

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año LXXXII



Julio-Agosto



Núm. 696

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXII • Julio-Agosto 2006 • Núm. 696

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

«La subrogación del arrendatario de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos», por HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ	1331
«Condena a la emisión de declaraciones de voluntad: aspectos sustantivos y procesales», por ANTONIO CHAVES RIVAS	1361
«Aportaciones críticas al régimen de impugnación de acuerdos comunitarios», por JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ	1445

DICTÁMENES Y NOTAS

«La responsabilidad en el uso, compra y copia de programas de ordenador. Estudio jurisprudencial», por JOSÉ A. ÁLVAREZ CAPE-ROCHIPÍ	1497
«Dictamen del tercer ejercicio de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles convocadas por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de diciembre de 2004 (BOE de 1 de febrero de 2005)», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	1541

DERECHO COMPARADO

«La publicidad registral, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1557
--	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el BOE, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	1605
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- La simulación relativa: Concepto y supuestos, por
MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1627

1.2. Derecho de familia:

- El principio de libertad de estipulación capitular, por
MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1629

1.3. Derechos reales:

- La reanudación del tracto sucesivo interrumpido a
través del expediente de dominio en la jurisprudencia
de la DGRN, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1631

1.4. Sucesiones:

- La acción de adición de herencia por omisión de
objetos o valores de la herencia, por TERESA SAN SE-
GUNDO MANUEL 1638

1.5. Obligaciones y contratos:

- Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un
tercero en el caso de no hacerlo éste, por ISABEL MO-
RATILLA GALÁN 1642
- Estudio del leasing financiero y del lease-back a pro-
pósito de la RDGRN de 29-1-2005 y de la sentencia
del TS de 2-2-2006, por ROSANA PÉREZ GURREA 1652

1.6. Responsabilidad civil:

- El constructor, uno de los agentes del proceso cons-
tructivo con mayor responsabilidad, por JUANA RUIZ
JIMÉNEZ 1662

3. URBANISMO

- Régimen de disposición de los bienes integrantes del deno-
minado patrimonio municipal del suelo (Resolución de 18
de mayo de 2005), por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ e ILLANA
ATIENTZA NAVIA-OSORIO 1668

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	1681
--	------

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«Del documento público al título inscribible», de MARGARITA HE- RRERO OVIEDO, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	1701
---	------

REVISTA DE REVISTAS	1705
----------------------------------	------

ESTUDIOS

La subrogación del arrendatario de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos

por

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ
Doctora en Derecho
Profesora ayudante de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. FALLECIMIENTO DEL ARRENDATARIO.
3. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A SUBROGARSE:
 - a) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.
 - b) LA SUBROGACIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO.
 - c) LA SUBROGACIÓN DEL CONVIVIENTE DE HECHO.
 - d) LA SUBROGACIÓN DE LOS DESCENDIENTES.
 - e) LA SUBROGACIÓN DE LOS ASCENDIENTES.
 - f) LA SUBROGACIÓN DE LOS HERMANOS.
 - g) LA SUBROGACIÓN DE LOS PARIENTES HASTA EL TERCER GRADO EN LÍNEA COLATERAL QUE SUFRAN MINUSVALÍA.
4. EXISTENCIA DE VARIAS PERSONAS CON DERECHO A SUBROGARSE.
5. LA NOTIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN.
6. LA EXIGENCIA DE UN PRINCIPIO DE PRUEBA.
7. PAGO DE LAS RENTAS POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO.
8. RECEPCIÓN POR EL ARRENDADOR DE VARIAS NOTIFICACIONES DE SUBROGACIÓN.
9. ACUERDO DE NO SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO.
10. EL ARTÍCULO 15 DE LA LAU. LA NO SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO.

1. INTRODUCCIÓN

En principio el arrendamiento, por generar un derecho de índole personal, debería quedar extinguido con la muerte del arrendatario. Sin embargo, de forma excepcional, se permite que el contrato continúe a favor de determinadas personas que tienen algún vínculo con el arrendatario. De esta manera, cuando éste fallece, otra persona se coloca en su lugar y se convierte en arrendatario subrogado, adquiriendo todos los derechos y obligaciones que vinculaban al arrendatario fallecido con el arrendador. Por tanto, con la subrogación se produce un cambio en la persona del arrendatario. De la subrogación en el contrato de arrendamiento cuando se produce la muerte del arrendatario se ocupa el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante LAU).

El precepto establece el orden prelativo de subrogación en caso de muerte del inquilino. En defecto de tales personas, el arrendamiento se extingue, pero si existen varias de la misma clase, descendientes, ascendientes, hermanos o parientes minusválidos en grado más lejano, determina unas reglas para señalar la preferencia. En todo caso, es necesaria una notificación al arrendador en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario.

La subrogación *mortis causa* sólo podrá tener lugar durante el período contractual restante, a diferencia de lo que sucedía en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (en adelante LAU de 1964).

A pesar de que se trata de una subrogación *mortis causa*, algún autor ha considerado que no es un supuesto de subrogación, sino una sucesión arrendaticia (1). Incluso se ha señalado que se trata de una sucesión *mortis causa* de carácter excepcional, establecida por la ley, nunca por testamento, pues el causante no puede disponer del derecho de arrendamiento (2). Para GONZÁLEZ PORRAS estamos ante un beneficio legal establecido para asegurar la estabilidad en la vivienda del arrendatario fallecido, que se logra mediante una sucesión legal a título particular en el contrato, diferente de la sucesión por causa de muerte. Los que se subrogan en la posición del arrendatario lo hacen no en virtud de un derecho sucesorio, sino *iure* propio fundado en la LAU (3). Según otros autores, en la subrogación legal del artículo 16 de la LAU el causante no tiene capacidad para designar a la persona que deba subrogarse, pues este de-

(1) Vid. al respecto MARTÍN CONTRERAS, L., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Ley de Arrendamientos Urbanos. Con las reformas de la Ley 22/2003, 23/2003 y de la LO 19/2003*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 178 y 179.

(2) Cfr. HIDALGO GARCÍA, S., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV.AA., dirigidos por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 220.

(3) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, VV.AA., coordinados por LASARTE ÁLVAREZ, C., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 457.

recho no se encuentra dentro de los derechos del arrendatario, por lo que no se halla en su patrimonio en el momento de su fallecimiento (4).

La LAU de 1994 tan sólo contempla la posibilidad de que se produzca la subrogación *mortis causa*, no pudiendo tener lugar *inter vivos*. Si quiere cederse el contrato o si se quiere subarrendar, es preciso el consentimiento por escrito del arrendador, de acuerdo con las reglas generales del derecho de contratos, tal y como ha señalado LASARTE (5).

La subrogación no implica la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento de vivienda entre el subrogante y el arrendador, sino que la persona que se subroga asume la posición que antes le correspondía al arrendatario, continuando la relación arrendaticia en los mismos términos que hasta entonces. Tan sólo se produce una novación subjetiva de la persona del arrendatario. Ello no es óbice para que el arrendador y el nuevo arrendatario formalicen la nueva situación documentalmente, pero no será un nuevo arrendamiento, sino un documento en el que conste claramente la continuación del anterior contrato en virtud de la subrogación producida.

A pesar de que posteriormente se analizará con mayor detalle, no está de más apuntar ya en este lugar los requisitos que la ley exige para que se produzca la subrogación en la posición del arrendatario. En primer lugar, debe tratarse de un contrato de arrendamiento vigente. En segundo lugar, debe producirse la muerte del arrendatario. En tercer lugar, tienen que existir, al tiempo del fallecimiento, alguna de las personas que contempla la ley con la facultad de subrogarse. En cuarto lugar, que esas personas convivan al tiempo del fallecimiento con el arrendatario. En quinto lugar, que la persona que pretende subrogarse lo notifique al arrendador. Además, en determinados casos se exigirá una convivencia mínima a los familiares que pretenden subrogarse en el contrato.

Conviene también tener presente que lo preceptuado en el artículo 16 de la LAU sólo se aplicará a los contratos de arrendamiento que se hayan celebrado a partir del 1 de enero de 1995. Se trata de un artículo imperativo para los arrendamientos de viviendas ordinarias, mientras que en las viviendas suntuarias es de carácter supletorio sólo para el caso de que los contratantes no hayan dispuesto otra cosa. También es posible que si lo quieren las partes lo apliquen a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.

(4) Vid., en este sentido, PRATS ALBENTOSA, L., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV.AA., coordinados por VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 150, y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Arrendamientos Urbanos. Vol. I, Estudio teórico práctico*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 185.

(5) Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, Tomo III, Contratos*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 8.ª ed., 2004, pág. 319.

Asimismo, es posible que a pesar de que el contrato de arrendamiento se encuentre en suspenso (art. 26 de la LAU) (6) se produzca la subrogación prevista en el artículo 16 de la LAU.

2. FALLECIMIENTO DEL ARRENDATARIO

Es requisito imprescindible que para que se produzca la subrogación fallezca el arrendatario. Por ello, surgen dudas sobre si es posible la aplicación de lo previsto en el artículo 16 de la LAU al supuesto de que se haya realizado la declaración de fallecimiento del arrendatario. Es decir, si puede equipararse, a los efectos de producirse la subrogación en el contrato, la muerte con la declaración de fallecimiento. La doctrina no es unánime al respecto. A mi modo de ver, la subrogación se produce tanto con la muerte del arrendatario como con la declaración de fallecimiento, pues ésta produce los mismos efectos que la muerte natural. Sin embargo, esta postura no es unánime en la doctrina, pues GONZÁLEZ PORRAS considera al respecto que si expresamente el legislador no incluyó en el tenor literal del precepto la declaración de fallecimiento, es porque tan sólo se producirá la subrogación con la muerte natural, cierta y comprobada, y nunca con la declaración de fallecimiento (7).

Pero no sólo es preciso para que se produzca la subrogación, que acontezca la muerte o la declaración de fallecimiento del causante, pues debe existir además en ese momento alguna de las personas que el artículo 16 de la LAU contempla en los apartados *a)* a *f)*, pues si a la muerte o declaración del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el contrato de arrendamiento quedaría extinguido.

(6) Este precepto establece lo siguiente: «*Habitabilidad de la vivienda.*—Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario opción de suspender el contrato o de desistir del mismo sin indemnización alguna».

(7) Vid., más ampliamente, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Observaciones acerca de la subrogación en el arrendamiento de vivienda en el caso de declaración de fallecimiento del arrendatario», en *Revista Jurídica Sepin*, núm. 153, noviembre de 1995, pág. 12, y en GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario...*, cit., pág. 49 y sigs. Sin embargo, considera que se aplica el artículo 16 de la LAU cuando se produce la declaración de fallecimiento del arrendatario, SERRANO ALONSO, E., «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, VV.AA., dirigidos por O'CALLAGHAN, X., EDESA, Madrid, 1995, pág. 168, y DÍAZ VALES, F., *La subrogación legal en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Montecorvo, Madrid, 2001, págs. 111 y sigs., aunque este autor entiende que habrá supuestos en los que no podrá producirse la subrogación en la posición del arrendatario que ha sido declarado fallecido en aquellos casos en los que se exija la convivencia con el arrendatario en los dos últimos años pues, evidentemente, esta circunstancia no se cumple.

3. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A SUBROGARSE

a) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

El artículo 16 de la LAU protege a la familia no en sentido nuclear, sino amplio, pues no sólo concede el derecho a subrogarse a padres e hijos. Las personas que aparecen enumeradas en este artículo tienen el carácter de *numerus clausus*, es decir, no se puede subrogar ninguna persona que no esté contemplada en esa enumeración, por lo que en ese caso se extinguiría sin más el contrato. Hasta tal punto es así, que tampoco podrán subrogarse los herederos del arrendatario.

CARRASCO ha entendido que las partes del contrato no pueden predeterminar en el mismo un orden diverso de subrogaciones, pues el derecho de subrogación no se adquiere por vía hereditaria, sino que se trata de un derecho potestativo de adquisición, intransferible a terceras personas que no sean aquéllas a las que beneficia el artículo 16 de la LAU. Es un derecho indisponible, que nace con la muerte del arrendatario y del que no pueden disponer si quiera los beneficiados por él (8).

Sin embargo, se ha considerado que es posible que haya una subrogación convencional, es decir, que el arrendador pacte expresamente con el arrendatario la posibilidad de que personas distintas a las legalmente reconocidas como beneficiarias de este derecho se subroguen en la posición del arrendatario, pero para ello lógicamente el arrendador debe consentir esta subrogación, recayendo la carga de la prueba del consentimiento del arrendador a la subrogación sobre la persona que pretende subrogarse (9).

No obstante, para CARRASCO sería totalmente posible que si no hay beneficiarios legales, o si éstos renuncian a su derecho a subrogarse, que el arrendador y arrendatario pactasen que el derecho arrendaticio pasase por vía sucesoria a los herederos del arrendatario (10).

Además, a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior, pueden producirse todas las subrogaciones que sean posibles, mientras el contrato de arrendamiento esté vigente y existan personas con derecho a subrogarse. Estas personas con derecho a subrogarse han aumentado con la ley locativa actual. Sin embargo, en los artículos 58 y 59 de la LAU de 1964, la subrogación en el contrato de arrendamiento podía producirse durante el plazo de

(8) Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV.AA., coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Navarra, 3.ª ed., 2002, págs. 370 y 371.

(9) Cfr. VÁZQUEZ BARROS, S., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre. Comentarios, formularios y jurisprudencia*. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 130.

(10) Cfr. CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., págs. 370 y 371.

tiempo equivalente a la vida de dos personas. En la actualidad, a pesar de que caben más de dos subrogaciones, el plazo es menor, pues el arriendo se extinguirá una vez transcurrido el plazo pactado y el correspondiente a las prórrogas legales de duración limitada, es decir, máximo tres años, según lo previsto en el artículo 10 de la LAU. La subrogación sólo opera durante la duración del arrendamiento.

Asimismo, en la legislación anterior sólo podía producirse la subrogación cuando moría el arrendatario original, subrogándose en su lugar las personas legitimadas para ello, y en la siguiente subrogación, a su vez la persona que se había subrogado sólo podía subrogar a su nuevo cónyuge o a sus descendientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de la LAU de 1964. En cambio, en la actualidad podrán causar la subrogación tanto el arrendatario primitivo como aquél que se haya subrogado posteriormente en su posición, en virtud de la aplicación de los artículos 8, 12 ó 16 de la LAU de 1994, siempre y cuando se encuentre vigente la duración inicialmente pactada del contrato (11).

La subrogación debe ser individual, no pudiendo darse una subrogación conjunta, pues el legislador siempre se refiere al «subrogado», y además el artículo 400 del Código Civil muestra una clara aversión a las situaciones de comunidad. Así lo ha mantenido GUILARTE GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ PORRAS (12). Sin embargo, este pensamiento no es unánime en la doctrina, pues LOSCERTALES considera que para amparar la persistencia en la vivienda de todas las personas que con anterioridad convivían con el arrendatario, es posible que se produzca la subrogación conjunta a favor de todos los pertenecientes al mismo grupo si hay acuerdo unánime entre ellos. Se crearían derechos y obligaciones solidarias entre todos los que se subrogasen. Pero si perteneciesen a diferentes grupos, no sería posible una subrogación mixta (13).

(11) GUILARTE GUTIÉRREZ entiende que con la aplicación del artículo 15 de la LAU se produce la subrogación en el contrato de arrendamiento por parte del cónyuge, extendiendo también la posibilidad de que nos encontremos ante un arrendatario que no era el inicial al originado con el artículo 15 de la LAU. Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 186. Sin embargo, discrepo de esta opinión, pues considero que en el supuesto previsto en el artículo 15 de la LAU no se produce una subrogación en el contrato de arrendamiento.

(12) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ: *Comentario...*, cit., pág. 187; GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario...*, cit., págs. 451 y 491.

(13) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Los arrendamientos urbanos. Nueva edición adaptada a la LEC 1/2000*, Sepin, Madrid, 3.ª ed., 2000, pág. 209. Se muestra a favor de la subrogación conjunta porque esa fue la doctrina jurisprudencial anterior respecto a los locales de negocio.

b) LA SUBROGACIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

Cuando se produce la muerte del arrendatario, la persona que primero tiene derecho a subrogarse en el contrato es el cónyuge viudo. Tiene una posición privilegiada al estar en el primer orden de prelación. No se le exige un mínimo de convivencia con el arrendatario para que opere la subrogación, a diferencia de lo que ocurre con otros parientes. Será suficiente la mera convivencia de los cónyuges, ya que en el artículo 69 del Código Civil la convivencia de los cónyuges se presume. Sin embargo, al conviviente *more uxorio*, además de colocársele en el segundo lugar en el orden de prelación (bien es cierto que cuando hay cónyuge no habrá conviviente *more uxorio* y viceversa, al menos a los efectos arrendaticios), cuando no tenga descendencia en común con el arrendatario fallecido se le exigirá una convivencia con el mismo al menos de dos años.

