administrar sus bienes (art. 1.163 CC). La Jurisprudencia registral está equivocada cuando, aun en este supuesto, exige en el acreedor hipotecario capacidad de enajenar para cancelar el crédito hipotecario extinguido por pago, y es que, en este caso, la cancelación no es sino un acto debido. Conviene poner de relieve este extremo, pues así se puede afirmar que la regla general con respecto a la capacidad de cancelación es la capacidad máxima o de disposición;

salvo que el crédito hipotecario se haya extinguido por pago de la obligación garantizada donde bastará la capacidad de administrar.

II. SUPUESTO ESPECIAL DE CANCELACIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO EXTINGUIDO POR PAGO: ARTÍCULO 178.2 RH

El artículo 178.2 RH establece que «para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor, bastará el consentimiento del padre o padres que ejerzan la patria potestad». La actual redacción de este párrafo se debe al Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que modifica el Reglamento Hipotecario, para ponerlo de acuerdo con el Código Civil reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981, en materia de patria potestad, filiación y régimen económico-matrimonial. La regla contemplada en este artículo supone una excepción a la regla general de la capacidad para cancelar, que debe ser la necesaria para enajenar bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, con las autorizaciones y formalidades legales exigidas.

Según establece el artículo 166 del Código Civil, los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, sino con la previa autorización judicial. Por lo tanto, si cancelar equivale a enajenar y se necesita la misma capacidad para consentir en aquella que en ésta, los padres deberían obtener la autorización judicial correspondiente antes de proceder a la cancelación. Sin embargo, el artículo 178.2 RH les exime de este requisito, y permite que cancelen directamente, al menos la hipoteca que se extinguió por pago del crédito que garantizaba, sin la autorización judicial que, en principio, se exige para enajenar bienes inmuebles o derechos reales de los menores.

El fundamento de esta excepción se encuentra en el supuesto que recoge. Sólo se exceptiona de la previa autorización judicial a la cancelación de hipotecas que se extinguieron por pago del crédito que garantizan. Se trata de un caso muy concreto: hipoteca extinguida por pago, y, probablemente, sea debido al carácter accesorio de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza, lo que hace que extinguida la obligación principal se extinga la accesoria (hipoteca) para las partes —aunque es necesaria la cancelación para su completa extinción frente a terceros—, unido a que no siempre la cancelación es un acto de disposición, sino que a veces —como en la presente— se trata de un acto debido, ya que extinguida la deuda, el acreedor debe extinguir y cancelar su garantía, que no puede sobrevivir sin aquella; todo lo cual justifica que el legislador opte por establecer esta excepción (1).

La cancelación de una hipoteca por el pago de la obligación que garantiza es un acto debido del acreedor, ya que si ha recibido el pago del deudor, no le queda otro remedio que cancelar la hipoteca, pues de no hacerlo estaría perjudicando seriamente al deudor. Si esa cancelación es un acto debido del acreedor, para llevarlo a cabo le bastará la misma capacidad que para recibir el pago, pues es consecuencia del mismo. Luego, si para cobrar le basta la

(1) Aunque al mismo resultado se puede llegar desde la teoría integrista o de la unidad del crédito hipotecario, ya que, extinguida por pago la obligación garantizada —el crédito—, para las partes se extingue todo el crédito hipotecario como unidad. Por tanto, también desde esta perspectiva debe procederse a cancelar la inscripción al extinguirse la obligación garantizada para extinguirla por completo frente a terceros.

capacidad de administrar sus bienes, para cancelar ese crédito hipotecario, como acto debido que es, será suficiente esa misma capacidad. Para todos los demás casos de cancelaciones de inscripciones o anotaciones sobre bienes inmuebles o derechos reales a favor de un menor que pretendan llevar a cabo sus padres, éstos deberán tener la capacidad necesaria para disponer, y por consiguiente, deberán obtener la autorización judicial necesaria, según el artículo 166 del Código Civil.

En efecto, así lo dice la regla general contenida en el artículo 178.1 RH, y lo ha venido confirmando tanto la jurisprudencia registral a lo largo del tiempo, como los preceptos legales hipotecarios y civiles, que no han exceptuado este supuesto, sino tras la reforma de 1982.

La excepción señalada no aparece hasta la reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, consecuentemente, hasta entonces, siempre era necesaria la autorización judicial para poder cancelar un derecho real inscrito a favor de un menor. La Real Orden de 28 de agosto de 1876 ya exigió la autorización judicial para la cancelación por los padres, de hipotecas constituidas a favor de los hijos que se encontraran bajo su patria potestad; y, asimismo, la LEC de 1881 exigió las mismas formalidades para la extinción de derechos reales pertenecientes a menores que para la venta de inmuebles. Tras la publicación del Código Civil en 1889 y la redacción de su artículo 164 del Código Civil, que excluía toda referencia a la extinción y cancelación de los derechos reales sobre inmuebles, dentro de los actos realizados por los padres en representación de sus hijos que requieran autorización judicial, se puso en duda la imperiosa necesidad de tal autorización para consentir en la cancelación de las inscripciones a favor de los menores. No obstante, la DGRN siguió exigiendo este requisito, y las dudas se resolvieron con la publicación del nuevo RH de 1915, que en su artículo 231 establecía que «la autorización judicial que necesite el padre o la madre para enajenar o gravar bienes de su hijo, será igualmente necesaria para inscribir los actos o contratos que tengan por objeto la extinción de derechos reales de la propiedad de los mismos hijos, como son: cesión, renuncia, subrogación, cancelación, redención y otros de naturaleza semejante». La exigencia de la autorización se establece de manera expresa y pone fin a la incertidumbre creada. Con el nuevo RH de 1947 se suprime este artículo, pero, creo que, debido a todos sus antecedentes, queda subsumido e integrado dentro de la regla general del 178.1 RH, porque, si se exige para cancelar la misma capacidad que para enajenar, también se exigirá ésta en la cancelación de inscripciones a favor de menores por sus padres. Por lo tanto, será necesaria la autorización judicial del artículo 166 del Código Civil en las cancelaciones consentidas por los padres en representación de sus hijos menores (antes, en el art. 164 CC), salvo en el caso del artículo 178.2: cuando se cancele una inscripción de crédito hipotecario que se extinguió por pago.

La DGRN, como ya se ha dicho, se ha manifestado en el sentido explicado: la autorización judicial es necesaria cuando un padre pretenda cancelar una inscripción que esté hecha a favor de su hijo menor. Así las Resoluciones de 30 de agosto de 1876 y 14 de marzo de 1887, basándose en la recién publicada RO de 28 de agosto de 1876, denegaron las cancelaciones de hipotecas solicitadas, al no tener la madre y el tutor correspondiente la autorización necesaria para tales casos. En el mismo sentido, la Resolución de 31 de octubre de 1892 se basó para rechazar la cancelación de hipoteca solicitada en la citada Real Orden, pero también en los artículos 164 y 165 del Código Civil, inter-

pretando, por lo tanto, que la cancelación debía de entenderse incluida dentro de los supuestos del artículo 164 del Código Civil que requerían autorización judicial. La Resolución de 19 de julio de 1913 insistió en la misma doctrina, exigiendo la autorización judicial para poder cancelar; y del mismo modo, la Resolución de 19 de julio de 1922, equiparando la cancelación con un acto de enajenación, estableció para aquella los mismos requisitos que para ésta. La Resolución de 22 de junio de 1922, basándose en el, ya en vigor, artículo 231 RH, y considerando a la cancelación como un acto de desprendimiento de derechos, volvió a exigir la autorización judicial para consentir en la cancelación. Por último, tras la entrada en vigor del RH de 1947, la Resolución de 26 de octubre de 1964 consideró que la cancelación es un acto de desprendimiento de derechos que necesita la misma capacidad que la enajenación, tal y como dispone el artículo 178.1 RH. Artículo que, por lo tanto, se aplicará también al caso de la resolución, que no es sino la cancelación de una hipoteca a favor de un menor por su padre; de donde se deduce la necesidad de la autorización judicial en este caso.

Como se observa, la jurisprudencia registral se ha manifestado a lo largo de la historia a favor de exigir las autorizaciones necesarias para enajenar, también, en la cancelación. Las razones que esgrimen para ello son tres: no existía ningún precepto ni legal ni reglamentario que dispensara de tal autorización; en segundo lugar, creen que cancelar equivale a enajenar (negocio dispositivo), y por lo tanto es lógico que exijan la misma capacidad; por último y derivado de lo anterior, pretender dejar clara la diferencia existente entre los derechos de crédito y los derechos reales en nuestro ordenamiento. De manera que, para extinguir un derecho de crédito será necesaria una capacidad y unos requisitos determinados, y sin embargo, para extinguir y cancelar un derecho real será necesaria más capacidad (la de enajenación) y cumplir los requisitos establecidos. Lo expresa muy bien DE LA RICA Y ARENAL (2) cuando dice que la exigencia de la autorización judicial en la cancelación es «consecuencia de la enérgica diferenciación que nuestra legislación ha establecido entre la obligación personal y la responsabilidad real, entre el crédito y la hipoteca, pues aunque los padres tengan facultad para cobrar las cantidades que se adeuden a sus hijos, esto se refiere al derecho de crédito o personal, y, en cambio, la cancelación de la hipoteca pertenece a la esfera del derecho real, que por su trascendencia respecto a terceros exige mayores requisitos». Por lo tanto, el capacitado para extinguir obligaciones no lo está para extinguir derechos reales, debido a «la distinta importancia que para el régimen jurídico tienen el crédito y el derecho real», tal y como afirma la Resolución de 27 de septiembre de 1924.

¿Por qué, sin embargo, el nuevo 178.2 RH permite cancelar sin autorización una hipoteca extinguida por pago? Parece, según este artículo, que si se está capacitado para cobrar y extinguir el crédito, sin más requisitos, se puede también cancelar la hipoteca. Hipoteca y crédito al mismo nivel, ¿se ha acabado la eterna distinción en nuestro Derecho entre ambas figuras, y nos aproximamos más a la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito? La doctrina lo ha explicado de distintas formas, en este sentido conviene ver el comentario de RODRÍGUEZ LÓPEZ (3) que, antes de la modificación del RH, ya adelantó la

(2) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R., *Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, Tomo II, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 337.

(3) Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Ed. Hesperia, Jaén, 1981, págs. 167-177.

necesidad de que no se requiriera autorización judicial en la cancelación, por los padres, de un crédito hipotecario a favor de menores, previamente extinguido por pago. Se basa principalmente en la peculiaridad de las características de la cancelación de hipoteca por pago, en el dudoso principio de que toda cancelación equivale a un acto de disposición, y en que tal autorización no es sino una exigencia puramente registral. BOLLAIN (4) defendía, asimismo, y antes de la reforma del 82, la no-necesidad de la autorización judicial en estos casos. Para este autor, dicha autorización judicial sólo sería necesaria, cuando la extinción de la hipoteca se produjera por causas que actúan directamente sobre la hipoteca en sí misma considerada; pero no sería necesaria si la hipoteca se extinguió a consecuencia de la extinción —por pago— de la obligación garantizada, porque en estos casos y debido a la accesoriedad de la hipoteca, el consentimiento que se presta no es para extinguir un derecho —que previamente ya se extinguió—, sino para dejar sin efecto una inscripción inexacta. Además, como bien dice este autor, enajenar y cancelar no son términos equiparables, por lo que no pueden exigir siempre los mismos requisitos. CAMY SANCHEZ CAÑETE (5), en la misma línea, argumenta que el viejo axioma «cancelar es enajenar» mantenido tradicionalmente por la DGRN, es falso, ya que no siempre la cancelación equivale a una enajenación. El caso analizado es uno de ellos, por lo cual se hacía necesaria una nueva regulación de este aspecto que considerara la cancelación de hipotecas por pago como un acto de no disposición, para lo cual se introdujo este artículo 178.2 RH. Esto confirma la idea, que se ha avanzado en las líneas precedentes, de que la cancelación del crédito hipotecario extinguido por pago no es un acto de disposición, sino un acto debido. Por el carácter de acto debido basta que el acreedor hipotecario tenga capacidad de administrar sus bienes para poder cancelar, pues quien puede recibir el pago debe poder cancelarlo.

La tesis que aquí se defiende —la cancelación del crédito hipotecario por pago es un acto debido— se encuentra con el gran obstáculo de tener a toda la doctrina jurisprudencial en su contra; pero, creo, realmente, que la DGRN cegada por un axioma que en un momento pareció válido (cancelación = enajenación), lo ha aplicado indiscriminadamente, sin pararse a analizar los casos particulares, en los que, como éste de la cancelación de hipotecas por pago del crédito, no siempre se cumple. Lejos de subsanar su error, la DGRN mantiene su tesis que, aunque acertada en la mayoría de los supuestos, pues con carácter general cancelar equivale a enajenar, incurre en un error; pues, si se sigue a rajatabla la tesis de la DGRN, no se puede encontrar justificación válida a la excepción recogida en el 178.2 RH, donde basta la capacidad de administrar para cancelar. Sin embargo, si se considera, en este caso concreto, a la cancelación como acto debido, el artículo 178.2 RH se entiende claramente.

Hay que añadir que, según AMORÓS GUARDIOLA (6), y posteriormente aceptado por PAU PEDRÓN (7), este artículo 178.2 RH puede aplicarse por analogía

(4) Cfr. BOLLAIN ROZALEM, L., «La cancelación de hipoteca y la autorización judicial», en *Estudios de Derecho Civil en honor al Profesor Castán Tobeñas*, tomo V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 37-49.

(5) Cfr. CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 628.

(6) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 552-553.

(7) Cfr. PAU PEDRÓN, A., «Capacidad en los negocios sobre inmuebles», en *RCDI*, 1996, pág. 804.

a las personas sujetas a tutela. Es decir, los tutores podrán cancelar las hipotecas que garanticen créditos a favor de un tutelado, que se extingan por pago, sin la necesaria autorización judicial que exige el artículo 271 del Código Civil, para enajenar o gravar bienes inmuebles.

Por último, quiero hacer referencia al antiguo artículo 178.2 RH que, sin tener nada que ver con el actual, establecía otra regla relativa a la capacidad necesaria para llevar a cabo actos en nombre y representación de los hijos menores. El citado artículo dispensaba de la reiterada y necesaria autorización judicial exigida por el artículo 164 del Código Civil, a los padres cuando renunciaran a las herencias o donaciones hechas en favor de sus hijos menores. Esta dispensa sólo trataba de facilitar las transmisiones *mortis causa*, ya de por sí complicadas, pero no es que se considerara que con la renuncia a herencias o donaciones, los padres no pudieran ir en contra de los intereses de sus hijos —razón que justifica las cautelas exigidas en la enajenación y que deberían haber sido exigidas también aquí, pero que se excepcionan por la agilidad de la realización de la titulación *mortis causa*—. Como dice DÍAZ GONZÁLEZ (8) y DE LA RICA Y ARENAL (9), son razones prácticas y no jurídicas las que justificaban este precepto. De todas formas, la supresión del mismo tras la reforma de 12 de noviembre de 1982 es lógica, si se tiene en cuenta que con la reforma del Código Civil de mayo de 1981, se dio una nueva redacción al artículo 166, estableciendo, a partir de ahora, que los padres necesitarán autorización judicial para renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares. Se entiende, por consiguiente, justificada la supresión del RH del antiguo artículo 178.2, precisamente, para poner de acuerdo el texto reglamentario con el Código Civil que, desde este momento, y debido a los perjuicios que dicha renuncia puede causar a los menores, exige la justificación de la utilidad de la misma y la autorización judicial correspondiente.

RESUMEN

CANCELACIÓN HIPOTECA

La cancelación de cualquier asiento registral se ha equiparado tradicionalmente a un acto de enajenación para el que se exige la capacidad máxima de disponer. Sin embargo, el artículo 178.2 RH recoge una excepción a dicha regla general, en el sentido de que para cancelar las hipotecas inscritas a favor de menores, sus padres no requieren de la autorización judicial que se exige para los actos de disposición en el artículo 166 del Código

ABSTRACT

MORTGAGE CANCELLATION

The cancellation of any registration entry is traditionally regarded as equivalent to an act of disposal for which maximum disposal capacity is required. However, article 178.2 of the Mortgage Regulation contains an exception to that general rule: In order to cancel mortgages registered to minors, the minors' parents do not require the same judicial authorisation as is demanded of them for acts of disposal under article 166 of the Civil Code. The

(8) Cfr. DÍAZ GONZÁLEZ, C., *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 342.

(9) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R., «Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal», *ob. cit.*, pág. 338.

Civil. Se analiza en estas líneas el porqué de dicha excepción, y se hace un breve repaso a su evolución legislativa y su interpretación jurisprudencial.

reason for said exception is analysed, and a brief review is given of its legislative evolution and interpretation through jurisprudence.

1.4. Sucesiones

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA FIGURA DEL ALBACEA, Y, EN ESPECIAL, SOBRE EL PLAZO PARA REALIZAR SU COMETIDO. CÓMPUTO DEL PLAZO Y PRÓRROGA DEL MISMO

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. FIJACIÓN DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL ALBACEAZGO

Según el artículo 904 del Código Civil, cuando el testador no hubiese fijado un plazo al albacea para cumplir su encargo, habrá de hacerlo dentro del año siguiente a su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones.

Tanto el albacea testamentario como el contador-partidor tienen un límite temporal para el ejercicio de su cargo que será el fijado por el testador y, a falta de tal previsión, será de un año con posibilidad de prórroga legal por otro año y judicial por el tiempo que el Juez estime necesario, en función de las circunstancias del caso (art. 905 CC) (1).

1. PLAZO FIJADO POR EL TESTADOR/A

En aplicación del citado artículo 904, el plazo de que dispone el albacea para cumplir el encargo será el estipulado por el testador que goza de amplia libertad para su fijación. Puede determinarlo especificando una fecha concreta o bien con respecto a un acontecimiento concreto que marcará el comienzo del plazo, por eso la RDGRN de 5 de enero de 1959 dice que en ese caso el albacea «carece de facultades para intervenir al no haberse realizado el evento a partir del cual la testadora le encargó el cumplimiento de su misión».

Como norma, el principio general en esta materia es que rija la voluntad soberana del testador, amparada en los artículos 904 y 905 del Código Civil, así lo entendió la sentencia de 13 de marzo de 1989, al tratar de la validez del plazo de diez años, prórroga al plazo legal del año, otorgada por la testadora a los albaceas. Entendía la parte actora que se infringían los artículos 904 y

(1) RDGRN de 11 de octubre de 1982 y STS de 24 de febrero de 1927.

905 en relación con los artículos 3.1 y 7.2 del mismo cuerpo legal. El Supremo mantuvo la validez del plazo fijado por la testadora.

El hecho de que el testador goce de libertad para fijar el plazo no le autoriza, sin embargo, para que lo establezca en condiciones que resulten perjudiciales para los derechos de los legitimarios, como sería el hecho de permitir que no procediesen los albaceas a la división durante varios años o el señalamiento de un plazo excesivo sin razón alguna que lo justifique. En este caso los interesados podrían acudir al Juez para que redujese ese tiempo a unos límites prudenciales (2).

El testador ha de fijar el plazo de forma clara y precisa, de no hacerlo así entraría en juego el plazo legal del año, según exige la sentencia del Supremo de 18 de junio de 1942, la voluntad del testador ha de manifestarse de modo terminante.

2. PLAZO LEGAL DE UN AÑO

A falta de estipulación del testador, el plazo del albacea para cumplir su encargo será de un año (art. 904 CC). Se entenderá que no existe plazo fijado por el testador cuando éste se limita a decir que las facultades que confieren a los albaceas duren todo el tiempo que permitan las leyes (STS de 24 de febrero de 1927) o que señale como plazo todo el tiempo que sea necesario, a juicio del propio albacea (STS de 24 de noviembre de 1906).

II. CÓMPUTO DEL PLAZO

1. ACEPTACIÓN EXPRESA O PRESUNTA

El cómputo del plazo de un año comienza en el momento de la aceptación del albacea cuando ésta se hace de forma expresa (art. 904 CC), lo que no quiere decir que dependa de la voluntad de albacea, ya que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1974, «si así se entendiera se vendría a dejar a merced del albacea la prolongación excesiva del plazo que la ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio; ni lo es tampoco el hecho del conocimiento por dicho contador de su designación porque ésta, por sí sola, no le faculta para actuar, sino que su legal actuación sólo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior».

El Código alude, también, a la aceptación presunta, cuando el nombrado albacea no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que tuvo noticia de su nombramiento, o, si ya lo conocía, dentro de los seis días siguientes a aquél en que supo de la muerte del testador (898 CC). En base al artículo 898 del Código, dice el Supremo que el cómputo del plazo comienza a correr a los seis días de conocer su nombramiento (STS de 1 de junio de 1926) o bien, de tener noticia del fallecimiento del causante (RDGRN de 12 de abril de 1951).

(2) ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS y CASTRO GARCÍA, JAIME, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1991, tomo III, pág. 904.

2. TERMINACIÓN DE LOS LITIGIOS SOBRE LA VALIDEZ O NULIDAD DEL TESTAMENTO

Los litigios a los que alude el artículo 904, promovidos sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones que producen el efecto de interrumpir el plazo legal han de interpretarse en un sentido amplio, incluyendo el juicio *ab intestato* en estos pleitos, hasta que no concluya dicho juicio no puede conocerse el alcance de la herencia intestada sobre aquellos bienes de los que no hubiera dispuesto el causante (STS de 23 de octubre de 1923).

La pendencia de procesos produce la prórroga del albaceazgo cuando impide a los albaceas practicar las operaciones particionales si éstas se encuentran condicionadas por el resultado del procedimiento (SSTS de 17 de junio de 1914 y 26 de noviembre de 1986).

No cabe aplicar por analogía a la terminación de los litigios la finalización de las operaciones fiscales a que da lugar el fallecimiento del testador, como recoge la sentencia del Supremo de 19 de junio de 2006, al decir que el artículo 904 del Código Civil es claro y que no pueden considerarse incluidas, dentro de las circunstancias contempladas en este precepto, las operaciones fiscales ni impiden que los bienes relictos sean objeto de valoración mientras la Administración Tributaria no la fije. Añade la sentencia que la Sala considera inadmisibles «la extravagante tesis que se sustenta para determinar el *dies a quo* del plazo» para cumplir con su obligación, cuya fundamentación se basa en el argumento de que hubo un acuerdo entre la madre de la actora, herederos y albacea para proceder a la confección del cuaderno particional, una vez que la Administración aprobara el valor de los bienes que constituirían el caudal relicto, para evitar así el exceso de adjudicaciones y el consiguiente pago de impuestos. El Supremo rebate la validez de ese hipotético acuerdo porque al no haber sido fijado el plazo por los testadores, su deber es realizar la partición en el plazo fijado por la Ley y cumplir los plazos legales sobre la prórroga del albaceazgo, no necesitando contar con la voluntad de los interesados (sigue la STS de 19 de junio de 2006 en este punto a las SSTS de 29 de mayo de 1950 y 17 de junio de 1963).

III. CONCLUSIÓN

El albacea deberá cumplir su encargo dentro del plazo fijado por el testador de forma clara y precisa, a falta del mismo se le aplicará el plazo legal de un año con posibilidad de prorrogarlo otro año o lo que el Juez estime necesario, salvo que haya pleitos pendientes que le impidan llevar a cabo su labor, entre los que se incluye el juicio *ab intestato*, no teniendo tal consideración las operaciones fiscales a que da lugar el fallecimiento del testador.

RESUMEN

FUNCIÓN DEL ALBACEA

Este estudio tiene como objeto analizar la figura del albacea en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Código Civil trata de los

ABSTRACT

EXECUTOR'S FUNCTION

This study analyses executors according to the latest Supreme Court jurisprudence. The Civil Code discusses executors in articles 892 to 911. It does

albaceas en los artículos 892 a 911, no da una definición de los mismos, pero se puede inferir de su regulación. El testador nombra a una persona de su confianza para que vigile la ejecución de lo dispuesto en el testamento, procure la conservación y custodia de sus bienes y vele porque se cumpla su voluntad. El contenido de este cargo es variable, lo marca el testador, tiene, por tanto, las facultades que aquél le hubiese conferido con la única limitación de que no sean contrarias a las leyes —art. 901 CC—.

Hemos tratado de forma especial el plazo de que dispone el albacea para realizar su cometido, el cómputo del mismo, así como la posibilidad de prorrogarlo.

not define what an executor is, but a definition may be inferred from the regulatory terms there. The testator names a trusted person to see over the execution of the terms of the testator's will, to see to the preservation and custody of the testator's property and to ensure that the testator's wishes are fulfilled. The exact contents of the post vary; the testator decides, and therefore the executor has whatever faculties the testator assigns, with the sole restriction that the faculties must not be contrary to law (Civil Code, article 901).

Special attention is paid to the deadline the executor has for completing his or her task, the calculation of that deadline and the possibility of extending it.

1.5. Obligaciones y Contratos

EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO POR PARTE DEL VENDEDOR HACE DECAER SU DERECHO DE RETRACTO Y CONSOLIDADA DE MANERA DEFINITIVA EL DOMINIO DE LA COSA VENDIDA

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO

El retracto convencional funciona sobre la base de una compraventa normal en la que se inserta una condición resolutoria consistente en la reserva que hace el vendedor de la facultad de recuperar o readquirir la cosa inicialmente enajenada, el comprador adquiere la propiedad normal irrevocable si el retracto no se ejercita, pues lo que el vendedor se ha reservado es un derecho real de adquisición del tipo de opción. El artículo 1.507 del Código Civil establece los requisitos para que nazca el retracto convencional y del mismo deducimos que sólo puede denominarse tal el que se reserve el vendedor, y no otra persona, por tanto, no se aplicará este régimen cuando la facultad de readquisición se atribuya directamente a los herederos del vendedor, aunque puede corresponderles por vía de la sucesión *mortis causa*, o a favor de cualquier tercero, o cuando aquél se reserve la facultad de designar ulteriormente su titular. En principio, la expresión legal «se reserve» induce a pensar que el pacto de retracto es simultáneo a la celebración del contrato de compraventa

que le sirve de soporte, y en tal sentido se orienta la doctrina, aunque la jurisprudencia demuestra cierta flexibilidad en la interpretación de este requisito. Parece evidente que el legislador contempla como necesario un vínculo de accesoriedad entre la compraventa y el pacto de retro, no se trata de que el vendedor primero decidió vender pura y simplemente y luego el comprador le ofreció una opción de compra sobre la misma cosa, más bien hay que pensar que si el vendedor accedió a vender fue con la esperanza de recuperar la cosa vendida, de haber solución de continuidad entre ambas operaciones carecerían de sentido los reembolsos a que alude el artículo 1.518 —que veremos más adelante—, y bastaría con estipular un nuevo precio que abarcara todos los demás conceptos. No resulta muy técnica la expresión «derecho de recuperar la cosa vendida», con la que, sin duda, se trata de aludir al mismo derecho enajenado, pero, aunque el objeto de la compraventa puede ser muy amplio, el legislador piensa primordialmente en la transmisión del dominio. Además, el término «obligación» no ha de interpretarse en sentido técnico sino como sinónimo de carga aneja al ejercicio del retracto. A diferencia de otros Códigos, nuestro Código Civil no impone requisitos de forma para la válida constitución del derecho de retracto convencional, aunque este derecho de adquisición está dotado de eficacia real, recayendo sobre inmuebles será conveniente su inscripción en el Registro de la Propiedad para la mayor plenitud de efectos contra tercero. La compraventa que sirve de base al retracto convencional está sujeta a las reglas generales en orden a la perfección, obligación de entrega, vicios y causas de resolución —entre otros—. El comprador con pacto de retro mediante la tradición en cualquiera de sus formas, adquirirá el dominio de la cosa comprada, pudiendo ejercitar sobre ella todas las facultades que corresponden al propietario, cabe que el vendedor conserve la cosa en arrendamiento, circunstancia que puede constituir indicio de que las partes hayan realizado un negocio fiduciario, aunque ello no es consecuencia necesaria, pues se trata de un pacto lícito. Pese a algunas críticas doctrinales, es prevalente la opinión de que el retracto convencional se configura como condición resolutoria de la compraventa en que se alberga y en el mismo sentido se pronuncia unánimemente la jurisprudencia.

II. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA

El retracto convencional, también denominado *pacto de retroventa*, está regulado en nuestro Código Civil como un supuesto de resolución de la compraventa junto al retracto legal, si bien la estructura de ambas figuras es distinta, dado que en el primero se plantea siempre entre comprador-retraído y vendedor-retrayente, mientras que en el segundo es necesaria la intervención de un tercero adquirente. Nos encontramos, pues, ante un caso de resolución de la venta, de carácter convencional, al ser comprador y vendedor quienes hacen dicha previsión. Si bien «el derecho de recuperar la cosa vendida» tiene alcance negocial y, por tanto, libremente asumido por ambos contratantes, no todo su contenido participa de este carácter, ya que a este derecho corresponden correlativamente unas obligaciones —que recoge el art. 1.518— que se imponen a la voluntad de las partes como derecho imperativo, todo ello sin perjuicio de «lo demás que se hubiese pactado». La compraventa así perfeccionada tiene un elemento accesorio: un pacto por el cual el vendedor puede recuperar lo vendido. Este pacto actúa como verdadera condición resolutoria

de carácter potestativo: si la condición se cumple, o, lo que es igual, si el vendedor ejercita dentro del plazo su derecho a retraer, queda resuelta la venta con carácter retroactivo, y se supone que el retrayente no ha dejado nunca de ser su dueño; si la condición no se cumple, o, lo que es lo mismo, si transcurre el plazo de retracto sin que el vendedor haga uso de su derecho, la venta se consolida y el comprador adquiere irrevocablemente el dominio de la cosa. Ahora bien, si bien es verdad que el retracto convencional da lugar a una situación jurídica de dependencia que desde el punto de vista meramente funcional es semejante a la creada por un *conditio facti*, no es una compraventa condicional y ello porque el acto jurídico en que formalmente se concreta el ejercicio del retracto y no puede ser configurado como condición ni siquiera como condición potestativa. Habla el Código Civil de «reservar el derecho de recuperar la cosa vendida». El término «reserva» concita idea de contemporaneidad. Para que el pacto de retroventa actúe con el alcance resolutorio que lleva aparejado, debe ser contemporáneo a la venta; si no lo fuera, nos encontraríamos ante otra figura distinta al retracto convencional y con efectos puramente obligacionales (1).

La contemporaneidad del pacto de retro tiene un alcance más conceptual que temporal, de tal modo que puede darse en dos escrituras separadas. En la STS de 28 de junio de 1961 se contempla un supuesto de venta realizada coactivamente por el Juzgado como consecuencia de un proceso de ejecución y se afirma que «no existe obstáculo que impida a éstas, las partes, al margen pero paralelamente al proceso de ejecución y relación directa con el contrato de venta o transmisión de bienes que se iba a realizar y perfeccionar en dicho proceso, convenir la readquisición por el vendedor y ejecutado de las fincas objeto de transmisión en aquél, para el caso de resultar adjudicatario de las mismas la otra parte, a cuya condición quedaba supeditada la efectividad del convenio». Esta sentencia califica el acuerdo habido entre las partes como pacto de retracto adicional de la transmisión verificada por la subasta.

III. FIGURAS AFINES

Dado el interés demostrado por el legislador al precisar con detalle los perfiles del retracto convencional, y teniendo en cuenta, por otra parte, que la autonomía de la voluntad de los contratantes puede originar combinaciones prácticamente ilimitadas, conviene deslindar la figura objeto del presente estudio de otras con las que podría confundirse:

1. *Pactum reservati dominio*. Para describir el funcionamiento del retracto convencional, algunas veces se dice que el vendedor no se ha desprendido totalmente de la cosa vendida, y, por otro lado, si ejercita tempestivamente su derecho se produce una resolución de la compraventa base con efecto, en principio, retroactivo; y es que en la reserva de dominio se actúa cuando el comprador incumple mientras que el retracto convencional no hay ningún incumplimiento del comprador.
2. *Pacto comisorio*. Supone la resolución del contrato por falta de pago, es una garantía para el vendedor y una sanción para el comprador incumplidor. En el retracto convencional, de haber afinidad de garan-

(1) A este respecto citamos la STS de 27 de octubre de 1960.

tía es para el comprador, y en modo alguno se sanciona una conducta de este último. En el pacto comisorio no ha llegado a su consumación la compraventa, mientras que en el retracto convencional puede decirse que lo pactado ha alcanzado su realización máxima.

3. *Addictio in diem*. Conocido en Derecho Romano es el pacto por virtud del cual se reserva el vendedor la facultad de rescindir el contrato, si dentro de cierto tiempo se presenta otra persona que ofrezca mejores condiciones, puede ocurrir que nadie haga una oferta más ventajosa, o que, haciéndola, no la acepte el vendedor, en tal caso se considera firme el primer contrato, en otra hipótesis se rescinde la primera venta salvo que el primer comprador iguale la oferta del segundo. Resulta clara la diferencia sustancial que le separa del retracto convencional, en el que no hay una doble oferta, sino que la resolución se produce reembolsando, en principio, el precio pagado por el comprador, y en el que este último carece de toda iniciativa para detener la acción del vendedor, mientras que en la *in diem addictio* el comprador tiene la posibilidad de quedarse con la cosa, igualando la oferta de un tercero, pero hay vacilaciones sobre el plazo de duración de tal pacto.
4. *Pactum displicentiae*. También procede del Derecho Romano y consiste en que el comprador se reserva la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resulta de su agrado, en cuyo caso la compraventa se entiende hecha bajo condición resolutoria o bien supedita la propia existencia de la compraventa al hecho de que aquélla le ofrezca interés, bajo condición suspensiva. También resulta clara la diferencia con el retracto convencional en el que la iniciativa corresponde al vendedor, quien permanece pasivo en el *pactum displicentiae* (2).
5. *Pactum de retroemendo*. Viene de la contrafigura del retracto convencional, pues es el pacto por el que el comprador puede obligar al vendedor a que adquiera de nuevo la cosa, dentro de un tiempo determinado y por el mismo precio. Igual que ocurre en la anterior figura, aquí la iniciativa es exclusiva del comprador.
6. *El pacto de volver a vender*. Aunque a primera vista ofrece semejanza con el retracto convencional, se trata de un pacto autónomo que no precisa cumplir los requisitos establecidos en el artículo 1.507, y cuyos efectos no se plasman en una resolución de la compraventa primitiva, sino en un nuevo contrato en el que las posiciones contractuales aparecen intercambiadas (3).

IV. TITULAR

De suyo el retracto convencional, como derecho real limitado, no se dirige contra un sujeto especialmente determinado, sino contra la comunidad que

(2) En este sentido se pronunció la STS de 23 de mayo de 1944.

(3) La STS de 10 de marzo de 1944 señala que mientras el compromiso de volver a vender se superpone cronológicamente a la venta, el retracto convencional se incorpora a la misma compraventa, funcionando como parte integrante de ella; el pacto de retracto o retracto convencional es coetáneo a la perfección de la venta y supone una reserva del derecho de readquisición (en el mismo sentir citamos la STS de 6 de marzo de 1947).

debe respetar su ejercicio; sin embargo, al igual que ocurre en otros derechos limitados (dueño del precio dominante en las servidumbres, nudo propietario en el usufructo, poseedor de la finca gravada en la hipoteca, etc.) la normativa legal contempla a una persona sobre la que gravan especiales deberes de conducta; se trata del comprador a quien se menciona reiteradamente a lo largo de esta sección, aunque sólo aparezca implícitamente designado en el artículo 1.507. No hay problemas en orden al titular del retracto, que sólo puede ser quien aparezca en el contrato base ostentando la cualidad de vendedor, o bien su sucesor a título universal (arts. 1.514, 1.515 y 1.516), o particular como cesionario del derecho que no se haya configurado como subjetivamente real, por lo tanto, deducimos que puede ser tanto una persona física como jurídica y tampoco hay problema para considerar susceptible del retracto convencional toda cosa mueble o inmueble, títulos valores, bienes inmateriales, etc., cuya propiedad pueda transmitirse mediante el contrato de compraventa.

V. VENTA CON PACTO DE RETRO. NEGOCIO SIMULADO Y FIDUCIARIO

La compraventa con pacto de retro ha sido utilizada en ocasiones como encubridora de verdaderos préstamos con intereses usuarios. El hecho de que una operación crediticia quede disfrazada por una venta con pacto de retro, en principio nos debe llevar a declarar, primero, la falsedad de la apariencia y, segundo, la existencia del negocio disimulado, a saber, el préstamo encubierto. Apartado como falso el negocio simulado, emerge el negocio disimulado, cuya validez y eficacia deberán ser comprobados; dentro de los requisitos a contrastar, merecerá especial atención el de la existencia y licitud de la causa. El empleo de la venta con pacto de retro encubriendo un préstamo ha sido una constante histórica que ha anudado casi indefectiblemente ambas figuras, si bien en nuestros días ha decrecido; la misma jurisprudencia apunta un declive, después de las reiteradas sentencias sobre la materia en la primera mitad de nuestro siglo (4).

Un sector doctrinal no ha dudado en calificar el retracto convencional como un verdadero supuesto de negocio fiduciario, y en tal sentido se han pronunciado algunos fallos judiciales coincidentes en el tiempo con el momento de máximo esplendor de la figura, tal y como manifiestan las SSTs de 10 de julio de 1957, 28 de febrero de 1968, 19 de enero de 1977 y 3 de junio de 1976. El negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño, aunque la recuperación por éste, de tal titularidad, esté subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que, en ningún caso, puede prevalecer, entre partes, la apariencia creada por el negocio indirecto sobre el negocio real directo de garantía. La mayor parte de los supuestos sobre los que se ha elaborado la doctrina jurisprudencial, relativa al carácter fiduciario de la venta en garantía, ha operado sobre la base no de un retracto convencional, tal y como lo define el artículo 1.507, sino más bien sobre la existencia de una primera compraventa a la que posteriormente se ha añadido un nuevo documento que trata de fijar el

(4) Así lo disponen las SSTs de 14 de junio de 1920 y 25 de octubre de 1924, entre otras.

alcance y significado del primer negocio; resulta, en este sentido, clarificador el hecho de que cuando nuestro TS ha tenido la oportunidad de enfrentarse con la calificación jurídica de una compraventa con las características recogidas en el artículo 1.507, no ha dudado en denunciar tal negocio como venta con pacto de retro o retracto convencional, tal y como mantienen las SSTs de 23 de marzo de 1957 y de 3 de junio de 1976.

VI. OBJETO

El reiterado artículo 1.507 habla de recuperar «la cosa vendida», otros artículos, como el 1.513, 1.514, 1.515, 1.516 y 1.519 del mismo cuerpo legal, mencionan la finca como objeto de la venta. Si el Código Civil no distingue y no existe motivo alguno que impida aplicar esta figura a los muebles e inmuebles, habrá de considerarse que ambos pueden ser objeto de retracto convencional. Por lo demás, el pacto de retro, como accesorio del contrato, será compatible, en principio, con cualquier venta, sólo quedará excluido en aquellos supuestos en los que, en razón al objeto, no sea posible atribuirle al vendedor la facultad de recuperar la propiedad de la cosa transmitida.

El retracto convencional es regulado en el Código Civil como una de las causas de resolución de la compraventa. Se trata de una resolución de carácter convencional al nacer de las partes y ser manifestada en el contrato. El retracto convencional no forma parte del contenido normal del contrato, sino que constituye un elemento accidental, siendo necesario que los contratantes lo creen para que tenga vida legal. No obstante, establecido el retracto convencional, la ley establece unas obligaciones, las reguladas —como ya hemos dicho— en el artículo 1.518, que se imponen con carácter imperativo a los contratantes. La expresión del Código «se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida», se interpreta en el sentido de la exigencia de simultaneidad entre la venta y el pacto de retroventa; si no se da esa simultaneidad entre una y otro, estaríamos ante una figura distinta con efectos puramente obligacionales. Aunque otros artículos de esta sección primera hablan de la finca como objeto de la venta, pueden ser objeto del retracto convencional los bienes muebles, así resulta de este artículo 1.507 al referirse a «la cosa vendida», sin distinguir entre muebles e inmuebles.

La jurisprudencia, por su parte, tiene declarado que el pacto de retracto propiamente dicho, sólo tiene encaje al tiempo de la perfección del contrato de venta, momento en que el vendedor puede reservarse el derecho de readquisición, que esencialmente va implícito en el pacto o condición resolutoria del retracto, constituyendo cualquier pacto posterior en este sentido, un contrato de promesa de venta. A modo de ejemplo, en la STS de 28 de junio de 1961, la venta es realizada coactivamente por el Juzgado como consecuencia de un proceso de ejecución para la exacción de responsabilidad por el Juez, cuyas facultades quedan limitadas a la finalidad del proceso sin alcanzar el establecimiento de obligaciones que sólo pueden tener su origen en la voluntad de las partes, no existe obstáculo alguno que impida a éstas, al margen, pero paralelamente al proceso de ejecución y en relación con el contrato de venta o transmisión de bienes que se iba a realizar y perfeccionar en dicho proceso, convenir la readquisición por el vendedor y ejecutado de las fincas objeto de transmisión en aquél para el caso de resultar adjudicatario de las mismas la otra parte, a cuya condición quedaba supeditada la efectividad del

convenio, acuerdo obligacional que, cumplida aquella condición, supone un pacto de retracto, que puede considerarse adicional de la transmisión en el acto de perfeccionarse ésta, generando y perfeccionado a través de la estipulación o contrato a favor de tercero a que queda hecha referencia. Por otra parte, en las SSTs de 13 de diciembre de 1958, de 30 de abril de 1964 y 25 de abril de 1992, se reconoce el derecho de adquisición voluntario-preferencial, reconociéndose la prohibición de efectuar la venta a otras personas ajenas al contrato que creen la obligación en el plazo preestablecido, tanto es así que los derechos surgidos no están condicionados por los requisitos establecidos para las precisas figuras propiamente retractuales, sino por las condiciones del pacto que reguló sus particularidades.

En otro orden de cosas, el artículo 1.508 del Código Civil prevé dos supuestos distintos en relación con el plazo de ejercicio del retracto convencional: en el primero, falta de estipulación expresa, se fija el plazo de ejercicio en cuatro años; en el segundo se establece una limitación temporal de la libertad de pacto que se reconoce a las partes; el plazo pactado no podrá ser superior a diez años. En caso de que el plazo pactado supere ese límite legal de diez años, se plantea la cuestión de la validez de ese pacto; es criterio unánime que esta estipulación sólo será nula en cuanto supere el plazo máximo legal de diez años. El plazo pactado será prorrogable por voluntad de las partes, siempre que esa prórroga, unida al plazo inicial, no supere el límite legal de diez años; la doctrina entiende que también cabe acordar prórroga del plazo, aunque inicialmente no se hubiere pactado plazo y fuese aplicable el de cuatro años. En ambos casos es necesario, para que sea válida la prórroga, que no se haya agotado el plazo inicial. Este plazo de ejercicio es un plazo de caducidad y no de prescripción —siendo esta la opinión mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia—. Según el artículo 1.508, el derecho del vendedor a retraer tiene limitada su duración, salvo pacto en contrario, a un periodo de cuatro años, plazo transcurrido con exceso y que por no ser de prescripción, sino de caducidad, puede y debe estimarse de oficio, tal y como manifiesta la STS de 28 de junio de 1961. Además, según la STS de 8 de marzo de 1951, el pacto sobre duración del derecho a retraer sería nulo, no totalmente, sino en cuanto excediere de diez años. En STS de 26 de enero de 1952 se mantiene que no es viable hacer revivir el derecho de retracto convencional frente a una compradora en litigio ni contra sus causahabientes cuando han transcurrido muchos años desde el vencimiento del plazo convenido para retraer la finca vendida sin haber ejercido el derecho a recuperarla, pues en este supuesto se produce irresistiblemente el fenecimiento del retracto convencional y el comprador adquiere de modo irrevocable el dominio de la cosa vendida por caducidad del derecho a recuperarla. Y al decir de la STS de 3 de abril de 1981, en el retracto convencional el derecho puede ejercitarse durante todo el plazo contractual o legal establecido por la simple voluntad del retrayente.

En el sentir del artículo 1.509 del Código Civil, impuesta al retrayente por el —ya visto— artículo 1.507 la obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518, el incumplimiento de esta obligación determina la consolidación en el comprador del dominio de la cosa vendida, al quedar incumplida la condición resolutoria y decaer el derecho del retrayente a recuperar la cosa.

Por su parte, el artículo 1.510 del Código Civil establece un doble régimen jurídico, según se trate de bienes que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad o se trate de inmuebles inmatriculados. En el primer caso, se aplica el régimen determinado por la aplicación del Código Civil; admitida la validez

del retracto convencional, se reconoce su eficacia frente a terceros adquirentes y así el vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque la existencia del pacto de retroventa no se haya hecho constar en los posteriores contratos, lo que supone que el derecho de retracto convencional es de carácter real. Además, tratándose de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, entra en juego la legislación hipotecaria; el retracto convencional que no haya tenido acceso al Registro no podrá hacerse valer frente al tercero protegido por la fe pública registral, es decir, que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En este orden de cosas, es sentir general de la doctrina y de la jurisprudencia, cuando antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto, si se ha producido otra transmisión y ésta la conoce también el actor retrayente, puede dirigir su acción contra ambos sucesivos adquirentes, con lo cual, si prospera el retracto, hará efectivo su derecho sin que se plantee cuestión en ejecución de sentencia (5).

El artículo 1.511 del Código Civil señala los efectos de la venta con pacto de retro en que el comprador adquiere el carácter que tenía el vendedor, aunque siempre sujeto a la condición que supone el retracto convencional. Al comprador le asistirá todos los derechos y acciones que tenía el vendedor, del mismo modo, todos los actos realizados por el comprador desde la entrega de la cosa y que no se resuelvan al hacerlo el contrato por el ejercicio del retracto pasarán al vendedor. Los actos de disposición del comprador sobre la cosa vendida quedan sujetos al cumplimiento o incumplimiento de la condición con que adquirió el dominio. Así, es opinión común en la doctrina que el vendedor suma al tiempo que él llevase en la posesión, a efectos de la prescripción, el tiempo que ha poseído el comprador.

El derecho de retracto es un derecho de carácter patrimonial y como tal sujeto a las responsabilidades que haya podido contraer su titular, de ahí que el artículo 1.512 del Código Civil faculte a los acreedores del vendedor a ejercitar la acción de retracto frente al comprador con la finalidad de hacer efectivo sus créditos; no obstante, se impone a los acreedores la obligación de hacer previa excusión de los bienes del vendedor, habiendo de tener en cuenta las normas que regulan el beneficio de excusión en el contrato de fianza, si bien atendiendo a las diferencias que se dan entre este supuesto y la fianza. Pero, en realidad, no basta que el acreedor diga que ha hecho la excusión, sino que esa excusión ha de ser a satisfacción completa del comprador. La declaración de insolvencia tácita o expresa que el acreedor haya podido obtener contra el vendedor pleiteando con él en un juicio en el que no ha sido parte el comprador no puede perjudicar a éste, y esta excusión se ha de tener forzosamente por mal hecha desde el momento en que el comprador señala bienes suficientes para satisfacer la deuda y realizables como pertenecientes al vendedor; sin embargo, no puede exigirse al acreedor que siga procedimientos inútiles para acreditar una excusión que la realidad impone cuando es notorio que el vendedor no tiene otros bienes. Si, dirigida la acción contra el comprador, éste no señala bienes del vendedor, es, sin duda, que no existen, y por lo tanto, no cabe hablar de excusión.

El supuesto contemplado en el artículo 1.513 del Código Civil es el de la compra con pacto de retro de parte de una finca indivisa que posteriormente

(5) Citamos, en este sentido, las SSTs de 8 de junio de 1906, 27 de mayo de 1927 y 13 de marzo de 1949.

es adjudicada en su totalidad al comprador como consecuencia del ejercicio de la acción de división de cosa común. En ella el comprador puede exigir al vendedor retrayente a adquirir toda la finca y no sólo la parte por él vendida, con lo que se trata de evitar la vuelta al estado de indivisión que resultaría de limitar el retracto a la parte indivisa vendida por el retrayente, estado de indivisión que la ley estima perjudicial. El precepto reconoce al comprador una facultad por lo que, caso de hacerse uso del retracto por el vendedor, puede aquél exigir la adquisición de toda la finca o sólo de la parte vendida por el contrato en que se pactó la retroventa. La principal cuestión que se plantea es la de determinar en qué condiciones ha de tener lugar la redención del resto de la finca que el comprador adquirió, a lo que hemos de responder que han de seguirse dos criterios: uno, atender a lo que el resto de la finca valga, partiendo del precio que medió en la parte que fue vendida con pacto de retro y haciendo la consiguiente regla de proporción y otro, atendiendo a la estimación en la cual fue adjudicado dicho resto de la finca.

Los artículos 1.514 y 1.515 del Código Civil manifiestan que la venta conjunta y por un solo contrato de una finca indivisa equivale a una sola venta *pro sólido*, por el todo, porque la conjunción de los vendedores en la transmisión única y la unidad del comprador resuelven la comunidad, y en tanto la condición no se cumpla, la indivisión se entiende cesada. Atendidos los intereses del comprador, la situación en que podrían encontrarse si se retrajesen algunas participaciones de la finca y otras no, la tendencia legal a terminar con la indivisión, y, en cierto modo, la naturaleza del vínculo creado, puesto que todos los vendedores vendieron conjuntamente y en un solo acto, se concede al comprador un derecho que guarda analogía con el que le otorga el ya citado artículo 1.513, pues este derecho es el de poder exigir a todos los vendedores que se pongan de acuerdo sobre la redención de la totalidad de la cosa vendida, y así no lo hicieran, no se podrá obligar al comprador al retracto parcial. A este supuesto del párrafo primero del artículo 1.514 se asimila el de la venta con pacto de retro por el vendedor único al que suceden varios herederos, el comprador podrá exigir a éstos que se pongan de acuerdo para el retracto de la finca entera, no viniendo obligado a soportar el retracto parcial.

Frente al supuesto de hecho contemplado en los acabados de citar, artículos 1.514 y 1.515, venta en un solo contrato y conjunta por todos los condóminos, en el artículo 1.516 se contempla el supuesto de la venta por uno o varios condueños de sus partes indivisas, separadamente y en distintos contratos. Cuando la venta se hace por separado y con independencia los unos sobre los otros, cualesquiera que sean las ventajas que reporte el evitar la indivisión o comunidad, siempre resultaría muy violento el obligar a un acuerdo a personas que separadamente han contratado, y mucho más violento hacerles perder su derecho si el acuerdo no se logra.

El artículo 1.517 del Código Civil, por su parte, contempla el supuesto de varios sujetos pasivos del retracto consecuencia de la muerte del testador. Han de distinguirse varios supuestos:

- Si al momento de hacerse uso del retracto, la herencia no se ha dividido entre los herederos, la acción de retracto habrá de dirigirse contra la herencia yacente demandando a todos los herederos. Practicada la partición de la herencia, si la cosa comprada con pacto de retroventa ha sido adjudicada a todos o varios herederos, constituyendo sobre ella una comunidad ordinaria, la acción se dirigirá contra los adjudi-

catarios, si bien a cada uno de ellos se pedirá solamente la participación que se le haya adjudicado.

- Si la finca se adjudica a uno solo de los herederos, éste ocupa la posición del comprador y contra él podrá intentarse la acción de retracto por la totalidad de la finca.

El artículo 1.507 —decíamos—, impone al vendedor, para el nacimiento del derecho de retracto convencional, la obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518, obligación inmodificable por la voluntad de las partes, sin perjuicio de la libertad de pacto que se les reconoce y que permite establecer otras obligaciones a cargo del vendedor retrayente. El artículo 1.518 establece el contenido de esa obligación impuesta al retrayente. Planteada la cuestión relativa al momento en que habrá de hacerse el reembolso al que se refiere el precepto, es opinión común que habrá de hacerse al momento de ejercitarse el retracto, no bastando la declaración de voluntad de hacer uso del mismo seguida del mero ofrecimiento del precio y de los demás gastos a que alude la ley; así resulta de los términos del precepto: 1) Reembolso del precio. El Código se refiere de manera expresa al precio de venta, es decir, al precio fijado en el contrato en el que se pactó el retracto convencional; no ha de tenerse en cuenta, por tanto, el valor de la cosa al tiempo de ejercitarse el retracto, sea éste mayor o menor que el precio de venta. La doctrina entiende que, no obstante los términos del artículo 1.518, será válido el pacto por el cual el retrayente deba reembolsar una cantidad mayor o menor que el precio de venta. 2) Gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. Se entiende que por el retracto el comprador debe quedar indemne sin que resulte lesionado su patrimonio; los gastos que el retrayente debe reembolsar son los que realmente hubiese satisfecho el comprador por razón de la venta, es decir, el pago ha de ser abonado al comprador, ha de ser legítimo, es decir, conforme a la ley, al contrato o a la costumbre, no puramente voluntario. 3) Gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Se excluyen de la obligación de reembolso los llamados ordinarios o de simple conservación de la cosa, que se consideran como cargas del goce de la misma y son de cuenta de la persona a quien ha correspondido el goce, es decir, el comprador. Hemos de decir que, en cuanto a los gastos útiles, se justifica su reembolso al comprador en que éste es un poseedor de buena fe, por lo que le son debidos, cuestionándose si lo que debe abonar el retrayente es el importe de los gastos útiles o el aumento de valor que haya experimentado la cosa por virtud de ellos, fundada la obligación de pago en ser el comprador poseedor de buena fe concediéndose al que hubiere vencido en la posesión la facultad de optar entre satisfacer el importe de los gastos útiles o abonar el aumento de valor que haya adquirido la cosa por aquéllos.

La STS de 19 de junio de 1986, interpreta el artículo 1.518 en el sentido de que con dicho precepto se trata de que el retrayente satisfaga al comprador el precio de venta, es decir, la cantidad que realmente ha entregado por ella, y por ello conocido el verdadero precio de la venta, aunque no coincida con el que figura en la escritura pública otorgada para la debida constancia del contrato, éste será el que deba depositar o afianzar para poder ejercitar la acción de retracto. La doctrina de esta Sala, recaída en interpretación de este precepto, y representada, entre otras más, por las SSTS de 2 de diciembre de 1914, 19 de abril de 1966 y 10 de julio de 1987, ha declarado que no puede intentarse el retracto convencional más que reembolsando el precio

antes del vencimiento del plazo estipulado o consignándolo, si al ofrecimiento del precio no es suficiente para tener por cumplida la obligación que el artículo 1.518 impone al retrayente (6). Para la interpretación del alcance que haya de concederse a lo dispuesto en el número 1 del artículo 1.518, ha de partirse de lo que textualmente dicho precepto expresa al declarar procedente el reembolso, además del precio, «los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta», de todo lo que resulta que la interpretación gramatical de la norma sólo autoriza a incluir, dentro de los conceptos reembolsables, los gastos del contrato y «cualquier otro pago legítimo hecho para la venta», conceptos reembolsables que, dada la claridad con que en el precepto se concreta la causa que los pueda originar, limitada a los que se ocasionan «para la venta», no permite incluir entre los mismos los intereses legales del precio de la cosa desde la fecha de adquisición y hasta la de la sentencia definitiva y menos cuando no fueron objeto de ofrecimiento por la retrayente, ni de postulación por el comprador retraído, tal y como señala la STS de 14 de abril de 1989. Y es que en STS de 20 de marzo de 2003, el retrayente colindante, trasunto del «vendedor», debe abonar además del precio, los otros gastos, entre los necesarios y útiles, entendiéndose por esa «totalidad» el beneficio o incremento de valor que haya experimentado la finca retraída y que al deberse a una inversión del retraído, ha supuesto un aumento de valor de la finca así «mejorada», por lo que, aquél que se beneficia *ope legis* con su adquisición debe asumir el abono de la plusvalía, a quien la produjo con su aportación económica, el cual viene a ostentar un derecho análogo al de buena fe.

El artículo 1.519 del Código Civil contempla dos supuestos diferentes en atención a que hubiese o no frutos manifiestos nacidos en la finca al tiempo de la venta. En el primer caso, existencia de frutos al tiempo de la venta y del retracto, el Código establece una compensación entre unos y otros, sin consideración a su importancia económica. El Código está presuponiendo que al realizarse la venta no se estableció, con cargo al comprador, indemnización por los frutos manifiestos o nacidos en aquel momento; entiende la doctrina que, si se satisfizo indemnización, lo mismo procede al resolverse el contrato. En el segundo supuesto, existencia de frutos manifiestos o nacidos sólo al tiempo del retracto, se considera que el comprador es un poseedor de buena fe y se establece un prorrateo en proporción al tiempo de posesión de la finca durante el último año; para realizar el reparto, habrán de deducirse previamente los gastos de producción realizados por el comprador.

Por último, el comprador en una venta con pacto de retro adquiere todas las facultades dominicales sobre la cosa que ostentaba el vendedor, por lo que puede realizar, entre otros, cualquier acto de gravamen sobre aquélla, si bien tales actos están afectados por el carácter revocable que tiene el dominio del comprador, de ahí que el vendedor que recupere el dominio haciendo uso del derecho de retracto, ha de recibir la cosa libre de toda carga o gravamen, dado el carácter retroactivo de la resolución contractual. Así lo dispone el

(6) Como se deduce de varias SSTs —entre las que citamos la de 12 de junio de 1984, 10 de junio de 1988, 4 de diciembre de 1991 y 21 de septiembre de 1993— en los casos dudosos relativos a la determinación del precio del retracto o cuando no haya constancia del mismo o sea desproporcionado e inferior al valor de lo vendido, «hay que estar al precio real que es el que debe prevalecer y se ha de reembolsar», pero con la salvedad de que se conozca el verdadero precio y sea probado en autos.

artículo 1.520, si bien establece una excepción en relación con los arrendamientos. El Código habla de «carga o hipoteca», bajo el término carga debe entenderse de forma amplia todo *ius in re aliena*. La liberación no requiere ninguna actuación de los titulares del gravamen; inscrita en el Registro la condición, por una nueva inscripción a favor del vendedor puede, a instancia de éste, procederse a la cancelación de los gravámenes impuestos por el comprador, sin necesidad del concurso de terceros interesados, dado que resulta del Registro la causa de resolución. En cuanto a los arrendamientos, el motivo de excepción está en los intereses de la agricultura y la clave para distinguir aquellos arrendamientos que deben subsistir de aquellos otros que deben extinguirse, está en la costumbre del lugar. Si el comprador estipuló un arrendamiento insólito, no acostumbrado en fincas de análoga naturaleza en el lugar donde ésta radica, ese arrendamiento quedará revocado; más si se ajustó a esa norma, no. Y es que, dada la época en que se publicó el Código, pudiera pensarse que esta regla sólo es aplicable a los contratos regidos por él y en cuanto a los arrendamientos rústicos estima que cabe deducir su extinción cuando se resuelva el derecho del comprador-arrendador, criterio que se ve forzado al regular al extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador por el ejercicio de un retracto convencional (7).

VI. CONCLUSIONES

El retracto convencional como derecho real de adquisición *conlleva* una pretensión de su titular a la recuperación del dominio de la cosa retraída, la cual, en la normativa legal, está enmarcada dentro de los efectos de una condición resolutoria de la compraventa que le sirve de base. El comprador, de una parte, queda sujeto a los efectos obligacionales de la resolución de la compraventa y, de otra, como sujeto pasivo especialmente gravado, al igual que cualquier propietario de la cosa vendida a retro, queda sometido a los efectos reales de la acción de retracto, y además, *admite* variedad de modalidades, tanto en su atribución a un titular determinado como en su dirección frente a un sujeto especialmente «obligado» o gravado. Puede configurarse como derecho personalísimo, en cuyo caso sólo podría ejercitarse por el vendedor; o como derecho subjetivamente real. Siendo varios los vendedores, puede pactarse que sólo lo ejerzan alguno o algunos de ellos; o que recaiga sobre una parte, y no sobre la totalidad de la cosa vendida. Habiendo varios sujetos activa o pasivamente, se produce una situación de cotitularidad en el derecho o en el gravamen que aquél implica. Siendo único el objeto del retracto, se origina una comunidad de derechos reales limitados (co-retracto convencional). Como acabamos de indicar, el retracto convencional es un derecho real de adquisición del tipo de opción, cuyo mecanismo de actuación se instrumenta a través de una condición resolutoria inserta en un contrato normal de compraventa, el cual deviene necesario punto de referencia para la efecti-

(7) En STS de 5 de noviembre de 1919 se manifestó que el ejercicio del derecho de retracto por el vendedor o su derechohabiente, dentro del plazo fijado en la inscripción, repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiese verificado, suponiéndose en cierto modo que el vendedor no ha dejado de ser propietario y recupera la cosa vendida en su primitivo estado libre de toda carga e hipoteca impuesta por el comprador.

vidad de aquel derecho. De suyo no sería necesario formalizar en una nueva escritura el ejercicio de retracto, aunque en la práctica suele hacerse así, si la compraventa con pacto de retro ha sido inscrita en el Registro, debe hacerse constar asimismo el ejercicio de la acción resolutoria. Como derecho real de adquisición, el retracto convencional actúa mediante una declaración unilateral de voluntad, recepticia y no sujeta a forma, dentro del plazo de caducidad del mismo, y con sujeción a los ya reiteradamente citados artículos 1.507 y 1.518 del Código Civil. La declaración de retracto puede hacerse, incluso, oralmente ante testigos; mediante carta dirigida por conducto notarial, o por requerimiento de esta última clase, o por acto de conciliación; modalidades todas ellas, de ejercicio extrajudicial del retracto. Judicialmente puede actuarse mediante acción declarativa de condena, cuando ejercitado en vía extrajudicial con todos los requisitos legales, ha habido oposición o negativa del retraído, en cuyo caso se solicita del Juez la declaración de haber sido ejercitado en debida forma y la condena a estar y pasar por dicho ejercicio; pero también puede hacerse valer mediante acción constitutiva en cuyo caso la sentencia se limitará a tener o no por ejercitado el retracto convencional en tiempo y forma, con todas las consecuencias legales. Al ser de carácter real, la acción de retracto podrá ejercitarse contra cualquier propietario actual de la cosa gravada, pero dadas las estrechas relaciones con la compraventa inicial o básica será conveniente demandar también al primitivo comprador o a sus herederos. Por todo ello hay que entender que el actual titular o titulares no podrán hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al propietario actual de la cosa vendida. El retracto convencional constituye un derecho transmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*, cabiendo plantearse el siguiente interrogante en orden al mandato de devolver la cosa libre de cargas si ésta constituye una obligación del comprador, o de su sucesor, a que se refiere el artículo 1.520, último analizado, y la respuesta es no, pues la liberación no requiere ninguna actuación del titular de los mismos por una nueva inscripción a favor del vendedor puede, a instancia de éste, procederse a la cancelación de los gravámenes impuestos por el comprador, sin necesidad del concurso de terceros interesados, dado que resulta del Registro la causa de resolución.

RESUMEN

RETRACTO CONVENCIONAL

El retracto convencional tiene lugar cuando en una compraventa el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida y se compromete a reembolsar al comprador el precio de la venta y otros gastos si hace uso de aquel derecho. El retracto convencional se regula en nuestro Código Civil como una de las causas de resolución de la compraventa. Se trata de una resolución de carácter convencional al nacer de la voluntad de las partes manifestada en el contrato. El retracto

ABSTRACT

CONTRACTUAL REPURCHASE

A contractual repurchase takes place when, in a sale, the seller reserves the right to recover the sold item and undertakes, in that event, to reimburse the buyer for the selling price and other expenses. Contractual repurchase is regulated in our Civil Code as one of the causes of cancellation of sale. It is a contractual cancellation, because it is the parties' wish, stated in their contract. Contractual repurchase is not a usual part of a contract. Rather, it is a voluntary element that must be purpo-

convencional no forma parte del contenido normal del contrato, sino que constituye un elemento accidental, siendo necesario que los contratantes lo creen para que tenga vida legal. Establecido el retracto convencional, la ley establece unas obligaciones, las reguladas en el artículo 1.518, que se imponen con carácter imperativo a los contratantes. La doctrina dominante y la jurisprudencia, por su parte, consideran el retracto convencional como una condición resolutoria expresa, porque nace del contrato, y potestativa, porque depende de la voluntad del vendedor, a cuyo favor se establece, no teniendo la calificación de retracto convencional el pactado a favor de tercero o cuando el vendedor se reserva la facultad de designar ulteriormente al titular. Además, en el retracto convencional el derecho puede ejercitarse durante todo el plazo contractual o legal establecido por la simple voluntad del retrayente.

sefully included by the parties in order to be legally valid. When a contractual repurchase is established, the law sets certain obligations, which are regulated in article 1518 and are mandatory for the parties. Dominant doctrine and case law regard contractual repurchase as an express defeasance, because it is born of the contract, and as an optional condition, because it depends on the wishes of the seller, whom it benefits. A right of first refusal for a third party or reservation by the seller of the power ultimately to name the owner are not considered contractual repurchase agreements. In addition, in a contractual repurchase, the right can be exercised during the entire term of the contract or the legal term established merely by the repurchaser's wish.

**LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR EN LA LEY 29/
1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS**

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

La resolución del derecho del arrendador se encuentra regulada en el artículo 13 de la LAU, el cual trata de resolver los problemas relativos a la subsistencia y duración del arrendamiento de vivienda cuando el derecho del arrendador se resuelve con posterioridad al arrendamiento por las causas tipificadas en el artículo 13, distinguiendo según haya o no transcurrido el plazo mínimo de duración que es de cinco años.

La finalidad del precepto es garantizar una estabilidad mínima al arrendatario de vivienda. Sin embargo, en él se contiene una excepción en la regulación general de la LAU, consistente en matizar esa finalidad tuitiva antes de cumplir los cinco años de vigencia del contrato en el supuesto concreto de arrendamiento otorgado por usufructuario, superficiario o titular de un derecho de goce análogo.

Las dos soluciones con las que podemos contar son: una, conceder preferencia al interés del arrendatario frente al tercero que adquiere el bien arrendado como consecuencia de la pérdida de poder de disposición del arrendador; otra, dar primacía al tercero en base a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, al cual, como titular de un derecho real, le es inoponible un derecho meramente personal.

La Ley de 1994 trata de conjugar los intereses en juego optando por una solución intermedia frente al criterio seguido en la Ley de 1964, que entendía como consecuencia de la prórroga forzosa que el arrendatario podía hacer valer indefinidamente su derecho frente al tercer adquirente.

Vamos a analizar el artículo 13 LAU distinguiendo los siguientes puntos: la resolución del derecho del arrendador; la extinción del derecho del usufructuario, superficiario o titular de un derecho análogo de goce sobre el inmueble, y los arrendamientos concertados sobre vivienda ajena.

II. LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR

El artículo 13 LAU en su apartado primero dice: «Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1».

1. CAUSAS DE RESOLUCIÓN

El artículo mencionado contempla una serie de causas cuyo ejercicio determina la resolución del derecho de propiedad de que es titular el arrendador, lo que implica la pérdida del poder de disposición que tenía sobre el inmueble con la consiguiente adquisición por un tercero.

Si la resolución del derecho del arrendador se produce durante los cinco primeros años, la LAU protege el interés del arrendatario, dejando subsistente el arrendamiento, a pesar del cambio que se produce en la titularidad del bien arrendado.

Por el contrario, en contratos de duración pactada superior a cinco años, si la resolución tiene lugar una vez transcurridos los cinco primeros años de duración del mismo, quedará extinguido el arrendamiento, con una salvedad: cuando el arrendamiento haya accedido al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, el arrendamiento continuará por la duración pactada.

La diferencia entre este artículo y el 14, donde se regula la enajenación de la vivienda arrendada, estriba en que mientras en éste el adquirente no tiene ningún derecho sobre la vivienda antes de su adquisición, en los supuestos regulados en el artículo 13, los terceros ya tienen algún derecho o facultad antes del arrendamiento, cuyo ejercicio posterior determina la resolución del derecho del arrendador.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar si las causas de resolución tipificadas en el artículo 13 constituyen *numerus apertus* o *numerus clausus* (1), en mi opinión la enumeración es meramente ejemplificativa y aplicable análogicamente a los casos en que el arrendador en un momento posterior a la celebración del arrendamiento se vea obligado por cualquier causa a restituir a un tercero el inmueble arrendado. MARÍN LÓPEZ señala como casos «íntimamente ligados con los aludidos en el precepto», los de retracto legal, enajenación forzosa derivada de la vía de apremio administrativo, resolución, anulabilidad, rescisión del contrato, cumplimiento de condición resolutoria, anulación de partición hereditaria o del testamento que le sirvió de base, revocación de donaciones, entre otras.

Vamos a examinar cada una de las causas tipificadas en el artículo 13 de la LAU:

A) *Ejercicio de un retracto convencional*

El retracto convencional es el derecho de recuperar la cosa que se reserva el vendedor con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 del Código Civil y lo demás que se hubiera pactado.

Una vez ejercitado el retracto, si el arrendamiento de vivienda está sujeto a la LAU será de aplicación, no el artículo 1.520 del Código Civil, sino el artículo 13.1 de la LAU, que atiende al momento en que el vendedor ejercita el retracto convencional, teniendo derecho el arrendatario a continuar durante el plazo de cinco años desde que celebró el contrato, cumplidos los cuales podrá el vendedor retrayente dar por extinguido el arrendamiento, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1; para ello no es necesario que el retracto convencional esté inscrito en el Registro de la Propiedad, ya que procede la aplicación del artículo 1.510 del Código Civil, que determina su oponibilidad *erga omnes*.

B) *Apertura de una sustitución fideicomisaria*

Se trata de un arrendamiento celebrado por el heredero fiduciario, cuando por cumplirse la condición o llegar el término previsto, la vivienda objeto del fideicomiso debe ser entregada al fideicomisario.

Ha planteado discusión en la doctrina si el fiduciario tiene facultad para celebrar contratos de arrendamiento. El TS, en sentencia de 18-11-1995, fundamenta dicha capacidad en su equiparación con el usufructuario; en mi opinión el fiduciario no tiene la posición jurídica de usufructuario, sino que es un propietario *ad tempus* gravado de restitución, y sucede a título universal, a diferencia del usufructuario que en base a la regulación del Código Civil es sucesor a título particular y sólo titular de un *ius in re aliena*.

(1) La sentencia de la AP de Asturias, de 9 de abril de 2001, establece el carácter meramente enunciativo de esta norma. Es también la tendencia dominante en la doctrina: MARÍN LÓPEZ, J. J. coord., BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 3.^a ed. Pamplona, 2002, pág. 287; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, 1997, pág. 160.

El artículo 13 de la LAU considera al fiduciario como titular dominical, regulando en apartados distintos y con consecuencias jurídicas diferentes el supuesto de resolución del derecho del fiduciario y el arrendamiento concertado por el usufructuario u otros titulares de un análogo derecho de goce.

Destacamos en este punto la opinión de MARÍN LÓPEZ, que considera que la resolución del arrendamiento celebrado por el fiduciario en base al artículo 13.1 LAU (o también en el art. 10 LAR/2003) únicamente tendrá lugar si el arrendador está gravado con la obligación de conservar y transmitir los bienes objeto del fideicomiso, pero no si se trata de un fideicomiso de residuo, ya que si el fiduciario de residuo está facultado para disponer de los bienes de la herencia, también se entiende que lo está para arrendarlos.

La solución del artículo 13.1 de la LAU es la siguiente: si se extingue el derecho del fiduciario antes del plazo de cinco años, entrando en la posesión de los bienes el fideicomisario, éste debe mantener al arrendatario durante dicho plazo, pudiendo también subsistir el arrendamiento por la totalidad del plazo pactado, si accedió al Registro de la Propiedad antes que el derecho del fiduciario.

C) Enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria

Ha sido una cuestión sumamente debatida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia si subsisten o no los arrendamientos celebrados con posterioridad a la inscripción de una hipoteca en caso de ejecución de ésta.

La hipoteca no limita las facultades dispositivas del propietario, el cual puede válidamente celebrar arrendamientos sobre la finca hipotecada; cuando el acreedor hipotecario decide iniciar el procedimiento de ejecución ex artículos 681 y siguientes de la LEC, se plantea la duda de si el adjudicatario de vivienda debe soportar el arriendo constituido con posterioridad a la inscripción de la hipoteca o si puede resolver el arrendamiento.

La jurisprudencia no ha mantenido una postura unánime, destacamos las siguientes posiciones:

POSICIÓN DEL TS: En un principio sostuvo que la ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos celebrados con posterioridad a la hipoteca. Es el criterio que siguen las SSTs de 22-5-1963, 23-12-1988 y 17-11-1989, entre otras. Con este criterio se otorga protección al adjudicatario de la finca frente al arrendatario.

Después el TS cambió su posición, inclinándose por la subsistencia del arrendamiento y su oponibilidad frente al adjudicatario de la finca, con la salvedad de que hubiera mediado dolo, fraude o confabulación entre arrendador y arrendatario. En esta línea destacan las SSTs de 9-6-1990, 6-6-1990 y 14-6-1997, entre otras.

El artículo 13.1 de la LAU contempla expresamente la enajenación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria como causa de resolución del derecho del arrendador, distinguiendo dos supuestos:

- Durante los cinco primeros años de duración del contrato, el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco (que es el tiempo mínimo de duración del contrato), sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1, ello

opera con independencia de que el arrendamiento esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad.

- Transcurridos los cinco primeros años del contrato, si el derecho del arrendador se resuelve como consecuencia de una ejecución hipotecaria, el arrendamiento quedará extinguido (art. 13.1 párrafo segundo).

POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: El TC también se ha pronunciado sobre este tema, centrándose en la necesidad o no de dar audiencia al arrendatario y los requisitos que deben concurrir para proceder al lanzamiento del mismo, si tiene lugar la extinción del arrendamiento. La STC de 16 de enero de 1992 y la de 24 de enero de 1995 establecieron que el lanzamiento del arrendatario de un inmueble vulnera el artículo 24 de la Constitución al no haberse dado audiencia en dicho procedimiento al arrendatario.

Posteriormente la STC de 9 de mayo de 1995 matiza esta doctrina entendiendo que la misma no puede aplicarse indiscriminadamente a todo poseedor, aunque sigue reiterando que la arrendataria «debe ser oída y vencida en un procedimiento contradictorio con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales establecidas en las leyes».

REGULACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: La LEC regula esta materia en los artículos 661 y 675. En el primero se ocupa de la notificación de la ejecución a arrendatarios y ocupantes de la finca para que en el plazo de diez días presente al Tribunal los títulos que justifiquen su situación. Por tanto, más que una mera notificación, es un emplazamiento que tiene por objeto que el emplazado se persone y pueda actuar dentro de plazo. El artículo 661.2 establece que «el ejecutante puede pedir, antes de anunciarse la subasta, que el Tribunal declare que el/los ocupante/s no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se haya enajenado en la ejecución». Se inicia con esta petición un proceso incidental que se tramitará según lo dispuesto en el artículo 675.3 de la LEC.

D) Enajenación forzosa derivada de sentencia judicial

Aquí se engloban todos aquellos supuestos en que la pérdida del derecho de propiedad lo sea en virtud de la responsabilidad patrimonial del deudor, con independencia de que haya existido o no anotación preventiva de embargo o estuviera o no anotada la demanda en el Registro.

A la enajenación forzosa se llega:

- Cuando tras un proceso declarativo se obtiene sentencia condenatoria cuya ejecución se despacha mediante la realización forzosa del bien inmueble arrendado.
- Cuando se ejercita la acción ejecutiva acudiendo directamente al procedimiento ejecutivo si el acreedor fundamenta su derecho en cualquiera de los títulos ejecutivos previstos en el artículo 517 de la LEC.

Si la enajenación forzosa del bien se produce durante los cinco primeros años de duración del contrato, el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arrendamiento durante este plazo mínimo legal. Sin embargo, si la enajenación forzosa se produce una vez transcurrido dicho período, el que resulte adquirente de la vivienda podrá dar por extinguido el arrendamiento, salvo en

el caso de que éste hubiera tenido acceso al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución, es decir, de la anotación preventiva de embargo o de demanda.

E) *Ejercicio de opción de compra*

La opción es el convenio por el que una parte concede a la otra, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad que se deja exclusivamente a su arbitrio, de decidir respecto a la celebración del contrato principal.

Si el concedente de la opción arrienda el bien a un tercero estando vigente el derecho de opción, el derecho del optante quedaría menoscabado.

En base al artículo 13.1 de la LAU, el ejercicio de la opción por el optante determina la resolución del derecho del arrendador con la consiguiente extinción del arriendo, una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato, aún cuando no esté inscrito el derecho de opción. La doctrina pone de relieve que parece excesivo dotar de eficacia real a un derecho meramente personal, por ello se considera preferible sostener que sólo producirá la extinción del arrendamiento, el derecho de opción inscrito y siempre que no hayan transcurrido los cinco primeros años.

Si la opción no está inscrita y se ejercita una vez transcurridos los cinco primeros años, hay que entender que el arrendamiento subsiste durante todo el plazo pactado o hasta la duración máxima de la prórroga ex artículo 10 LAU.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Si la resolución del derecho del arrendador se produce durante los cinco primeros años de duración del contrato, prevalece el interés del arrendatario, subsistiendo el arrendamiento hasta que se cumplan cinco; ello tiene lugar a pesar del cambio producido en la titularidad dominical del bien arrendado, y aún cuando el arrendamiento no esté inscrito en el Registro de la Propiedad.

Si relacionamos esto con el juego de los principios hipotecarios, vemos que se produce, aunque sólo sea temporalmente, la oponibilidad del arrendamiento no inscrito frente a terceros, lo que supone una quiebra del principio de inoponibilidad de lo no inscrito tipificado en los artículos 32 de la LH y 606 del Código Civil, si bien con la limitación temporal de cinco años. Transcurridos los cuales, los principios hipotecarios vuelven a funcionar normalmente.

En contratos de duración pactada superior a cinco años, si transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias que hemos mencionado, el arrendamiento se extingue; se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. Esta excepción es una manifestación del principio de prioridad registral —*prior tempore, potior in iure*—.

III. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDATARIO, SUPERFICARIO O TITULAR DE UN ANÁLOGO DERECHO DE GOCE SOBRE EL INMUEBLE

El artículo 13.2 dice: «Los arrendamientos otorgados por un usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley».

En este caso y a diferencia de los supuestos contemplados en el apartado primero, el arrendador no es propietario del inmueble, sino titular de un derecho de goce sobre cosa ajena, derecho que tiene naturaleza temporal y que por tanto está destinado a extinguirse.

Para que se produzca la consecuencia jurídica prevista en el artículo que hemos mencionado es necesario que el arrendamiento haya sido celebrado por alguno de los sujetos en él aludidos:

En cuanto al usufructuario, hay que tener en cuenta el artículo 480 del Código Civil, que le faculta para aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro e incluso enajenar su derecho de usufructo, con el límite del principio de no alteración de forma y sustancia.

Con relación al superficiario, el derecho de superficie confiere a su titular el derecho de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido. En la actualidad, esta materia está regulada en los artículos 35 y 36 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. El artículo 35 establece:

«El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo».

Las características fundamentales de este derecho es, por tanto, la separación entre el dominio de lo construido y el del suelo en que se efectúa.

Cuando el artículo 13.2 alude a los arrendamientos concertados por quienes «tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble», se plantea la cuestión de cuáles son los derechos incluibles en el ámbito de aplicación del precepto.

Autores como GUILARTE GUTIÉRREZ son partidarios de incluir sólo otros derechos reales, distintos del usufructo y la superficie, en cambio MARÍN LÓPEZ se inclina por incluir también derechos personales de goce o disfrute —posición que comparto—.

Entre estos derechos de naturaleza personal análogos podría incluirse el arrendamiento concertado por el propio arrendatario, por el comodatario y también por el precarista. En todo caso, es necesario que tenga carácter limitado y temporal, destinado a extinguirse con la consiguiente recuperación del dominio pleno por el propietario, en base a la vis atractiva característica del derecho dominical.

Cuando concurren todos estos requisitos, la consecuencia jurídica que se produce es la extinción del arrendamiento, con independencia del tiempo del contrato transcurrido, es decir, el arrendamiento se extingue aunque no hayan transcurrido los cinco primeros años desde que se celebró, alejándose así del principio de protección al arrendatario durante este plazo mínimo que preside la Ley de 1994 y estableciendo una regulación diferente a la prescrita en el artículo 13.1 que hemos examinado.

IV. LOS ARRENDAMIENTOS CONCERTADOS SOBRE VIVIENDA AJENA

Esta materia está regulada en el artículo 13.3 de la LAU que establece:

«Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1».

Se trata de una regla aplicable al arrendamiento concertado por quien no es propietario de la vivienda, pero que en base a una apariencia registral o meramente fáctica parece serlo.

Para su aplicación es preciso que:

El arrendatario haya confiado en la apariencia registral, la cual refleja una situación que no se corresponde con la realidad o bien que haya sido creada por un estado de cosas que haga aparecer al arrendador como dueño.

Es una manifestación del principio de protección a la confianza depositada en la apariencia de titularidad que tiene su fundamento en los principios registrales de exactitud y legitimación, y por ende, en el juego de los artículos 32 y 38 de la LH. En este artículo se protege no sólo al arrendatario que confía en la titularidad registral, sino también al que confía en la apariencia fáctica o de hecho.

Se necesita que el arrendatario sea de buena fe, es decir, que crea que quien se presente como dueño lo sea en realidad o ignore que no lo es. Para quedar protegido no es necesario que el arrendatario inscriba su derecho, basta que de buena fe haya confiado en dicha apariencia.

Si se trata de una apariencia de hecho es necesario que su creación sea imputable al verdadero propietario, el cual por su comportamiento tanto activo como pasivo ha generado una apariencia de titularidad a favor del *non dominus*.

Si concurren estos requisitos, la consecuencia jurídica ínsita en la norma es que el arrendamiento de vivienda durará el plazo mínimo de cinco años, protegiendo así al arrendatario a pesar de ser ajeno el derecho del arrendador.

A pesar de los términos literales del precepto «durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena», ello no debe interpretarse en sentido imperativo, sino que se reconoce en todo caso la facultad de no renovación del arrendatario ex artículo 9.1 de la LAU.

RESUMEN

RESOLUCIÓN DERECHO ARRENDADOR

En este trabajo hemos analizado los problemas relativos a la subsistencia y duración del arrendamiento de vivienda cuando el derecho del arrendador se resuelve con posterioridad al arrendamiento por las causas tipificadas en el artículo 13 de la LAU, exponiendo sus requisitos, las consecuencias jurídicas derivadas de dicha norma y su interpretación jurisprudencial a lo largo de los años.

ABSTRACT

CANCELLATION LESSOR'S RIGHT

This paper analyses the problems concerning the subsistence and length of a housing lease when the lessor's right is cancelled after the lease is made, for the causes addressed in article 13 of the Urban Leasing Act. The requirements are discussed, as are the legal consequences stemming from said article and its interpretation through case law through the years.

1.6. Responsabilidad Civil

LA INCURSIÓN DE ANIMALES EN LA VÍA PÚBLICA PUEDE PROVOCAR
DAÑOS IRREPARABLES, SOBRE TODO, EN CONDUCTORES DE
VEHÍCULOS QUE SE VEN SORPRENDIDOS POR SU PRESENCIA

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

La obligación de reparar el daño causado por animales está prevista en los artículos 1.905 y 1.906 (1) del Código Civil. El primer precepto señalado establece como criterio de imputabilidad de la responsabilidad, «ser poseedor de un animal» o servirse de él, con independencia de si la actuación del poseedor con respecto al cuidado del animal fue diligente o negligente. Por lo tanto, la obligación nace de la posesión inmediata del mismo, no se especifica a qué tipo de animal se está haciendo referencia y contempla una responsabilidad de carácter eminentemente objetivo; tan sólo exonera de tal responsabilidad si el daño proviene de fuerza mayor o culpa del que lo ha sufrido.

Como afirma LASARTE ÁLVAREZ (2) debido al origen del riesgo, ya en la época de la codificación, el legislador consideró oportuno establecer este criterio en lugar del emanado del propio artículo 1.902 que descansa en un claro principio culpabilista.

(1) Este precepto contempla específicamente el supuesto de responsabilidad del propietario de una finca de caza por los daños causados en las fincas vecinas por la multiplicación de las especies o cuando se haya impedido la acción de los vecinos.

(2) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, 10.^a ed., 2006, pág. 384.

En esta misma línea se pronunció la Ley de Caza de 1970, adoptando un régimen de responsabilidad objetiva para los titulares de aprovechamientos cinegéticos y subsidiariamente a los propietarios de las fincas, con independencia de si había habido culpa o no (3).

Antes de continuar, quizá es necesario recordar que la Constitución en el artículo 148.1.11.^a prevé la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en materia de caza, lo que ha llevado a una diversidad legislativa en esta materia, que en este punto concreto siguió la línea de la Ley de Caza. Sin olvidar la competencia del Estado en materia de circulación (4) y de responsabilidad entre particulares (5).

Pero la cuestión se ha venido a complicar con la promulgación de la Ley 17/2005, de 19 de junio, que regula el permiso y licencia de conducción por puntos y que establece un criterio diferente al existente hasta ese momento, con la introducción de una Disposición Adicional que contempla la responsabilidad surgida de los accidentes de tráfico provocados por una especie cinegética (6) y que ya ha tenido que ser aplicada por la jurisprudencia menor. Así lo ha puesto de manifiesto la Audiencia Provincial de Lugo (7) al señalar:

«Se enfrenta de nuevo la Sala a la interpretación proyectada sobre un supuesto de hecho del cambio legislativo operado por la Disposición Adicional novena de la Ley 17/2005, de 19 de julio (Ley de Tráfico y Seguridad Vial) que introduce esta disposición con vocación de regular la responsabilidad de accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas».

La DA novena establece expresamente: «En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación. Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización».