Por lo que respecta a la convivencia exigida al cónyuge, como es lógico durante el plazo previo al fallecimiento del arrendatario debe haber una convivencia entre éste y su cónyuge, pues para que se produzca el derecho de subrogación, la convivencia debe ser marital y efectiva. Aunque no ha faltado quien ha considerado que como la Ley sólo exige que conviva «al tiempo del fallecimiento», puede que sea la convivencia de un solo día (14). La prueba de la convivencia debe aportarla la persona que la alega. En todo caso, debe tratarse de una convivencia habitual, excluyéndose la meramente accidental.

Es necesario que se produzca una continuidad en la convivencia, pero lo que no se exige es que la residencia sea legal (piénsese, por ejemplo, en el caso de los inmigrantes), y tampoco se precisa que la convivencia sea pública y socialmente conocida (15).

Este primer lugar que ostenta el cónyuge a la hora de subrogarse cede en los casos en los que exista un acuerdo unánime entre los sujetos beneficiarios de la subrogación en contrario que altere el orden establecido por el legislador, en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

En los casos en los que los esposos estén divorciados, no podrán subrogarse en el contrato de arrendamiento de su cónyuge, pues ya no son cónyuges, aunque continuaran conviviendo (pero en este supuesto de convivencia sería de aplicación lo relativo al conviviente *more uxorio*, que está en el segundo lugar del orden de prelación).

Si hay nulidad matrimonial, se puede producir la subrogación en el arrendamiento, siempre y cuando se haga antes de la declaración de nulidad, pues tras la fecha de la sentencia de nulidad no será posible la subrogación, pues ya no existe relación conyugal.

(14) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, *Comentario...*, cit., pág. 210.

(15) Así lo ha entendido CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 374.

Por lo que respecta al matrimonio putativo, que es aquel matrimonio que es nulo desde su celebración, pero que produce efectos civiles hasta que se declare nulo, si ya se ha ejercitado la acción de nulidad el cónyuge del arrendatario no podrá subrogarse, pero si se produce la subrogación de éste, y posteriormente se declara la nulidad del matrimonio, la subrogación tendrá plena eficacia y validez, pues se ha producido mientras el matrimonio todavía no se había declarado nulo (16).

Sin embargo, en los supuestos de separación de hecho o judicial, la subrogación en principio podría ser posible, pues continúa vigente el vínculo matrimonial entre los esposos. Pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la LAU, para que pudiera subrogarse el cónyuge separado de hecho o judicialmente, es preciso que conviva con el arrendatario en el momento de su fallecimiento. No se ha previsto ningún plazo mínimo de tiempo de convivencia previa, a diferencia de lo que sucede con las parejas de hecho, lo cual ha llevado a que se califique este precepto como de fraude. Incluso podrían surgir problemas en relación con el conviviente *more uxorio*, pues de acuerdo con este precepto, podría darse la situación de que el cónyuge separado de hecho o judicialmente se subrogase en el arrendamiento si convivía al tiempo del fallecimiento con el difunto, incluso en diferente domicilio. La importancia de esta cuestión radica en que puede existir un conviviente *more uxorio* que viviese con el finado en la vivienda arrendada, por lo que en casos de conflicto, puesto que el legislador parece que prima el dato de la convivencia, deberá subrogarse en la posición del arrendatario no el cónyuge separado legalmente o de hecho que al tiempo del fallecimiento conviviera con el arrendatario, sino el conviviente *more uxorio* que convivía con él (17).

Para evitar todos estos inconvenientes, habría sido necesario que se reformase este precepto en el sentido en el que se ha reformado la legítima del cónyuge viudo, pues la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio ha modificado el artículo 834 del Código Civil, precepto muy criticado

(16) Vid., en este sentido, GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario...*, cit., págs. 476 y 477.

(17) Cfr. PÉREZ UREÑA, A. A., *El arrendamiento de vivienda: subrogación mortis causa*, Comares, Granada, 1999, págs. 188 y 189. Considera que también podrá subrogarse el cónyuge separado que tras haber cesado la convivencia en común mantiene su vida en el domicilio conyugal o la reanuda temporalmente en él, habida cuenta del mantenimiento del vínculo conyugal, PRATS ALBENTOSA, L., *Comentario...*, cit., pág. 152. He incluso se ha entendido que podrá subrogarse también en el arrendamiento el cónyuge separado legalmente que al tiempo del fallecimiento conviviera con el difunto, aunque sea en diferente domicilio, así como el cónyuge separado que hubiera tenido en su domicilio a su cuidado al esposo durante el período inmediatamente anterior a su muerte con motivo de su enfermedad, y ello a pesar de que ésta no sea la *mens legislatoris*. Vid. LEÓN-CASTRO, J., COSSÍO, M. DE., *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995, pág. 97.

doctrinalmente porque el artículo 834 del Código Civil establecía antes de la reforma producida por la Ley 15/2005 que el cónyuge tendría derecho a legítima siempre y cuando no estuviese separado en el momento de abrirse la sucesión de su consorte. Uno de los problemas que había planteado este precepto era que no aclaraba convenientemente si se refería a la separación judicial o si podía también englobar a la mera separación de hecho conyugal. Sobre esta cuestión han corrido ríos de tinta en la doctrina. Pero este no es el único problema que planteaba el precepto, pues también se producía una colisión con el artículo 945 del Código Civil, referido este último a la sucesión intestada, que sí contemplaba que no tendría lugar el llamamiento intestado si el cónyuge estuviera separado judicialmente o de hecho (18). En la actualidad, tanto en el artículo 834 como en el 945 del Código Civil se excluye del llamamiento a la legítima y a la sucesión intestada al cónyuge que estuviera separado judicialmente o de hecho. Por ello, habría sido muy conveniente que se hubiera reformado también la ley locativa en el sentido de excluir expresamente al cónyuge separado tanto judicialmente como de hecho, de la posibilidad de subrogar a su consorte en el contrato de arrendamiento.

En este sentido, para GONZÁLEZ PORRAS el cónyuge separado de hecho o judicialmente y el divorciado no podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento, puesto que con la separación de hecho y con la declarada en sentencia judicial cesa la presunción de convivencia conyugal de los artículos 68 y 69 del Código Civil, y salvo reconciliación según lo previsto en el artículo 84 del Código Civil, se produce definitivamente la suspensión de la vida en común, por lo que el hecho de la convivencia es lo que determina la posibilidad de subrogarse en el arrendamiento, y tal convivencia no se producirá en estos casos de separación y divorcio. Además, en estos casos, de concurrir cónyuge sobreviviente que no convive y conviviente no casados, el cónyuge no tendrá derecho a subrogarse, sino que lo podrá ejercitar el conviviente, pues lo que se prima en estos casos es la convivencia y no el concepto de familia (19). Igualmente, GUILARTE GUTIÉRREZ considera que no se produce la subrogación en los casos de separación, nulidad o divorcio planteados jurisdiccionalmente, así como tampoco en los casos de mera separación de hecho, por no haber una convivencia actual (20).

(18) Este precepto también ha sido modificado por la Ley 15/2005, ya que antes establecía que «no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente».

(19) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario...*, cit., págs. 475 y 476.

(20) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 187. En el mismo sentido, PRATS ALBENTOSA, *Comentario...*, cit., pág. 152, y FÍNEZ, J. M., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, VV.AA., dirigidos por PANTALEÓN PRIETO, F., Civitas, Madrid, 1995, pág. 218.

Pero HIDALGO GARCÍA entiende que los matrimonios separados de hecho pero que convivan en la misma vivienda, el cónyuge no arrendatario superviviente tiene derecho de subrogación, porque el artículo 16 de la LAU sólo exige para ello ser cónyuge y convivir con el arrendatario. Incluso entiende que lo mismo podría ocurrir en el caso de separación judicial si siguen conviviendo en la vivienda arrendada (21).

No obstante, mientras no se produzca esta reforma, para saber quién se subroga en el contrato, si su cónyuge o el conviviente de hecho, habrá que tener en cuenta el dato de la convivencia, es decir, se subrogará la persona que conviva con el arrendatario en el momento del fallecimiento.

La cuestión de la convivencia tiene tal importancia, podría decirse que es una *condictio sine quanon*, ya que en el caso del matrimonio contraído *in articulo mortis* sin previa convivencia, no dará lugar a la subrogación del cónyuge por muerte del arrendatario, pues a pesar de que exista relación sentimental, nunca hubo convivencia, aunque se contrajese el matrimonio horas antes de producirse el fallecimiento del arrendatario (22). En cambio, sí sería posible equiparar este supuesto, si previamente hubo convivencia, al de los convivientes de hecho.

La convivencia deberá ser habitual, pero en ningún caso se exige que se haya desarrollado en la vivienda arrendada, ni tampoco que convivan en la vivienda en el momento en el que se produce el fallecimiento, pues el requisito que se exige de convivencia para lo único que sirve es para determinar que la convivencia ha sido relevante, habitual y no accidental, pero no para que el legislador valore la vinculación personal o familiar que las personas con derecho a subrogarse tienen respecto de la vivienda arrendada. De estimarse lo contrario, no podría haber subrogación del cónyuge en los casos de nuevo arrendamiento, cuando el arrendatario falleciese en seguida sin que el otro cónyuge hubiese llegado a vivir en la vivienda arrendada (23). Además, en la LAU de 1964 se exigía expresamente que la convivencia se hubiera realizado en la vivienda arrendada, circunstancia que ahora no se exige, por lo que podrá realizarse la subrogación aunque la convivencia no se hubiera realizado en la vivienda arrendada.

Sin embargo, en cuanto al lugar donde debe haberse producido esa convivencia mínima, un sector doctrinal ha considerado que debe producirse

(21) Cfr. HIDALGO GARCÍA, *Comentario...*, cit., pág. 211.

(22) Cfr. CABALLERO GEA, J. A., *Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre. Síntesis y ordenación de las sentencias de las Audiencias y Tribunales, adaptadas al nuevo ordenamiento, estudio de los artículos del Código Civil y Ley Hipotecaria a los que hace referencia, procedimientos: juicios de cognición, desahucio, verbal, arbitraje. Formularios*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 162 y 163.

(23) Vid. SERRANO ALONSO, *Comentario...*, cit., pág. 168; CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 372; GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 187; GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario...*, cit., págs. 462 y 463.

en la vivienda arrendada, debido a que la persona que pretende subrogarse tiene necesidad de la vivienda arrendada (24). Y en el mismo sentido FUENTES LOJO entiende que en el caso del cónyuge la convivencia debe hacerse en la vivienda arrendada, pero para el caso de los descendientes no sujetos a patria potestad ni a tutela, entiende que no se exige que se haga en la vivienda arrendada, y para el caso de los ascendientes, considera que sí debe producirse en tal vivienda (25).

Ni que decir tiene que la subrogación en el arrendamiento se producirá cuando el arrendatario que fallece fuese el único titular del derecho, puesto que no tendrá lugar la subrogación en los casos en los que nos encontremos ante un coarrendamiento de ambos cónyuges o bien en los casos de cotitularidad solidaria de la vivienda familiar (26).

c) LA SUBROGACIÓN DEL CONVIVIENTE DE HECHO

Hasta la sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de diciembre de 1992 (27), la doctrina y los Tribunales se planteaban la cuestión de si tenía derecho a subrogarse *mortis causa* en el arrendamiento el conviviente *more uxorio*, existiendo opiniones tanto a favor como en contra. Esto se solucionó con dicha sentencia, pues el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 58.1 de la LAU de 1964, que limitaba al viudo o viuda el derecho de subrogación, y lo excluía de aquellas personas que hubiesen convivido maritalmente y de modo estable con el arrendatario fallecido (28). Por tanto, el Alto Tribunal consideró que el conviviente de hecho también tenía el mismo derecho de subrogación, pues entendió que el artículo 58.1 de la LAU de 1964 tenía como fundamento «no tanto la existencia de los lazos familiares o conyugales, sino en el hecho de la convivencia» (29). Además, el conviviente de hecho se beneficiaría de la prórroga legal que recogía la LAU de 1964.

(24) Cfr. HIDALGO GARCÍA: *Comentario...*, cit., pág. 201. Vid., en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de marzo de 2002 (*LA LEY JURIS* 1139242/2002).

(25) Cfr. FUENTES LOJO, J. V., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994* (BOE del 25), José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, págs. 77 y 78.

(26) Cfr. PÉREZ UREÑA, *El arrendamiento...*, cit., pág. 189. Todo lo señalado en este momento sobre el requisito de la convivencia es aplicable no sólo al cónyuge, sino también al resto de parientes que aparecen en el artículo 16 de la LAU con derecho a subrogarse, que trataré a continuación.

(27) RTC 222.

(28) El artículo 58 de la LAU de 1964 vulneraba los artículos 14 y 47 de la Constitución. Este último precepto establece el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda adecuada y digna.

(29) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios...*, cit., pág. 303.

Pero a pesar de que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 58.1 de la LAU, algún sector doctrinal seguía manteniendo, debido a su disconformidad con esta sentencia del Tribunal Constitucional de 1992, que no era posible la subrogación del conviviente de hecho en los derechos y obligaciones del arrendamiento, pues a pesar de cumplir el requisito de la convivencia, no cumplía el del parentesco, y además, no era procedente la aplicación analógica de la normativa sobre el matrimonio, debiendo realizarse por ello una interpretación restrictiva del artículo 58 de la LAU de 1964 (30).

Y aún en la actualidad, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, algún autor ha considerado que es criticable la extensión de la subrogación a los convivientes de hecho, sobre todo porque tienen preferencia frente a los descendientes menores de edad del arrendatario (31).

No obstante, discusiones doctrinales aparte, el vigente artículo 16 de la LAU ha recogido esta doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1992, pero ha introducido ciertas modificaciones, pues admite la subrogación del conviviente de hecho con independencia de su orientación sexual. Se exige para ello que haya convivido con el arrendatario al menos durante los dos años anteriores a su fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, pues en este caso bastará la mera convivencia.

Este plazo de dos años de convivencia podría parecer excesivo, pero conviene tener presente que en el Proyecto de Ley de diciembre de 1992 se exigía un tiempo de convivencia de tres años, que a lo largo de la tramitación parlamentaria se redujo a dos. Es por ello que no tiene mucho sentido para un sector de la doctrina el requisito de la convivencia de dos años anteriores al tiempo del fallecimiento en los casos en los que no exista descendencia en común, y se ha considerado que puede plantear ciertas dudas acerca de su constitucionalidad, puesto que los dos años de convivencia no constituyen una prueba de la convivencia *more uxorio*, sino que realmente se produce una diferencia respecto al matrimonio, lo cual constitucionalmente no es correcto.

(30) Cfr. ESTELLES PERALTA, P., «La subrogación arrendaticia del conviviente *more uxorio*», en *Revista General de Derecho*, marzo de 1994, pág. 1721 y sigs. Es por ello que la doctrina consideró que tan sólo era posible la subrogación con anterioridad a la LAU de 1994 en los casos en los que el conviviente sobreviviente hubiese convivido con el arrendatario y que no hubiese podido contraer matrimonio con anterioridad a la promulgación de la «Ley del Divorcio», porque uno de ellos o ambos se encontraban unidos por vínculo matrimonial a otra persona. Además, debían convivir como cónyuges, por lo que sólo sería posible la subrogación en el caso de convivientes heterosexuales (cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. y BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «Parejas no casadas y subrogación en los arrendamientos urbanos», en *Estudios de Jurisprudencia: Revista Colex*, núm. 2, septiembre de 1992, págs. 53 y 55).

(31) Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., «Comentario al artículo 16 de la LAU», en *LAU: comentario articulado*, Comares, Granada, 2001, pág. 115.

La existencia de una unión de hecho no implica que haya transcurrido ningún plazo de tiempo, puesto que existe unión de hecho con independencia del tiempo de convivencia que lleve la pareja (32).

En consonancia con lo previsto en el artículo 16 de la LAU, el artículo 12 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares, establece que si el conviviente fallecido era arrendatario de la vivienda, el conviviente sobreviviente tendrá derecho a subrogarse en los términos que establece la legislación sobre arrendamientos urbanos. Lo mismo sucede en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña, pues se preceptúa en el artículo 18.3 para las uniones heterosexuales, y en el 33.c) para las uniones homosexuales, que si el conviviente fallecido era arrendatario de la vivienda, el sobreviviente tendrá derecho a subrogarse en los términos que establezca la legislación de arrendamientos urbanos.

A la doctrina sorprende sobremanera que se conceda el derecho de subrogación incluso a la pareja homosexual, lo cual ha motivado grandes críticas, excediendo de la convivencia *more uxorio* que considera la mayoría de la doctrina (33). No obstante, conviene recordar al respecto la reciente modificación que se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se admite en nuestro derecho el matrimonio de homosexuales. En efecto, el nuevo artículo 44 del Código Civil determina que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo», por lo que se observa que el legislador ha equiparado a efectos matrimoniales a las parejas homosexuales con las heterosexuales, provocando con ello gran debate y crispación, no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el social.