II. SUPUESTOS CONCRETOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Aunque hay quien considera que lo dispuesto en la DA novena es claro, y que al ser una norma especial y posterior es de aplicación incluso a lo previsto en el artículo 1.905 del Código Civil (8); atendiendo a lo expuesto en el apar-

(3) Aunque en la línea del artículo 1.905 se observa un criterio opuesto a lo establecido en el artículo 1.906 del Código Civil.

(4) Artículo 149.1.21.^a de la Constitución.

(5) Artículo 149.1.8.^a de la Constitución.

(6) El aumento de accidentes de circulación provocados por especies cinegéticas ha provocado un cambio en la legislación.

(7) SAPL 37/2007 (Sección 1.^a) de 12 de enero.

(8) ALBALADEJO, M. A., «Los atropellos en carretera de animales salvajes», *Tribuna al Día*, OTROSÍ, núm. 85, pág. 46.

tado anterior creo que cabe hacerse alguna reflexión sobre las distintas situaciones que podrían darse:

A) Existencia de daños personales o patrimoniales provocados por una especie cinegética o un animal escapado de una finca sin que haya habido un accidente de tráfico. Se aplicaría el artículo 1.905 del Código Civil y estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, con independencia de si el poseedor del animal actuó o no diligentemente.

B) Pero si hay accidente de circulación provocado por la colisión con un animal, ¿quién debe responder de los daños ocasionados? Si aplicamos el 1.905 del Código Civil, el poseedor del animal. Si se aplica lo establecido en la Ley 17/2005, hay varias opciones:

1. Si se demuestra que el conductor del vehículo ha infringido las normas de tráfico, él será responsable del accidente y de los daños ocasionados por él, a tenor de lo dispuesto en la norma. Y como afirma Elena VICENTE (9), «...el titular del coto podrá, en teoría, quedar total o parcialmente exonerado de responsabilidad civil por los daños causados, invocando la aplicación de este precepto que regula de manera excluyente la responsabilidad derivada de los atropellos de especies en accidentes de tráfico. En el fondo es una concreción legal de la regla jurisprudencial de la culpa exclusiva de la víctima que exonera de responsabilidad a quien se encuentra en situación de responder por llevar una actividad de riesgo».

¿Se debería aplicar también ese criterio aún cuando haya una falta de diligencia en la conservación del terreno, o sea una consecuencia directa de la acción de cazar? La respuesta ha de ser negativa, habría concurrencia de culpas y el Tribunal tendría que valorar, una vez examinados los hechos, en qué proporción debe responder cada uno de los responsables. Sin hacer aplicación de la nueva normativa porque el hecho se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, la Audiencia de Lugo consideró una reducción del 40 por 100 de la indemnización que debía pagar la persona que explotaba la finca, por la excesiva velocidad que llevaba el conductor del vehículo cuando un corzo irrumpió en la calzada (10).

2. Si el conductor no ha infringido las normas de circulación, y el accidente no se produce como consecuencia de la acción de cazar y hay una correcta conservación del terreno (11). ¿Cuál sería el criterio de imputación de la responsabilidad? Habría que aplicar el criterio del

(9) VICENTE DOMINGO, E., «Los daños causados por animales», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, pág. 1620.

(10) SAPL 24/2007 (Sección 1.ª) de 12 de enero.

(11) No se especifica en ningún lugar qué debe entenderse por conservación del terreno, lo que puede provocar un sinnúmero de interrogantes. Sí ha presumido este problema la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo en la sentencia de 22 de enero de 2007 (núm. 57/2007), que hace el siguiente razonamiento: «Como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala, es difícilmente imaginable supuestos en que la falta de diligencia en la conservación del terreno haga responsable al coto (no existe *a priori* una obligación de vallado correspondiendo tal facultad sólo a los propietarios del terreno y no a los titulares de los derechos cinegéticos); pero lo cierto es que el título de imputación frente a los mismos ha quedado restringido a la acción de cazar o a la falta de diligencia aludida».

artículo 1.905, responsabilidad por riesgo, es decir, tendría que responder el titular del aprovechamiento de la finca. No sería correcta la aplicación de la DA novena porque no se dan los presupuestos previstos en la norma.

3. Ahora bien, en tercer lugar establece la citada disposición, la responsabilidad del titular de la vía pública por el estado de conservación de la misma y la falta de señalización. Significa esto que al final van a ser las Administraciones Públicas las que responderán cuando no haya una prueba suficiente de la infracción de las normas de seguridad vial por el conductor o de la falta de diligencia por la conservación de la finca del titular del aprovechamiento de la misma. Así lo ha advertido la Audiencia Provincial de Álava (12) en los siguientes términos:

«...esta Sala considera que nos encontramos ante disposiciones recientes, de no fácil interpretación, pues así existen opiniones como la del autor Esteban SOLAZ SOLAZ, conforme a la cual una interpretación finalista de la norma permite contemplar la responsabilidad final de las Administraciones Públicas en cuanto titulares de las vías públicas, donde se producen los atropellos de piezas de caza, puesto que la mayoría de estos accidentes de circulación tienen su encaje típico bien en la falta de medidas adecuadas para la conservación de la carretera donde se incluyen las de falta de vallado o impedimento de acceso de las piezas de caza, a la vía, bien en la falta de señalización (vertical) del paso o cruce de especies cinegéticas por esta carretera, inclinándose esta Sala por entender, sin perjuicio de que pudiera replantearse la cuestión, una vez que se haya producido un cuerpo de doctrina suficiente, que la responsabilidad que se establece (por lo que ahora nos interesa, pues no cabe entrar en el examen y decidir en este procedimiento sobre la responsabilidad del titular de la vía pública) de naturaleza extracontractual, aún desde concepciones subjetivistas, no es dable que pueda equipararse para evitar la inversión de la carga de la prueba que rige tradicionalmente en esta materia, aunque la adjudicataria del coto pudiera también resultar perjudicada al verse privada de una pieza cinegética, pues ni los bienes en juego son de igual entidad, ni el riesgo que uno y otro recíprocamente generan, ante su absoluta asimetría, merecen igual protección, y partiendo de ello, y en relación a la diligencia en la conservación del terreno acotado...»

III. CONCLUSIONES

En primer lugar considero que a pesar de que hay quien opina que la Disposición Adicional novena introducida por la Ley 17/2005, es clara, concisa y de aplicación preferente a la Ley de caza y por supuesto a las leyes de caza autonómicas, por ser una norma estatal y especial, que la cuestión no va a ser tan clara y de hecho lo están poniendo de manifiesto las Audiencias, al no haber habido ocasión de pronunciamiento por el Tribunal Supremo.

En segundo lugar, resulta cuanto menos chocante la tendencia hacia una responsabilidad por culpa, subjetiva, cuando la tendencia general en otros

(12) SAP Alava, núm. 7/2007 (Sección 1.ª) de 19 de enero.

ámbitos, en donde como en el que nos ocupa prevalezca el criterio de imputación de responsabilidad a quien ha creado el riesgo. En la responsabilidad objetiva tan sólo la culpa de la víctima hace que se pudiera considerar, bien una exoneración de responsabilidad o la aplicación del criterio de concurrencia de culpas entre el que creó el riesgo y la víctima por su temeridad.

Habría que preguntarse si la infracción o incumplimiento de las normas de seguridad vial por el conductor evitará el accidente si un animal irrumpe en la calzada. Si al salir de una curva te encuentras con un animal, lógicamente circular a 60 km/hora provocará un impacto mayor que a 40 km/hora, pero el impacto tendrá lugar, por lo que me parece que es excesivo el contenido de la norma.

Tendremos que esperar hasta que haya una manifestación expresa del Tribunal Supremo en la aplicación de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. A., «Los atropellos en carretera de animales salvajes», en *Tribuna al Día*, OTROSÍ, núm. 85, págs. 46-50.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Tomo II, 10.^a ed., Madrid, 2006.

VICENTE DOMINGO, E., «Los daños causados por animales», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 3.^a ed., 2006, págs. 1605-1628.

RESUMEN

ANIMALES EN VÍA PÚBLICA

La Disposición Adicional novena de la Ley sobre tráfico, circulación y seguridad vial, ha supuesto un giro en materia de responsabilidad, en concreto, la derivada de los daños causados por especies cinegéticas en accidentes de tráfico, en la que se establece un sistema de responsabilidad por culpa. Sin embargo, el Código Civil y la Ley de Caza de 1970 se basan en un sistema de responsabilidad objetiva.

ABSTRACT

ANIMALS IN THE ROAD

Additional provision nine of the Act on traffic, driving and traffic safety is a turning point in matters of liability, specifically, liability for damages caused by hunted species in traffic accidents. A system of liability through fault is established. However, the Civil Code and the Hunting Act of 1970 are based on a system of objective liability.

2. MERCANTIL

EL INTERÉS EN CASO DE MORA DEL ASEGURADOR Y LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 1 DE MARZO DE 2007

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*«Eius est legem interpretare, cuius est condere»
(Codex Iustinianus. Corpus Iuris Civilis. 1.14.12.3)*

I. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El recurso de casación número 2302/2001 sometió a consideración del Tribunal Supremo la interpretación que había de realizarse al artículo 20.4 de la Ley del Contrato de Seguro, cuya redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, es la siguiente: *«la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100»*.

Como dice el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de marzo de 2007 (RJ 2007/798), el problema consiste en determinar si durante los dos primeros años ha de aplicarse en todo caso el porcentaje fijado por el interés legal incrementado en un 50 por 100 con independencia del período de tiempo en que el asegurador esté en mora, o bien, si transcurren dos años desde el desencadenamiento de la mora, el recargo por mora no debería ser nunca inferior al 20 por 100 desde el primer momento.

De forma muy ilustrativa el Tribunal Supremo aborda las interpretaciones del artículo 20.4 de la Ley agrupando las teorías existentes mediante la denominación de tramo único o de dos tramos de interés, defendidas tanto a nivel doctrinal como de jurisprudencia menor, lo que sin duda ha movido a nuestro más Alto Tribunal ha dictar esta sentencia en unificación de doctrina.

Así la doctrina del «tramo único» tiene su basamento y justificación en la finalidad sancionadora y disuasoria del interés por mora de las situaciones de retraso en la satisfacción de la indemnización, con la consecuencia de si no lo realizan en el plazo legislativo de tres meses, se devengan los intereses legales incrementados en un 50 por 100 y transcurridos dos años desde la fecha del siniestro sin haberse producido dicha satisfacción, no se podían devengar intereses inferiores al 20 por 100 desde la fecha del siniestro, y no a partir del transcurso de los dos años. Esta doctrina ha sido defendida por las Audiencias Provinciales de Jaén, Cuenca, Asturias, Toledo, Cáceres, Córdoba y Madrid (1).

(1) Véase la referencia a las doctrinas mantenidas por las Audiencias Provinciales que cita uno de los ponentes de la referida sentencia del Tribunal Supremo, a saber,

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/95758), recogiendo los diferentes criterios de las Audiencias Provinciales, establece que:

«PRIMERO.—La impugnante de la liquidación de intereses y ahora recurrida, Seguros Mercurio, S. A., cuya tesis ha sido acogida en la resolución de instancia, sostuvo, frente a la liquidación presentada por la parte ejecutante, que la liquidación correcta de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) es la que se efectúa teniendo en cuenta dos períodos, el primero, el de los dos primeros años a partir de la fecha del accidente, con el interés legal incrementado en un 50 por 100 y el siguiente, es decir, a partir del segundo año vencido, con el interés del 20 por 100. La impugnada, ahora recurrente, considera que debe aplicarse a todo el período de mora —desde la fecha del siniestro hasta el pago— el interés al tipo del 20 por 100, al haber transcurrido dos años desde la fecha del siniestro hasta la consignación para pago.

SEGUNDO.—Esta Sala, en sentencias de 1 de octubre (rollo 358/01) y 6 de noviembre de 2002 (rollo 694/01) y 6 de octubre de 2003 (rollo 327/02), entre otras muchas, ha seguido el criterio sostenido por la parte impugnada y recurrente. Así, en la sentencia de 6 de noviembre de 2002, se decía: “Para abordar el segundo punto debe tenerse presente el contenido de la regla cuarta del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) que establece que ‘la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100’”.

En definitiva, la Ley fija con toda claridad dos tipos de interés diferentes en función del momento en que se ha efectuado el pago, el primero antes del transcurso de dos años desde la fecha de producción del siniestro, donde el tipo de interés anual será igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100 (mora común) y el segundo transcurridos dos años desde la producción del siniestro, que no podrá ser inferior al tipo del 20 por 100 (mora agravada), pero no determina con claridad si son compatibles entre sí o, en cambio, el transcurso de dos años impone que el único interés aplicable durante todo el periodo de retraso sea el del 20 por 100.

Las sentencias de la AP de Asturias, de 24 de enero de 2000; de Madrid (Sección 21), de 18 de abril de 2001 (*JUR* 2001, 243822), y de Cantabria, de 7 de julio de 2001, tras reunirse los distintos Magistrados de sus secciones para unificar criterios, haciendo uso del artículo 264 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635), se inclinan por mantener que las dos maneras de computar los intereses son compatibles entre sí, por lo que el primer tramo, al tipo del interés legal incrementado en un 50 por 100, se extiende desde la fecha del accidente hasta que hayan transcurrido dos años, mientras que el segundo, al tipo del 20 por 100 anual, empezará a jugar a partir de los dos años desde que se produjo el accidente.

Antonio SALAS CARCELLER, «El Tribunal Supremo unifica la doctrina sobre la interpretación del alcance del interés moratorio que han de satisfacer las entidades aseguradoras (Comentario sobre la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2007)», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 6/2007. Parte Comentario, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona, 2007.

Otras sentencias mantienen que no se pueden mezclar entre sí, al ser incompatibles, pues los dos distintos tipos de interés, perfectamente diferenciados, se establecen uno para el caso de pagarse antes de los dos años, y el otro para el supuesto de pago tras los dos años, estando claramente separados en el texto legal, rechazando que se puedan mezclar y confundir el párrafo 1.º y el 2.º del apartado 4.º del artículo mencionado, pues con ello se estaría en contra del espíritu de la Ley, primando la tardanza de la aseguradora en el pago, al ser dicha liquidación más beneficiosa (AP de Barcelona, de 27 de septiembre de 2001 [JUR 2002, 4273]; de Tarragona, de 11 de abril de 2001, y de Huelva, de 22 de marzo de 2001). Seguiremos esta segunda posición, sobre la que ya nos hemos pronunciado en la sentencia de 1 de octubre de 2002, a la que nos remitimos (...), al considerar que la interpretación pro asegurado es la que más se adecua con los antecedentes legislativos, sin que se deduzca de la Exposición de Motivos que el legislador quiso establecer tan seria restricción en materia de intereses en perjuicio del lesionado y a favor de las aseguradoras que dejen transcurrir tan largo período de tiempo sin satisfacer la indemnización a la que vienen legal y contractualmente obligados, porque si la finalidad de la norma es incentivar el pago rápido de la indemnización (art. 3-1 del Código Civil [LEG 1889, 27]) ello se conseguirá mejor con esta segunda interpretación y porque si el párrafo sexto del artículo 20 indica que "será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro" no hay base para dejar de aplicarlo cuando sea el 20 por 100 el interés aplicable. En definitiva, mantener otra interpretación choca con la regla 6.ª, que quedaría limitada sólo a los casos de mora común u ordinaria, y no a los casos de mora agravada, a pesar que se ordena que el día inicial de cómputo de la mora sea siempre el día del siniestro, sea cual sea el tipo de seguro, y la naturaleza de la indemnización que corresponda, salvo las excepciones que contemplan los párrafos segundo y siguientes de dicha regla 6.ª).

Por otro lado, la teoría del «doble tramo» parte de la consideración de que los intereses se computan por días desde la fecha de producción del siniestro, de tal forma que fijado un interés devengado diariamente de acuerdo con el tipo vigente con el incremento del 50 por 100, lo que se establece posteriormente cuando el asegurador se demora en más de dos años en la satisfacción de la indemnización es fijar un tipo mínimo más elevado (20 por 100) como superior sanción pero sin alterar la regla de cómputo diario. Esta teoría ha sido seguida por Audiencias Provinciales como las de Asturias, La Rioja, Barcelona, Valencia, Granada, Pontevedra y Huesca.

En este sentido y como ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 2006 (JUR 2006/227420), establecía que:

«SEGUNDO.—Por consiguiente, y partiendo de que sí existió mora, siendo procedentes los intereses previstos en el artículo 20 de la LCS, se ha de determinar si dichos intereses han de ser calculados al 20 por 100 desde la fecha del accidente o al interés legal incrementado en un 50 por 100 durante los dos años siguientes a la fecha del accidente, siendo a partir de entonces aplicable el interés del 20 por 100. En este punto, y como ya ha resuelto este Tribunal en anteriores Resoluciones, se considera que, en principio y con carácter general, el interés legal específicamente regulado en la regla cuarta del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro exige que, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, no puede ser éste inferior al 20 por 100, más sin que ello implique su aplicación retroactiva desde la fecha del siniestro, sino sólo con efectos a partir del segundo año desde aquel momento.

Lo anterior se justifica por el tenor literal del citado artículo 20, que fija un devengo diario de los intereses conforme al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 por 100, y cuando la norma señala, en el párrafo segundo de esa misma regla cuarta, que, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100, está señalando la base de cálculo de los intereses que se produzcan a partir de ese momento, que seguirán la misma regla de cálculo antedicha, más con un tipo mínimo que siempre habrá de ser respetado, pero sin que del mencionado artículo se extraiga la obligación de modificar los ya devengados diariamente, conforme al interés vigente en cada momento, en los dos años anteriores.

En consecuencia los intereses moratorios que se han de calcular en este supuesto sobre la cuantía indemnizatoria fijada son los correspondientes al interés legal incrementado en un 50 por 100 durante los dos años siguientes al accidente, aplicándose a partir de entonces el 20 por 100».

Esta interpretación se debe a la que con carácter auténtico estableció el legislador en la Exposición de Motivos de la citada Ley 30/1995, al decir que la nueva redacción del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro se realizaba con la finalidad de aclarar los términos de la regulación de la materia y evitar la multiplicidad de interpretaciones a las que está dando lugar en las distintas resoluciones judiciales, por lo que el Tribunal Supremo, acogiendo a la Exposición de Motivos referida, expone que esta segunda teoría era respetuosa con que los intereses pasaran a devengarse por días, cualquiera que fuera el tipo aplicable, lo que impide su aplicación retroactiva, ya que ello supondría modificar los ya devengados en las dos anualidades anteriores, aplicando el que fuera más gravoso sólo a partir del tercer año.

Por otro lado y como afirma el propio Tribunal Supremo, esta doctrina también es más respetuosa con la interpretación restrictiva que ha de realizarse de las normas sancionadoras y con la literalidad de la misma norma, «...que utiliza el término “transcurridos” en conexión con una expresión de futuro “no podrá ser”, indicativa de que sólo entonces, cumplidos los dos primeros años y a partir del primer día del tercero, es cuando se produce el agravamiento del interés».

Fernando SÁNCHEZ CALERO (2) se hacía eco de esta polémica del siguiente modo: «...surge la duda si estos intereses superiores deberán computarse desde el momento en el que se inicia la mora del asegurador (esto es, desde la fecha del siniestro, con las excepciones previstas en el art. 20.6.º), o bien desde que ha transcurrido la fecha de los dos años. La producción de los intereses día a día y la dicción de la Ley parecen indicar, a primera vista, que debe prevalecer esta segunda interpretación, la cual puede encontrar un cierto apoyo en la Exposición de Motivos de la LOSSP. Frente a este parecer, y sobre la base del rigor con que debe ser tratado el asegurador, se mantiene la tesis de que transcurridos dos años, ha de computarse desde el principio el 20 por 100 para el cálculo del interés moratorio, volviendo de esta forma al sistema del interés absoluto. Ha de tenerse en cuenta que el transcurso de dos años desde la producción del siniestro, sin liquidarse la indemnización al asegurado o al tercero perjudicado, puede deberse con frecuencia, no tanto a la voluntad de demora del asegurador, como a la lentitud de la Administración de Justicia, en todos los casos en los que por

(2) *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Editorial Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 395.

la dificultad en determinar si aquéllos tienen derecho a la indemnización que solicitan o no, el asegurador haya de acudir a los Tribunales. La justificación de esa elevación de intereses aun en estos casos, se dice que se halla en hacer desistir al asegurador en acudir a los Tribunales, lo que resulta difícilmente compatible, a nuestro juicio, con el artículo 24 de la Constitución».

Pues bien, el Tribunal Supremo fija definitivamente su doctrina sobre la interpretación del artículo 20.4 de la Ley del Contrato de Seguro, que no es otra que la que sigue: *«Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero del tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 por 100. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20 por 100, con un tipo mínimo del 20 por 100, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento».*

Los argumentos del Tribunal Supremo, superando las contradicciones doctrinales y los fallos contrarios existentes entre las diversas Audiencias Provinciales, son los siguientes:

- (i) La interpretación por tramos y tipos diferenciados es la que se ajusta a la intención del legislador que aparece en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, donde se dice que: *«se cuantifican el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero».*
- (ii) Ésta es la interpretación que resulta acorde con el tenor gramatical y con el devengo diario de los intereses, pues ello resulta incompatible con la posibilidad de que haya que esperar dos años para conocer, caso de que la aseguradora incumpla, el tipo de interés que resulta aplicable para modificar retroactivamente los ya devengados día a día, conforme al interés vigente en cada momento, en los dos años anteriores.
- (iii) El carácter disuasorio de los intereses que se impone en la conclusión contraria sólo puede ser aceptado con reservas con el fin de evitar el retraso de las aseguradoras, ya que si el legislador pretendía reforzar la situación de los perjudicados, difícilmente habría modificado la norma anterior, pues le bastaba mantener vigente el tipo de interés anual del 20 por 100. Pretender, además, que esta fórmula más gravosa, y como tal disuasoria, es algo defendible en la actualidad en razón a unos tipos bajos del interés legal, no desde una situación distinta de futuro en la que la suma del 50 por 100 al interés legal del dinero puede proporcionar un interés muy superior al del 20 por 100 que actúa como subsidiario de no alcanzarse este valor.

II. CONCLUSIÓN

La presente sentencia del Tribunal Supremo zanja la polémica sobre el cómputo del recargo por mora del asegurador interpretando en unificación de doctrina el artículo 20.4 de la Ley del Contrato de Seguro y estableciendo que el interés de demora a satisfacer al perjudicado por la aseguradora debe calcularse, durante los dos primeros años siguientes al siniestro, al tipo legal

más su 50 por 100 y, a partir de ese momento, al tipo del 20 por 100 si aquél no resulta superior, quedando de esta forma resuelta las polémicas y diferentes interpretaciones que de dicho precepto han venido ofreciendo las diferentes Audiencias Provinciales.

RESUMEN

INDEMNIZACIÓN POR MORA

La sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2007, interpreta en unificación de doctrina el artículo 20.4 de la Ley del Contrato de Seguro, estableciendo que el interés de demora a satisfacer al perjudicado por la aseguradora debe calcularse, durante los dos primeros años siguientes al siniestro, al tipo legal más su 50 por 100 y, a partir de ese momento, al tipo del 20 por 100 si aquél no resulta superior, zanjando la polémica existente en la interpretación de dicho precepto por parte de las diferentes Audiencias Provinciales.

ABSTRACT

COMPENSATION FOR LATE PAYMENT

The Supreme Court's ruling of 1 March 2007 unifies doctrine in its interpretation of article 20.4 of the Insurance Contract Act. The ruling states that the interest on delayed payment that the insurer must pay the injured party must be calculated at the legal rate plus 50% for the first two years following the loss, and after that time at the rate of 20% unless the former calculation is higher. This puts an end to the different provincial appellate courts' arguments over the interpretation of the article.

3. URBANISMO

*CONSECUENCIAS REGISTRALES DE LAS MEDIDAS
MEDIOAMBIENTALES EN MATERIA DE SUELOS
POTENCIALMENTE CONTAMINADOS Y SUS IMPLICACIONES
EN LOS PROCESOS URBANÍSTICOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN*

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

Abogado

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las características más relevantes del sistema registral español ha sido su capacidad para adaptarse a las nuevas necesidades sociales cuando éstas recaen sobre los bienes inmuebles. Siendo el Derecho Hipotecario una estructura normativa esencialmente formal, las grandes aportaciones han surgido de albergar en ella nuevos cometidos de acuerdo con las necesidades sociales que en una sociedad en continua evolución surgen, con lo cual precisamente la figura del Registrador ha sido la pieza central para hacerlo, incluso anticipándose a las regulaciones positivas, permitiendo el desarrollo de las nuevas aportaciones cuando eran compatibles con las exigencias institucionales derivadas de los principios hipotecarios.

En este sentido, como ya tuvimos ocasión de demostrar en su momento, los redactores de la reforma de 1944, cuando precisamente el momento no era el más idóneo para sustraerse a los propósitos dominantes de la época, dejaron huella de su amplitud de miras y sentido común al proclamar en la Exposición de Motivos la conocida idea de que el sistema era válido tanto para liberalizar el dominio como para «vincularle en lo menester».

A la misma intención responden las opiniones más recientes de la moderna doctrina en ámbitos ajenos al sistema registral, como es la conocida expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando, refiriéndose a la Ley Hipotecaria, dijo que es una norma cuyas virtualidades se ponen de manifiesto por el transcurso del tiempo.

Producto de esta capacidad de asimilación han sido las aportaciones a la política agraria en sus distintas manifestaciones, la acción de las Administraciones Públicas, el urbanismo o la generalización masiva del régimen de la propiedad horizontal y hoy de los conjuntos inmobiliarios, etc.

Siguiendo esta línea, si hay un tema relevante en la conciencia social de nuestros días es el del medio ambiente con las múltiples facetas desde las que es contemplado: basta con aludir a su consideración penal o disciplinaria, la atención prestada desde la legislación de la Unión Europea, las responsabilidades civiles e incluso en la compleja estructura y relaciones entre las que podríamos identificar como Administraciones activas o decisorias y la Administración medioambiental dependiente o ajena a las primeras.

Pues bien, en la línea de recepción en el sistema registral de las medidas protectoras del medio ambiente merece ser destacada la contenida en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares

para la declaración de suelos contaminados, el cual regula, en desarrollo de la Ley 10/1998, de 21 de abril de 1998, de Residuos, que sepamos por primera vez, aunque fuera de una norma hipotecaria, la conexión del Registro con el medio ambiente en relación con los inmuebles que pudieran estar contaminados y en orden a esclarecer su situación o promover la publicidad de situaciones equívocas que puedan afectar a los ciudadanos.

En este punto debe ser citada, como publicación reciente sobre el Registro de la Propiedad y el Medio Ambiente, la obra de Joaquín DELGADO RAMOS titulada «La protección registral del medio ambiente» y su entrevista en la Revista *Registradores*, refiriéndose, con carácter general, a la coordinación entre ambas regulaciones.

A ello nos vamos a referir a continuación desde un plano general y, sucesivamente, en su aplicación a la problemática urbanística.

II. EL REAL DECRETO 9/2005, DE 14 DE ENERO, SOBRE ACTIVIDADES CONTAMINANTES DEL SUELO

En aplicación de la Ley de Residuos de 21 de abril de 1998, el Real Decreto citado afronta la tarea de prevenir, conocer y remediar la situación creada en una gran masa de suelo por consecuencia de actividades potencialmente contaminantes.

Su Preámbulo da idea de la importancia de la cuestión al recoger estos datos:

«La Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) estimó en 1999 entre 300.000 y 1.500.000 el número de zonas o áreas contaminadas en Europa occidental. Estas cifras, en sí mismas demostrativas de la gravedad del problema, ilustran, además, sobre las graves consecuencias, ecológicas y jurídicas, que se derivan de la inexistencia de metodologías normalizadas para la identificación y caracterización de los suelos contaminados. En efecto, la gran diferencia existente entre esas dos cifras se debe, precisamente, a la heterogeneidad de criterios con que en los diferentes países se definen los suelos contaminados, se cuantifican los riesgos aceptables y se adoptan los instrumentos y metodologías de caracterización. A pesar de la evidente vulnerabilidad ecológica de los suelos, la legislación europea y la española han carecido de instrumentos normativos para promover su protección, y hasta la promulgación de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, en España no se disponía de ninguna norma legal que permitiera proteger eficazmente los suelos contra la contaminación y, en el caso de los ya contaminados, identificarlos y caracterizarlos utilizando para ello una metodología normalizada y técnicamente rigurosa. Lo anterior ha supuesto una clara limitación para el desarrollo del Plan Nacional de Recuperación de Suelos Contaminados (1995-2005), en el que se inventariaron 4.532 emplazamientos como potencialmente contaminados. Con la experiencia adquirida, y a la vista de la situación de este problema en otros países, no es aventurado suponer que existe en nuestro país un mayor número de zonas degradadas por la acción del hombre, para cuya correcta caracterización —que permita en el futuro elaborar los inventarios de suelos contaminados de las Comunidades Autónomas y el nacional— se hace imprescindible disponer de criterios normalizados de

valoración de la contaminación como los que se establecen en este Real Decreto».

A la vista de este panorama, entre el conjunto de medidas que propone se recoge también una norma registral que está llamada a producir importantes efectos por causa de la publicidad que le da el Registro, teniendo en cuenta el arraigo social y financiero que este produce.

Con este propósito, el Preámbulo del Real Decreto dice:

«Finalmente, se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, sobre el modo en que se producirá la constancia en el Registro de la Propiedad de las resoluciones administrativas sobre declaración de suelos contaminados, y de las realizadas por aquellos titulares de fincas que desarrollen sobre ellas actividades potencialmente contaminantes, dando efectividad a la previsión legal al precisar el título formal en cuya virtud la nota marginal se haya de extender, su contenido, efectos, duración y requisitos de cancelación».

El contenido del Real Decreto, en especial la regulación de la publicidad inmobiliaria, desarrolla y trae causa del artículo 27 de la Ley de Residuos de 21 de abril de 1998, a la que se refiere el Preámbulo, el cual, con menor precisión contempla, en términos generales, la práctica de la nota marginal, a la que exime de costes arancelarios, completando su aplicación.

A la vista de ello, como dice la Ley, en toda transmisión de terrenos presuntamente contaminados por haberse realizado sobre ellos alguna actividad de las que se enumeren como tales, está obligado a declararlo así en la escritura pública por la que se opere la transmisión, lo que se hará constar mediante nota marginal cuando se produzca la inscripción del acto principal, todo ello con independencia de las medidas aplicables, en orden a «la valoración detallada de los riesgos que éstos puedan suponer para la salud humana o los ecosistemas», según su artículo 4.2.

La finalidad por tanto, general, del régimen establecido es la de que se dé publicidad por medio de la inscripción en el Registro de las situaciones de suelo potencialmente contaminados hasta que se declare por los órganos competentes de las respectivas Comunidades Autónomas a favor de las que dice la Ley, con notoria impropiedad, que se tomarán las notas marginales mediante resolución expresa, no susceptible de alcanzarse por silencio administrativo positivo, por tanto, acuerde quedar acreditada su descontaminación si lo hubieren estado, o la inexistencia de la causa.

III. RÉGIMEN GENERAL

Las previsiones contenidas en la Ley y desde luego en el Real Decreto contemplan, como se acaba de indicar, el régimen general aplicable a la producción de efectos desde el sistema inmobiliario a la publicidad de los suelos potencialmente contaminados.

Desde esta perspectiva, el Registro se convierte en depositario de la declaración de los titulares y también de la acción de las Administraciones, para que se haga constar en el folio de la finca interesada su situación en orden a la existencia o no de causa de contaminación por haberse desarrollado sobre los terrenos una actividad catalogada como potencialmente contaminante. Por

tanto descansa en la declaración del titular o de quien tenga potestad para hacerlo sin que el Registrador pueda hacerlo por su propia iniciativa ni tampoco impedirlo sino es a través de los instrumentos formales procedentes de la Administración competente conteniendo el acto dictado con audiencia o a petición del interesado, siendo esta última la única alternativa para su posterior cancelación mediante la descatalogación de la presunta condición de suelo contaminado.

A partir de estas circunstancias es evidente que si concurren las circunstancias determinantes de la condición de suelos potencialmente contaminados, el titular tiene el deber de hacer la declaración cautelar de esta circunstancia cuando realice sobre ellos un acto de dominio, es decir, que si no celebraren estos actos no tienen obligación de solicitar la práctica de la nota, con independencia de sus obligaciones ante la Administración.

La omisión de este deber, relativo porque sólo será efectivo si se otorga un documento inscribible, escrituras públicas dice el Real Decreto, quedará, en su caso, sujeto a las consecuencias administrativas e incluso penales aplicables y, en el orden civil, determina la aplicación del régimen general de los vicios del bien cuando éste fuera transmitido a un tercero.

Por ello será preciso remitirse a los ámbitos normativos aplicables, cuestión que es ahora ajena a estas notas.

IV. TRASCENDENCIA EN LOS PROCESOS URBANÍSTICOS

1. PRINCIPIOS GENERALES DETERMINANTES DE SU APLICACIÓN

De acuerdo con la finalidad de este trabajo, a lo que vamos a referirnos a continuación es a las evidentes consecuencias resultantes de los procesos urbanísticos.

Para comprender adecuadamente su importancia, resulta imprescindible partir de estas premisas:

- a) La sumisión a normas de orden público que provocan el marco inicialmente resultante del régimen general regulado por las normas citadas. Como resulta de una constante jurisprudencia, el planeamiento entraña una función pública y, como tal, ello determina que, incluso cuando sean aplicables las modalidades de gestión privada, quien sea urbanizador ha de cumplir los deberes exigibles para la ejecución del planeamiento.
- b) El desarrollo de la acción urbanística o, según la nueva terminología legal, la transformación del suelo, implica también un proceso de reestructuración física y jurídica de los suelos afectados, lo que comporta su necesaria depuración para que el lanzamiento del suelo urbanizado al mercado esté libre de vicios repudiados por las urgencias sociales imperantes en la sociedad.
- c) Por fin, frente al modelo más usual de las limitaciones o cargas de los suelos implicados, en las que domina el principio de subrogación real, la eventual contaminación de alguno de ellos en cuanto contemplan *intuitu rei* un vicio o una carga que físicamente recae sobre una parte del territorio y no sobre otra, supone la imposibilidad de que opere la subrogación real ni siquiera convertible en un gasto adicional compensable por cualquier otro medio.

- d) La regla común procedente del ámbito medioambiental según la cual quien contamina paga, en cuanto procede del hecho económico que determinó la obtención de una utilidad previa que debe llevar, como ocurre en la normativa minera, a la restauración de los valores dañados.

A la vista de ello analizaremos las distintas hipótesis.

2. LOS ACTOS DE CONSTATACIÓN DE LA CONDICIÓN DE LOS SUELOS COMO PRESUNTAMENTE CONTAMINADOS

En las previsiones de las normas dictadas se reconoce el hecho natural de que el propietario, al hacer la declaración en un acto de dominio, puede conseguir que se haga constar esta circunstancia en el Registro.

Lo que se trata de saber es si también se puede hacer constar por un tercero e incluso en relación con meras declaraciones que no entrañen actos de riguroso dominio.

En el ámbito urbanístico en aplicación de sistemas de gestión pública parece razonable su admisión cuando no implique privación coactiva del dominio, es decir, por iniciativa pública, como en el sistema de cooperación o análogos, cuando entrañen procesos reparcelatorios, en los que también debe ser admisible por iniciativa pública o incluso en las actuaciones de agente urbanizador cuando se contemple también la atribución de derechos por medios reparcelatorios. En el primer caso bastaría la solicitud de la Administración producida previa audiencia del titular. En el caso de acción por el agente urbanizador parece inequívoca cuando se produce el acuerdo reparcelatorio o incluso con carácter previo con justificación de la designación del urbanizador y el sistema aplicable, haciendo constar la audiencia previa del titular.

En este sentido sería complementaria esta facultad con el deber impuesto al propietario de presentar un informe de situación cuando se trate de suelos sobre los que se haya desarrollado una actividad potencialmente contaminante, cuando, conforme al artículo 3.5, «se solicite una licencia o autorización para el establecimiento de alguna actividad diferente de las actividades potencialmente contaminantes o que supongan un cambio de uso del suelo».

En las actuaciones expropiatorias no parece necesaria su constancia porque lo relevante es su incidencia en la formación del justiprecio, quedando sujeto después el adquirente a las reglas comunes.

El caso más relevante debe ser en el sistema de compensación con existencia de Junta a la que se haya incorporado el titular del bien. En tal caso puede hacerse constar con motivo de la escritura de constitución de la Junta, o como acto declarativo, que será lo más común, una vez constituida.

A su vez, la facultad unilateral de la Junta es evidente, dado el reconocimiento genérico de las facultades fiduciarias en cuanto comportan la atribución excepcional de facultades e incluso poderes de disposición sobre los bienes incorporados sin transmisión de dominio. Más aún, en razón a la trascendencia de los desarrollos patrimoniales futuros, si la Junta tiene razones fundadas para estimar que hay bienes presuntamente contaminados, debe hacerlo por su propia iniciativa, justificando el acuerdo y la audiencia del interesado, si no mediara su consentimiento.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DEL PROCESO REPARCELATORIO ANTE LA EXISTENCIA DE SUELOS CONTAMINADOS

En este punto debe resaltarse que el órgano gestor, ya sea la Administración o las Juntas de Compensación, tienen atribuidas unas facultades excepcionales porque también es notoria su responsabilidad en liberar todos los suelos, en los términos que veremos, con carácter previo a la adjudicación de los mismos.

La hipótesis de partida es evidente. Cuando un suelo está potencialmente contaminado se produce una situación de hecho radicada físicamente en una parte del ámbito que debe desaparecer tanto por razones de interés general como por el interés individual de cualquiera de los partícipes, incluso el propio titular del suelo que la padece. La razón es evidente porque la necesaria acomodación del suelo al planeamiento que se ejecuta y el reparto equitativo de las parcelas de reemplazo con la creación de los suelos dotacionales determinará, normalmente, que los suelos adjudicados no coincidan con los aportados, con lo cual o quedarán contaminados los suelos dotacionales o se entregarán los mismos suelos a propietarios que aportaron suelos limpios o incluso pueden adjudicarse al mismo aportante que ordinariamente después de edificados los sacará al mercado.

A partir de estas perspectivas existen razones de interés general que deben garantizar que los suelos han quedado descontaminados en beneficio de toda la comunidad y por las consecuencias obligadas dependientes del planeamiento como función pública, y existen también legítimas razones de interés privado, ya que quien resultare adjudicatario del suelo contaminado, al arrastrarse la carga tendría que soportar un gravamen de tal intensidad que prácticamente anularía su valor de mercado por hacer imposible la edificación sobre él y su venta posterior.

Evidentemente una carga de este orden no consiente medio alguno de cancelación que no sea la desclasificación otorgada por el órgano competente, ni tampoco es susceptible de subrogación real, llevándose al suelo físico adjudicado al aportante o redimible en metálico. Además, de modo aún más evidente, no es de recibo que se adjudique un suelo contaminado a quien aportó suelo limpio, según hemos dicho.

Sólo podría concebirse una hipótesis extrema, y aún así podría ser contrario al interés general, como sería excluir que no fuese objeto de nueva adjudicación por ser conforme con el planeamiento que se ejecuta y permanecer en la misma titularidad del aportante, como en cierto modo podría deducirse del artículo 3.5 antes reproducido. Es decir, a lo sumo ello podría ocurrir cuando se tratare de suelos industriales que con el nuevo planeamiento permitieran la continuidad del uso industrial sin quedar fuera de ordenación.

Por tanto, el interés, la obligación y responsabilidad del gestor son evidente y exigen llegar a fórmulas satisfactorias en beneficio de los intereses generales y particulares.

4. LA ELIMINACIÓN DE LOS FACTORES DE CONTAMINACIÓN

La desclasificación del suelo, potencialmente contaminado, como dice el párrafo final del artículo 8 del Real Decreto, requiere una actuación material,

si el suelo estuviera realmente contaminado, y una decisión formal para la cancelación de la carga en el Registro.

Refiriéndonos ahora a la actividad material parecen evidentes estas circunstancias.

En primer lugar debe entenderse que esta obligación es del dueño del suelo porque aunque la actividad hubiera sido legítima, la relación de causa a efecto y el principio de que quien contamina paga lleva necesariamente a la imputación de la redención de la carga a quien sea su titular y así se deduce también del artículo 7 del Real Decreto. Es por ello que, frente al criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en Burgos, de 18 de mayo de 2007, desde el punto en que la imputación es directa al dueño del suelo de realizar a su costa la descontaminación, carece de sentido que se convierta en una carga del Proyecto de Urbanización a cargo de la Junta.

Si esta afirmación es correcta, la respuesta recíproca es que no es una obligación del órgano gestor porque ni él es el obligado ni es trasladable al resto de los propietarios asociados.

Se refuerza esta idea porque, sin ninguna duda, la obligación de descontaminación no forma parte del conjunto de las obligaciones integrantes de un Proyecto de Urbanización, para el cual las leyes autonómicas, como antes las del Estado, no comprenden una obligación de este género. La prueba de ello es que sería antinatural e injusto que contemplándose en el sistema urbanístico la subrogación legal de los terceros adquirentes en el cumplimiento de los deberes de urbanización se extendiera a ellos también esta obligación. Si, como creemos, haber probado en nuestra obra *Las afecciones registrales. Aplicaciones tributarias y urbanísticas*, ni siquiera todas las obligaciones urbanísticas son trasladables a los terceros, menos lo han de ser aquéllas que parten de una obligación extraurbanística.

Sin embargo una cosa es que esta obligación de descontaminación no sea imputable a la Junta y otra que ante el incumplimiento del directamente obligado pueda el órgano gestor concluir el proceso de equidistribución sin dejar resuelta la efectiva contaminación existente sobre parte de los suelos. Quiere decirse que ante el incumplimiento del obligado y sin necesidad de esperar a que concluya la reclamación pertinente, el órgano gestor está obligado ante la Administración y los demás interesados a liberar los suelos contaminados de la carga que les afecte.

Desde esta responsabilidad, y sin perjuicio de la acción de regreso sobre el obligado, el órgano gestor, en cuanto responsable de la transformación del suelo, ha de tener el deber de asumir a su costa la descontaminación sin perjuicio de repetir contra el obligado por el incumplimiento de la obligación desatendida.

V. EL MECANISMO REGISTRAL DE AFECTACIÓN Y DESCLASIFICACIÓN

La lectura del Real Decreto, en lo concerniente al artículo 8 regulador de la Publicidad Registral, parte de la diferenciación entre una medida registral de carácter cautelar dimanante de la mera declaración del interesado o, en los casos indicados, de los órganos urbanísticos interesados, y la constancia inicial y final del procedimiento de depuración de la carga.

La medida cautelar consiste en la nota marginal extendida al margen de la inscripción del acto con ocasión del otorgamiento documental que dio lugar al mismo, en la cual se hará constar lo declarado por el interesado, sin que tenga porqué ser necesariamente un acto de transmisión.

Con ello concluye esta primera fase debiéndose entender que la previsión de que su existencia se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente, que se contempla en el número 2 cuando la Administración Autonómica inicie el expediente a que se refiere este apartado, no sea aplicable con motivo del despacho posterior de cualquier título relativo a la misma finca.

Siendo esta nota únicamente reveladora de la existencia de un suelo potencialmente contaminado, la segunda fase tiene por finalidad declarar efectivamente la existencia de la contaminación, su alcance y las medidas de descontaminación, o bien que el suelo no está contaminado.

No existe inicialmente una conexión registral directa entre el Registrador, que pone la primera nota, y la Administración Autonómica, que es la competente para tramitar el procedimiento, puesto que la conexión se establece por otros cauces. En la lectura del artículo 8.2 es la Administración la que ha de dirigirse al Registrador para que expida certificación de dominio y cargas de la finca sobre la que exista la nota potencialmente contaminada en cuyo momento, como es tradicional en otros supuestos análogos, el Registrador extiende una segunda nota acreditativa de la expedición de la certificación, expresando la iniciación del procedimiento.

Esta segunda nota, a diferencia de la omisión padecida respecto de la primera, tiene un plazo de caducidad de cinco años, con lo cual parece que debe inducirse que si la debida a la iniciación del procedimiento caduca a los cinco años, sin que se aluda a su prórroga, la primera, meramente cautelar, debe caducar también en igual plazo.

No obstante la caducidad de la nota no equivale materialmente a que no exista causa de contaminación, por lo que no debe excluirse que transcurrido el plazo pueda iniciarse un nuevo procedimiento por quien tenga interés en ello para verificar el hecho, si hubiera dudas fundadas de la existencia de la causa y ante el interés público que representa su aclaración.

Todavía se contempla en el número 3 del artículo 8 una tercera nota, aunque razonablemente debiera ser una inscripción por su duración indefinida, que se extenderá cuando recaiga una resolución administrativa que declare la existencia efectiva de la contaminación, lo que se hará constar mediante certificación literal de la resolución adoptada, cuando sea firme en vía administrativa, haciéndose constar que han sido citados los titulares resultantes de la certificación registral, lo que debe extenderse, en su caso, a los terceros como el órgano urbanístico gestor si hubiera sido quien hizo la primera declaración o también, como parece razonable, si existiera la nota de incorporación del suelo a una Junta de Compensación.

Esta última nota no es susceptible de cancelarse por caducidad sino que, para el caso también de no estar contaminados, dará lugar a la finalización del procedimiento y las cancelaciones correspondientes cuando la resolución fuera la de que el suelo ha sido objeto de *desclasificación*.

Tal es la problemática y funcionamiento de esta primera aportación del sistema registral a la conservación del medio ambiente.

RESUMEN

PUBLICIDAD REGISTRAL

Con ocasión de las medidas registrales de publicidad inmobiliaria contenidas en el Real Decreto de 14 de enero de 2005, se produce la primera regulación concreta de acceso al Registro de un conjunto de previsiones dirigidas al conocimiento y restauración de suelos potencialmente contaminados, haciéndose en el ámbito registral una aportación relevante en defensa del medio ambiente, materia de tanto interés en la sociedad actual, provocando efectos generales en el tráfico de bienes inmuebles y, de manera particular, en los procesos urbanísticos ante la necesidad de enlazar las instituciones urbanísticas con los efectos derivados de los suelos contaminados en interés de toda la sociedad y de los directamente implicados en esos procesos, lo que resulta especialmente importante ante las múltiples interferencias de todo orden relativas al medio ambiente, en donde se carece de una doctrina consolidada, como resulta de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos, que hace una afirmación superficial sobre la carga de la restauración.

ABSTRACT

REGISTRATION DISCLOSURE

With the registration-related measures the Royal Decree of 14 January 2005 declares for the disclosure of real-estate information, the first specific regulations are enacted on access to registration for a set of anticipatory steps designed for the knowledge and restoration of potentially polluted land. For the registration sphere, this is a major contribution toward the defence of the environment, an issue of great interest in present-day society. The measures have general effects on immovable property trade and particular effects on development processes, because of the need to link development institutions with the effect stemming from polluted land, in the interest of all of society and in the interest of the parties directly involved in development. This is especially important in view of the multiple interferences of all sorts concerning the environment. There is no consolidated doctrine addressing such interferences, as shown by the ruling of the Superior Court of Justice of Castilla y León in Burgos, which made a superficial assertion about the burden of restoration.

Por error, en el número 701 (mayo-junio de 2007) en la sección *Análisis Crítico de Jurisprudencia*, se ha invertido la atribución de dos comentarios. Así, el titulado «La infracción del deber de información como causa de responsabilidad en el transporte aéreo» es de la profesora Lourdes Tejedor Muñoz, mientras que el titulado «La falta de información al paciente tiene como consecuencia la atribución de responsabilidad del médico responsable de facilitarla» es de la profesora Juana Ruiz Jiménez.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 8/2007. 4-7-2007. Financiación de los partidos políticos.

— Ley 9/2007. 22-6-2007. Regularización y actualización de inscripciones de embarcaciones pesqueras en el Registro de Buques y Empresas Navieras y en el Censo de la Flota Pesquera Operativa.

— Ley 10/2007. 22-6-2007. De la lectura, del libro y de las bibliotecas.

— Ley 11/2007. 22-6-2007. Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

— Ley 13/2007. 2-7-2007. Modifica el TR de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29-10-2004, en materia de supervisión del reaseguro.

— Ley 15/2007. 3-7-2007. Defensa de la Competencia.

— Ley 16/2007. 4-7-2007. Reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE.

— Ley 17/2007. 4-7-2007. Modifica la Ley 54/1997, de 27-11-1997, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26-6-2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

— Ley 19/2007. 11-7-2007. Contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

— Ley 20/2007. 11-7-2007. Estatuto del trabajo autónomo.

— Ley 21/2007. 11-7-2007. Modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29-10-2004, y el TR de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29-10-2004.

— Ley 22/2007. 11-7-2007. Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

— Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la adhesión de la República Checa, de la República de Estonia, de la República de Chipre, de la República de Letonia, de la República de Lituania, de la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Polonia, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19-6-1980, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el TJ de las Comunidades Europeas, hecho en Luxemburgo el 14-4-2005.

— Corrección de erratas. Ley 11/2007. 22-6-2007. Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 599/2007. 4-5-2007. Modifica el Real Decreto 825/1988, de 15-7-1988, por el que se regulan los fines de interés social de la asignación tributaria del IRPF y el Real Decreto 195/1989, de 17-2-1989, por el que se establecen los requisitos y procedimiento para solicitar ayudas para fines de interés social, derivadas de la asignación tributaria del IRPF.

— Real Decreto 902/2007. 6-7-2007. Modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21-9-1995, sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al tiempo de trabajo de trabajadores que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

— Real Decreto 903/2007. 6-7-2007. Aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo «Programas Educativos Europeos».

— Real Decreto 1027/2007. 20-7-2007. Aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios.

— Real Decreto 1032/2007. 20-7-2007. Regula la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte por carretera.

— Real Decreto 1071/2007. 27-7-2007. Regula el sistema geodésico de referencia oficial en España.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 659/2007. 25-5-2007. Modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19-7-2007, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14-11-2007, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.

— Real Decreto 660/2007. 25-5-2007. Modifica el Real Decreto 355/2004, de 5-3-2004, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, en relación con el acceso a la información contenida en el Registro central.

— Orden 1623/2007. 4-4-2007. Aprueban los modelos de formularios de ingreso, de mandamientos de pago y de órdenes de transferencia, así como los requisitos que éstas han de reunir para su correcta recepción en las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales, reguladas por el Real Decreto 467/2006, de 21-4-2006, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores.

— Orden 1973/2007. 15-6-2007. Dispone la sustitución de un vocal del Tribunal Calificador de las oposiciones para el ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución de 20-10-2006.

— Orden 2384/2007. 27-7-2007. Aclara la Disposición Adicional 2.^a del Real Decreto 173/2007, de 9-2-2007, sobre demarcación notarial.

— Orden 2385/2007. 27-7-2007. Aclara el apartado 2 de la Disposición Final 2.^a y la Disposición Final 3.^a del Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en lo relativo a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas.

— Instrucción 23-5-2007. DGRN. Apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español.

— Instrucción 26-7-2007. DGRN. Sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

— Resolución de 26-6-2007. DGRN. Concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución de 12-7-2007. DGRN. Convoca oposición entre Notarios.

— Resolución de 12-7-2007. DGRN. Convoca oposición libre para obtener el título de Notario.

— Corrección de Errores. Real Decreto 172/2007. 9-2-2007. Modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Corrección de Errores. Real Decreto 173/2007. 9-2-2007. Demarcación Notarial.

— Corrección de Errores. Orden 1492/2007. 21-5-2007. Organización de la Abogacía del Estado en el ámbito autonómico.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1066/2007. 27-7-2007. Régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

— Orden 1805/2007. 28-5-2007. Establece obligaciones en cuanto a la remisión telemática de la documentación estadístico-contable de las entidades aseguradoras, las entidades gestoras de fondos de pensiones, y los corretores de seguros y reaseguros, y por la que se modifica la Orden 3636/2005, de 11-11-2005, por la que se crea el registro telemático del MEH.

— Orden 1806/2007. 14-6-2007. Establece el ingreso en periodo voluntario de los tributos derivados del régimen económico y fiscal de Canarias devengados con ocasión de importación de bienes, se modifica la Orden de 15-6-1995, por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 448/1995, de 24-3-1995, en relación con las entidades de depósito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria y se modifica la Orden de 27-12-1991, por la que se dictan instrucciones acerca del régimen económico-financiero de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Orden 2027/2007. 28-6-2007. Desarrolla parcialmente el Real Decreto 939/2005, de 29-6-2005, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Orden 2190/2007. 18-7-2007. Modifica la Orden 3636/2005, de 11-11-2005, por la que se crea el registro telemático del MEH, en relación con procedimientos en el ámbito de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

— Orden 2243/2007. 24-7-2007. Amplía el plazo de presentación de las declaraciones del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondientes a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español para aquellos sujetos pasivos cuyo periodo impositivo finalice entre el 29-12-2006 y el 4-1-2007.

— Orden 2261/2007. 17-7-2007. Regula el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la justificación de las subvenciones.

— Orden 2444/2007. 31-7-2007. Desarrolla el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28-12-1993, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9-6-1995, en relación con el informe de experto externo sobre los procedimientos y órganos de control interno y comunicación establecidos para prevenir el blanqueo de capitales.

— Resolución de 20-6-2007. Modifica la de 18-1-2005, que regula el registro y gestión de apoderamientos y el registro y gestión de las sucesiones

y de las representaciones legales de incapacitados, para la realización de trámites y actuaciones en materia tributaria por Internet.

— Resolución de 27-6-2007. Modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del IAE del ejercicio 2007, relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

— Resolución de 17-7-2007. Extiende la colaboración social a la presentación electrónica de las solicitudes de compensación, aplazamiento o fraccionamiento de deudas tributarias correspondientes a declaraciones tributarias cuya presentación electrónica sea obligatoria, así como de los documentos que, de acuerdo con la normativa vigente, han de acompañar a tales solicitudes y se aprueba el documento normalizado para acreditar la representación para su presentación por vía electrónica en nombre de terceros.

— Resolución de 18-7-2007. Modifican los formularios para la presentación telemática de solicitudes, escritos y comunicaciones del registro telemático del MEH, incluidos en el Anexo II de la Orden 3636/2005, de 11-11-2005, por la que se crea el registro telemático del MEH.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 1/2007. 11-7-2007. Sobre requerimientos de información estadística a las Instituciones de Inversión Colectiva de la UE, que modifica parcialmente la Circular 2/1998, de 27-7-1998, sobre requerimientos de información estadística a las Instituciones de Inversión Colectiva de la Unión Monetaria Europea.

— Resolución de 13-6-2007. Califica de escasa relevancia determinadas modificaciones de reglamentos de gestión, proyectos constitutivos y estatutos sociales de las Instituciones de Inversión Colectiva.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 18-6-2007. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 727/2007. 8-6-2007. Criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

— Real Decreto 870/2007. 2-7-2007. Regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

— Real Decreto 972/2007. 13-7-2007. Regula la concesión directa de subvenciones a determinadas Comunidades Autónomas y entidades locales para el desarrollo de proyectos innovadores que garanticen el derecho a la asistencia social integral a las mujeres víctimas de violencia de género.

— Real Decreto 1109/2007. 24-8-2007. Desarrolla la Ley 32/2006, de 18-10-2006, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

— Orden 2307/2007. 27-7-2007. Desarrolla parcialmente el Real Decreto 395/2007, de 23-3-2007, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo en materia de formación de demanda y su financiación, y se crea el correspondiente sistema telemático, así como los ficheros de datos personales de titularidad del Servicio Público de Empleo Estatal.

— Orden 2455/2007. 7-8-2007. Dicta normas para la aplicación y desarrollo en el año 2007 de los Reales Decretos que desarrollan la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en las ciudades de Ceuta y de Melilla.

— Resolución de 2-7-2007. Dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 29-6-2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para tramitar las solicitudes de autorización de residencia y trabajo de extranjeros no comunitarios enrolados en buques españoles inscritos en el registro especial de buques y empresas navieras.

— Resolución de 10-7-2007. Modifica la de 17-7-2001, por la que se dictan instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito.

— Corrección de Errores. Real Decreto 615/2007. 11-5-2007. Regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 638/2007. 18-5-2007. Regulan las Capitanías Marítimas y los Distritos Marítimos.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA

— Real Decreto 1.026/2007. 20-7-2007. Modifica el Real Decreto 1835/1991, de 20-12-1991, de Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas.

— Orden 2220/2007. 12-7-2007. Establece el currículo y se regula la ordenación de la Educación secundaria obligatoria.

— Orden 2514/2007. 13-9-2007. Expedición de títulos universitarios oficiales de Máster y Doctor.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 666/2007. 25-5-2007. Modifica el Real Decreto 2583/1996, de 13-12-1996, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

— Real Decreto 817/2007. 22-6-2007. Traspasa las funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Corrección de Errores. Real Decreto 661/2007. 25-5-2007. Regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (*BOE* 25-7-2007).

— Corrección de Errores. Real Decreto 661/2007. 25-5-2007. Regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (*BOE* 26-7-2007).