Pero volviendo al arrendamiento, tal y como pone de manifiesto GUILARTE GUTIÉRREZ, la subrogación en la posición del arrendatario sólo se producirá en los casos de unión de dos personas, pero no en uniones convivenciales multitudinarias, pues el precepto expresamente habla en singular de «la persona que hubiere convivido con el arrendatario» (34).

(32) Cfr. VERDERA SERVER, R., *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 58 y sigs.

(33) Así lo han considerado, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, nueva edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 312, y LOSCERTALES FUERTES, D., «Lagunas o defectos técnicos que pueden mejorarse en la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Revista Jurídica Sepin*, núm. 141, 1994, pág. 5.

(34) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Régimen transitorio de los arrendamientos urbanos en la Nueva Ley*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 125.

La convivencia exigida al conviviente durante dos años, para computarla no servirán los plazos de convivencia cuando ésta se haya interrumpido, es decir, debe tratarse de una convivencia continuada en el tiempo y sin interrupciones, como mínimo, de dos años. Asimismo, si con anterioridad al fallecimiento la convivencia se hubiera roto, el conviviente no podrá subrogarse en la posición del arrendatario.

En estos supuestos en los que al conviviente que pretende subrogarse la Ley le exige un mínimo de convivencia, la carga de la prueba de esa convivencia recaerá sobre el que quiere subrogarse en el contrato.

Hay una excepción a esta exigencia de la convivencia de dos años en los convivientes de hecho, pues si tienen descendencia en común, no es preciso que dicha convivencia haya durado ese tiempo, pues la descendencia en común se considera prueba inequívoca o presunción *iuris et de iure* de la convivencia.

Para ello, es necesario que antes del fallecimiento se haya producido la concepción del descendiente, pero no es imprescindible que el nacimiento sea anterior al fallecimiento. Evidentemente, por la igualdad de todos los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, dentro de la expresión «descendencia en común» hay que incluir también a los hijos adoptivos.

Pero también esta exigencia de la mera convivencia en los casos en los que el conviviente quiera subrogarse en el contrato de arrendamiento y exista descendencia común podría cuestionarse, pues la norma otorga un trato más favorable al conviviente en detrimento del cónyuge, pues a este último se le exige además de la convivencia el vínculo matrimonial.

Una cuestión que se ha planteado es la de si es posible que pueda beneficiarse de la subrogación cualquier pareja de personas del mismo o de distinto sexo, sin que exista entre ellas una relación sexual ni de constitución de un núcleo familiar, sino que se basa en mera relación de amistad, de economía, por motivos laborales, etc., si llevan conviviendo al menos dos años. El sobreviviente, ¿tendrá derecho a subrogarse en el arrendamiento de aquel con quien conviva? HIDALGO GARCÍA entiende que sí es posible, porque tan pareja de hecho, a los efectos del artículo 16 de la LAU, es la constituida con el fin de procreación o de constitución de un núcleo familiar, como la de otras personas que compartan vivienda por un período de tiempo prolongado, pues el artículo 16 de la LAU no exige ni relación sexual, ni cohabitación, ni fidelidad sexual (35).

No obstante, discrepo totalmente del planteamiento anterior, pues considero que la mente del legislador está contemplando tan sólo a las parejas de hecho que conviven en análoga relación de afectividad a la de los cónyuges. Sin embargo, en consonancia con lo defendido por HIDALGO GARCÍA, el ar-

(35) Cfr. HIDALGO GARCÍA: *Comentario...*, cit., pág. 214.

título 6.3 de la Ley 19/1998, de 28 de diciembre de Cataluña, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua (36), establece que si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los demás convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del plazo contractual si éste es inferior. Me surgen dudas sobre la constitucionalidad de esta ley, pues el artículo 16 de la LAU, al referirse a los convivientes permanentes «en análoga relación de afectividad a la de cónyuge» no está englobando a las situaciones convivenciales de ayuda mutua, pues no conviven en análoga relación de afectividad a la de los cónyuges. La más que posible inconstitucionalidad se plantea porque en virtud del artículo 149.1.8.^a de la Constitución, la competencia para regular la materia relativa a los arrendamientos urbanos es del Estado, por lo que la regulación autonómica no podrá excederse ni conceder más derechos, tal y como ha hecho el legislador catalán en este caso.

d) LA SUBROGACIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Pueden en tercer lugar, subrogarse los descendientes del arrendatario que estuviesen sometidos a su patria potestad o tutela, o los descendientes mayores de edad y capaces (no están sujetos a la patria potestad ni a la tutela de los padres) que al menos durante los dos años anteriores al fallecimiento, hubiesen convivido con él o estuviesen conviviendo al momento de producirse la defunción. Para computar estos períodos de tiempo no se tendrán en cuenta las ausencias o falta de convivencia por motivos de estudios, vacaciones, etc. Por el contrario, para los hijos sujetos a patria potestad o tutela, no se requiere convivencia.

A efectos subrogatorios se equiparan los hijos adoptivos con los biológicos, siendo irrelevante que hayan sido adoptados sólo por el arrendatario o por él conjuntamente con su cónyuge o conviviente de hecho. También tendrán derecho a subrogarse los hijos extramatrimoniales, pues tienen los mismos derechos aunque no ostenten la filiación matrimonial.

Sin embargo, las personas que están sujetas a la tutela del arrendatario pero que no son hijos de éste no tienen derecho a subrogarse en su posición a su muerte.

(36) Según el artículo 1 de la Ley, son situaciones convivenciales de ayuda mutua «las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros».

Por lo que respecta al *nasciturus*, o lo que es lo mismo, el concebido pero no nacido, a pesar de que el artículo 29 del Código Civil le reputa nacido a los efectos que le sean favorables, para CARRASCO en este caso no se le tiene por nacido, porque el artículo 16 de la LAU exige que el subrogado exista «al tiempo del fallecimiento». Además, entiende que no se puede imponer al arrendador el gravamen de interinidad que el Código Civil considera legítimo imponer a los otros coherederos que concurren con el *nasciturus*. Por el contrario, si el nacimiento se produce antes de los tres meses que determina el número 3 del artículo 16 de la LAU y tiene lugar en ese plazo la notificación prevista por parte del representante del menor, el ya nacido podrá subrogarse en la posición del arrendatario (37).

En cambio, para GUILARTE GUTIÉRREZ, aunque es muy difícil que este supuesto se dé en la práctica, es perfectamente posible que el *nasciturus* se subrogue en la posición de su progenitor (38), resultando esta posibilidad, a mi juicio, más conveniente, porque el artículo 29 del Código Civil considera que el *nasciturus* ha nacido para todos los efectos que le sean favorables. Y lo mismo considera GONZÁLEZ PORRAS, según el cual para que se produzca la subrogación del concebido pero no nacido, las personas que le deberían representar legalmente como si ya se hubiera verificado su nacimiento tendrán que notificar en el plazo de tres meses por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse (39).

e) LA SUBROGACIÓN DE LOS ASCENDIENTES

Se pueden subrogar los ascendientes del arrendatario siempre y cuando hubieran convivido con éste al menos durante los dos años anteriores al óbito. Los ascendientes deben serlo de quien en cada momento fuera arrendatario, y no de aquel que hubiera sido arrendatario con anterioridad.

Sin embargo, los parientes por afinidad no pueden subrogarse en el contrato. Es decir, si los suegros conviven con el arrendatario, no pueden subrogarse en el arrendamiento, porque no son ascendientes del arrendatario, ya que no son parientes por consanguinidad de éste.

f) LA SUBROGACIÓN DE LOS HERMANOS

Los hermanos pueden subrogarse en la posición del arrendatario, pudiendo ser hermanos de doble vínculo o de vínculo sencillo, e incluso los adop-

(37) Vid. CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., págs. 374 y 375.

(38) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 189.

(39) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario...*, cit., págs. 461 y 462.

tivos. Da igual que sean hermanos matrimoniales o no. En cualquier caso, se exige el plazo mínimo de convivencia de dos años que se requiere también para otros parientes.

g) LA SUBROGACIÓN DE LOS PARIENTES HASTA EL TERCER GRADO EN LÍNEA COLATERAL QUE SUFRAN MINUSVALÍA

Es posible que se subroguen aquellas personas que tengan una minusvalía igual o superior al 65 por 100 que sean parientes hasta el tercer grado colateral del arrendatario. Además, como requisito adicional, se les exige que hayan convivido al menos durante los dos años anteriores al fallecimiento del arrendatario con él.

La minusvalía tiene que acreditarla quien pretende subrogarse, es decir, tiene que tener la condición legal de minusválido, declarada así administrativa o judicialmente. Al respecto, la Disposición Adicional novena de la LAU determina que la situación de minusvalía y su grado deberán ser declarados por los centros y servicios de las Administraciones Públicas competentes, de acuerdo con la normativa vigente.

La ley no dice cuándo debe concurrir la situación de minusvalía en la persona que pretende subrogarse. Acudiendo a los principios generales del derecho, de acuerdo con el nacimiento y la adquisición de todo derecho, el carácter restrictivo de las subrogaciones y la necesaria seguridad y certeza jurídica, resulta que la condición de minusválido y el grado correspondiente deben estar declarados antes de producirse la subrogación, es decir, debe concurrir la situación de minusvalía en el momento del fallecimiento del arrendatario (40).

Al igual que sucede con la subrogación de los ascendientes, solamente pueden subrogarse los parientes minusválidos consanguíneos, pero no por afinidad, por lo que los familiares del cónyuge del arrendatario no pueden subrogarse. No obstante, GUILARTE GUTIÉRREZ estima que en este caso de minusvalía y debido a la protección de la que merecen ser beneficiarios, el minusválido con parentesco colateral por afinidad puede subrogarse en el contrato de arrendamiento (41).

(40) Cfr. VÁZQUEZ BARROS, *Comentario...*, cit., pág. 126.

(41) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 190.

4. EXISTENCIA DE VARIAS PERSONAS CON DERECHO A SUBROGARSE

Es posible que a la vez haya varias personas que tienen derecho a subrogarse en la posición del arrendatario fallecido. En estos casos surge la necesidad de determinar cuál de todos ellos va a ser el beneficiario de la subrogación. Para ello el legislador ha establecido un orden de prelación, que se aplicará siempre y cuando no exista un acuerdo unánime entre todas las personas que tienen derecho a subrogarse. No obstante, según CARRASCO el acuerdo no tiene por qué ser unánime, pues será suficiente con que consienta aquel que como consecuencia del acuerdo pierda el rango prevalente (42).

En ese caso, cuando no lleguen a un acuerdo, se acude al orden de prelación previsto en la ley. Tiene que tenerse en cuenta el orden de prelación existente hasta el mismo momento en que se produzca la subrogación, pues si se producen modificaciones que puedan influir en los posibles beneficiarios porque debería alterarse el orden de prelación, una vez que la subrogación ha tenido lugar, no provocará ninguna consecuencia, no pudiendo alterarse la subrogación ya producida.

Solamente pueden subrogarse las personas que expresamente contempla el artículo 16 de la LAU, es decir, no cabe la subrogación de otros parientes del arrendatario fallecido. En cuanto al funcionamiento del orden de prelación, es evidente que los que primero tienen derecho a subrogarse excluyen a los posteriores si ejercitan su derecho.

En defecto de acuerdo, tal y como he señalado anteriormente, en primer lugar hay que estar al orden de prelación que se establece en el primer apartado del precepto, es decir, en primer término se subrogará el cónyuge no separado y en segundo lugar el conviviente *more uxorio* que conviva con el arrendatario, en tercer lugar los descendientes, con preferencia el más próximo en grado, en cuarto lugar los ascendientes, también con preferencia el más próximo en grado, en quinto lugar los hermanos, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo sencillo, y en sexto lugar los parientes hasta el tercer grado en línea colateral que sufran minusvalía. Pero esto no sucederá así en todos los casos, pues si existen padres septuagenarios (que hayan cumplido los setenta años), serán preferidos a los descendientes, teniendo derecho a subrogarse antes que los descendientes pero por detrás del cónyuge viudo y del conviviente *more uxorio*.

Hay que matizar el orden de prelación anterior, pues si concurren personas del mismo grupo (sólo puede ocurrir en el caso de los descendientes, padres, ascendientes y hermanos), tienen preferencia los que tengan una minusvalía igual o superior al 65 por 100. La concurrencia de cónyuge y

(42) Cfr. CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 378.

conviviente de hecho no puede producirse, pues habrá uno u otro, pero no los dos, y en caso de que existan los dos, hay que tener en cuenta el dato de la convivencia, por lo que si el cónyuge no convive con el arrendatario pero sí su pareja de hecho, será este último el que tenga derecho a subrogarse.

Asimismo, en caso de igualdad, si no hay minusvalía, tiene preferencia para subrogarse el que tenga mayores cargas familiares. CARRASCO opina que para que el criterio de las cargas familiares sea justo y objetivo debe atenderse al número de hijos o personas que vivan a cargo del beneficiario de la subrogación, no teniéndose en cuenta el gasto que cada una de estas personas realiza realmente. Sin embargo GUILARTE GUTIÉRREZ mantiene una opinión diversa, pues considera que de acuerdo con un criterio más justo, aunque de aplicación más compleja, habría que valorar la concreta onerosidad que suponen las personas que están a cargo del futuro arrendatario, pues puede resultar más gravoso el mantenimiento de menos personas. Finalmente, SERRANO ALONSO considera que en las cargas familiares no sólo hay que incluir los desembolsos económicos, sino también las cargas propiamente personales, es decir, el número de personas a su cargo, el trabajo a realizar, la dificultad del mismo, etc. (43).

En último lugar por tanto tendrá preferencia el que tuviera mayores cargas familiares, y en última instancia, si hay varios descendientes, tiene preferencia el de menor edad, y si hay varios ascendientes, se utiliza el criterio contrario, pues se beneficiará el mayor de edad. Además, si existen varios hermanos, se preferirá al más joven.

Pero a todas luces el orden de prelación que establece el legislador, aunque a simple vista pudiera parecer minucioso, no lo es del todo, pues no cierra todas las posibilidades de prelación, ya que puede darse igualdad también entre los criterios subsidiarios de minusvalía, cargas familiares y edad. Piénsese, por ejemplo, en el caso de dos sobrinos con minusvalía y sin cargas familiares. El artículo 16.2 de la LAU *in fine* sólo se refiere al menor de los hijos o al menor de los hermanos, pero no al menor de los sobrinos o al menor entre varios parientes colaterales de tercer grado. En este caso, acudiendo a la analogía, debería favorecerse al de menor edad, pero la Ley no ha contemplado expresamente este supuesto (44).

5. LA NOTIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN

Se recoge esta exigencia en el número 3 del artículo 16 de la LAU. De acuerdo con este precepto, se extinguirá el contrato de arrendamiento si en

(43) Cfr. CARRASCO PERERA, *Comentario...*, pág. 377; GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 191; SERRANO ALONSO, *Comentario...*, cit., pág. 173.

(44) Así lo ha puesto de manifiesto CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 377.

el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe una notificación por escrito de la circunstancia del fallecimiento, a la cual debe acompañarse un certificado de defunción, así como la identidad del subrogado, indicando el parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse.

Si no se produce la notificación no operará la subrogación, con lo cual se extinguirá el contrato de arrendamiento, pues la regla general es que a la muerte del arrendatario se extinga el contrato, y siendo como es la subrogación una excepción a la regla general, es preciso que la persona que tiene derecho a subrogarse ejerza expresamente su derecho.

La exigencia de notificación al arrendador en este plazo de caducidad de tres meses es una novedad, pues en la LAU de 1964 no existía obligación de efectuar ningún tipo de requerimiento o notificación.

En cuanto a la persona que tiene que recibir la notificación, GONZÁLEZ PORRAS ha considerado que será plenamente válida y eficaz si se realiza bien al arrendador, bien al administrador de fincas que actúa en nombre de éste, bien al cónyuge del arrendador, siempre y cuando estén sometidos al régimen de gananciales, bien al cotitular de la cuenta corriente donde habitualmente se ingresan las rentas (45).

La finalidad de esta notificación es garantizar que el arrendador tenga conocimiento efectivo de la muerte del arrendatario y de la voluntad de las personas que tienen derecho a subrogarse de continuar con el arrendamiento, por lo que considero que la notificación debe hacerse de forma fehaciente, para que así quede constancia de que el arrendador ha recibido la comunicación. No obstante, el artículo 16.3 de la LAU sólo exige que se haga por escrito.

Pero al respecto no hay unanimidad en la doctrina. Así, se ha dicho que será suficiente que sea por escrito, pero siempre y cuando acredite tal notificación, no siendo válido por ello el telegrama con acuse de recibo o el burofax, pues aunque la comunicación llega a su destino, no puede ir acompañada del certificado de fallecimiento, y tampoco será válida la carta certificada o con acuse de recibo salvo que el arrendador conteste y admita su recepción, pues la recepción de la carta por sí misma no hace prueba de su contenido (46). Por el contrario, SERRANO ALONSO considera que es posible que se realice la notificación por carta, telegrama, fax, etc., es decir, a su juicio existe libertad de forma, pero debe ser escrita para así poder acreditarla (47). Y para GUILARTE GUTIÉRREZ la exigencia de notificación escrita es un requisito *ad probationem*, no *ad substantiam*, por lo que será válida la notificación verbal, de la que exista acuse de recibo por parte del arrendador (48).

(45) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentario...*, cit., págs. 465 y 466.

(46) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, *Los arrendamientos...*, cit., pág. 210.

(47) Vid. SERRANO ALONSO, *Comentario...*, cit., pág. 175.

(48) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 191.

La notificación debe hacerse por escrito, pues así lo exige expresamente la norma, sirviendo tanto el documento privado como el público. Debe además hacerse de forma fehaciente y adjuntando todos los documentos que establece el precepto, no siendo suficiente que el que pretenda subrogarse continúe sin más residiendo en la vivienda, incluso abonando las rentas.

En este sentido, como la ley no exige que la notificación se haga de forma fehaciente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 7 de febrero de 2000 (49), entendió que era suficiente que se realizase de forma escrita.

También ha estimado necesario que se dé el requisito de la notificación al arrendador la sentencia de la AP de Burgos, de 3 de mayo de 2000 (50), que ha entendido que si una de las potenciales personas que pueden subrogarse en el contrato, abona varios meses de renta tras el fallecimiento del arrendatario, ello sólo prueba que ocupa la vivienda, pero no sustituye la necesidad de la notificación.

No obstante, algunas Audiencias Provinciales han considerado que como el arrendamiento puede finalizar sin sujeción a forma alguna, no es lógico que algo que tiene una menor importancia, sí se sujete a un rigorismo formal, por lo que como el número 3 del artículo 16 de la LAU lo que pretende es garantizar que el arrendador tenga conocimiento de la muerte del arrendatario, así como la voluntad de una de las personas que tenían derecho a subrogarse, de continuar como arrendatario en el contrato, no será necesario que se cumplan de forma rigurosa los requisitos formales que exige el precepto para considerar que la subrogación se ha producido.

Es decir, a juicio de algunas Audiencias Provinciales, lo que se pretende es que el arrendador tenga conocimiento de que se ha producido la subrogación, no si se ha producido la notificación por escrito o no, sino la existencia misma de la notificación, por lo que podría ser válida y eficaz la notificación realizada de forma verbal (51).

(49) *LA LEY JURIS* 83554/2000.

(50) *LA LEY JURIS* 140256/2000.

(51) En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de abril de 2004 (*LA LEY JURIS* 1680342/2004) y de 14 de julio de 2000 (*LA LEY JURIS* 277354/2000). Pero la gran mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales estiman que la notificación tiene que ser escrita. Vid., entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 13 de junio de 2000 (*LA LEY JURIS* 208907/2000); sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 17 de febrero de 2003 (*LA LEY JURIS* 1458002/2003); sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de diciembre de 2002 (*LA LEY JURIS* 1351657/2002); sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 2 de diciembre de 2002 (*LA LEY JURIS* 1340781/2002); sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 7 de noviembre de 2001 (*LA LEY JURIS* 997005/2001), y sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 10 de enero de 2001 (*LA LEY JURIS* 741217/2001).

Incluso la Audiencia Provincial de Asturias, en sentencia de 17 de julio de 2003 (52), ha considerado que no es necesario comunicar a la parte arrendadora la voluntad de subrogarse en el contrato si esta parte conocía perfectamente el fallecimiento del primitivo arrendatario, por ejemplo, por residir en el mismo inmueble. En términos similares, la Audiencia Provincial de Navarra, en sentencia de 11 de marzo de 2003, ha considerado que habrá que realizar la notificación al arrendador salvo que se pruebe que éste conocía y consentía la subrogación, por lo que en ese caso seguiría vigente el contrato de arrendamiento (53).

Pero el arrendador no está obligado a requerir a los potenciales continuadores del contrato para que manifiesten si quieren o no subrogarse en la posición del arrendatario.

Si no se produce la notificación se extinguirá el contrato de arrendamiento, por lo que no podrá producirse la subrogación, y esta falta no podrá ser subsanada *a posteriori* mediante una notificación fuera de plazo. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso previsto en el artículo 12 de la LAU para el supuesto de abandono de la vivienda arrendada por parte del arrendatario, pues la comunicación practicada por el cónyuge o conviviente que pretenda continuar con el arrendamiento se puede realizar *a posteriori*, dentro del plazo de un mes al conocimiento por parte de éste del abandono.

6. LA EXIGENCIA DE UN PRINCIPIO DE PRUEBA

El apartado tercero del artículo 16 de la LAU exige que para que se produzca la subrogación del arrendatario en el contrato, además de la exigencia de que quien pretende subrogarse debe notificárselo al arrendador, tiene que acompañar certificado registral de defunción, la identidad del subrogado indicando su parentesco con el fallecido, y ofrecer, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse.

Es decir, el que pretende subrogarse en la posición del arrendatario debe acreditar que cumple los requisitos necesarios para ello. Si se trata de convivientes de hecho, debe acreditar por cualquier medio de prueba tal convivencia. Si se trata de uno de los supuestos que el artículo 16 de la LAU requiere la existencia de una previa convivencia como mínimo de dos años, tiene que probarse que esa convivencia ha sido habitual.

Y en todos los casos debe aportarse certificación de defunción del arrendatario.

La exigencia de un principio de prueba de estas circunstancias es un tanto excesiva, pues el principio de prueba no corresponde valorarlo al arrendador,

(52) LA LEY JURIS 1553422/2003.

(53) LA LEY JURIS 1391772/2003.

sino más bien al juez, pues podría suceder que el arrendador rechazase sin más la subrogación en atención a su valoración de las pruebas presentadas en relación con la convivencia que haya tenido o no lugar. Por tanto, es más conveniente considerar que si se aporta certificación de fallecimiento y acreditación del parentesco, será suficiente para que se produzca la subrogación, sin que entre a valorar si la convivencia en los casos en los que sea requerida ha tenido lugar (54).

El principio de prueba puede aportarse a través de cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, siendo muy útil para acreditar la convivencia el certificado de empadronamiento, y para justificar el parentesco, la certificación del Registro Civil sobre el matrimonio o la filiación. Para acreditar la convivencia de hecho, servirá la certificación de los registros que existen sobre uniones de hecho en las diferentes Comunidades Autónomas.

7. PAGO DE LAS RENTAS POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El inciso final del número tercero del artículo 16 de la LAU determina que «si la extinción se produce, todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de dichos tres meses».

De esta manera, en el caso de que se produzca la extinción del contrato, todas las personas que tengan derecho a subrogarse deben pagar solidariamente las rentas correspondientes a los tres meses que disponen de plazo para ejercitar la subrogación, hasta que se determine la persona que ocupará la posición del arrendatario fallecido. Pero al respecto GUILARTE GUTIÉRREZ y LOSCERTALES han entendido que no puede aplicarse este precepto literalmente a todos los supuestos, pues la solidaridad en el pago sólo podrá exigirse cuando haya varias personas dentro del mismo grado, pero cuando sólo uno puede subrogarse no habrá solidaridad. Esto sucederá en el caso del cónyuge. Así, sólo estará obligado al pago de las rentas aquel que tenga facultad directa y preferente de subrogación, es decir, la solidaridad sólo se producirá entre quienes se encuentren en el grado superior para poder subrogarse. Así, no es coherente que uno de los posibles beneficiarios de la subrogación, con un derecho remoto, pues su derecho depende de una hipotética renuncia de los que le anteceden en la prelación, tenga que abonar el pago de esas rentas (55).

(54) Vid. más ampliamente en este sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 192.

(55) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, *Comentario...*, cit., pág. 211; GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 192.

No es necesario que el arrendador espere a que transcurran esos tres meses para poder cobrar las rentas, ya que tiene derecho a cobrar desde el fallecimiento del arrendatario a cualquiera de los que sean beneficiarios de la subrogación, salvo que renuncien a la misma. Pero si la subrogación no se produce en la relación interna por vía de regreso, como hay solidaridad entre los posibles beneficiados de la subrogación que se encuentren en el grado preferente, podrá reclamar lo que cada uno debía abonar. Asimismo, si la subrogación se produce a favor de una persona que no pagó, el que realizó el pago de las rentas no puede dirigirse al arrendador, sino frente a quien efectivamente se subroga en la posición de éste, reclamándole el pago de las rentas que ha satisfecho anteriormente (56).

El legislador sólo ha previsto el plazo de tres meses. Pero si se ocupa la vivienda más de tres meses, el arrendador puede pedir por la vía judicial el desalojo de la vivienda, quedando obligados los ocupantes de la misma a satisfacer el importe de las rentas correspondientes a todo ese período por el uso indebido del inmueble (57).

Para que una persona que tiene derecho a subrogarse en el contrato no quede obligada al pago de las rentas, deberá renunciar expresamente al ejercicio de su derecho de subrogación en el contrato mediante notificación al arrendador. Notificación que debe realizarse incluso cuando se llegue a un acuerdo por parte de los legitimados para ello en cuanto a la persona que se subrogará. Debe practicar tal notificación en el mes siguiente al fallecimiento. Pero se ha considerado que esta exigencia de comunicación constituye un gravamen desproporcionado para quien no desea subrogarse en el arrendamiento abandonando la vivienda días después del fallecimiento del arrendatario (58).

Si en el plazo de un mes todas las personas que tienen derecho a subrogarse renuncian a esta posibilidad, el legislador no ha previsto quién debe hacerse cargo del abono de la renta de ese mes. Lo lógico será que los herederos del arrendatario corran con el pago de la renta de ese mes, salvo que alguno de ellos hubiera utilizado durante ese período la vivienda, en cuyo caso el ocupante sería el obligado al pago de la merced arrendaticia.

Finalmente, en cuanto a las deudas pendientes que hubiera causado el primitivo arrendatario, no debe abonarlas la persona que se subroga en su posición, sino que como son deudas de la herencia, deben sufragarlas los herederos (59). En cuanto a la obligación de pagar las rentas que estén vencidas antes del fallecimiento y que no han sido abonadas, tanto en la LAU de 1964 como en la de 1994, el subrogante no es considerado responsable de las mismas, sino que se trata de una deuda de la herencia. No obstante, la

(56) Cfr. CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., págs. 382 y 383.

(57) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, *Comentario...*, cit., pág. 211.

(58) Así lo ha puesto de manifiesto MARTÍN CONTRERAS, *Comentario...*, cit., pág. 188.

(59) Cfr. CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 384.

falta de pago de las rentas puede originar una acción de desahucio que debe dirigirse contra la persona que continúa con el arrendamiento (60).

Pero tal y como señala muy acertadamente GUILARTE GUTIÉRREZ, para evitar que se produzca la resolución del contrato por desahucio por falta de pago promovido por el arrendador, la persona que se subroga deberá abonar las rentas pendientes, pudiendo pedir el reintegro de lo pagado a los herederos (61).

8. RECEPCIÓN POR EL ARRENDADOR DE VARIAS NOTIFICACIONES DE SUBROGACIÓN

El segundo párrafo del número tercero del artículo 16 de la LAU preceptúa que «si el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse».

Es decir, este precepto contempla la posibilidad de que el arrendador reciba varias notificaciones de personas distintas que se crean con derecho a subrogarse en la posición del arrendatario fallecido. En estos casos deben ser los Tribunales los que determinen a quién de todos ellos corresponde el derecho a subrogarse. Mientras lo resuelven, los que pretenden subrogarse quedan obligados de forma solidaria al pago de las rentas que se devenguen.

En este sentido, puesto que así lo determina el precepto, todas las personas que emiten la notificación de su voluntad de subrogarse en el contrato deben ser consideradas como deudores solidarios de las obligaciones que se deriven del contrato de arrendamiento durante todo el tiempo que mantengan su pretensión de subrogarse hasta que se determine cuál de ellos ocupará la posición del arrendatario fallecido.

Pero si uno de los que pretende subrogarse disfruta además de la vivienda arrendada, aunque el precepto nada diga al respecto, la lógica impone la consecuencia de que el ocupante de la vivienda sea el obligado al pago de las rentas hasta que se determine la persona que tiene derecho a subrogarse, aunque este ocupante no sea el que se subroga definitivamente.

No obstante, si finalmente no se produce la subrogación, el contrato queda extinguido desde el mismo momento en que se produce el óbito del arrendatario, por lo que el arrendador puede desahuciar por precario a las personas que hayan seguido ocupando la vivienda.

(60) Cfr. VERDERA SERVER, *La subrogación...*, cit., págs. 26 y 27.

(61) Cfr. en este sentido GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario...*, cit., pág. 193.

9. ACUERDO DE NO SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO

El número 4 del artículo 16 de la LAU determina que «en arrendamientos cuya duración inicial sea superior a cinco años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad».

Este apartado del precepto recoge un supuesto de extinción voluntaria del contrato de vivienda, siempre y cuando se hubiera pactado expresamente tal extinción para el caso de que se produzca el fallecimiento del arrendatario.

Se establece por tanto un pacto de no subrogación en los contratos que tengan una duración de más de cinco años, al permitirse que cuando se realice un contrato de arrendamiento superior a cinco años, se pueda pactar que pasado ese plazo mínimo, si el fallecimiento del arrendatario tiene lugar con posterioridad, no habrá derecho de subrogación para ninguna persona, produciéndose automáticamente la extinción del contrato. Sobre este particular, se ha considerado que será muy habitual que se convierta en una cláusula de estilo en los arrendamientos especialmente largos (62).

A *sensu contrario*, de este apartado del artículo 16 de la LAU se deduce que en los casos de arrendamiento de duración ordinaria no podrá excluirse por el arrendador y el arrendatario el derecho a subrogarse en el arrendamiento, es decir, no podrán acordar un pacto de no subrogación. De esta manera, resulta que en los contratos de duración de cinco años o menos, no podrá pactarse la exclusión del derecho de subrogación. Del mismo modo, en aquellos contratos que sean de duración pactada inferior a cinco años y que se hayan beneficiado de las prórrogas forzosas superando tal duración, no será admisible este pacto de subrogación, pues no debe tenerse en cuenta la duración efectiva que tenga el arrendamiento, sino la duración pactada.

En estos dos casos, si se pacta la no subrogación, sería una cláusula nula, por ser perjudicial para el arrendatario y por vulnerar el artículo 6 de la LAU, que establece lo siguiente: «son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice».

El apartado cuarto del artículo 16 de la LAU no determina el momento en que debe documentarse el pacto de no subrogación, por lo que podrá hacerse tanto en el contrato como posteriormente.

Si existe un contrato de duración superior a cinco años con una cláusula en la que se hubiera pactado la no subrogación, y el arrendatario fallece antes

(62) Cfr. HIDALGO GARCÍA, *Comentario...*, cit., pág. 207.

de haberse cumplido los cinco primeros años del contrato, se ha señalado por algún autor que éste quedará extinguido, pues a estos efectos no se tiene en cuenta la parte del contrato que se hubiera cumplido, sino tan sólo si hubo o no exclusión de la subrogación (63).

Sin embargo, considero, al igual que sucede con el artículo 11 de la LAU, que recoge un supuesto de extinción voluntaria del contrato de arrendamiento de vivienda, que para que se produzca la extinción del contrato debe tratarse de contratos con duración pactada superior a cinco años y deberán haber transcurrido al menos los cinco primeros años de duración del contrato.

10. EL ARTÍCULO 15 DE LA LAU. LA NO SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO

En el artículo 16 de la LAU tiene lugar una subrogación en el contrato de arrendamiento, mientras que en el artículo 15 surgen dudas sobre si se produce o no tal subrogación en los casos de crisis matrimonial. Este precepto establece en su primer párrafo que «en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil».

El mayor problema que plantea este precepto es que no establece una solución expresa sobre cuál será la situación jurídica en la que quede el cónyuge del arrendatario al que se le ha atribuido el uso de la vivienda arrendada. Nada se dice sobre el título que le legitima a poseer la vivienda, por lo que a simple vista no se sabe si el cónyuge atributivo se convierte en arrendatario o no. En este sentido OSSORIO SERRANO afirma que se trata de una cuestión compleja, pues el texto del artículo es ambiguo y escasamente clarificador. No obstante, se inclina acertadamente por considerar que no se produce subrogación alguna en el contrato de arrendamiento, sino que continúa siendo arrendatario el que primitivamente celebró dicho contrato (64).

La cuestión radica en determinar si el derecho de uso implica o no una transmisión *ex lege* de la titularidad arrendaticia, pues el legislador tan sólo ha señalado que el cónyuge «continuará en el uso de la vivienda arrendada». A mi modo de ver, del texto del precepto parece que no puede desprenderse que el derecho de uso de la vivienda del cónyuge asignatario lo sea en calidad de arrendatario. El precepto alude al uso de la vivienda, pero no se refiere a la titularidad arrendaticia, por lo que el cónyuge atributivo no puede subrogarse

(63) Así lo ha considerado MARTÍN CONTRERAS, *Comentario...*, cit., págs. 190 y 191.