TRIBUNAL SUPREMO

— STS 28-3-2007. Anula los artículos 323.1, 2 y 3 y 324 del Reglamento del Registro Mercantil en la redacción dada por el artículo 10 del Real Decreto 685/2005, de 10-6-2005, sobre publicidad de resoluciones concursales; el artículo 4.1, en el particular relativo a la Sección 2.^a del portal referido a «liquidadores y apoderados inhabilitados»; el artículo 9.1.b), último inciso desde las palabras «y que hayan de publicarse en el portal» hasta el final, y el artículo 9.3, Disposición Adicional Única, Disposición Transitoria Única y Disposición Final 2.^a en cuanto se refieren al portal previsto en el artículo 324 del Reglamento del Registro Mercantil.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 5/2007. 26-6-2007. Crea como entidad de derecho público el Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico.

— Ley 6/2007. 26-6-2007. Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía.

— Ley 7/2007, de 9-7-2007. Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.

— Decreto 168/2007. 12-6-2007. Regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración.

— Decreto 196/2007. 3-7-2007. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2008.

— Decreto 232/2007, de 31-7-2007. Aprueba el Plan Andaluz de Caza y se modifica el Reglamento de Ordenación de la Caza aprobado por Decreto 182/2005, de 26-7-2005.

— Orden 13-6-2007. Modifica la de 29-7-1996, sobre jornadas y horarios en la Administración General de la Junta de Andalucía.

— Orden 21-6-2007. Modifica la de 25-3-2002, por la que se regulan los horarios de apertura y cierre de los establecimientos públicos en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Orden 13-7-2007. Desarrolla determinados aspectos del Decreto 182/2005, de 26-7-2005, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Caza.

— Corrección de Errores. Resolución de 31-7-2007. Determinan las fiestas locales en el ámbito territorial de Andalucía para el año 2007.

— Corrección de Erratas a la Corrección de Errores de la Resolución de 31-5-2007. Determina las fiestas locales en el ámbito territorial de Andalucía para el año 2007.

ARAGÓN

— Decreto 6-7-2007. Modifica la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 112/2007. 10-7-2007. Desarrolla la estructura orgánica básica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ASTURIAS

— Decreto 14/2007. 12-7-2007. Reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma.

— Decreto 60/2007. 24-5-2007. Aprueba el Reglamento de las Empresas de Intermediación Turística.

— Decreto 68/2007. 14-6-2007. Regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

BALEARES

— Decreto 9/2007. 6-7-2007. Determina la composición del Gobierno y se establece la estructura de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 11/2007. 11-7-2007. Establece las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 20/2007. 31-7-2007. Modifica el Decreto 11/2007, de 11-7-2007, del Presidente de las Illes Balears, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Corrección de Errores. Ley Orgánica 1/2007. 28-2-2007. Reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

CANARIAS

— Decreto 137/2007. 24-5-2007. Regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el Registro de Adopción.

— Decreto 138/2007. 24-5-2007. Establece el régimen de adjudicación de las viviendas protegidas de promoción pública de titularidad del Instituto Canario de la Vivienda.

— Decreto 147/2007. 24-5-2007. Regula el régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma de Canarias y se crea el Inventario de Suelos Contaminados de Canarias.

— Decreto 206/2007. 13-7-2007. Determinan el número, denominación y competencias de las Consejerías.

— Decreto 318/2007. 31-7-2007. Declaran fiestas propias de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2008, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

— Orden 27-8-2007. Modifica el Anexo de la Orden de 8-8-2007, que establece los registros de la Consejería.

— Resolución de 13-6-2007. Relativa a los vehículos homologados por la Administración Tributaria Canaria a que se refiere el artículo 25.4.g) de la Ley 19/1994, de 6-7-1994, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

CANTABRIA

— Decreto 9/2007. 12-7-2007. Reorganización de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 81/2007. 19-6-2007. Regula el libro del edificio para edificios destinados a vivienda en Castilla-La Mancha.

— Decreto 96/07. 2-07-2007. Establece la estructura de la administración regional.

— Decreto 116/2007. 10-7-2007. Modifica el Decreto 77/2006, de 6-6-2005, por el que se atribuyen competencias en materia de cooperativas, sociedades laborales, trabajo y prevención de riesgos laborales a los diferentes órganos de la Consejería de Trabajo y Empleo.

CASTILLA Y LEÓN

— Decreto 2/2007. 2-7-2007. Reestructuración de Consejerías.

— Decreto 89/2007. 6-9-2007. Establece el calendario de fiestas laborales en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León para el año 2008.

— Orden 1339/2007. 13-8-2007. Establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de recursos y otras solicitudes de carácter tributario o recaudatorio.

CATALUÑA

— Ley 1/2007. 5-6-2007. Consejo de Relaciones Laborales.

— Ley 2/2007. 5-6-2007. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

— Ley 3/2007. 4-7-2007. Obra pública.

— Ley 4/2007. 4-7-2007. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2007.

- Ley 5/2007. 4-7-2007. Medidas fiscales y financieras.
- Decreto 146/2007. 3-7-2007. Crea la Comisión de Coordinación Corporativa.
- Orden 197/2007. 28-5-2007. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2008.

EXTREMADURA

- Decreto 143/2007, 10-7-2007. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda.
- Orden 23-5-2007. Aprueba el modelo orientativo de estatutos sociales de la sociedad cooperativa especial.
- Corrección de Errores. Orden 23-5-2007. Aprueba el modelo orientativo de estatutos sociales de la sociedad cooperativa especial.

GALICIA

- Ley 7/2007. 21-5-2007. Medidas administrativas y tributarias para la conservación de la superficie agraria útil y del Banco de Tierras de Galicia.
- Ley 8/2007. 13-6-2007. Policía de Galicia.
- Ley 9/2007. 13-6-2007. Subvenciones de Galicia.
- Ley 10/2007. 28-6-2007. Reforma de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 2/2006, de 14-6-2007, de Derecho Civil de Galicia.
- Ley 11/2007. 27-7-2007. Prevención y tratamiento integral de la violencia de género.
- Ley 12/2007. 27-7-2007. Modifica la Ley 9/1995, de 10-11-1995, y la Ley 1/1983, de 22-2-1983, de normas reguladoras de la Xunta y de su Presidencia.
- Ley 13/2007. 27-7-2007. Modifica la Ley 4/1988, de 26-5-1988, de la función pública de Galicia.
- Decreto 98/2007. 24-5-2007. Establece el procedimiento para autorizar las permutas voluntarias de fincas rústicas a los efectos de solicitar la exención del ITP y AJD.
- Decreto 122/2007. 21-6-2007. Modifica el Decreto 519/2005, de 6-10-2005, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes.
- Decreto 156/2007. 19-7-2007. Regula el procedimiento para la calificación de las empresas de inserción laboral, se crea su registro administrativo y se establecen las medidas para el fomento de la inserción sociolaboral.

LA RIOJA

— Decreto 5/2007. 2-7-2007. Modifica el número, denominación y competencias de las Consejerías de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

MADRID

— Ley 3/2007. 26-7-2007. Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 7/2007. 20-6-2007. Establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 40/2007. 28-6-2007. Modifica parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Decreto 24/2007. 2-7-2007. Reorganización de la Administración Regional.

— Decreto 77/2007. 18-5-2007. Aprueba el Reglamento de la Ley 4/2004 de 22-10-2007, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Decreto 100/2007. 25-5-2007. Regulan las agencias de viaje y centrales de reserva.

NAVARRA

— Decreto Foral 12/2007, de 16-8-2007. Establece la estructura departamental de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 42/2007. 21-5-2007. Aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita aplicable en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 48/2007. 11-6-2007. Aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley Foral 17/2005. 22-12-2005, de Caza y Pesca de Navarra.

— Decreto Foral 51/2007. 25-6-2007. Deroga el Decreto Foral 361/2000, de 20-11-2000, por el que se establece un nuevo régimen de ayudas a la inversión y el empleo.

— Orden Foral 177/2007. 21-5-2007. Modifica la Orden Foral 242/2001, de 28-9-2001, por la que se establecen diversas normas para la transición al

euro, en relación con los ingresos fiscales en efectivo realizados mediante cartas de pago normalizadas, a través de las Entidades Financieras Colaboradoras de la Hacienda Tributaria de Navarra.

— Orden Foral 178/2007. 21-5-2007. Aprueba el modelo del IS e Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes S-90, de autoliquidación para los ejercicios iniciados entre el 1-1-2006 y el 31-12-2006, y el modelo S-91, de declaración-liquidación de pagos fraccionados, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 204/2007. 25-5-2007. Aprueba, para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal, el modelo 220 de autoliquidación del IS para los ejercicios iniciados entre el 1-1-2006 y el 31-12-2006, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 228/2007. 12-6-2007. Desarrolla determinadas disposiciones sobre facturación telemática y conservación electrónica de facturas, contenidas en el Decreto Foral 205/2004, de 17-5-2004, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

— Resolución 457/2007. 6-6-2007. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2008 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

— Corrección de Errores. Ley Foral 5/2007. 23-3-2007. Carreteras de Navarra.

— Corrección de Errores. Ley Foral 17/2006. 27-12-2006. Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2007.

PAÍS VASCO

— Ley 4/2007. 22-6-2007. Modifica la Ley 12/1998, de 22-5-1998, contra la Exclusión Social, y la Ley 10/2000, de 27-12-2000, de Carta de Derechos Sociales.

— Ley 5/2007. 22-6-2007. Modificación de la Ley 13/1998, de 29-5-1998, de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Ley 6/2007. 22-6-2007. Modificación de la Ley 5/2006, de 17-11-2006, de Patrimonio de Euskadi.

— Ley 7/2007. 22-6-2007. Asociaciones de Euskadi.

— Ley 9/2007. 29-6-2007. Creación de Kontsumobide-Instituto Vasco de Consumo.

— Nota Foral 2/2007. 27-3-2007. Modificación de la Nota Foral 8/1996, de 9-7-1996, de Patrimonio del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

— Nota Foral 3/2007. 27-3-2007. Subvenciones del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

— Nota Foral 6/2007. 10-4-2007. Reguladora de las Entidades de Ámbito Supramunicipal del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

— Decreto 102/2007. 19-6-2007. Aprueba el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2008.

— Decreto 115/2007. 10-7-2007. Segunda modificación del Decreto de Apoyo a la Cultura Emprendedora y a la Creación de Empresas.

— Decreto 118/2007. 17-7-2007. Regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

VALENCIA

— Decreto 7/2007. 28-6-2007. Determinan las Consellerías en que se organiza la administración de la Generalitat.

— Decreto 92/2007. 6-7-2007. Establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las Consellerías de la Generalitat.

— Decreto 99/2007. 6-7-2007. Cooperativas con Sección de Crédito en la Comunitat Valenciana.

— Corrección de Errores. Decreto 7/2007. 28-6-2007. Determina las Consellerías en que se organiza la administración de la Generalitat.

— Corrección de Errores. Decreto 36/2007. 13-4-2007. Modifica el Decreto 67/2006, de 19-5-2006, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística.

— Corrección de Errores. Decreto 72/2007. 18-5-2007. Establece la demarcación territorial de las OO.LL. de Distrito Hipotecario de la Comunidad Valenciana.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 18 de mayo de 2007 tuvo lugar la I JORNADA *ECONOMÍA LIBERAL Y ESTADO AUTONÓMICO*, organizada por la Asociación Aragón Espacio Abierto (AESPA).

El 22 de mayo, dentro del curso de formación complementaria de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Decana de los Registradores de Aragón, impartió la clase *PRÁCTICA REGISTRAL*.

El día 4 de junio, dentro del ciclo PROFESIONES Y PROFESIONALES, que organiza la Agrupación de Colegios Profesionales de Aragón, tuvo lugar la conferencia de don Carlos CARNICER DÍEZ, Presidente de la Unión Profesio-

nal y del Consejo General de la Abogacía, *PRESENTE Y FUTURO DE LAS INSTITUCIONES REPRESENTATIVAS DE LAS PROFESIONES*.

El día 5 de junio fue entregado, por el Presidente del Gobierno de Aragón, el PREMIO MEDIO AMBIENTE ARAGÓN 2007.

El día 14 de junio, en Huesca, y el 19 en Teruel, organizada por el Instituto Aragonés de Administración Pública, tuvo lugar una JORNADA DE ESTUDIO sobre *EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN*, con las siguientes características:

- «Aspectos político-institucionales», a cargo de don Manuel CONTRERAS CASADO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza.
- «Aspectos jurídicos-administrativos», por don Rafael SANTACRUZ BLANCO, Director General de Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón.
- «Aspectos económico-financieros», por don Francisco POZUELO ANTONI, Director General de Tributos del Gobierno de Aragón.

El día 21 de junio, organizado por la Diputación Provincial de Zaragoza, tuvo lugar un SEMINARIO sobre *LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DEL SUELO*, con las siguientes sesiones:

- «Incidencia de la nueva Ley estatal en el ordenamiento autonómico aragonés».
- «Estatuto subjetivo de los ciudadanos, promotores y propietarios».
- «Valoraciones, supuestos indemnizatorios, expropiaciones, venta y sustitución».
- «Estatuto objetivo del suelo: directrices sustantivas y procedimentales para el establecimiento de la ordenación».
- «Medidas de intervención en el mercado inmobiliario: Patrimonios Públicos del Suelo, Derecho de Superficie y Calificación mínima para viviendas protegidas».

El día 22 de junio, la Diputación Provincial de Huesca organizó una JORNADA sobre *LAS NOVEDADES DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO, ASÍ COMO LA EXPERIENCIA DE LA INSTITUCIÓN EN REGULACIÓN DE FICHEROS DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL*.

Los días 26 al 29 de junio, dentro de la XXIII Edición de la Universidad de Verano de Teruel 2007, tuvo lugar el IV CURSO DE CONSUMO: *LOS NUEVOS RETOS DEL CONSUMIDOR EN ARAGÓN*.

El día 29 de junio, don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del TSJ de Aragón, impartió la última lección del curso del MÁSTER EN PRÁCTICA JURÍDICA de la Universidad de Zaragoza, sobre *LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN*.

Los días 5 y 6 de julio de 2007, organizado por la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, tuvo lugar el CURSO sobre *LA NUEVA LEY ESTATAL DEL SUELO*, con el siguiente programa:

Día 5:

- «Los títulos competenciales de la nueva Ley del Suelo y la doctrina del Tribunal Constitucional. El régimen transitorio diseñado por la Ley», por don José Manuel DÍAZ DE LEMA, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «Derechos y deberes de los ciudadanos respecto del suelo. En especial, el derecho a la ejecución de la urbanización por parte de los propietarios del suelo y por terceros y su compatibilidad con la normativa europea de contratación», por don José Manuel DÍAZ DE LEMA, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. El suelo rural frente al suelo urbanizado. Facultades y deberes de los propietarios en cada clase de suelo», por don Julio TEJEDOR BIELSA, Profesor Titular de Derecho Administrativo.
- «La regulación de la expropiación y la responsabilidad patrimonial por razón del urbanismo», por don Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, Profesor Titular de Derecho Administrativo.

Día 6:

- «Determinaciones sobre los instrumentos de planificación. Previsiones sobre el procedimiento de elaboración y aprobación. La sostenibilidad del desarrollo urbano», por don Santiago GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «La nueva regulación de los Patrimonios Municipales del Suelo», por don Santiago GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «Los nuevos criterios de valoración del suelo. La incorporación del valor del mercado en los suelos urbanizados I y II», por don José Ignacio CORTES BRETÓN, Arquitecto.

CANTABRIA

Del 6 al 8 de agosto de 2007 se celebró, dentro de los Cursos de Verano en Santander, organizados por la Universidad Menéndez Pelayo, el encuentro *DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL CONOCIMIENTO*, patrocinado por Caja Cantabria en colaboración con el Ministerio de Educación y Ciencia.

El objetivo del encuentro es analizar, debatir y divulgar los avances más importantes que se han realizado en el ámbito de las nuevas tecnologías y su aplicación normativa y financiera. En este sentido, se abordan perspectivas tan interesantes como el nuevo marco derivado de la Ley de Productividad 24/2005, el binomio publicidad registral y protección de datos, junto con las nuevas aplicaciones telemáticas en los servicios financieros. Todo ello sin olvidar la delimitación de un encuadre general del fenómeno que aborda extremos tan oportunos como el de la titularidad y apariencia en la Red, el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunidades electrónicas o la conexión entre la Propiedad Intelectual y la Sociedad de la Información, entre otros.

El patrocinio de Caja Cantabria refuerza, sin duda, el respaldo institucional y social de este encuentro, así como su solvencia en el ámbito de la explicación de la actividad financiera conectada o, si se quiere, instrumentalizada a través de las nuevas tecnologías. Del mismo modo, la colaboración del Proyecto de Investigación SEJ2006-1150 del Ministerio de Educación y Ciencia y del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España respaldan plenamente el carácter científico del Encuentro, garantizando por el nivel y la especialización de los ponentes.

Dado su carácter multidisciplinar, el Encuentro va dirigido a un amplio público interesado en el ámbito de las nuevas tecnologías. Se pretende, de este modo, ofrecer tanto al alumnado como a los operadores y profesionales de los diversos sectores económicos inmersos en las nuevas tecnologías, un análisis práctico y crítico del más reciente tratamiento legal y jurisprudencia en el ámbito de las nuevas tecnologías.

Director: Javier ORDUÑA MORENO, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia.

Ponencias:

- «Aspectos registrales y fiscales derivados de la presentación telemática en los Registros Públicos. Ley de Productividad 24/2005», por Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Registrador de la Propiedad, Vocal del Sistema de Información del Colegio de Registradores.
- «Publicidad registral y protección de datos», por Carlos BALLUGERA GÓMEZ, Registrador de la Propiedad.
- «El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas», por Agustín MADRID PARRA, Rector de la Universidad Pablo de Olavide, Catedrático de Derecho Mercantil.
- «Los servicios financieros a través de Internet: seguridad y garantías de los clientes», por Vicente FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Director de Altamira on line, Caja Cantabria.

- «Protección de la intimidad y de los datos personales en las telecomunicaciones», por Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Cantabria.
- «Titularidad y apariencia en la Red», por Vicente MONTÉS PENADÉS, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
- «Propiedad intelectual y Sociedad de la información», por Javier PLAZA PENADÉS, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia.

Mesa redonda:

- «Banca electrónica y comercialización de servicios financieros», por Vicente FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO.
- Moderador: Javier ORDUÑA MORENO.

CATALUÑA

El día 28 de septiembre de 2007 se celebró en Barcelona, en la sede de Caixaforum, una JORNADA DE FORMACIÓN PARA LETRADOS DE LA CAIXA DE CATALUÑA Y BALEARES organizada por La Caixa.

Ponencias:

- «Proyecto de ley de flexibilización del mercado hipotecario», por el Doctor don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», por el Ilmo. Señor don José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo y Presidente de la Asociación Profesional de la Magistratura.
- «Cuestiones prácticas en materia concursal: El hipotecante no deudor y el artículo 71.2 LC. La reestructuración financiera de empresas en crisis y el artículo 713.2.º LC», por el Ilmo. Señor don Ignacio SANCHE GARGALLO, Presidente de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

BOLIVIA

Del 8 al 11 de octubre de 2007 se celebró en Santa Cruz de la Sierra el SEMINARIO: *LA IMPORTANCIA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (INMOBILIARIO) EN LA LUCHA CONTRA LA INFORMALIDAD*, organiza-

do por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España en colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional.

Objetivos

En el presente Seminario se trata de examinar el papel del Registro de la Propiedad en la lucha contra la informalidad, pues históricamente dicha institución ha contribuido a incrementar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, asegurando la eficacia de las transacciones y con ello de la circulación de la riqueza mediante el establecimiento de mecanismos dirigidos a facilitar el acceso de la titularidad de las tierras al Registro y robusteciendo los efectos de la inscripción.

Como se observa en las diferentes reformas realizadas en la Ley Hipotecaria española, el ánimo del legislador estaba presidido, desde un primer momento, por que accediera al mercado formal el mayor número de tierras posible y los derechos que recaían sobre la misma.

De un detenido examen de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y de la época en que surgió, se desprende que la informalidad produce, a quienes la padecen, múltiples perjuicios, como son que no existe certidumbre del dominio, ni límites a la mala fe, quedando el espacio allanado para los que se benefician de diferentes prácticas abusivas entre las cuales destaca la usura.

Se trata de compartir ideas, normativa y experiencias dirigidas a estimular lo máximo posible la inscripción reforzando sus efectos y contribuir a superar el sistema de clandestinidad que tantos perjuicios morales, personales y económicos produce.

Es preciso recordar que en la actualidad aproximadamente 5.000 millones de personas en el mundo carecen de título de propiedad debidamente registrado, por lo que estas tierras se encuentran en el «limbo jurídico» y, por tanto, sus titulares no pueden beneficiarse ni de la protección registral ni de su acceso al mercado formal. En muchos casos, además, el título está registrado, pero la finca registral carece de una adecuada base gráfica con lo cual se producen situaciones de «absurdos geográficos», dobles inmatriculaciones, dobles titularidades que en la actualidad se puede ir depurando poco a poco con una normativa precisa y utilizando las altas tecnologías.

Por un lado, el ciudadano al tener inscrito su título de propiedad le es más fácil obtener crédito (financiación) con tipos de interés racionales, pues el bien ofrecido en garantía está claramente identificado e invertir en explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales mejorando con ello el uso de la tierra y su calidad de vida.

Por otro, el fortalecimiento de la propiedad genera una mayor confianza en el inversor y, por tanto, una mayor circulación de la riqueza, lo cual favorece el fomento de empleo.

Haremos especial hincapié, en el presente Seminario, en qué medida los diferentes sistemas registrales desde sus comienzos han ido introduciendo reformas encaminadas principalmente a legitimar registralmente las situaciones posesorias que estaban permitidas, pues la mayoría de las personas que viven en el terreno de la informalidad alegan la posesión en defensa de sus derechos.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 ya lo describía claramente al recoger en uno de sus apartados lo siguiente: «la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad u otros derechos reales que legítimamente les correspondan exigía procurar que a la titulación perdida o nunca formada reemplace una titularidad nueva, la cual, si bien no podía inspirar desde luego tanta confianza ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, acreditará la posesión, y en el transcurso del tiempo y con llegar a ser más antigua que la prescripción más larga, será tan buena y tan segura como la titulación más completa».

Ello dio lugar, desde un primer momento, a extender los efectos del principio de prioridad a las inscripciones de posesión, que el principio de legitimación implicará no sólo una presunción de titularidad sino también de posesión, atribuyendo al titular de todos los derechos propios del propietario y del poseedor de buena fe, equiparar casi totalmente las inscripciones de posesión con las de propiedad o dominio, regular preferentemente la prescripción extraordinaria y admitir la conversión en inscripciones de dominio por el transcurso de treinta años.

Las relaciones del Registro en sus relaciones con la posesión eran muy difíciles, pues se discutía la configuración jurídica de la posesión como hecho o como un derecho, su acceso al Registro y la legitimación basada en la apariencia. Ello provocó que la doctrina estudiara la posesión como contenido de ciertos derechos, como requisito para la adquisición de los derechos reales y la posesión *per se*, así como sus posibilidades de acceso al Registro. También analizaremos esta cuestión.

Por otra parte, las diferentes reformas hipotecarias han ido encaminadas a facilitar extraordinariamente el acceso registral de la propiedad no inscrita, luchar contra las corrientes desinscribitorias estimulando la inscripción, poner fin a la falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral mediante instrumentos adecuados como son los expedientes de dominio, posesorios, y establecer diferentes medios de inmatriculación de fincas con diferentes efectos, según los casos, los cuales vamos a estudiar.

También se examinará si sería mejor establecer un solo y único medio inmatriculador, rodeado de las necesarias garantías, con intervención directa

del registrador, fuerte publicidad y fácilmente accesible a los interesados aunque con variantes.

Igualmente será abordado el carácter coactivo de la inscripción o la conveniencia de practicarla, atendiendo a los grandes beneficios que reporta la misma.

Pues de poco sirve poseer una propiedad si no existe título que la represente y de tenerlo no está registrado.

También haremos un repaso de las relaciones del Registro de la Propiedad y la Reforma Agraria, centrándonos en la figura de la concentración parcelaria debido a que en las sucesivas reformas agrarias se entregan títulos, pero los mismos y sus inscripciones no gozan de la debida calidad, y el adjudicatario no tiene una buena información de qué posibilidades le ofrece ese título.

El objetivo fundamental que pretende la concentración parcelaria es lograr una nueva ordenación económica y social de la propiedad de la tierra en las zonas donde el parcelamiento de la tierra reviste caracteres de acusada gravedad, que haga posible aumentar la producción y la renta, la seguridad jurídica y la capitalización del campo, multiplicar la riqueza de los pueblos y asegurar el proceso y la estabilidad económica de las familias y de la vida rural.

El mecanismo jurídico que se emplea para ello es sustituir las parcelas diseminadas por una superficie de la misma clase y cultivo y cuyo valor sea el mismo que se hubiera signado a las parcelas primitivas. Se trata de un supuesto de subrogación real forzosa.

Debido a que las fincas sufren una alteración fundamental y los linderos se borran totalmente, el Registro de la Propiedad cumple un papel indudable en tres momentos: investigación de la propiedad, inscripción de las fincas concentradas, conservación de la concentración. Igualmente se examinará la Expropiación Forzosa, su procedimiento y los requisitos necesarios para su acceso al Registro de la Propiedad.

Se trata, en definitiva, de exponer por los representantes de los distintos países participantes en el presente Seminario todos los mecanismos jurídicos posibles para que a las importantes aportaciones de la propiedad se les facilite, en la medida de lo posible, su acceso registral, estando respaldadas por los fuertes efectos legitimadores de la inscripción y de las ventajas que lleva consigo su incorporación a los circuitos financieros legales.

Para finalizar se pondrá de manifiesto, una vez más, la trascendencia que tiene que los respectivos Estados contribuyan a reforzar la tenencia de la tierra, fortaleciendo las instituciones que se encargan de su protección.

Ámbito geográfico

A los 21 países de la Conferencia Iberoamericana y dirigido a Registradores a cargo de los Registros Inmobiliarios y Mercantiles, Notarios y miem-

bros de la Administración de Justicia, con preferencia por aquellos profesionales que por desarrollar tareas directivas en sus respectivas administraciones, estén en disposición de comunicar y diseminar las mejores prácticas identificadas durante el Seminario.

Ponencias españolas:

- «La informalidad: Concepto. Situación actual. Efectos. Beneficios jurídicos y económicos de la inscripción registral», por don Enrique RAJOY BREY, Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares, Secretario General del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER).
- «La posesión y el Registro de la Propiedad. Evolución histórica. La prescripción tabular, *secundum tabulas* y *contra tabulas*», por doña María Eugenia HERRERA OLIVER, Registradora de la Propiedad de Sant Celoni.
- «Saneamiento de tierras y protección registral. El principio de legitimación registral: Concepto. Consecuencias sustantivas y procesales. Las presunciones posesorias», por don Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO, Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «La reforma agraria y el Registro de la Propiedad: Evolución histórica. La concentración parcelaria: Concepto. Procedimiento. Efectos. Inscripción de la expropiación forzosa: Requisitos», por don Francisco de Asís PALACIOS CRIADO, Registrador de la Propiedad de Priego de Córdoba.
- «Registro de la Propiedad y realidad extrarregistral: Evolución histórica. Medios de coordinación. Procedimientos. Efectos. La doble inmatriculación», por doña María Virtudes AZPITARTE GARCÍA, Registradora de la Propiedad de Terrassa, número 2.
- «Fortalecimiento de la tenencia de la tierra. Declaración final», por don Fernando DE LA PUENTE ALFARO, Registrador de la Propiedad, Vocal de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores de España.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

El Registro de la Propiedad como eficaz instrumento de protección del medio ambiente ()*.

por

JOAQUÍN DELGADO RAMOS

Registrador de la Propiedad. Notario en excedencia

Cualquier mecanismo de protección medioambiental que pretenda ser efectivo precisa articular un sistema de recogida y sistematización de la información pertinente, para, sobre la base del mismo, ejecutar políticas de protección preventiva y conservación, de fomento de recursos naturales renovables, asignación ordenada de recursos y adopción de medidas de restablecimiento y reparación cuando sean precisas.

Y esa herramienta básica de partida suele ser, en unos casos, un sistema de inventario —como ocurre con el inventario de suelos contaminados en cada Comunidad Autónoma— o bien, para alcanzar mayor eficacia, un sistema de registro.

En efecto, por una parte, se ha hecho precisa la creación de *registros administrativos* específicos, cuya finalidad primordial es la recopilación de información y control, aunque en algunos casos también produzcan ciertos efectos de protección jurídica, como es el caso del Registro de aguas, el catálogo de montes de utilidad pública, o los inventarios de espacios naturales.