(64) Cfr. OSSORIO SERRANO, J. M., «Comentario del artículo 15 de la LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, VV.AA.*, coordinados por LASARTE ÁLVAREZ, C., Tecnos, Madrid, 1996, págs. 433 y 434.

en la posición del arrendatario original. Si se le hubiese querido otorgar la condición de arrendatario, el legislador lo habría previsto expresamente.

No es una situación en absoluto baladí, pues quien ostente la condición jurídica de arrendatario será quien esté obligado al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Como el artículo 15 de la LAU se refiere al derecho del cónyuge no arrendatario a continuar en el uso de la vivienda, sólo se le atribuye un derecho de posesión exclusiva sobre la misma tras la separación, divorcio o nulidad matrimonial. Esta atribución es de carácter provisional, frente a la estabilidad que se deriva de la titularidad arrendaticia.

Como ya he señalado al principio del presente estudio, la LAU de 1994 prohíbe expresamente la cesión *inter vivos* del contrato de arrendamiento sin el consentimiento escrito del arrendador. Por ello, lo más conveniente es considerar que el titular del contrato de arrendamiento lo sigue siendo el cónyuge inicial, y su cónyuge o ex cónyuge no adquiere la titularidad del contrato, salvo que se produzca, en virtud del artículo 8.1 de la LAU, una cesión expresa del titular, mediando consentimiento escrito del arrendador. En estos casos sí se produciría una subrogación en el contrato a favor del cónyuge adjudicatario del uso de la vivienda (65).

A diferencia de lo que sucedía con la LAU de 1964, actualmente para la cesión se requiere consentimiento escrito, mientras que antes era necesario consentimiento expreso. La ley anterior permitía el subarriendo total, pero ahora sólo es posible el parcial. Además, antes se prohibía la cesión gratuita, y actualmente nada se dice al respecto, por lo que podrá ser tanto onerosa como gratuita.

Por tanto, en el artículo 15 de la LAU se produce un reconocimiento *ex lege* al cónyuge del arrendatario para que continúe en la vivienda arrendada por el tiempo que reste de contrato, pero sin que llegue a producirse una subrogación en el mismo.

RESUMEN

ABSTRACT

ARRENDAMIENTOS. SUBROGACIÓN

LEASES. SUBROGATION

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 permite, en su artículo 16, que una vez que se produce el fallecimiento

Article 16 of the Urban Lease Act of 1994 allows another person to take the lessee's place after the lessee's death,

(65) El tenor literal de este precepto, que lleva por rúbrica «cesión del contrato y subarriendo», señala que «el contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador. En caso de cesión, el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador». No obstante, de acuerdo con el número 2 del precepto, «la vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador».

del arrendatario, se coloque otra persona en su lugar adquiriendo todos los derechos y obligaciones que ostentaba hasta entonces el arrendatario fallecido. En estos casos, producida la subrogación, el contrato de arrendamiento continúa vigente entre el arrendador y la persona que se subroga en la posición del arrendatario.

El precepto, objeto de estudio, establece un orden prelativo de personas que tienen derecho a continuar como arrendatarios en el contrato de arrendamiento. Todas ellas son personas vinculadas de alguna manera con el arrendatario fallecido.

En el presente comentario se analizan los problemas que surgen con motivo de la subrogación en la posición del arrendatario en el contrato de arrendamiento urbano, tales como la persona que tiene derecho a subrogarse, la exigencia de que se notifique al arrendador la subrogación, el pago de las rentas si se extingue el contrato, la existencia de un acuerdo de no subrogación en el contrato, etc.

and thus to acquire all the rights and obligations held thitherto by the now-deceased lessee. In such cases, after subrogation the lease continues in force between the lessor and the person taking up the position of the lessee.

The article at issue establishes an order of precedence amongst the persons who are entitled to continue as lessees under the lease. They are all persons related somehow with the deceased lessee.

This commentary analyses the problems that arise due to subrogation in the lessee's position in an urban lease, such as the person entitled to perform subrogation, the requirement of notifying the lessor of the subrogation, the payment of rent if the lease is terminated, the existence of a non-subrogation agreement in the lease, etc.

(Trabajo recibido el 02-03-2006 y aceptado para su publicación el 11-07-2006)

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

por

ANTONIO CHAVES RIVAS
Notario de Lleida

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

SUMARIO

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

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

I. PRESENTACIÓN (1)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. EL PRECONTRATO

A) NATURALEZA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

1. *Tesis clásica*

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

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

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

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

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

(15) *Op. cit.*, pág. 85.

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

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

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

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

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

(17) *Op. cit.*, pág. 91.

(18) *Op. cit.*, pág. 92.

(19) *Op. cit.*, pág. 246.

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

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

2. Opinión patrocinada por De Castro

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

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

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

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

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

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

(22) *Op. cit.*, págs. 548 y sigs.

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

(24) *Op. cit.*, págs. 576 y 577.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(27) *Op. cit.*, pág. 572.

3. *Jurisprudencia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Posición de Chiovenda

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

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

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

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

(33) *Op. cit.*, págs. 213 y 214.

(34) *Op. cit.*, pág. 214.

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

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

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

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

(36) *Op. cit.*, págs. 217 y 218.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(42) *Op. cit.*, pág. 218, nota 8.

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

2. *Opinión de Calamandrei*

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

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

(43) *Op. cit.*, pág. 513 y sigs.

(44) *Op. cit.*, pág. 515.

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

(46) *Op. cit.*, pág. 517.

(47) *Op. cit.*, págs. 517 a 520.

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

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

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

(48) *Op. cit.*, pág. 522.

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

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

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

C) ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(58) *Op. cit.*, pág. 222.

(59) *Op. cit.*, pág. 477.

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

(61) *Op. cit.*, pág. 579.

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

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

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

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

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

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

(63) *Op. cit.*, pág. 223.

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

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

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

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

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

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

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

(66) *Op. cit.*, pág. 343.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(70) *Op. cit.*, pág. 224.

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

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

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

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

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

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

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

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

(73) *Op. cit.*, págs. 1890 y 1891.

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

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

(76) *Op. cit.*, pág. 272.

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

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

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

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

(77) *Op. cit.*, pág. 1888.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(81) *Op. cit.*, pág. 322.

(82) *Op. cit.*, pág. 2070.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. EJECUCIÓN CUANDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO ESTÁN PREDETERMINADOS

A) RESOLUCIÓN JUDICIAL O ARBITRAL FIRME

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(88) *Op. cit.*, págs. 330 y 331.

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

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

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

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

B) ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO

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

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

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

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

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

C) PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 708 DE LA LEC

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(98) *Op. cit.*, pág. 343.

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

(100) *Op. cit.*, pág. 274, nota 208.

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

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

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

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

(102) *Op. cit.*, pág. 1896.

(103) *Op. cit.*, pág. 1897.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(111) *Op. cit.*, pág. 51.

(112) *Op. cit.*, pág. 531.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(117) *Op. cit.*, pág. 101.

D) TÍTULO FORMAL

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

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

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

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

(118) *Op. cit.*, pág. 2070.

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

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

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

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

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

(121) *Op. cit.*, pág. 1898.

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

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

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

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

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

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

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

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

(125) *Op. cit.*, págs. 256 y 257.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. EJECUCIÓN CUANDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES NO ESTÁN DETERMINADOS

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

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

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

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

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

(129) *Op. cit.*, pág. 1892.

(130) *Op. cit.*, pág. 1890.

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

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

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

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

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

(131) *Op. cit.*, pág. 349.

(132) *Op. cit.*, pág. 350.

(133) *Op. cit.*, pág. 1902.

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

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

V. OTROS SUPUESTOS DE APLICACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(139) *Op. cit.*, págs. 329 y 330.

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

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

VI. CONDENA A ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA

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

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

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

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

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

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

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

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

(142) *Op. cit.*, pág. 282 y sigs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(166) Ley de 28 de mayo de 1862.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(174) *Op. cit.*, pág. 216, nota 7.

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

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

(177) *Op. cit.*, págs. 283 y 284.

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

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

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

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

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

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

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

(179) *Op. cit.*, pág. 2066.

(180) *Op. cit.*, pág. 335.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. LA TESIS DE GONZÁLEZ PALOMINO

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

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

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

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

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

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

(185) *Op. cit.*, pág. 271 y sigs.

(186) *Op. cit.*, págs. 26 y 265.

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

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

3. TESIS DE RODRÍGUEZ ADRADOS

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

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

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

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

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

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

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

D) POSICIÓN DE DE LA CÁMARA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(194) *Op. cit.*, pág. 946, nota 485.

(195) *Op. cit.*, pág. 286.

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

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

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

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

(198) *Op. cit.*, págs. 286 y 287.

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

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

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

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

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

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

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

(201) *Op. cit.*, pág. 285.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(209) *Op. cit.*, nota 234, pág. 285.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(211) *Op. cit.*, pág. 2066.

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

(213) *Op. cit.*, pág. 58, nota 11.

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

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

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

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

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

(217) *Op. cit.*, pág. 175.

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

VII. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

ABREVIATURAS UTILIZADAS

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

RESUMEN

EJECUCIÓN FORZOSA

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

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

ABSTRACT

ENFORCEMENT OF JUDGMENT

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

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

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

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

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

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

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

Aportaciones críticas al régimen de impugnación de acuerdos comunitarios

por

JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ
Profesora Adjunta
Universidad Católica San Antonio de Murcia

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. EVOLUCIÓN DEL PRECEPTO:
 1. ARTÍCULO 16, REGLA 3.^a: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS GRAVEMENTE PERJUDICIALES.
 2. ARTÍCULO 16, REGLA 4.^a: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY O A LOS ESTATUTOS.
 3. PROPUESTAS DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA.
- III. INNOVACIONES INTRODUCIDAS EN LA REDACCIÓN DEFINITIVA.
- IV. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS COMUNITARIOS.
- V. REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS:
 1. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY O A LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD.
 2. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS LESIVOS PARA LA COMUNIDAD.
 3. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS LESIVOS PARA ALGÚN PROPIETARIO.
 4. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS CON ABUSO DE DERECHO.
- VI. REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS:
 1. ASISTENCIA A LA JUNTA Y VOTO EN CONTRA.
 2. AUSENCIA DE LA JUNTA PERO CON MANIFESTACIÓN DE DISCREPANCIA.
 3. PRIVACIÓN INDEBIDA DEL DERECHO DE VOTO.
 4. PAGO O CONSIGNACIÓN DE LAS DEUDAS VENCIDAS CON LA COMUNIDAD.
- VII. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA.

VIII. EJECUTIVIDAD DE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS.
REPERTORIO JURISPRUDENCIAL.
BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Tras la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, fueron muchas e importantes las innovaciones introducidas en el régimen jurídico de esta forma especial de propiedad, innovaciones que inspiraron en su día una más que abundante y fructífera literatura jurídica. Han pasado ya varios años desde la entrada en vigor de esta Ley, se han producido incluso dos reformas legislativas posteriores, de la mano de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que vino a dar nueva configuración al procedimiento monitorio especial para la reclamación de las deudas comunitarias y de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y lo cierto es que la ya tradicional figura de la propiedad de casas por pisos sigue suscitando numerosísimos pleitos ante nuestros Tribunales y sigue dando lugar a un nutrido cuerpo de pronunciamientos jurisprudenciales, en muchos casos, encontrados.

Por todo ello, y cuando comienzan a escucharse ya algunas voces en favor de una nueva reforma, parece llegado el momento de hacer balance acerca de una materia de vital importancia para el pacífico desarrollo de la convivencia en el seno de las Comunidades de propietarios. Esta materia no es otra que el régimen jurídico previsto por esta Ley especial para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos comunitarios, y sobre la cual, misteriosamente pese a su trascendencia, guarda completo silencio la propia Exposición de Motivos de la Ley.

La Ley 8/1999 optó por regular en un artículo aparte la impugnación judicial de los acuerdos comunitarios ampliando el abanico de los que son impugnables, estableciendo mayores requisitos de legitimación activa del propietario y alargando los plazos para interponer la correspondiente demanda, según el tipo de acuerdo que constituiría su objeto.

La relevancia de la normativa que nos ocupa reside, precisamente, en que viene a articular los mecanismos de defensa que la Ley reconoce tanto al propietario individual como a aquellas minorías de propietarios que consideran que los acuerdos, pese a haber sido válidamente adoptados por la asamblea, son contrarios a la Ley o antiestatutarios o conllevan una grave lesión, ya sea para su interés particular o para los intereses de la propia Comunidad.

En el análisis de esta materia haremos, en principio, una breve referencia al régimen jurídico existente con anterioridad a la reforma de 1999 y a la

tramitación parlamentaria que culminó con la aprobación del artículo 18 LPH, tal y como hoy se encuentra redactado, llegando así al objeto específico de este estudio como es el comentario crítico del contenido de este precepto, abordando las cuestiones relativas al procedimiento procesal previsto por la LEC para la impugnación de los acuerdos comunitarios, los requisitos objetivos y subjetivos que deben concurrir para que éstos puedan ser impugnados, la caducidad de la acción y la repercusión que todo ello pueda tener sobre la ejecutividad de dichos acuerdos.

II. EVOLUCIÓN DEL PRECEPTO

1. ARTÍCULO 16, REGLA 3.^a: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS GRAVEMENTE PERJUDICIALES

En su anterior redacción disponía el artículo 16, regla 3.^a, que «*Cuando los propietarios que representen, por lo menos, la cuarta parte de las cuotas de participación estimaren gravemente perjudicial para ellos el acuerdo de la mayoría, podrán acudir al Juez para que decida sobre la procedencia del mismo, por los trámites establecidos en el número 2.º de este mismo artículo.*

La decisión del juez será ejecutiva e inapelable, sin perjuicio del derecho de las partes de promover judicialmente la acción que pudiera corresponderles» (1).

A través de este precepto se incorpora al texto de la LPH una norma protectora de los intereses de la minoría frente a las decisiones mayoritarias que fueran adoptadas persiguiendo fines individualistas o con claro abuso de derecho. No obstante, no es ésta una medida novedosa dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que el supuesto fáctico que le sirve de base encuentra su antecedente inmediato en el mismo Código Civil, concretamente en el artículo 398 al señalar que «*Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gra-*

(1) En opinión de ZANON MASDEU, L., *La propiedad de casas por pisos*, Ariel, Barcelona, 1964, pág. 531, también en la legislación societaria, en concreto, en el antiguo artículo 67 LSA, se regulaba la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas en cuanto fuesen lesivos para los intereses sociales. Hoy esta disposición aparece en el artículo 115 TRLSA, aprobado por RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre, al señalar que «*Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad*». En todo caso, el propósito perseguido por esta norma parece ser no tanto defender los fines individualistas de uno o varios accionistas que pretendan un enriquecimiento o una ventaja a consecuencia de la aprobación de un acuerdo de la Junta General de Accionistas, sino tutelar el interés social, el interés común mayoritariamente ostentado por los socios. Vid., en este sentido, GIMENO SENDRA, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, 2.^a ed., Madrid, 1985, pág. 45; GARRIGUES-URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, 1976, pág. 658.

vemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador».

Desde un punto de vista procesal, el procedimiento a través del cual debía sustanciarse y decidirse la impugnación de los acuerdos lesivos era el previsto por el párrafo 3.º de la regla 2.ª del artículo 16 LPH, es decir, el denominado «juicio de equidad».

En cuanto a la legitimación activa para solicitar la incoación de este procedimiento, prescribía el precepto que comentamos un quórum especial, al exigir que la minoría promotora representase, como mínimo, «la cuarta parte de las cuotas de participación», lo que constituía una particularidad especialmente reseñable en el conjunto de procedimientos presentados por la LPH. Además, aunque la regla 3.ª hablaba de «los propietarios» era perfectamente posible que un solo propietario fuese titular de este porcentaje con lo que, ostentando la legitimación activa, podría por sí solo impugnar acuerdos gravemente lesivos para él. Más controvertida era la cuestión relativa a la legitimación activa del usufructuario y del portavoz designado por los titulares de un proindiviso, si bien esta posibilidad fue ampliamente reconocida (2). Por último, la regla 3.ª del artículo 16 no recogía expresamente entre los requisitos subjetivos de la legitimación activa, como sí lo hacía, por otra parte, la regla 4.ª, que veremos a continuación, la disidencia del propietario pero, a pesar de esta laguna de la Ley, podemos entender que el propietario que hubiese asistido a la Junta y votado en contra del acuerdo gozaba de legitimación.

Siguiendo a la doctrina procesalista más autorizada (3) podemos sistematizar las siguientes situaciones en las que podía encontrarse el propietario: que hubiese asistido a la Junta y votado a favor del acuerdo, con lo que, en aplicación del principio general del Derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos y a pesar del silencio legal en torno a la exigencia de disidencia, no podría impugnar los acuerdos lesivos; que hubiese asistido a la Junta y votado en contra del acuerdo, admitiéndose que, aun cuando su oposición no se hubiera recogido expresamente en el acta, se encontraría facultado para la reclamación judicial; que hubiese asistido a la Junta y se hubiese abstenido de votar, abstención que no suponiendo ni asentimiento ni disenso debía interpretarse como una reserva del ejercicio de la acción impugnatoria y, por último, que no asistiese a la Junta, reconociéndose al propietario ausente, por aplicación analógica del artículo 16, regla 4.ª, la posibilidad de ejercitar su acción dentro del plazo de caducidad de un mes, a contar desde la notificación.