Y, por otro lado, se ha sabido aprovechar, aunque todavía hoy sólo en parte, la existencia de los *Registros propiamente jurídicos*, a saber, el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro de Bienes Muebles y el Registro Mercantil, que, aunque nacieron con una finalidad concreta y ajena a las preocupaciones medioambientales, como es la de servir a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y mercantil, y con ello, al progreso económico, sí que ofrecen al legislador unas características idóneas para servir también con eficacia, en los nuevos tiempos que así lo demandan, a la efectiva protección del medio ambiente.

De entre ellos, *el Registro de la Propiedad*, por tener una base territorial, resulta especialmente idóneo para tomar a su cargo la protección medioambiental de la superficie terrestre —suelo, vuelo, subsuelo, costas, aguas continentales superficiales e incluso subterráneas— y permite reunir y coordinar todas las calificaciones legales o administrativas del territorio, ya sea la jurídico-privada, la urbanística, la agraria, o la medioambiental.

(*) Debido a su gran interés, reproducimos este trabajo publicado en el diario *La Ley*, año XXVIII, número 6.750, 5 de julio de 2007.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO OFICINA DE INFORMACIÓN AMBIENTAL

Esa idoneidad se fundamenta, por una parte, en la *implantación descentralizada* en cerca de un millar de oficinas en todo el territorio nacional, con lo que ello implica en cercanía al ciudadano, y, a la vez, inexistencia de riesgos de descoordinación, pues cada registro tiene una demarcación territorial exclusiva y excluyente, sin perjuicio de la remisión de datos sistematizados a un registro de carácter central a disposición de cualquier interesado o administración.

Además, es una oficina pública, *a cargo de un funcionario público especialmente cualificado*, formado y habituado al tratamiento y control de la información que recibe, sistematización de la misma en bases de datos, tanto literarias como gráficas, y habilitado para facilitar, mediante el tratamiento profesional adecuado, la información precisa a quien esté legitimado para obtenerla.

Está *dotada de los mejores medios y tecnologías digitales*, en particular, la utilización del programa informático de tratamiento de bases gráficas georreferenciadas y digitalizadas (conocido con el nombre de «Geobase»). De este modo se puede integrar la delimitación gráfica de espacios protegidos o parques naturales, suelos contaminados, niveles de riesgo de incendio, vías pecuarias, superficies a reforestar, mapas de ruido, corredores aéreos de vuelo, delimitación de montes, dominio público marítimo-terrestre, áreas sujetas a tanteo y retracto, y muchas otras más imaginables que pudieran estimarse relevantes.

Pero además de todo ello, hay casos en los que determinada información medioambiental —ya no estrictamente gráfica—, accede a los libros registrales mediante un determinado asiento (*la nota marginal con efectos de mera publicidad-noticia*), y de este modo, puede ser también objeto de publicidad formal por la vía de la nota simple o la certificación.

Pero cualquier interesado en la materia, sin duda, se preguntará, ¿por qué debería ser precisamente el Registro de la Propiedad quien recopile toda la información?

Pues, fundamentalmente, porque además de contar con todas las características de idoneidad apuntadas más arriba —que, obviamente, no son exclusivas de la institución registral—, dispone además de otra gran cualidad, ésta sí exclusiva y excluyente, como es la de ser el único Registro Jurídico que garantiza la titularidad del dominio y derechos reales sobre las fincas, es decir, sobre las porciones delimitadas de la superficie terrestre que son o pueden ser objeto a la vez de derechos o actuaciones privadas y de titularidades públicas e intereses colectivos, en este caso medioambientales, necesitados de especial protección.

Y es que, por una parte, es indudable que al ciudadano que pretende adquirir una finca le *interesa* conocer las características urbanísticas y medioambientales de la misma, y no cabe imaginar para ello mejor ni más sencillo procedimiento que obtener tal información de la misma oficina que le asegura jurídicamente la titularidad y cargas de la finca en cuestión.

Y, por otra parte, las Administraciones Públicas encargadas de velar por la ordenación urbanística y por la calidad ambiental *necesitan* conocer la titularidad del territorio sobre el que operan cuando sea de dominio privado. Como también les interesa aprovechar en su favor la protección registral cuando el terreno sea de titularidad pública, y asegurar la efectividad frente

a tercero de los expedientes administrativos protectores o restauradores del medio ambiente, cuando el principio de fe pública registral pudiera conllevar el riesgo de que aquellos expedientes devinieran ineficaces.

Y estas necesidades de los intereses ambientales tutelados por las distintas administraciones públicas sólo las puede satisfacer plenamente el Registro de la Propiedad.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

En este segundo aspecto, no ya como pura oficina de información ambiental, sino como propia institución jurídica, la aportación registral es aún de mayor importancia si cabe, por lo siguiente:

A) El control previo de legalidad de los actos inscribibles por medio de *la calificación registral*. El legislador puede encomendar expresamente al registrador, y así lo ha hecho en numerosos supuestos concretos, el control preventivo o calificación de cualesquiera exigencias legales, además de las civiles estrictamente precisas para la validez del acto.

Este control de legalidad se manifiesta, por ejemplo, en la obligada calificación registral del cumplimiento de determinados requisitos y cautelas legales que afectan a la delimitación del dominio privado que sea colindante con dominio público, o a la facultad de división o parcelación de fincas, o a la de efectuar edificaciones o instalaciones, o incluso a la facultad de disponer, cuando existen derechos de tanteo y retracto legales en materia de montes, espacios naturales, etc. El control registral de todo ello coadyuva de manera decisiva a la efectividad de tales previsiones legales de protección ambiental.

B) *El principio de legitimación registral*, que podría expresarse como la fuerte protección jurídica dispensada al contenido inscrito. Por determinación legal, los asientos del registro se presumen exactos y válidos y están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Y por ello, a las distintas administraciones les interesa gozar también de dicha protección registral, además de la protección legal de que ya goza de por sí el dominio público. Legalmente se ha configurado tal inscripción como obligatoria, incluso para los bienes patrimoniales, hasta el punto de que debe ser impulsada por el propio registrador, que ha de comunicar de oficio la existencia de bienes de titularidad pública cuya inscripción se haya omitido.

C) *La enervación de la fe pública registral* mediante anotaciones preventivas o notas marginales. A la Administración que inicie un expediente de disciplina medioambiental que pueda llegar a concluir con la imposición de sanciones, de obligaciones, o de actuaciones materiales o jurídicas sobre el dominio privado, le interesa dejar constancia registral de tal iniciación, por varios motivos. Desde el punto de vista de la *economía procedimental*, le facilita la investigación previa, pues para averiguar quiénes son los titulares de las fincas registrales concretas o derechos afectados, le basta con solicitar certificación registral al respecto. Y si desconoce cuáles son las fincas registrales concretas afectadas, puede auxiliarse del tratamiento informatizado e integrado de las bases gráficas registrales que permite, tras el proceso continuo y progresivo de validación de fincas, superponer cualquier cartografía y llegar a conocer qué fincas registrales con base gráfica validada están incluidas o afectadas por un determinado ámbito de actuación administrativa (por ejemplo, un deslinde, o un área de tanteo y retracto, o, específicamente, la adop-

ción de medidas de saneamiento o recuperación del medio ambiente, repoblaciones forestales u otras).

Además, desde el punto de vista de la plena *eficacia jurídica* del procedimiento, se evitan futuros obstáculos a la inscripción registral del resultado del expediente por haber omitido alguna notificación a titulares registrales, pues tal extremo, consecuencia del principio de tutela efectiva, es objeto de obligada calificación registral en los términos establecidos en la legislación vigente para evitar la indefensión. Se evitaría asimismo la posible colisión con el principio de fe pública registral, esto es, que pudiera llegar a operar, en determinados casos, la protección legal, judicial y registral concedida a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Con esta afirmación no se está prejuzgando cuál sería el resultado legal de tal colisión. Habrá casos en que deberá prevalecer la protección legal a la titularidad registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y otros en que prevalecerá la protección legal dispensada al dominio público o a otros intereses colectivos que el legislador haya considerado fundada y expresamente que han de tener primacía sobre el principio de fe pública registral.

Lo que sí se está afirmando es que si se toma la precaución de dejar constancia registral del inicio del expediente administrativo (lo cual, por cierto, es, no sólo aconsejable, sino incluso obligado en muchos procedimientos administrativos), «se evita la colisión» con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto de futuros titulares.

D) La posibilidad de configurar afecciones legales y registrales en materia medioambiental. El legislador, además de restringir las facultades dominicales, puede también imponer determinadas obligaciones legales activas que tengan por causa o finalidad la protección del medio ambiente, y hacer que tales obligaciones sean inherentes a la titularidad de la finca afectada, de modo que, en caso de transmisión, el nuevo adquirente se subrogue en las obligaciones del anterior. O dicho con otras palabras, afectar legalmente la finca al cumplimiento de tales obligaciones.

Si dichas obligaciones derivaran directamente de la ley, sin necesidad de acto aplicativo, tendrían en la propia ley suficiente publicidad, por lo que no precisarían de constancia registral.

Pero si derivaran de un acto concreto, esto es, de un acto administrativo singular que resuelva imponer tal o cual obligación, o de un convenio por el cual el particular asuma determinadas obligaciones de dar, hacer o no hacer, sí se haría precisa su constancia registral para la afectación real o «afección» de la finca y sus futuros titulares.

A modo de ejemplo, podrían sugerirse una gran variedad de posibilidades, algunas ya en vigor y otras de posible adopción futura.

Así, podríamos proponer, utilizando la técnica de la nota marginal, por ejemplo, la de afección de la finca a la *devolución de subvenciones* concedidas para fines medioambientales, la expresiva de la condición de *suelo contaminado*, o cualquier otra calificación medioambiental pertinente, o la nota marginal de *condiciones impuestas* con ocasión de la concesión de licencias o autorizaciones administrativas tras el oportuno informe de evaluación del impacto ambiental u otros pertinentes.

O, por la vía de ampliar el ámbito de la calificación registral, la posible creación de un *impuesto ecológico* o *ecotasa*, por ejemplo, con motivo de la construcción y explotación de instalaciones industriales o turísticas, cuyo pago o declaración fuera requisito previo para la inscripción de las mismas.

O la posible imposición legal del deber de contratar seguros obligatorios de responsabilidad civil para el caso de siniestros medioambientales (vertidos, contaminación, incendios, etc.), en los que además de imponerse al registrador la calificación del hecho de haberse concertado tales seguros, de modo análogo a lo que ahora ocurre con el seguro decenal de las viviendas, se podrían afectar legal y registralmente por nota marginal las fincas al pago de las primas de tal seguro de responsabilidad civil.

Con tales ejemplos y propuestas, y otras que cualquiera puede imaginar, no se pretende demandar ningún protagonismo injustificado o excesivo para el Registro de la Propiedad, sino, respondiendo al propósito declarado el comienzo de estas líneas, destacar y ofrecer a la sociedad y al legislador el amplísimo campo de posibilidades efectivas que el Registro de la Propiedad está en disposición de poner al servicio de la protección y defensa del medio ambiente.

VON TUHR, Andreas: *Parte general del Derecho Civil*. Traducción de Wenceslao ROCES, ed. de José Luis MONEREO PÉREZ. Editorial Comares, Granada, 2006, 111 págs.

por

PATRICIA ZAMBRANA MORAL

Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga

Se introduce esta segunda edición de la obra de Andreas VON TUHR (1864-1925) con un breve recuerdo a su autor a cargo de Wenceslao ROCES (1897-1992), que fue Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Salamanca y el jurista español que probablemente ha hecho más traducciones de libros jurídicos y políticos en toda la historia. VON TUHR sería en palabras de ROCES: «uno de los civilistas alemanes más eminentes y apreciados...», que demostró de forma definitiva su «maestría de expositor y su agudeza para la investigación» en su *Parte general del Derecho Civil* en tres tomos (1910-1918), de la que el presente libro es un resumen que realizó el A. en 1923.

Se estructura con perfecta sistemática en un total de diez capítulos. El primero se detiene en el Derecho objetivo, planteando su concepto («regla o conjunto de reglas que en el seno de una colectividad humana organizada se acatan como obligatorias para la conducta de los individuos» —pág. 1—) y sus fuentes, antes de entrar en el Código Civil alemán (antecedentes, orígenes, estructura y leyes complementarias) y en su relación con el resto del Derecho alemán y con los Derechos nacionales. Se precisan la aplicación del Derecho a través de la interpretación de la ley y las distintas clases de preceptos jurídicos (según su contenido lógico: preceptos imperativos, permisivos y auxiliares; según la posición que adopte en cuanto a la voluntad de las personas interesadas: Derecho imperativo y dispositivo; Derecho estricto y de equidad; presunciones y ficciones).

A los derechos subjetivos («facultad que al individuo se le ofrece como derivación de los preceptos del Derecho objetivo» —pág. 1—) se dedica el segundo capítulo, a partir de la relación entre derecho, deber jurídico, basado en los «preceptos legales que despiertan en el espíritu del hombre la idea de sumisión» (pág. 12), y relación jurídica que agruparía «todos los efectos jurí-

dicos atribuidos por la ley a una relación entre dos personas o entre una persona y una cosa» (pág. 13), para pasar al sujeto de derechos, desde la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sin obviar la pluralidad de sujetos. Entre las clases de derechos subjetivos, tras reconocer que es difícil de reconducir a un sistema lógico, el autor distingue un primer grupo donde sitúa aquéllos que otorgan al sujeto un poder sobre un objeto del mundo exterior, un poder jurídico actual (derechos reales, derechos de crédito, derechos de familia, derechos sobre obras del espíritu, derechos sobre la propia persona, derechos sobre derechos); un segundo grupo donde ubica las expectativas a las que considera derechos en estado genético, ya que sólo concurren en parte los requisitos para que el derecho nazca, y un tercer grupo dedicado a los derechos potestativos o secundarios, que son los que tienden a engendrar, modificar o destruir otros derechos (derechos potestativos que «encierren la facultad de promover un estado jurídico por voluntad unipersonal» —pág. 19—, como los derechos de apropiación, los modificativos y los extintivos; y los derechos de administración o fiscalización). A continuación determina las diferencias entre las distintas categorías de derechos (relativos/absolutos, transmisibles/inalienables, principal/accesorio, divisibles/indivisibles). Define la pretensión, siguiendo el Código Civil alemán como el derecho a exigir de otro una acción u omisión y determina sus características. Mayor atención presta a la excepción y a sus clases (accesorias, permanentes o perentorias, dilatorias, plenas, parciales...). Asimismo, plantea los conflictos derivados de la concurrencia de derechos y establece el concepto de patrimonio.

El capítulo tercero se ocupa de las personas naturales: principio y fin de la personalidad, declaración de muerte y sus efectos, circunstancias que influyen o no en la capacidad jurídica (edad, sexo, perturbaciones mentales, honor, religión y nacimiento), domicilio y adquisición del nombre.

Las personas jurídicas son el objetivo del siguiente capítulo, precisando su naturaleza y clases, el nacimiento y organización de las asociaciones, la posición jurídica de sus miembros, las circunstancias que determinan la pérdida de la capacidad jurídica de la asociación y su consecuente extinción, las asociaciones sin capacidad jurídica porque no quieren o no pueden, las Fundaciones y las personas jurídicas de Derecho público.

A continuación, el autor analiza las cosas, cuyo concepto reconduce, según el BGB, a los objetos corporales (entendiendo la palabra objeto en sentido amplio, abarcando cosas y derechos). Entre las clases de cosas señala las cosas inmuebles y las muebles (fungibles/no fungibles, consumibles/no consumibles), las cosas divisibles, el dinero y los documentos (probatorios, dispositivos y valores o efectos —nominativos a la orden y al portador—). Del mismo modo, VON TUHR efectúa unos escuetos apuntes sobre las partes integrantes de las cosas, sus pertenencias y sus frutos (naturales y civiles). Cierra el capítulo con las denominadas cosas no comerciables o sustraídas al comercio jurídico, como las *res sacrae*, *res religiosae* y *res publicae et publico usui destinatae* que no son contempladas por el BGB porque se trata de cuestiones de Derecho público.

Del nacimiento y extinción de los derechos se encarga el sexto de los capítulos, partiendo de los hechos jurídicos (lícitos e ilícitos). Respecto a la adquisición de derechos se distingue la derivativa y la originaria y, en materia de sucesión de derechos, se menciona la sucesión a título particular y a título universal, así como la sucesión traslativa, la constitutiva, la onerosa y la lucrativa. No se obvian las causas de extinción y modificación de los derechos y la protección de la buena fe en las adquisiciones.

Al complejo mundo del negocio jurídico y sus clases se dedica el capítulo más extenso. Se examinan la declaración de voluntad como elemento esencial del negocio jurídico y, con carácter general, las clases de negocios jurídicos (unilaterales y plurilaterales), antes de definir las declaraciones de voluntad recepticias como las que «han de emitirse para que lleguen a otro» (pág. 66). Sin entrar en detalles Andreas von TUHR pasa por la contratación y sus principales requisitos, para ocuparse de distintas categorías de negocios jurídicos como los actos de disposición que «son aquéllos que afectan inmediatamente a un derecho o relación jurídica, extinguiéndola, modificándola o transmitiéndola» (pág. 69) y las diferentes formas en que pueden tener lugar las transmisiones de bienes (negocio jurídico de disposición, negocio jurídico constitutivo de obligaciones y acto real) y su causa o fundamento jurídico. Refiere, igualmente, los negocios jurídicos de garantía, los fiduciarios y los complementarios. Analiza los tipos de condiciones de las que se pueden hacer depender los efectos de un negocio jurídico y el término. Repasa los negocios jurídicos imperfectos y nulos, los impugnables; los prohibidos, los inmoraes, así como la incapacidad de obrar total o limitada. En cuanto a la forma en los negocios jurídicos, se detiene en la forma escrita y en las formas públicas. Menciona aparte dedica a la interpretación de los negocios jurídicos y a los posibles vicios de la voluntad, así como a otros problemas relativos a la declaración consciente de lo no querido (reserva mental, declaraciones hechas por broma, simulación), a la declaración inconsciente de lo no querido, al error sobre cualidades esenciales y al fraude y violencia. Concluye con la representación y el poder para la misma, sus requisitos y efectos.

En capítulo independiente, y de forma mucho más escueta, se examinan las transgresiones jurídicas (todo acto que contraviene al orden jurídico) y sus clases (objetivas y subjetivas, según medie o no culpa y violación de créditos frente a actos ilícitos, según exista o no una relación con el lesionado). Acto seguido distingue entre culpa y dolo y entre caso fortuito y fuerza mayor.

Al cómputo del tiempo y su significación y a la prescripción se dedica el capítulo nueve; concluyendo el último de los capítulos con el ejercicio de los derechos: concepto y límites, orden de preferencia (*prior tempore, potior iure*) y colisión de derechos, protección de los derechos mediante la defensa privada y estado de necesidad.

Sin duda, merece ser destacado el grado de síntesis y claridad de la presente obra y es de agradecer la capacidad del autor para transmitir de forma sencilla conceptos complejos, lo que se traduce en un trabajo de gran utilidad para todo aquél que pretenda un primer acercamiento al Derecho Civil.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 234 (Junio 2007)

«Crónica europea II», por Susana GALERA RODRIGO y Bernardo HERNÁNDEZ BATTALLER, pág. 13.

SUMARIO: I. **NORMATIVA:** 1. NUEVA DIRECTIVA SOBRE EFICIENCIA ENERGÉTICA. 2. ACTUALIZACIÓN DE LA NORMATIVA REGULADORA DE VERTIDOS A LAS AGUAS. 3. PROPUESTA DIRECTIVA DE SUELO.—II. **JURISPRUDENCIA:** 1. EVALUACIÓN AMBIENTAL DE CENTROS COMERCIALES Y DE OCIO. 2. A VUELTAS CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.—III. **VARIA:** 1. POLÍTICA EUROPEA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y VIVIENDA. 2. CONVENIO EUROPEO SOBRE EL PAISAJE.

«El régimen del suelo: clasificación, deberes y derechos de los propietarios. Análisis de la jurisprudencia recaída en 2006», por Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, pág. 45.

SUMARIO: I. **INTRODUCCIÓN.**—II. **SUELO URBANO:** A) CARÁCTER REGLADO. B) LA DISTINCIÓN SUELO URBANO CONSOLIDADO/SUELO URBANO NO CONSOLIDADO. C) DEBERES DE LOS PROPIETARIOS DE SUELO URBANO.—III. **SUELO NO URBANIZABLE:** A) CARÁCTER REGLADO. B) DISTINCIÓN ENTRE SUELO NO URBANIZABLE COMÚN Y SUELO NO URBANIZABLE DE ESPECIAL PROTECCIÓN. C) CONSTRUCCIONES AUTORIZABLES EN SUELO NO URBANIZABLE.

«Planeamiento urbanístico. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (2006)», por María Rosario ALONSO IBÁÑEZ, pág. 105.

SUMARIO: I. **LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL PLANEAMIENTO:** A) LA FUERZA NORMATIVA DE LO FÁCTICO. B) ESTÁNDARES URBANÍSTICOS Y DETERMINACIONES LEGALES DE DIRECTA APLICACIÓN.—II. **LÍMITES AL *IUS VARIANDI* DE LA ADMINISTRACIÓN:** A) LEGALIZACIONES *EX POST FACTO*. B) RESERVAS DE DISPENSACIÓN. C) PARTICIPACIÓN CIUDADANA.—III. **ACERCA DE LAS FACULTADES QUE OSTENTAN LOS ÓRGANOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA DECIDIR SOBRE LA APROBACIÓN DEFINITIVA DE LOS PLANES DE URBANISMO:** A) INTERÉS SUPRALOCAL. B) COMPETENCIAS ESTATALES. C) INCIDENCIA DE LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL.—IV. **LÍMITES DE LAS APROBACIONES DEFINITIVAS PARCIALES.**—V. **RECURRIBILIDAD.**

«Estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia relativa a gestión urbanística», por Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 165.

SUMARIO: 1. PRELIMINAR.—2. LA ELECCIÓN DEL URBANIZADOR NO PRECISA CUMPLIR MECANISMOS DE PUBLICIDAD Y CONCURRENCIA EN EL SISTEMA DE ACTUACIÓN POR COMPENSACIÓN.—3. LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE BASES DE ACTUACIÓN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCORPORACIÓN DE EMPRESAS URBANIZADORAS.—4. EFECTOS DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA APROBACIÓN INICIAL DEL PROYECTO DE REPARCELACIÓN.—5. EL PRINCIPIO DE PREFERENCIA DE ADJUDICACIÓN DE FINCAS SOBRE LA INDEMNIZACIÓN EN METÁLICO.—6. ALCANCE DE LA CONSIDERACIÓN DE UNA FINCA COMO DE TITULARIDAD DUDOSA O LITIGIOSA.—7. DISTINCIÓN ENTRE EXPROPIACIÓN DE INDUSTRIA Y EXPROPIACIÓN DE FINCA EN LA QUE EXISTE UNA INDUSTRIA.—8. EJERCICIO DE VÍA DE HECHO POR UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN.

«Apuntes de Jurisprudencia Registral (VII)», por Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 189.

SUMARIO: 1. INSCRIPCIÓN DE LAS OBRAS NUEVAS Y DE SUS MODIFICACIONES: 1.1. REALIZADAS SIN LICENCIA: CERTIFICACIÓN DE LA ANTIGÜEDAD Y NECESIDAD DE PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA FINCA SOBRE LA CUAL SE CONSTRUYÓ: RDGRN DE 23-1-2006. 1.2. NO SE PRECISA VISADO COLEGIAL PARA CERTIFICAR LA CONFORMIDAD ENTRE LA OBRA NUEVA DECLARADA Y EL PROYECTO: RDGRN DE 4-12-2006.—2. INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE PARCELACIÓN: 2.1. LA LICENCIA O DECLARACIÓN DE INNECESIDAD TAMBIÉN SE REQUIERE PARA SEGREGAR LA PARTE URBANA Y LA RÚSTICA DE UNA MISMA FINCA: RDGRN DE 14-11-2006. 2.2. LICENCIA DE SEGREGACIÓN OTORGADA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO: NO PROCEDE CUANDO LA ESCRITURA DE SEGREGACIÓN SE OTORGÓ ANTES DE CUMPLIRSE EL PLAZO PARA QUE OPERE: RDGRN DE 5-10-2006. 2.3. ALCANCE DE LA NECESIDAD DE VISADO COLEGIAL Y DIFERENCIA ENTRE COMPLEJO INMOBILIARIO Y DIVISIÓN HORIZONTAL, A EFECTOS DE LICENCIA DE PARCELACIÓN (CASTILLA Y LEÓN): RDGRN DE 27-1-2006. 2.4. CERTIFICACIÓN DE SER INNECESARIA LA LICENCIA: NO OPERA EL SILENCIO POSITIVO SI LA LICENCIA FUE DENEGADA CON ANTERIORIDAD: RDGRN DE 25-1-2006.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 11 (2007)

«Los arrendamientos rústicos en la Ley de Derecho Civil de Galicia», por José Manuel LETE DEL RÍO.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. RÉGIMEN APLICABLE.—III. SUJETOS.—IV. OBJETO DEL ARRENDAMIENTO: 1. LA COSA ARRENDADA. 2. EL PRECIO O RENTA.—V. FORMA E INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO.—VI. DURACIÓN Y PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO.—VII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES: 1. DERECHOS

Y OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR. 2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO.—VIII. CESIÓN Y SUBARRIENDO.—IX. SUBROGACIÓN LEGAL.—X. EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—XI. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—XII. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.—XIII. ARRENDAMIENTO DEL «LUGAR ACASARADO».—XIV. NORMAS PROCESALES.

Número 12 (2007)

«Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», por Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD DEL BIEN: 1. DERECHOS EN LA LEY 23/2003: ENUMERACIÓN Y GRADUACIÓN. 2. OTROS DERECHOS. 3. ¿CONTRA QUIÉN SE PUEDEN EJERCITAR ESTOS DERECHOS?—III. DERECHOS PRIMARIOS: REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN: 1. CARACTERES GENERALES. 2. LÍMITES A SU EJERCICIO: IMPOSIBILIDAD Y DESPROPORCIÓN. 3. TIEMPO Y MODO DE LLEVARLAS A CABO. 4. CARACTERES PARTICULARES DE LA REPARACIÓN. 5. CARACTERES PARTICULARES DE LA SUSTITUCIÓN.—IV. DERECHOS SUBSIDIARIOS: REBAJA DEL PRECIO Y RESOLUCIÓN: 1. CARACTERES GENERALES. 2. REBAJA DEL PRECIO. 3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—V. OTRAS CUESTIONES.—VI. *EXCURSUS*: RELACIÓN DE LA LEY 23/2003 CON EL RÉGIMEN GENERAL DE INCUMPLIMIENTO Y EL RÉGIMEN PARTICULAR DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS.

«La esencialidad del término en el cumplimiento de las obligaciones», por Gloria DÍAZ PARDO.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SIGNIFICADO E IMPORTANCIA DEL TIEMPO EN LAS OBLIGACIONES.—III. TÉRMINO ESENCIAL. ESENCIALIDAD *ABSOLUTA* O *RELATIVA*.—IV. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO O DEL CUMPLIMIENTO TARDÍO EN LAS OBLIGACIONES A TÉRMINO.

Número 13 (2007)

«Notas abreviadas y comparativas entre la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960, de 21 de julio, y la Ley 5/2006, de 10 de mayo, de Cataluña», por José Manuel MARTÍN BERNAL.

SUMARIO: I. LA JUSTIFICACIÓN DE TALES NOTAS.—II. LOS GRANDES RASGOS DE LA LEY DE CATALUÑA.—III. LOS GRANDES TEMAS: 1. COMUNIDAD. 2. PROPIEDAD HORIZONTAL. 3. ÓRGANOS DE GOBIERNO. 4. LA TOMA DE ACUERDOS: *QUORUMS* DIFERENTES.—IV. OBSERVACIÓN FINAL.

Número 14 (2007)

«Agotamiento del derecho de marca: alcance, requisitos y límites conforme a la doctrina del TJCE», por Alberto CASADO CERVIÑO.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.—III. EL AGOTAMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE MARCA *VERSUS* EL AGOTAMIENTO COMUNITARIO: ALCANCE DEL REQUISITO TERRITORIAL.—IV. ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL REQUISITO OBJETIVO DE LA COMERCIALIZACIÓN.—V. ALCANCE DEL REQUISITO SUBJETIVO DEL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LA MARCA.—VI. LA CUESTIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.—VII. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA.—VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 136 (Abril-Junio 2007)

«Contexto político y protesta: el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos (1933-68)», por Susana AGUILAR FERNÁNDEZ, págs. 11-49.

SUMARIO: EL MODELO DE PROCESO POLÍTICO Y LA ACCIÓN COLECTIVA.—CENTRALIDAD, ÉXITO Y LEGADO DEL MOVIMIENTO POR LOS DERECHOS CIVILES.—ORGANIZACIONES DEL MOVIMIENTO, ESTRATEGIAS, CONTRAESTRATEGIAS Y RESPUESTAS POLÍTICAS: Franklin D. Roosevelt (1953-44): los límites del New Deal y el «convencionalismo elitista» del movimiento. Harry F. Truman y Dwight D. Eisenhower (1945-60): el desigual avance de los derechos civiles y el nacimiento del movimiento de masas. John F. Kennedy (1961-63): un «adalid recalcitrante» y un movimiento imparable. Lyndon Johnson (1963-65): empuje presidencial y culminación del éxito político del movimiento. Años de fractura y fracaso (1966-68): la campaña de Chicago, el capitalismo a debate y críticas a Vietnam.—VARIACIONES AL MODELO DE PROCESO POLÍTICO: ¿CÓMO AFECTÓ EL SISTEMA POLÍTICO NORTEAMERICANO A LA PROTESTA?—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Más allá de las dialécticas modernas: libertad y control en la postmodernidad (1)», por Manuel HERRERA GÓMEZ, págs. 51-89.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. OBSERVAR LA SOCIEDAD: LIBERTAD Y CONTROL COMO CLAVES DE LECTURA DE LA MODERNIDAD.—3. LUCES Y SOMBRAS DE LA DIALÉCTICA MODERNA *LIBERTAD/CONTROL*.—4. LOS MESTIZAJES ENTRE LIBERTAD Y CONTROL INTERNOS A LA MODERNIDAD.—5. ¿DEBEMOS PENSAR EN TÉRMINOS DE SUBJETIVIDAD Y REGLAS COMUNICATIVAS?—6. LA SOCIEDAD DE

DESPUÉS DE LA MODERNIDAD: UNA APROXIMACIÓN RELACIONAL.—
7. BIBLIOGRAFÍA.

«Wilhelm Röpke, conservador radical. De la crítica de la cultura al humanismo económico», por Jerónimo MOLINA CANO, págs. 91-141.

SUMARIO: 1. WILHELM RÖPKE Y LAS TRAYECTORIAS DE UN ESPÍRITU EUROPEO.—2. CONSERVADOR, ANTICOMUNISTA, CRISTIANO.—3. LA CRÍTICA DE LA CULTURA: PALEOLIBERALISMO Y COLECTIVISMO.—4. METAS DEL HUMANISMO ECONÓMICO: LA «TERCERA VÍA».—5. LA CONCEPCIÓN DE LO POLÍTICO EN EL PENSAMIENTO LIBERAL.—6. CODA SOBRE EL MAQUIAVELISMO.

«La identidad nacional y europea de los ciudadanos españoles. Un estudio cualitativo de entrevistas y grupos de discusión», por Antonia María RUIZ JIMÉNEZ y Carmen GONZÁLEZ ENRÍQUEZ.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. IDENTIDAD NACIONAL Y EUROPEA: DEBATES E IMPLICACIONES.—3. ENTREVISTAS INDIVIDUALES: 3.1. IDENTIDAD NACIONAL. 3.2. IDENTIDAD EUROPEA.—4. ENTREVISTAS DE GRUPO: ESTUDIAR, VIVIR Y TRABAJAR EN OTRO PAÍS EUROPEO: 4.1. UN ELEMENTO COMÚN: EL ORGULLO DE SENTIRSE ESPAÑOL Y LA CONCIENCIA DE DESARROLLO. 4.2. LOS EMIGRANTES RETORNADOS: EL REFUERZO DE LA IDENTIDAD LOCAL Y ESPAÑOLA. 4.3. LOS EJECUTIVOS DE LAS MULTINACIONALES: EL ORGULLO DE SER EUROPEOS EFICACES. 4.4. LOS ESTUDIANTES ERASMUS: ESPAÑOLES Y EUROPEOS.—5. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—ANEXOS: 1. DISTRIBUCIÓN DE LAS ENTREVISTAS INDIVIDUALES. 2. GUIÓN UTILIZADO EN LAS ENTREVISTAS INDIVIDUALES. 3. GUIÓN UTILIZADO EN LOS GRUPOS DE DISCUSIÓN: EMIGRANTES RETORNADOS, ESTUDIANTES ERASMUS Y EJECUTIVOS DE MULTINACIONALES DE CAPITAL EUROPEO.

«Influencia de las elecciones primarias abiertas en el seno de los partidos políticos latinoamericanos», por Francisco SACRISTÁN ROMERO, págs. 179-212.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. RELEVANCIA Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.—III. HIPÓTESIS DE TRABAJO.—IV. LOS CASOS ANALIZADOS.—V. ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LA INTRODUCCIÓN DE ELECCIONES PRIMARIAS INTERNAS.—VI. ANÁLISIS TEÓRICO DE LA DEMOCRACIA INTERNA PARTIDARIA: 1. FORMACIÓN Y MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD POLÍTICA DEL PARTIDO. 2. SELECCIÓN INTERNA. 3. SELECCIÓN DE CANDIDATOS.—VII. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA DEMOCRACIA INTERNA PARTIDARIA: 1. FORMACIÓN DE CONCEPCIONES POLÍTICAS UNITARIAS Y PROYECTO PARA CONSUMARLAS. 2. SELECCIÓN INTERNA. 3. SELECCIÓN DE CANDIDATURAS.—8. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los Parlamentos Autonómicos: diagnosis y prognosis», por Cristina ARES CASTRO-CONDE, págs. 213-285.

SUMARIO: 1. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.—2. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD A LAS COLECTIVIDADES TERRITORIALES EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL.—3. LAS REACCIONES ANTE LA PREVISIÓN DE UN NUEVO SISTEMA PARA EL CONTROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.—4. ¿PODRÍA LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARLAMENTOS REGIONALES EN EL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA REPERCUTIR POSITIVAMENTE EN LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA UNIÓN EUROPEA?—CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA: OTROS DOCUMENTOS. OTRAS FUENTES.—ANEXO. CUESTIONARIO.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA

Número 303 (Enero-Abril 2007)

«La regulación de las telecomunicaciones y la Administración Local», por José María SOUVIRÓN MORENILLA, pág. 9.

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LA ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SECTOR: 1. DE LA PURIFICACIÓN A LA NEORREGULACIÓN. 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LGTEL. 3. LOS DIVERSOS PLANOS DE LA ACCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES.—II. EL RÉGIMEN DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES: 1. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS ACTIVIDADES: 1.1. *Condiciones legales para operar en el sector.* 1.2. *Acceso a las redes y a la interconexión y numeración.* 1.3. *Mercados de referencia y operadores con poder significativo.* 1.4. *Régimen de los precios.* 2. LOS RÉGIMENES ESPECÍFICOS: 2.1. *Actividades configuradas como servicio público en sentido clásico.* 2.2. *El servicio universal como primera categoría de las obligaciones de servicio público.* 2.3. *Las llamadas otras obligaciones de servicio público.* 3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS OPERADORES Y USUARIOS Y SU GARANTÍA: 3.1. *La posición jurídica de los operadores y los derechos de los usuarios.* 3.2. *Resolución de conflictos entre operadores y usuarios.* 3.3. *La garantía de los derechos de los usuarios como de carácter público.*—III. LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL DE LAS CORPORACIONES LOCALES EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES: 1. LAS ADMINISTRACIONES COMO OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES. 2. LA POSICIÓN SINGULAR DE LAS CORPORACIONES LOCALES. 3. SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS LOCALES.—IV. LOS ENTES LOCALES COMO TITULARES DE COMPETENCIAS DE REGULACIÓN CONCURRENTES CON LA DE LAS TELECOMUNICACIONES: 1. LA CONCURRENCIA NORMATIVA Y COMPETENCIAL Y SU COORDINACIÓN. 2. COMPETENCIAS SOBRE LAS INFRAESTRUCTURAS: 2.1. *Ocupación por los operadores del dominio público y la propiedad privada:* a) El derecho de los operadores a la ocupación; b) El control preventivo y la normativa de los entes locales: límites. 2.2. *La cooperación interadministrativa a efectos del despliegue de las redes de radiocomunicación.* 3. OTRAS DETERMINACIONES DE LA NORMATIVA ESTATAL CON INCIDENCIA LOCAL: 3.1. *El régimen de las ICT.* 3.2. *La protección frente a las emisiones e instalaciones radioeléct-*

tricas de comunicación. 4. CONCLUSIÓN SOBRE LAS COMPETENCIAS DE REGULACIÓN DE LOS ENTES LOCALES.—V. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y LA GARANTÍA DE LOS USUARIOS DE TELECOMUNICACIONES.—VI. UN APUNTE SOBRE ALGUNAS POSIBLES NOVEDADES DE FUTURO: 1. LA REVISIÓN DEL MARCO REGULATORIO DE LAS TELECOMUNICACIONES. 2. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DE RÉGIMEN LOCAL Y LAS REFORMAS ESTATUTARIAS.

«Los nuevos retos al marco normativo y a la seguridad en el ámbito local», por Juan-Cruz ALLÍ TURRILLAS, pág. 65.

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN DE LA SEGURIDAD: 1. INTRODUCCIÓN GENERAL. 2. ALGUNAS CUESTIONES CONCEPTUALES: 2.1. *Riesgos y amenazas frente a la seguridad nacional.* 2.2. *La cuestión de la defensa militar y la seguridad.* 2.3. *Los riesgos y amenazas a la seguridad ciudadana lo son, en gran medida, a la seguridad nacional.* 2.4. *El ámbito más estricto de la seguridad ciudadana y pública.* 2.5. *Las consecuencias sobre las fuerzas policiales y militares.* 3. EL MARCO NORMATIVO ANTE LA SEGURIDAD: 3.1. *Constitución y Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad.* 3.2. *La normativa vigente sobre la seguridad.* 3.3. *El marco europeo.* 4. LA NECESIDAD DE UNA VERDADERA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD.—II. CUESTIONES EN TORNO A LAS COMPETENCIAS LOCALES EN SEGURIDAD: 1. LOS RETOS DE LA SEGURIDAD LOCAL: 1.1. *Las cifras de la (in)seguridad en España.* 1.2. *Las competencias locales y su posible reforma.* 2. LA NECESIDAD DE UNA TRANSFORMACIÓN EN LA SEGURIDAD LOCAL.—III. EN CONCLUSIÓN.

«El sistema electoral municipal», por Catalina ESCUIN PALOP, pág. 93.

SUMARIO: I. RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL Y REGÍMENES ELECTORALES ESPECIALES: 1. EL CUERPO ELECTORAL: 1.1. *Derecho de sufragio activo:* 1.1.1. Nacionalidad. 1.1.2. Mayoría de edad. 1.1.3. Capacidad para votar. 1.2. *Derecho de sufragio pasivo:* 1.2.1. Algunas precisiones sobre la inscripción en el censo electoral a efectos del ejercicio de sufragio pasivo. 1.2.2. Capacidad electoral: 1.2.2.1. Las causas de incapacidad electoral. 1.2.2.2. Las causas de inelegibilidad. 1.2.2.3. Algunas precisiones sobre la incapacidad, la inelegibilidad y la incompatibilidad. 2. LAS CANDIDATURAS ELECTORALES: 2.1. *Los promotores de las candidaturas.* 2.2. *La paridad electoral.* 2.3. *La documentación de las candidaturas.* 2.4. *Presentación y proclamación de candidaturas.* 2.5. *Los candidatos proclamados.* 3. CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL. 4. LA BARRERA LEGAL. 5. LA FÓRMULA ELECTORAL. 6. PROCEDIMIENTO ELECTORAL: 6.1. *La Administración Electoral:* 6.1.1. Las mesas electorales. 6.1.2. La Junta Electoral. 6.2. *Presentación y proclamación de candidaturas.* 6.3. *Periodicidad electoral y disolución anticipada.* 6.4. *La votación y el escrutinio.* 6.5. *Constitución de Ayuntamientos y renovación de los órganos locales:* 6.5.1 Elección de alcalde en municipios regidos por el sistema mayoritario. 6.5.2. La elección de alcalde en los otros Municipios. 6.6. *La renuncia al cargo de concejal.*—II. CONTROL JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL DE LAS ELECCIONES MUNICIPALES: 1. EL CONTROL JUDICIAL DEL CENSO ELECTORAL. 2. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACUERDOS DE LAS JUNTAS ELECTORALES.

«Relación pública-privada en municipios. Identificación de capacidades institucionales para el crecimiento económico», por Adrián DARMOHRAJ, pág. 127.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA.—II. LA IMPORTANCIA DE LAS REGLAS DE JUEGO PARA COMPRENDER LA RELACIÓN PÚBLICA-PRIVADA EN MUNICIPIOS.—III. CAPACIDADES ORGANIZACIONALES MUNICIPALES Y RELACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL CON ACTORES CLAVES.—IV. ÁMBITOS DE NEGOCIOS PARA LA INTERACCIÓN PÚBLICA-PRIVADA EN MUNICIPIOS.—V. CONDICIONES DE NEGOCIOS EN MUNICIPIOS. ATRACTIVOS E INCENTIVOS PARA LA INVERSIÓN.—VI. METODOLOGÍA: 1. SELECCIÓN DE INFORMANTES CLAVE Y ENTREVISTAS.—VII. PRESENTACIÓN DE LOS CASOS: CORONEL SUÁREZ, BALCARCE, SALTO Y PERGAMINO: 1. ALGUNOS CRITERIOS DE COMPARACIÓN.—VIII. CUATRO CIUDADES EN PERSPECTIVA COMPARADA: 1. REGLAS DE JUEGO Y RELACIÓN CON OTROS ACTORES. LOS LÍMITES DE LA FORMALIDAD Y LAS ALTERNATIVAS INFORMALES.—IX. CAPACIDADES ORGANIZACIONALES: LO QUE PUEDE HACER UN ÁREA MUNICIPAL DE PRODUCCIÓN.—X. RELACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL CON ACTORES CLAVES. LA IMPORTANCIA DE LOS VÍNCULOS.—XI. CONDICIONES DE INVERSIÓN. ATRACTIVOS E INCENTIVOS; LO QUE LAS CIUDADES OFRECEN Y LO QUE PODRÍAN OFRECER.—XII. REFLEXIONES FINALES.—XIII. SUGERENCIAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE CAPACIDADES INSTITUCIONALES PARA EL DESARROLLO LOCAL.—XIV. REFERENCIAS.—XV. NORMATIVA CONSULTADA.—XVI. DOCUMENTACIÓN INSTITUCIONAL.—XVII. ENTREVISTADOS: 1. CIUDAD DE CORONEL SUÁREZ. 2. CIUDAD DE SALTO. 3. CIUDAD DE PERGAMINO. 4. CIUDAD DE BALCARCE.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO

Número 160 (Enero-Junio 2006) (Sin sumario)

«La capacità di intendere e di volere nel nuovo Codice Giovanneo Paolino (c. 1095, 1-2)», por Piero PELLEGRINO, págs. 9-45.

«O delito canónico e civil de violação do sigilo sacramental», por José Joaquim ALMEIDA LOPES, págs. 47-123.

«El acto formal de defección de la Iglesia Católica. Comunicación del Consejo Pontificio para los Textos Legislativos (13 de marzo de 2006). Texto y comentario. Normas diocesanas españolas», por Federico R. AZNAR GIL, págs. 125-196.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 3 (2007)

«El arbitraje internacional ante los tribunales españoles», por Jaume ALONSO-CUEVELLAS SAYROL, pág. 657.

SUMARIO: I. LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA DESDE LA ÓPTICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.—II. CONCEPTO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL PARA LA LEY ESPAÑOLA.—III. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA ESPAÑOLES ANTE EL FENÓMENO ARBITRAL.—IV. DEFECTO DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR SUMISIÓN DEL ASUNTO A ARBITRAJE INTERNACIONAL. TRATAMIENTO PROCESAL.—V. EVENTUAL INTERVENCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA LLEVAR A CABO FUNCIONES DE APOYO Y CONTROL RESPECTO DE UN ARBITRAJE INTERNACIONAL: 1. EN EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS. 2. PARA LA REMOCIÓN DE ÁRBITROS. 3. ASISTENCIA JUDICIAL PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS.—VI. EVENTUAL ADOPCIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DE MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO DE ARBITRAJES INTERNACIONALES.—VII. COMPETENCIA JURISDICCIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO.—VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES: 1. RÉGIMEN LEGAL DE EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES. 2. *EXEQUATUR* DE LAUDOS DICTADOS EN EL EXTRANJERO.—CONCLUSIÓN VALORATIVA FINAL.

«Médicos, familia y pacientes. Sobre las voluntades anticipadas», por Mónica NAVARRO MICHEL, pág. 687.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.—3. CONTENIDO: 3.1. INSTRUCCIONES PREVIAS. 3.2. DESIGNACIÓN DE REPRESENTANTE EN EL ÁMBITO MÉDICO. 3.3. OTRAS DECLARACIONES POSIBLES.—4. PROBLEMAS DE CAPACIDAD: 4.1. EL MENOR DE EDAD. 4.2. EL MAYOR DE EDAD INCAPAZ.—5. FORMA: 5.1. ANTE NOTARIO. 5.2. ANTE TESTIGOS. 5.3. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS.—6. EFECTOS Y LÍMITES: 6.1. EFICACIA. 6.2. INEFICACIA: LA REVOCACIÓN. 6.3. LÍMITES.—7. CONFLICTOS DE APLICACIÓN: DESACUERDO ENTRE MÉDICOS, FAMILIA Y PACIENTE: 7.1. EL PAPEL DE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO SANITARIO. 7.2. ALGUNOS SUPUESTOS CONCRETOS.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

«Los presupuestos de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas», por Jaume MARTÍ MARAVALLS, pág. 719.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—III. EL DAÑO O PERJUICIO EN LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR VIOLACIÓN DE MARCA: A) EL DAÑO O PERJUICIO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA MARCARIA. B) EL ARTÍCULO 43.5 LM: EL CENTRO DE LA POLÉMICA.—IV. LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA EN LA LEY 17/2001, DE MARCAS: A) LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD «INMEDIATA»: 1. *Responsabilidad en el apartado primero del artículo 42 LM*. 2. *Responsabilidad por culpa o negligencia*. 3. *Responsabilidad en caso de marca notoria o renombrada*. B) RESPONSABILIDAD «MEDIATA» O «TRAS ADVERTENCIA».

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 42 (Julio-Diciembre 2006)

«El Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra», por Francisco Javier ENÉRIZ OLAECHEA, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—III. EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA: 1. ANTECEDENTES AUTONÓMICOS. 2. CREACIÓN. LA PROPOSICIÓN DE LEY FORAL DE DEFENSOR DEL PUEBLO. LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA PARA ESTABLECER Y REGULAR ESTE ÓRGANO. 3. POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA COMUNIDAD FORAL. 4. ELECCIÓN, NOMBRAMIENTO Y TOMA DE POSESIÓN. CESE Y SUSTITUCIÓN. 5. ESTATUTO ORGÁNICO: AUTONOMÍA FUNCIONAL. PRERROGATIVAS E INCOMPATIBILIDADES. MEDIOS HUMANOS Y MATERIALES. 6. EL ADJUNTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 7. SUS FUNCIONES DE SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y DE COLABORACIÓN CON EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LAS CORTES GENERALES. 8. LA ACTIVIDAD DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA COMUNIDAD FORAL. SUS DISTINTOS MEDIOS JURÍDICOS. 9. EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE NAVARRA. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. 10. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE LAS ACTUACIONES. PRESENTACIÓN Y TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS: A) *La legitimación para iniciar la investigación*. B) *Requisitos*. C) *Tramitación de las quejas*. 11. OBLIGACIONES DE COLABORACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS CON EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA COMUNIDAD FORAL. 12. LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE NAVARRA. 13. RESOLUCIONES. 14. LAS RELACIONES CON EL PARLAMENTO DE NAVARRA. LOS INFORMES ANUAL Y EXTRAORDINARIO.

«La integración entre urbanismo y medio ambiente: Hacia un urbanismo sostenible», por José Antonio RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 55.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SITUACIÓN DE PARTIDA: URBANISMO DESARROLLISTA: 1. FUERTE CRECIMIENTO URBANÍSTICO: AFECCIONES AMBIENTALES. 2. SOBRE LAS CAUSAS DE ESTA PROBLEMÁTICA: A) *La crisis del urbanismo como función pública*. B) *La clasificación del suelo: rasgos básicos*. C) *La falta de sometimiento de los planes urbanísticos a evaluación ambiental*. 3. REACCIONES: LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2005.—III. LA INCIDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE: 1. LA INFLUENCIA DIRECTA DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE. 2. LA PREVALENCIA DE LA PLANIFICACIÓN AMBIENTAL SOBRE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA. 3. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PLANES Y PROYECTOS EN LAS ZONAS DE LA RED NATURA 2000. 4. LA RECLASIFICACIÓN DEL SUELO POR MOTIVOS AMBIENTALES.—IV. EL PARADIGMA DEL URBANISMO SOSTENIBLE O DESARROLLO URBANÍSTICO SOSTENIBLE: 1. LA PRIORIDAD DEL URBANISMO SOSTENIBLE Y LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA. 2. LA RENOVACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO.—V. LA PROGRESIVA INTEGRACIÓN ENTRE URBANISMO Y ME-

DIO AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA AUTONÓMICA: 1. LA INCORPORACIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A LA NUEVA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA AUTONÓMICA. 2. LA LEGISLACIÓN FORAL DE NAVARRA.—VI. LA APLICACIÓN DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA A LOS PLANES URBANÍSTICOS: 1. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA Y EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN SU REGULACIÓN Y APLICACIÓN. 2. APORTACIONES DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA AL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN: DETERMINACIÓN DE LOS PLANES URBANÍSTICOS SUJETOS A EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA. 4. CALIDAD DE LA EVALUACIÓN: EL INFORME DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL. 5. LA INFLUENCIA DEL PROCESO EVALUADOR EN LA APROBACIÓN DEFINITIVA DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. 6. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA.—VII. EL PROYECTO DE LEY ESTATAL DEL SUELO.

«La participación orgánica en materia ambiental: el Consejo Asesor de Medio Ambiente y los Consejos Asesores de las Comunidades Autónomas», por Ángel RUIZ DE APODACA ESPINOSA, pág. 93.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LAS DECISIONES AMBIENTALES.—II. LA PARTICIPACIÓN ORGÁNICA.—III. EL CONSEJO ASESOR DE MEDIO AMBIENTE: 1. COMPOSICIÓN. 2. FUNCIONES. 3. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO.—IV. LOS CONSEJOS ASESORES EN MATERIA AMBIENTAL EN LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA: 1. EL CONSEJO NAVARRO DE MEDIO AMBIENTE. 2. EL CONSEJO ASESOR FORESTAL DE NAVARRA. 3. LAS COMISIONES ASESORAS DE CAZA Y PESCA DE NAVARRA. 4. EL CONSEJO DEL AGUA DE NAVARRA.—V. LOS CONSEJOS ASESORES DE MEDIO AMBIENTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. CARACTERÍSTICAS COMUNES. 2. LOS DIECISÉIS CONSEJOS ASESORES DE MEDIO AMBIENTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS RESTANTES.

«La protección de los datos de interés policial y judicial en la Unión Europea. de Schengen a Prüm», por Manuel HEREDERO HIGUERAS, pág. 119.

SUMARIO: I. EL ARTÍCULO K 1 DEL TRATADO DE MAASTRICHT.—II. LA RECOMENDACIÓN R (87) 15 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA.—III. LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL SIS Y DE LOS TEXTOS DERIVADOS: a) INTRODUCCIÓN; b) EL SIS; c) CARACTERÍSTICAS DEL SIS; d) RÉGIMEN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DEL SIS; e) LOS ÓRGANOS DE CONTROL DEL SIS; f) LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS NO AUTOMATIZADOS.—IV. EL SIS II: a) INCIDENCIA DEL TRATADO DE AMSTERDAM; b) EL SIS II.—V. EL CONVENIO DE PRÜM: a) EL PROGRAMA DE LA HAYA Y EL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD; b) LA PROPUESTA DE DECISIÓN MARCO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS; c) EL CONVENIO DE PRÜM; d) DATOS OBJETO DE LA PROTECCIÓN DEL CONVENIO.—ANEXO: Correspondencia entre la Decisión marco y la Directiva 95/46/CE.

REVUE DE DROIT UNIFORME Número 1 (2007)

- «Definir l'uniformité en droit (Résumé)», por Camilla BAASCH-ANDERSEN, pág. 5.
- «Les cessions internationales de créances au carrefour des traditions juridiques, des marches de capitaux, du droit uniforme et de la modernité (Résumé)», por Jan A. KRUPSKI, pág. 57.
- «Contrats: un concept de force majeure ou des clauses de force majeure? (Résumé)», por Marel KATSIVELA, pág. 101.
- «Breves considérations sur le projet d'instrument de la CNUDCI sur le transport des marchandises et sa réglementation des documents de transport maritime (Résumé)», por Xiaonian LI, pág. 121.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN Números 217-218 (Enero-Junio, Julio-Diciembre 2005)

- «Consideraciones sobre la lesión, en especial en el Derecho chileno», por Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, pág. 7.
- «Las comunidades hereditarias en la Ley de Impuesto a la Renta (art. 5.º LIR: La ficción del "muerto vivo")», por Elizabeth EMILFORK SOTO, pág. 35.
- «Apuntes sobre la existencia, concepto y contenido del Derecho ambiental», por Rodrigo GUZMÁN ROSEN, pág. 81.
- «El sistema de Derecho Administrativo chileno: Una revisión crítica desde una perspectiva histórica», por Juan Carlos FERRADA BORQUEZ, pág. 99.
- «Los derechos fundamentales: ¿La reforma constitucional pendiente?», por Claudio NASH ROJAS, pág. 119.
- «Análisis de ciertos "acontecimientos" internacionales al amparo del estado actual de desarrollo de la responsabilidad internacional de los estados por hechos ilícitos», por Ximena GAUCHE MARCHETTI, pág. 147.
- «Indivisión y partición en el Derecho francés», por Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, pág. 175.
- «Daños punitivos, desarrollos contemporáneos en los Estados Unidos de América», por Omar MORALES CARRASCO, pág. 211.
- «El deber de evitar o mitigar el daño», por Rodrigo FUENTES GUÍNEZ, pág. 223.
- «¿Cuándo entra a regir el convenio judicial preventivo?», por Luis Eugenio UBILLA GRANDI, pág. 249.

«Apelación laboral», por Héctor OBERG YÁÑEZ, pág. 255.

«Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho», por Rodolfo SACCO, pág. 279.

«Sobre los Tribunales Tributarios», por Augusto PARRA MUÑOZ, pág. 295.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 110 (Mayo-Agosto 2006)

«La protección pública de los menores extranjeros en situación de desamparo en España», por María Paz POUS DE LA FLOR, pág. 13.

«La jurisprudencia constitucional y la regulación del mercado», por Julio JURADO FERNÁNDEZ, pág. 37.

«La autopsia psicológica», por Álvaro BURGOS MATA, pág. 69.

«¿Es el derecho de retención un derecho real?», por Jorge JIMÉNEZ BOLAÑOS, pág. 89.

«Hacia una perspectiva de género en las Ciencias Jurídicas», por Laura NAVARRO BARAHONA, pág. 119.

«Principios generales de UNIDROIT. El caso de Costa Rica», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 131.

«Aspectos puntuales sobre la disminución de la capa de ozono y la protección jurídica internacional», por Bruno Manoel VIANA DE ARAUJO, pág. 161.

«Ciencia Política: su origen y desarrollo en Costa Rica», por José M. RODRÍGUEZ-ZAMORA, pág. 177.

«Ética y filosofía del derecho en Kant y su influencia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos», por Víctor ALVARADO DÁVILA, pág. 199.

Número 111 (Mayo-Agosto 2006)

«La conciliación en materia laboral: su efectividad y viabilidad para las causas de justicia», por Patricia CALDERÓN R. y Rafael GONZÁLEZ B., pág. 13.

«Perspectiva global de la política criminal española en relación al delito de lesiones (1983-2005). Especial referencia a las reformas legislativas», por Josefina GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, pág. 31.

«El principio de eficiencia como parámetro de control del acto administrativo», por César HINES CÉSPEDES, pág. 59.

«La prescripción de la acción penal y la expansión del poder punitivo», por Rosaura CHINCHILLA CALDERÓN, pág. 89.

«Mobbing laboral: acoso moral, psicológico», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 131.

«De la indeterminación de la corrupción y sus descontroles», por Pablo BARRAHONA KRÜGER, pág. 163.

«Conflicto entre la libertad de información y el honor en España y Costa Rica. El interés público y la adecuación informativa», por Alfredo VILLALOBOS JIMÉNEZ, pág. 183.

«Acuerdos dentro de la quiebra (rehabilitación del fallido)», por Héctor CHÁVEZ CARMONA, pág. 207.