(2) Cfr. TOMÉ PAULE, J., «Régimen procesal de la Propiedad Horizontal», en *RDProc.*, 1965, pág. 83. PERÉ RALUY, J., «El procedimiento especial sumario de la Ley de Propiedad Horizontal», en *RGD*, 1962, pág. 913. DE LA OLIVA SANTOS, *Lecciones de Derecho Procesal*, 1987, V, Barcelona, 1987, pág. 120. MUÑOZ GONZÁLEZ, L., *Protección judicial de la propiedad horizontal*, Montecorvo, Madrid, 1988, pág. 103.

(3) Cfr. MUÑOZ GONZÁLEZ, L., *op. cit.*, 1988, pág. 103.

2. ARTÍCULO 16, REGLA 4.^a: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS CONTRARIOS
A LA LEY O A LOS ESTATUTOS

Disponía el antiguo artículo 16, regla 4.^a, que *«Los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos serán impugnables ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes, pero el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el Juez ordene la suspensión»*.

La acción deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne».

La finalidad pretendida con el procedimiento judicial referenciado en este precepto no era otra que lograr del órgano jurisdiccional competente la declaración de nulidad o de modificación de aquellos acuerdos que habiendo sido adoptados por la Junta de Propietarios implicasen una vulneración del contenido de cualquiera de los preceptos imperativos de la Ley o una infracción de alguna de las disposiciones estatutarias aprobadas por dichos propietarios.

Al igual que ocurría con el precepto comentado bajo el subepígrafe anterior, la respuesta dada por el artículo 16 en su regla 4.^a a los acuerdos ilegales o antiestatutarios encontraba también algunos antecedentes en nuestro Ordenamiento Jurídico. En concreto, apunta la doctrina (4) los paralelismos relativos a la finalidad y legitimación que existen entre el procedimiento especial de impugnación que regulaba el antiguo artículo 67 LSA y el proceso contemplado por el artículo 16, regla 4.^a LPH.

Por lo que se refiere al Derecho extranjero, el artículo 16, regla 4.^a presenta una redacción prácticamente idéntica a la del artículo 1.137 del Código Civil italiano de 1942, al señalar este precepto que *«Los acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios, según las normas contenidas en los artículos precedentes, son obligatorios para todos los condóminos. Contra los acuerdos contrarios a la ley o al reglamento de propiedad, cualquier propietario disidente puede recurrir a la autoridad judicial, sin que el recurso suspenda la ejecución el acuerdo salvo que la suspensión sea ordenada por la misma autoridad judicial. La acción deberá ejercitarse, bajo pena de caducidad, dentro de treinta días, que empezarán a contarse desde la fecha del acuerdo para los disidentes y desde la fecha de la notificación para los ausentes»*.

Desde un punto de vista procesal, el procedimiento articulado para la impugnación de los acuerdos ilegales o antiestatutarios era, y así lo ratificaba el sentir doctrinal mayoritario (5), el proceso contencioso declarativo ordinario que correspondiese según la cuantía objeto del acuerdo impugnado.

(4) Así lo reconoce FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 345; «Examen del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *ADC*, 1979, pág. 798.

(5) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1971, pág. 1038, y «Examen del artículo 16...», *op. cit.*, pág. 798. FUENTES

Más complejidad presentaba la cuestión relativa a la legitimación activa que debía reconocerse para la impugnación de acuerdos, pudiéndose distinguir un doble régimen según se tratase de acuerdos radicalmente nulos o anulables (6). Así, tratándose de acuerdos radicalmente nulos, por ser contrarios a cualquier norma imperativa del Ordenamiento Jurídico distinta de la LPH o a la moral o al orden público, la legitimación activa correspondía a cualquier persona que fuese titular de un interés legítimo en la impugnación, aunque no fuese propietario. Este tercero interesado podría, mediante el ejercicio de la oportuna acción judicial, destruir la apariencia de validez que presentaba el acuerdo impugnado que, por ser nulo *ab initio*, no podía ser objeto de confirmación ni de prescripción por el transcurso del tiempo.

En cambio, si de acuerdos anulables se tratase, por ser contrarios a la LPH o a los Estatutos, la legitimación activa para el ejercicio de la correspondiente acción de anulabilidad se circunscribía, según la dicción literal del precepto, a «*cualquiera de los propietarios disidentes*», quienes si dejaban transcurrir el plazo de treinta días señalado por el precepto para impugnar el acuerdo daban lugar a la inatacabilidad del mismo.

3. PROPUESTAS DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

Durante su tramitación parlamentaria, el originario artículo 16 LPH que, finalmente y tras la adaptación sufrida como consecuencia de las numerosas reformas experimentadas por la numeración del articulado del texto legal, quedó convertido en el vigente artículo 18, fue objeto de interesantes reajustes en su contenido, hasta alcanzar la redacción actual.

Dentro de las modificaciones sustantivas que se proponían en el articulado de la vigente Ley 49/1960, la Ponencia encargada de redactar el Informe, *BOCG*, 20 de noviembre de 1998, sugería, para la redacción de las reglas 3.^a y 4.^a del artículo 16 LPH, la adopción de una fórmula transaccional

LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1978, pág. 1031. ZANON MASDEU, L., *op. cit.*, 1964, pág. 535. BARONA VILAR, S., «El proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos en materia de propiedad horizontal», en *Justicia*, IV, 1985, pág. 827. ARAGONESES, P., «Reglas para determinar el proceso aplicable en materia de propiedad horizontal», en *Pretor*, núm. 22, julio-agosto, 1964, pág. 487. PECES-BARBA DEL BRÍO, G., *Propiedad Horizontal. Legislación española*, Madrid, 1965.

(6) En este sentido, COCA PAYERAS, «Comentario a la STS de 14 de febrero de 1986», en *CCJC*, núm. 10, 1986, págs. 3479 y sigs. Vid. también los distintos posicionamientos de la doctrina jurisprudencial del TS recogidos por SEISDEDOS MUIÑO, «Propiedad horizontal: ¿son nulos o anulables los acuerdos *contra legem*?», en *Colección jurisprudencia práctica*, Tecnos, núm. 50, 1993, cuyos criterios vuelve a manifestar en el «Comentario a la STS de 26 de junio de 1993», en *CCJC*, 1994, págs. 39 y sigs. Recoge otras propuestas, SERRANO GARCÍA, «Comentario a la STS de 29 de octubre de 1993», en *CCJC*, 1994, págs. 123 y sigs.

entre las diferentes Propositiones de Ley iniciales (7), así como la incorporación de una medida absolutamente novedosa: la limitación en el derecho a impugnar los acuerdos de la Junta de Propietarios por parte de aquellos que no se encontrasen al corriente en su obligación de contribuir a los gastos generales de la Comunidad. Alegando razones técnico-legislativas, la Ponencia propone igualmente a la Comisión desglosar el artículo 16 en dos, separando las reglas relativas a la adopción de acuerdos (reglas 1.^a, 2.^a y 3.^a) de las referentes a su impugnación (4.^a y 5.^a), realizando para ello las adaptaciones pertinentes en la numeración del articulado.

La Comisión de Justicia e Interior, *BOCG*, 3 de diciembre de 1998, a la vista del Informe emitido por la Ponencia, aprobó con Competencia Legislativa Plena el texto de la Proposición de Ley de Reforma de la Ley 49/1960. En este texto la materia relativa a la impugnación de acuerdos pasa a constituir el contenido del nuevo artículo 18 LPH. Durante esta fase de la tramitación parlamentaria se dotó a los párrafos 1.º, 2.º, y 4.º del artículo 18 de la redacción con la que cuentan hoy en día, de tal modo que sólo el párrafo 3.º sería modificado posteriormente.

El texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, *BOCG*, Senado, de 11 de diciembre de 1998, fue remitido al Senado para la presentación de enmiendas, fase en la que sólo el Grupo Parlamentario Popular propuso la modificación del texto del artículo 18, presentando tres enmiendas, *BOCG*, Senado, 8 de enero de 1999. En la primera de ellas, enmienda número 36, se proponía, invocando una mejora técnica, una nueva redacción para el párrafo 2.º en la que se hiciese referencia a «...los acuerdos de la Junta relativos al nacimiento, modificación o extinción de las deudas impagadas, así como el establecimiento o alteración de las cuotas de participación entre los propietarios a que se refiere el artículo 9». En la enmienda número 37, alegando el carácter insuficiente del plazo de caducidad de tres meses para la acción de impugnación de los actos contrarios a la Ley o a los estatutos, se proponía una modificación del párrafo 3.º en el sentido de que «La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de Propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la Ley o a los Estatutos en cuyo caso la acción caducará al año. Para.../...». Por último, la enmienda número 38 proponía la incorporación de un nuevo supuesto de impugnación para el caso de que el acta no se correspondiese con lo acordado en la Junta.

(7) Proposición de Ley sobre reclamación de deudas comunitarias (núm. expte. 120/2) («*BOCG*. Congreso de los Diputados», serie B, núm. 83-1, de 8 de febrero de 1997); Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (núm. expte. 122/62) («*BOCG*. Congreso de los Diputados», serie B, núm. 62-1, de 3 de febrero de 1997), y Proposición de Ley sobre modificación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (núm. expte. 122/63) («*BOCG*. Congreso de los Diputados», serie B, núm. 80-1, de 17 de febrero de 1997).

En concreto, se proponía que el artículo 18 quedase redactado en los siguientes términos: «1. Los acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los Tribunales, de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, en los siguientes supuestos: d) Cuando lo expresado en el acta no se correspondiere con lo realmente aprobado por la Junta.

2. Estarán legitimados para la impugnación de los acuerdos de la Junta, en el supuesto d) anterior, todos los propietarios, y en los restantes supuestos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de... (resto del párrafo no se modifica).

3. La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo de la Junta de Propietarios. Para los propietarios, a quienes hubiere de notificarse el acta, dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9».

Finalmente, durante la fase de elaboración del Informe que la Ponencia, BOCG, Senado, 19 de febrero de 1999, elevó a la Comisión de Justicia, los ponentes del Grupo Parlamentario Popular retiraron formalmente las enmiendas números 36 y 38. La enmienda número 37 se aprobó por mayoría, incorporándose a la redacción definitiva del artículo 18; el resto del texto se mantuvo tal y como fue remitido por el Congreso de los Diputados al Senado.

III. INNOVACIONES INTRODUCIDAS EN LA REDACCIÓN DEFINITIVA

Siguiendo el mismo orden sistemático que el precepto en su redacción definitiva mencionaremos someramente las principales innovaciones incorporadas al mismo, que serán objeto de comentario más detenido a lo largo de estas páginas.

La primera novedad consiste en someter a un único régimen procesal todo tipo de acuerdos cuya impugnación se pretenda, sean contrarios a la Ley o a los estatutos, sean lesivos para los intereses de algún propietario o de la Comunidad o se hayan adoptado con abuso de derecho, con la consiguiente desaparición del sistema de equidad previsto para los acuerdos gravemente perjudiciales.

Se mantiene la impugnabilidad de los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos pero, respecto de los acuerdos lesivos, se suprime la exigencia de que el acuerdo sea gravemente perjudicial para los propietarios que representen, por lo menos, la cuarta parte de las cuotas de participación, bastando que sea perjudicial para uno sólo que no tenga obligación jurídica de soportarlo o que resulte gravemente lesivo para los intereses de la propia Comunidad.

Respecto a la legitimación activa se sigue reconociendo a los ausentes y a los disidentes, si bien a estos últimos se les exige además que hayan sal-

vado su voto. Como novedad se priva de la legitimación para impugnar al propietario que no se encuentre al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la Comunidad, salvo que haya procedido a la consignación judicial de las cantidades adeudadas.

Suprimiéndose las acciones de nulidad imprescriptibles, se someten todos los acuerdos impugnables a plazos de caducidad más o menos extensos, distinguiéndose a estos efectos entre el plazo de un año para los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos, y el de tres meses para todos los demás acuerdos. Se incorporan, además, reglas para su cómputo.

La ejecutividad de los acuerdos opera desde el cierre del acta y la impugnación de los mismos no supone suspender esta ejecutividad, salvo que el Juez, a quien expresamente se le reconoce esta facultad, así lo acuerde.

IV. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS COMUNITARIOS

Llegamos, tras este estudio previo del iter normativo, a la actual redacción del artículo 18 LPH, que en lo relativo al procedimiento judicial pertinente para la impugnación, suprime la aplicación del sistema de equidad contemplado por el anterior artículo 16, regla 3.^a y lleva a cabo la unificación del régimen procesal a través del cual deba procederse a la tramitación de la acción impugnatoria, disponiendo que *«Los acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los tribunales, de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general...»*. Ha sido, pues, voluntad del legislador no contribuir, al menos en este concreto tema, al fenómeno de la proliferación de normas generadoras de especialidades procesales, por lo que se remite, en cuanto al procedimiento, a lo establecido en la legislación procesal general, es decir, la LEC.

Ante todo advertir que toda impugnación debe ser entendida como impugnación judicial, es decir, obtenida mediante el ejercicio de la acción correspondiente ante los Tribunales, de tal modo que carece completamente de eficacia jurídica cualquier manifestación verbal o escrita de los propietarios, se realice en el mismo momento de celebración de la Junta o en otro momento posterior, como la recepción del Acta (8). No cabe, pues, ejercicio extrajudicial del derecho de impugnación.

En concreto y por sumisión al Derecho Procesal común resulta de aplicación el artículo 249.1.8.^a LEC conforme al cual: *«Se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: ...las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que*

(8) Compartimos así la opinión de LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad horizontal. Comunidades y urbanizaciones», en *SEPIN*, 2005, pág. 274.

no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda». Supone ello que la impugnación de acuerdos comunitarios deberá sustanciarse por los trámites del proceso declarativo que corresponda según su cuantía, de modo que tratándose de cuestiones de cuantía inestimada (9), deberá someterse al juicio declarativo ordinario (10).

Abundando en lo anterior, el artículo 249 LEC contempla dos tipos de criterios para determinar el ámbito de aplicación del juicio ordinario: el cri-

(9) En un trabajo anterior, en concreto, DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a: *La morosidad en la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 230, se expone como antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, se acudía a los artículos reguladores de la determinación del juicio declarativo ordinario, siendo el juicio adecuado el correspondiente a la cuantía y en caso de cuantía inestimable, el juicio de menor cuantía. Vid., en este sentido, GARCÍA GIL, *La propiedad horizontal*, Dilex, 1999, pág. 197; SAN ROMÁN HERNÁNDEZ, J. I., «Procesos en materia de propiedad horizontal», en *La Ley*, 1982-4, págs. 513 y sigs.; SEOANE PRADO, F. J., «La nueva Ley de Propiedad Horizontal. Los procesos judiciales», en *Revista SEPIN, PH*, noviembre, 1999, núm. 197-B. También SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 1994 (AC 1995, 80).

Sobre el carácter inestimable de la cuantía destacamos la STS de 24 de julio de 1997 (RJ 1997/ 5767), según la cual: «Es cierto que la impugnación de un acuerdo que debió reunir la unanimidad de los copropietarios, según exige la norma 1.^a del artículo 16 LPH, al no existir un especial pronunciamiento en este caso sobre el proceso a tramitar, ha de seguirse el juicio declarativo que por la cuantía corresponda y así lo tiene declarado la jurisprudencia, pero nunca ha dicho que la cuantía se determine por el importe de las obras que, si se obtuviere el acuerdo, se podrían realizar pues ello podría dejarle en indefensión, ante el temor de perder el pleito y pechar con unas costas cuyo importe no pudiese satisfacer. Tampoco puede aplicarse a estos casos la regla 12 del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la demanda no tiene por objeto una prestación de hacer, ni una prestación personalísima o que consista en un no hacer, para lo que habría de tenerse en cuenta el importe de los daños y perjuicios, pero partiendo siempre de una obligación ya constituida, ya creada, que es lo contemplado por la expresada regla. Lo realmente querido en la demanda es manifestar la discrepancia e impedir quedar vinculados por el acuerdo tomado por el resto de los comuneros, impedir la caducidad y con ello que el acuerdo se tenga por unánime y alcance validez jurídica, con lo que ciertamente se imposibilita la obra controvertida, pero sin que a la pretensión de cuantía inestimable por solicitarse del órgano jurisdiccional un pronunciamiento estrictamente jurídico, sin valor económico en sí mismo considerado, pueda asignársele, tal como con pleno acierto afirma la Audiencia, la cuantía del costo de la construcción de la obra. Y es por cuanto antecede que el artículo 484.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que se decidirá en juicio de menor cuantía «las demandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse ni aun de forma relativa por las reglas que se establecen en el artículo 489», cuya regla 12 contempla las vicisitudes de una obligación ya nacida, la valoración del cumplimiento o incumplimiento de la prestación, pero no el que se trate de evitar el «acto conjunto» (gesamtakten, ver sentencia de 3 marzo de 1986 [RJ 1986/1096]) del que pudiera nacer la obligación de tolerar las obras o de realizarlas; no cabe, pues, ni interpretación *a sensu contrario*, ni interpretación integradora de voluntades, ni aplicación analógica para supuestos previstos en la Ley: la cuantía es inestimable, no puede determinarse ni aun de forma relativa y, consiguientemente, el procedimiento a seguir era el de menor cuantía».

(10) Cfr. CARRASCO PÉRRERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*, Dilex, 3.^a ed., 2000, pág. 563.

terio cualitativo y el cuantitativo. De conformidad con el primero de estos criterios, las relaciones jurídicas materiales previstas en su número primero han de dilucidarse siempre a través de las normas del juicio ordinario, siendo indiferente que el valor del bien litigioso no exceda de la cuantía establecida por el número segundo. Y el criterio seguido por el legislador para encuadrar dichas relaciones jurídicas en el juicio ordinario es doble: de un lado, el de su relevancia y, de otro, el de su complejidad. Con base en este segundo, las demandas sobre materias relativas a la propiedad horizontal, excepto las reclamaciones de cantidad que se tramitan por el procedimiento monitorio especial previsto en los artículos 21 LPH y 812 y siguientes LEC, se ventilarán siempre a través del juicio ordinario.

En cuanto a las personas que ostentan la legitimación activa en este procedimiento, y dejando para un análisis posterior los requisitos subjetivos que en ellas deben concurrir, cabe afirmar que el derecho a impugnar los acuerdos comunitarios es un derecho que corresponde a todo propietario de manera individual y que por ello debe ejercitar exclusivamente para la protección de sus intereses individuales, resultando irrelevante que como consecuencia de la acción ejercitada para la satisfacción de sus intereses se produzca un beneficio para los intereses corporativos generales. Sólo el propietario ostenta, de manera indisociable a su cualidad de tal, esta legitimación activa.

Para el caso concreto en que el piso o local pertenezca *pro indiviso* a varios propietarios, podemos entender que la postura adoptada por el representante vincula a los demás condóminos de tal modo que si aquél hubiere votado a favor del acuerdo, éstos no podrán ser considerados disidentes y si aquél hubiese votado en contra o no hubiese asistido a la Junta, entonces todos los demás se considerarán legitimados para impugnar. Si de la legitimación activa del cónyuge no titular se trata, dice la STS de 4 de octubre de 1999 (11): que «los gastos de la comunidad en propiedad horizontal de la que forma parte el piso (no ganancial, sino privativo) de..., son a cargo de la comunidad de gananciales, en aplicación del artículo 1.362, número 3.º del vigente Código Civil y la administración de tales cargas, disponiendo a tal fin de dinero ganancial, corresponde a ambos cónyuges, aplicando los artículos 1.375 y siguientes. Por lo que la demanda, en el presente proceso está formulada correctamente por el esposo, constando en autos el consentimiento tácito de la esposa con su actuación procesal y su no oposición a lo largo del dilatado tiempo de duración del proceso» (12).

(11) (RJ 1999, 7851).

(12) Vid. SAT de Oviedo, de 30 de noviembre de 1988 (RGD 1989, 3350). Cfr. DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a, «La vivienda familiar en régimen de propiedad horizontal: responsabilidad de los cónyuges ante los gastos comunitarios», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED-IDADFE-El Derecho, 2005.

En cuanto a la posibilidad de que el poseedor no propietario pueda ejercitar la acción impugnatoria, cabe afirmar que si el propietario tiene la obligación legal de procurarle la posesión pacífica de la vivienda o local, ningún acuerdo de la Junta podrá perjudicarle en el uso del inmueble o imponerle nuevas obligaciones no contempladas en el contrato originario pues, en ese caso, si bien carecerá de acción para impugnar el acuerdo de la asamblea del que se deriva su perjuicio, nada le impedirá que pueda exigir responsabilidades del titular dominical. Por el contrario, cuando el propietario no tenga obligación de procurarle la pacífica posesión de la cosa, el poseedor ostentará directamente el derecho a impugnar el acuerdo lesivo para sus intereses. Y es que en aquellos casos en que el usufructuario tenga derecho de asistencia y voto a las Juntas parece que también deberán corresponderle todas las facultades inherentes a este derecho, en especial si ha asistido a las Juntas con la autorización expresa del nudo propietario, extremo éste que deberá acreditar. En contra, sin embargo, se pronuncia la SAP de Barcelona, de 14 de marzo de 2003 (13), cuando expone que «el usufructuario de un piso o local en régimen de propiedad horizontal no está legitimado para solicitar la nulidad de los acuerdos comunitarios, por cuanto aunque pueda asistir a las Juntas en representación del nudo propietario no puede después impugnar los acuerdos, facultad que reserva la ley a los propietarios».

Carece de legitimación para solicitar la nulidad de sus propios acuerdos la Comunidad de Propietarios (14), al margen de que pueda revocarlos. La posición orgánica del Presidente o del Administrador no les legitima para impugnar los acuerdos comunitarios, salvo que actúen como propietarios en defensa de sus intereses particulares. En consecuencia, el Presidente de la Comunidad, en cuanto actúe exclusivamente como representante de los intereses colectivos, carece de dicha legitimación.

Por lo que se refiere a la legitimación activa que pueda corresponder a terceros interesados, baste recordar (15) que sólo las personas legitimadas por el artículo 18.2 y en el plazo del artículo 18.3 pueden obtener una sentencia constitutiva de nulidad de un acuerdo comunitario, es decir, una sentencia en la que el acuerdo sea declarado nulo frente a todos, con efectos de cosa juzgada oponible incluso frente a quienes no hubiesen litigado. En otro caso, los interesados en obtener una declaración de nulidad del acuerdo sólo pueden pretenderlo si el acuerdo está incurso en causa de nulidad radical no subsanable ni convalidable, de modo que la sentencia esti-

(13) (RJ JUR 2003, 197607).

(14) STS de 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10493).

(15) Ya se hizo mención de esta materia en DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a, *op. cit.*, 2004, pág. 148, siguiendo a CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 18», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coord.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 568.

matoria no tendría más eficacia que la simple declaración de inoponibilidad del acuerdo (16).

Pasando ya al tema relativo a la legitimación pasiva en las impugnaciones de acuerdos, señala la STS de 20 de mayo de 1995, que «basta citar a la comunidad de propietarios en cuya representación comparece el presidente, y no es obligado demandar a todos los comuneros cuando lo que se impugna es un acuerdo». Por tanto, los demás propietarios podrán acudir al proceso con carácter voluntario para defender la validez del acuerdo y sin que por ello se constituyan como partes, pero la legitimación pasiva corresponde al Presidente, al margen de cuál haya sido su pronunciamiento acerca del acuerdo o su voto en la Junta. Por ello la sentencia dictada frente al Presidente tendrá efecto de cosa juzgada ante los demás condóminos.

En el caso concreto de que sea el Presidente el propietario que ejercita la acción impugnatoria y por tanto resulte inaplicable el artículo 13.3 LPH, la Comunidad de propietarios recupera su cualidad de grupo plural sin subjetividad jurídica y careciendo de la posibilidad de actuar como una unidad de imputación de efectos jurídicos, debe hacerlo a través de todos los propietarios que deberán ser demandados a tales efectos (17). Deberán ser demandados todos, al margen del sentido de su voto, pues el acuerdo, una vez adoptado, resulta imputable al grupo.

Se exceptúa el caso en que la sentencia de nulidad del acuerdo surta sus efectos sobre la propiedad o sobre la esfera privativa de alguno de los condueños en cuyo caso deberá ser necesariamente demandado. En este sentido se pronuncia la STS de 30 de noviembre de 1988 (18) cuando dice que «es evidente que la servidumbre, cuya realización efectiva se pretende en este procedimiento, exige la llamada al mismo de todos los condóminos, siendo insuficiente la demanda dirigida contra la Comunidad que polariza así los derechos recayentes sobre los elementos comunes, pero en forma alguna puede sustituir o suplir los derechos individuales de cada propietario ni en lo concerniente a su derecho de propiedad singular y menos aún en lo atinente a su derecho «político» de concurrir a la alteración eventual del primitivo estatuto regimetal comunitario, que requiere su audiencia y su voto por ser precisa nada menos que la unanimidad a tenor de los artículos 5-2 y 16-1.º de la Ley Especial, por lo que es defectuosa la pretensión de estar legitimada pasivamente la Comunidad como tal y en cambio es correcta la doctrina mantenida por el Juzgador de segundo grado, por cuya razón el motivo fracasa».

(16) Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, *Representación de la comunidad de propietarios y legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Barcelona, 1997.

(17) Cfr. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 18», *op. cit.*, 2002, pág. 630.

(18) (RJ 1988, 8728).

V. REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

1. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY O A LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD

Son muchos los que al hablar de la impugnación de los acuerdos comunitarios se centran exclusivamente en recordar los requisitos que deben concurrir en la persona del propietario para poder impugnar, exigiéndole que haya votado en contra del acuerdo, que hubiese estado ausente de la Junta o que hubiese sido indebidamente privado de su derecho de voto. Parecen, sin embargo, olvidar que la impugnación necesita una serie de causas objetivas, que no cabe la impugnación por cualquier motivo o por simple desacuerdo con la decisión que adoptó la mayoría. Y parecen olvidar que el legislador se ha preocupado por proporcionarnos de manera tasada aquellos requisitos objetivos que necesariamente deben concurrir para que la impugnación esté bien planteada (19). Deben darse, pues, las circunstancias expresamente contempladas por el precepto jurídico. En todo caso, y puesto que la norma no establece ninguna distinción, objeto de impugnación, puede ser cualquier acuerdo comunitario, con independencia de su contenido y de la forma de su adopción, por unanimidad o por mayoría (20).

El primero de estos requisitos objetivos legalmente exigidos para la impugnabilidad es que se trate de acuerdos «*contrarios a la ley o a los estatutos de la Comunidad de propietarios*», como así lo dispone el artículo 18.1.a) LPH, en una clara evocación a la legislación de sociedades mercantiles inspiradora de esta reforma y más concretamente en paralelo con el artículo 116 LSA.

Se mantiene, pues, intacta la referencia legal a la impugnabilidad de los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos que siguen además sujetos a la convalidación por el transcurso del tiempo, aunque ahora el plazo sea más amplio, pero parece producirse una unificación por omisión o silencio de la norma del régimen de estos acuerdos ilegales o antiestatutarios con el régimen de los acuerdos contrarios a ley imperativa u orden público.

No obstante, algunos autores (21) venían ya esgrimiendo sus argumentos inspirados en la jurisprudencia (22) para afirmar que junto a la acción de im-

(19) En concreto, dice HERNANZ CANO, L., *Las Comunidades de Propiedad Urbana*, Colex, 1999, pág. 212, que el catálogo de supuestos de impugnación es tan amplio que se ha considerado que todos los acuerdos son susceptibles de impugnación, aunque la parte que lo impugne ha de hacerlo en consideración a estimar concurrente alguna de las causas legales de tal impugnación.

(20) Cfr. GARCÍA GIL, *op. cit.*, 1999, pág. 194.

(21) Así, COCA PAYERAS, M., «Comentario a la STS de 14 de febrero de 1986», *op. cit.*, 1986, págs. 3479 y sigs.

(22) STS de 18 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984, 6135).

pugnación de los acuerdos prevista por la LPH con un plazo de caducidad perentorio y una legitimación restringida, se admitía una acción de nulidad radical no convalidable por el transcurso del tiempo. Así se consideraban acuerdos anulables todos aquellos que contravinieran la LPH o los estatutos de la Comunidad, mientras que se estimaba como causa de nulidad radical la contravención a una norma imperativa distinta de la LPH, salvo que aquélla dispusiera un efecto distinto para el caso de contravención. Lo cierto es que, pese a la innegable existencia de otros fundamentos formales para las decisiones judiciales (23), y pese al marcado carácter imperativo de una buena parte de la LPH, hoy en día se va consolidando como dominante esta línea jurisprudencial, entre otras razones porque su finalidad principal se dirige a reducir de manera progresiva el ámbito de aplicación de las nulidades radicales.

Particular mención merece la STS de 26 de junio de 1993 (24), que viene a resumir las posturas contradictorias mantenidas por el TS al respecto y compendia el desconcierto existente en este punto; así, una línea jurisprudencial sostiene, sobre la base del carácter imperativo de los artículos 12 a 17 LPH, que los acuerdos que contravengan tales normas se pueden impugnar sin la limitación del plazo de caducidad de treinta días previsto en el artículo 16. Otra, en cambio, reconoce la necesidad de distinguir entre unos acuerdos cuya ilegalidad conlleva la posible impugnación, con una acción que caduca a los treinta días, y otros que comportan la nulidad radical o absoluta sin posibilidad alguna de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad; dentro de esta corriente jurisprudencial se incardinarían en el primer grupo aquellos acuerdos cuya ilegalidad venga determinada por cualquier infracción de alguno de los preceptos de la LPH o de los estatutos de la Comunidad, y, en el segundo, aquellos acuerdos que, por infringir cualquier otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude a la ley, deban ser conceptuados como nulos de pleno derecho conforme al párrafo 3.º del artículo 6 del Código Civil, y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. Esta postura, según la sentencia que comentamos, es la más correcta y ajustada a cuanto preceptúan los artículos 6.3 del Código Civil y 16.4 LPH, pues lo contrario supondría dejar vacía de contenido la acción impugnatoria que preconiza el párrafo 2.º de la indicada regla 4.ª, acción que se acomoda, por otro lado, a la salvedad que ofrece el número 3 del referido artículo 6 para los supuestos en que en las normas imperativas y prohibitivas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

(23) Resultan interesantes las fundamentaciones que estructura CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 18», *op. cit.*, 2002, págs. 582 y sigs.

(24) (RJ 1993, 4789). Vid. SEISDEDOS MUÑO, *op. cit.*, 1994, págs. 44 y sigs.

No obstante, este posicionamiento jurisprudencial gozaría de una importante excepción en el caso de aquellos acuerdos que siendo contrarios a la LPH o a los Estatutos de la Comunidad resulten igualmente atentatorios a la moral, al orden público o realizados en fraude de ley, aplicándose entonces como sanción la nulidad radical.

Tras la reforma de 1999, el legislador omitió cualquier tipo de pronunciamiento expreso acerca de la causa material de la ineficacia de los acuerdos, no determinó si la razón de la impugnación era un vicio de nulidad o de otra naturaleza. Nos encontramos, pues, ante acuerdos ilegales pero susceptibles, según resulta de la lectura completa del precepto, de sanación por efecto de la caducidad sobrevenida de la acción impugnatoria. Se hace necesario, por tanto, distinguir entre aquellos acuerdos tachados de ilegales, pero que son susceptibles de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad del actual artículo 18 LPH y aquellos otros que por su peculiar naturaleza carecen de esta posibilidad de convalidación por el transcurso del tiempo. Entre los primeros deben ser incluidos los contrarios a la Ley especial y a los estatutos comunitarios, impugnables y provisionalmente ejecutivos, y entre los segundos a aquellos que por violar alguna otra ley imperativa o prohibitiva o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de Ley, merezcan la consideración de nulos de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código Civil (25).

Es copiosa la jurisprudencia (26) que viene a ratificar la mera anulabilidad de los acuerdos contrarios a la LPH o a los estatutos y no su nulidad de pleno derecho. Por ello cuando se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de la propiedad horizontal, para enervar acuerdos se requiere haberlos impugnados dentro del plazo de un año conforme previene el artículo 18 LPH y aún así el acuerdo tiene carácter provisionalmente ejecutivo, salvo que judicialmente se ordene la suspensión.

En otro orden, sin embargo, deben ser situados aquellos acuerdos que por infringir cualquiera otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido con efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados como nulos de pleno derecho conforme al párrafo 3.º del artículo 6 del Código Civil y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. Y es que, como dispone el TS en sentencias recientes (27), los actos

(25) En tal sentido, la SAP de Córdoba, de 9 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/235756).

(26) Entre otras, SSTs de 26 de junio de 1982 (*RJ* 1982/3443), 4 de abril de 1984 (*RJ* 1984/1928), 2 de abril de 1990 (*RJ* 1990/2686), 28 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991/8511), 10 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/1914) y 22 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4275).

(27) SSTs de 2 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 6863), 28 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 7205), 7 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 4152) y 7 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7316).

contrarios a la Ley son nulos, «salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», que es precisamente lo que hacía la regla 4.^a del antiguo y aplicable al caso artículo 16, determinando la necesidad de impugnar contra las posibles infracciones de la Ley o los estatutos, pues en otro caso sería tanto como dejar ocioso el precepto legal.

Con todo ello el TS, como así lo ponen de manifiesto distintos pronunciamientos (28), ha querido propugnar un criterio flexible en armonía con las directrices de la LPH, entre ellas el logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad, destacando además cómo determinadas sentencias de esta Sala son representativas de ese criterio al acudir a una interpretación sociológica (29) o a la doctrina de los actos de emulación (30).

En suma, y como acertadamente ha apuntado la doctrina, el legislador, con buen criterio, viene a obviar el efecto prevenido en el artículo 6.3 del Código Civil, «con el fin de agilizar la *seguridad jurídica* del tráfico ordinario de la Comunidad, evitándole en estos supuestos que gravite sobre la eficacia del acuerdo un plazo de confirmación excesivamente extenso en el tiempo a consecuencia de una equiparación que no tiene porqué padecer» (31).

En cuanto a la impugnación de los acuerdos contrarios a los estatutos, estima la doctrina (32) que, por la finalidad de la acción impugnatoria, el término estatutos engloba el título constitutivo, los estatutos propiamente dichos e incluso el reglamento de régimen interior (33).

En definitiva y a modo de enjuiciamiento crítico de esta medida digamos que, aunque el plazo de caducidad de la acción de impugnación se haya ampliado hasta un año en el caso de acuerdos contrarios a la LPH o a los estatutos

No podemos, sin embargo, desconocer la existencia de otras sentencias de este mismo Tribunal, como las de 4 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7851) y 14 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001, 9356), en las que se declara la nulidad radical de los acuerdos comunitarios contrarios al título constitutivo, no convalidables por su no impugnación. Recoge esta última sentencia como «Un acuerdo de la Junta de Propietarios que es radicalmente nulo, no queda sometido para su impugnación al plazo de caducidad que para el ejercicio de la acción impugnatoria establece el artículo 16 de la LPH».

(28) STS de 5 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3990); STS de 7 de marzo de 2002 (*RJ* 2002/4152).

(29) STS de 13 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6435).

(30) SSTs de 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/2187) y 14 de julio de 1992 (*RJ* 1992/6293).

(31) Son palabras de SOLER PASCUAL, L. A., *Estudio y análisis de los artículos 5, 8, 12, 18 y 20 de la LPH*, Jornada de estudio sobre la Ley de Propiedad Horizontal, Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas de España, Madrid, 2005.

(32) Cfr. FUENTES LOJO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 623. Vid. STS de 3 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004/7564).

(33) Se opone a esta interpretación TOMÉ PAULE, *op. cit.*, 1965.

tos, siempre existirán acuerdos cuya convalidación por el transcurso del mencionado plazo conlleve importantes injusticias (34). Además resulta carente de toda lógica la equiparación entre ambos tipos de acuerdos, ya que la trasgresión de los estatutos supone simplemente una vulneración de una norma convencional, mientras que con la trasgresión de la Ley se está incurriendo en la lesión de valores de orden público o en la violación de derechos de terceros. Por todo ello, para futuras reformas sería bueno reflexionar sobre la posibilidad de dividir, dentro de este apartado 1 del artículo 18, en dos letras distintas los acuerdos contrarios a la Ley y los acuerdos contrarios a los estatutos, así como proponer dos plazos distintos de caducidad, más amplio cuando se trate de acuerdos ilegales (35). Sobre esto último insistiremos más adelante.

2. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS LESIVOS PARA LA COMUNIDAD

Veámos antes cómo en la redacción originaria de 1960 sólo los propietarios que representasen como mínimo un 25 por 100 de las cuotas de participación podían impugnar el acuerdo que estimaren gravemente perjudicial para ellos. La versión actual del artículo 18.1 LPH ha modificado sustancialmente el panorama de la impugnabilidad de los acuerdos lesivos, afectando esta modificación tanto a la estructura como a los sujetos perjudicados. Hoy en día se singularizan, como distintos, dos tipos de lesividad, según afecte ésta a la propia Comunidad o a algún propietario.

Al primer tipo de lesividad, claramente inspirado en la normativa societaria mercantilista (36), se refiere el artículo 18.1.b) cuando dispone que podrán ser impugnados los acuerdos comunitarios «*Cuando resulten gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios*». La primera novedad que se perciben en este inciso es que se presenta a la Comunidad de propietarios como un nuevo sujeto independiente que puede resultar afectado por el acuerdo lesivo. El interés comu-

(34) Ya en su día se cuestionaba RUBIO TORRANO, E., «Sobre la convocatoria y acuerdos de la Junta de Propietarios», en AC, 1994, vol. II, pág. 83, si son realmente supuestos de anulabilidad todos aquellos casos que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran impugnables dentro de los treinta días, como señala el artículo 16.4 LPH.

(35) En concreto, dice SOLER PASCUAL, L. A., *op. cit.*, 2005, que «Se ha considerado oportuno separar los actos contrarios a la ley de los que contradicen los Estatutos de la Comunidad, dada su distinta naturaleza, y vincular esta diferenciación a los plazos para el ejercicio de la acción, reduciéndolo respecto de los acuerdos contrarios a los Estatutos, de menor gravedad que los contrarios a la ley...».

(36) Así, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, dispone en su artículo 115, relativo a los acuerdos impugnables, que «*Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que... lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad*».

nitario se aísla, presentándose como el interés propio de un ente colectivo separado y distinto de la suma de los propietarios. Pero, además, se condiciona la calificación del acuerdo como gravemente lesivo (37) al hecho de que reporte un beneficio para uno o varios propietarios.

La introducción de este supuesto ha sido, sin embargo, duramente criticada por la doctrina (38) por considerar que la aplicación analógica de las soluciones aportadas en el ámbito de las sociedades mercantiles no encuentran un encaje perfecto en el régimen jurídico de la propiedad horizontal. La Comunidad de propietarios no presenta rasgos comunes con la figura del contrato societario, es decir, no existe la *affectio societatis*, no hay una puesta en común de bienes o de industria ni se percibe un interés común. Es más, se ha calificado la Comunidad de propietarios como una comunidad incidental, ocasional, cuyo único sentido está en la necesidad de llegar a un acuerdo para la satisfacción individual y egoísta de los intereses de cada uno. La convivencia en comunidad es, simplemente, una situación en la que necesariamente se encuentra el propietario como consecuencia de la existencia de bienes y servicios comunes. No existe, por tanto, para el propietario integrado en el régimen de propiedad horizontal, deber alguno de fidelidad, no tiene vínculo o compromiso alguno con los intereses de los demás, siempre y cuando se respeten los límites impuestos por la prohibición del abuso de derecho.

Hablar, pues, de intereses comunitarios supone reconocer a la Comunidad una naturaleza corporativa de la que realmente carece; este interés comunitario debe deshacerse en una pluralidad de intereses individuales superpuestos derivados de un conjunto de relaciones intersubjetivas. En la expresión legal empleada por el precepto que venimos analizando se viene a identificar el interés de la mayoría de propietarios con el interés de la Comunidad y verdaderamente no es así. El interés de la mayoría, y por aplicación de un criterio meramente cuantitativo, es sólo el interés del mayor número de propietarios que han votado a favor de un acuerdo determinado. En suma, podemos decir que, pese a ser la expresión recogida finalmente en el texto legal, no existe como tal un interés comunitario general y abstracto, imputable a la Comunidad en cuanto ente colectivo.

En conclusión, el propietario que pretenda impugnar un acuerdo amparándose en el supuesto del artículo 18.1.b) no podrá invocar en su defensa la existencia de un interés común superior y trascendente, sino que deberá ale-

(37) Dice GARCÍA GIL, *op. cit.*, 1999, pág. 195, que siendo un concepto jurídico indeterminado, la apreciación de la gravedad de la lesión es de la incumbencia del órgano judicial que conozca de la acción impugnatoria, atendiendo al contenido del acuerdo y a las circunstancias del caso concreto.

(38) Seguimos a CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 18», *op. cit.*, 2002, págs. 610 y sigs. Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, 1997, págs. 21 y sigs., 41 y sigs., y 95 y sigs.

gar que aquellos propietarios con cuyos votos favorables se alcanzó el acuerdo actuaron con abuso de derecho.

3. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS LESIVOS PARA ALGÚN PROPIETARIO

El siguiente supuesto de acuerdos lesivos cuya impugnabilidad permite el artículo 18.1 LPH aparece contemplado en la letra c), en concreto: «*Cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se haya adoptado con abuso de derecho*». Es novedoso el precepto en un doble sentido: de una parte, porque suprimiéndose el requisito de lesividad para aquella minoría cualificada que representase el 25 por 100 de las cuotas de participación, ya no se condiciona la legitimación activa para impugnar a la posesión de un determinado porcentaje de participación en el inmueble, pudiendo ostentar dicha legitimación no sólo una pluralidad de propietarios sino incluso un único propietario. De otra parte, se requiere que el propietario afectado por la conducta lesiva no tenga obligación jurídica de soportarla o bien que el acuerdo se haya adoptado con abuso de derecho.

Ahora bien, para que el propietario perjudicado pueda promover la impugnación es necesario, en primer término, un acuerdo previo adoptado por la mayoría de los propietarios, de tal modo que si la cuestión sometida a votación no alcanzase el quórum necesario para su aprobación y, por tanto, no llegase a convertirse en acuerdo y de ello derivase un perjuicio para el propietario, éste carecerá de legitimación para la impugnación del «acuerdo negativo».

Además es preciso que el acuerdo adoptado no infrinja ni la Ley ni los estatutos, pues, en tal supuesto, el motivo de impugnación habría de residenciarse en el apartado a) de la regla 1.^a de este artículo. En cuanto al alcance de la lesión, el acuerdo impugnado ha de ser gravemente perjudicial para el propietario impugnante, lo que no ha de interpretarse exclusivamente como perjuicio económico. Por último, la exigencia legal de que no tenga obligación jurídica de soportar el perjuicio debe ser interpretada en el sentido de que, sin infringir el acuerdo ningún precepto legal o estatutario, la imposición de la carga que para el propietario conlleva el acuerdo o la denegación de la autorización solicitada por éste a la Junta carezca de apoyo en precepto legal o previsión estatutaria alguna.

No obstante, no faltan voces críticas que han sostenido que el artículo 18.1 LPH carece de contenido real, ya que si el acuerdo ha sido aprobado por la mayoría de propietarios en coherencia con el interés social, la minoría no puede impugnar, siempre y cuando la decisión mayoritaria permanezca dentro del círculo de competencias de la Junta en cuanto órgano soberano. Pero si los propietarios obtienen con el acuerdo un beneficio extracomunitario o personal, con daño para los intereses particulares de otros propietarios,

la causa de impugnación será realmente la del artículo 18.1.b). Por tanto, todas las conductas lesivas contempladas en las letras b) y c) se reconducen a una sola causa de impugnación, el abuso de derecho (39).

4. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS CON ABUSO DE DERECHO

En cuanto a la manifestación concreta del abuso de derecho a que se refiere el artículo 18.1.c), puede tratarse bien del acuerdo negativo o denegación del acuerdo respecto de la cuestión cuya resolución se solicita por un propietario, bien del acuerdo finalmente adoptado y por el que se le impone a algún propietario una carga lesiva que no tiene deber de soportar.

Tomando como punto de partida el artículo 7 del Código Civil (40), la jurisprudencia viene exigiendo la concurrencia de diversos requisitos para que exista un abuso de derecho.

El primero de estos requisitos es el uso objetivo y estrictamente legal de un derecho y más exactamente la conducta del que ejercita un derecho, concepto más amplio que el del ejercicio del derecho, entendido éste como simple goce o abstención del derecho. En muchas ocasiones, este requisito, aunque no esté constituido por una actuación ilícita, conlleva la prohibición de aquella conducta en la que el agente actúa dentro de los límites objetivos de la norma, pero con fines desviados, al margen de toda culpa o dolo en ello, por lo que simplemente la ley no la ampara en ese acto concreto, sin que ello implique una pérdida del derecho. El ejercicio abusivo, pues, respeta los límites que objetivamente emanan de la norma, puesto que se ejerce un derecho subjetivo o una facultad que está de acuerdo con los límites objetivos del ordenamiento, pero se menoscaba o se abusa de él en cuanto que los derechos son concedidos para la consecución de fines confesables (41). En todo caso, se ha de precisar que no se prohíbe todo ejercicio del derecho que lesione a otro, porque hay derechos que en el caso de ejercitarse no tienen más remedio que causar dicha lesión.

(39) Es la postura mantenida también por CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 18», *op. cit.*, 2002, págs. 611 y sigs.

(40) Dispone el precepto que «*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo todo acto u omisión que por la intención de su autor por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impida la persistencia en el abuso*».

(41) STS de 4 de marzo de 1967 expone que la finalidad de la doctrina del abuso de derecho es impedir que el texto literal de la Ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la Justicia o, lo que es igual, que frente al contenido ético y el espíritu objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobras tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ellas.

Se precisa, como segundo requisito, el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, daño que aparece como el efecto producido por la conducta. Si no fuera así y el daño afectase a un derecho subjetivo, más que ante el abuso o ejercicio antisocial del derecho, se trataría de una colisión de derechos, en cuyo caso el titular del derecho dañado debería acudir a acciones específicas y naturalmente diferentes de las que corresponden al uso o ejercicio antisocial del mismo, como serían las acciones de ineffectividad, cuando no de ilegalidad del acto, con la consiguiente responsabilidad civil reparatoria de la lesión sufrida.

Como tercer y último requisito se exige la inmoralidad o antisocialidad de un daño, manifestada bien en forma subjetiva, como la intención del titular del derecho cristalizada en el ejercicio mismo de éste con intención de dañar, con *animus nocendi*, bien en forma objetiva, como anormalidad en el ejercicio del derecho (42) referida al objeto y a las circunstancias en que se realiza al ejercicio del mismo derecho y que sobrepasan notoriamente sus límites normales. Y tanto una cosa como otra han de desprenderse de hechos lícitos que con eficacia o razón lógica lo revelen.

En cuanto a la respuesta de los Tribunales ante los supuestos en los que se alega abuso de derecho, cabe diseñar prácticamente un patrón o modelo de actuación en los dos supuestos más frecuentes. En concreto, suelen ser bastante flexibles para apreciar el abuso de derecho en aquellos casos en que un propietario, con su veto, determina el sentido negativo de un acuerdo que requería la unanimidad, ofreciendo a este supuesto el tratamiento propio de un conflicto particular entre el peticionario de la propuesta desestimada y quien interpuso su veto. Por el contrario, suele mostrar sus reticencias a la apreciación del abuso de derecho cuando es la conducta mayoritaria de la Junta la que desestima la proposición minoritaria de un propietario, por entender que la mayoría se limita simplemente a hacer uso de las prerrogativas que legalmente posee. Resulta, pues, de suma importancia, esclarecer las circunstancias que vienen a constituir una conducta abusiva por parte de la Comunidad, circunstancias que pueden sistematizarse (43) así:

- Cuando se viola el principio de igualdad de trato entre los comuneros y este tratamiento carece de una justificación objetiva. En este sentido destaca la STS de 31 de octubre de 1990 (44), en un caso de cerramiento de terraza, que «las obras efectuadas por los demandados, aho-

(42) SSTs de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10688) y 5 de marzo de 1996 (RJ 1996/1997).

(43) Realiza este trabajo de sistematización apoyado en la jurisprudencia, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 18», *op. cit.*, 2002, págs. 617 y 618.

(44) (RJ 1990, 8277). Vid., en este sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B., «La aplicación jurisprudencial de la doctrina del abuso de derecho en los conflictos de propiedad horizontal», en *Aranzadi Civil*, vol. II, Parte Estudio, 1993, pág. 2545.

ra recurrentes, no suponen, lógicamente, una alteración o modificación de la fachada del inmueble en cuestión, ya que con las anteriores obras ya efectivamente realizadas, no se tiende a una alteración, sino más bien a una igualación de la mencionada fachada, pues cuando se consiga el cierre total de todas las terrazas, se habrá logrado una uniformidad total».

- Cuando la conducta de la Comunidad implica contrariedad a los actos propios, habiendo generado en el propietario una confianza legítima que se pretende defraudar después con un ejercicio tardío de las prerrogativas comunitarias. Muestra de ello es, entre otras, la STS de 3 de octubre de 1998 (45), al disponer que «jamás puede entenderse cómo una actuación leal o diligente, en defensa de los propios intereses, utilizar vías más o menos espurias, como en el caso de autos sucede con la actuación de la Comunidad demandada que, en virtud al Acuerdo adoptado en fecha 30 de noviembre de 1992, decide suprimir la escalera interior que une el local sótano con el piso bajo de que son propietarias las partes demandadas, ya que, no cuestionándose que la construcción de la misma ocurrió en el año 1981 y habiendo de aceptarse (porque, no existe al respecto, discrepancia alguna) las circunstancias determinantes del conocimiento o asentimiento por la Comunidad en razón a la remota notoriedad de la existencia de la obra, es claro concluir que la actuación de la Comunidad demandada no se ha ajustado a un ejercicio leal en defensa de los intereses comunitarios, al perseguir ahora, después de más de diez años, destruir una obra tan antigua y aceptada por todos» (46).
- Cuando el acuerdo es contrario a la pretensión del comunero y esta pretensión, satisfaciendo una necesidad importante del propietario, no implica perjuicio para la Comunidad. Un supuesto concreto lo encontramos en la STS de 27 de abril de 1994 (47), en cuyos términos no «puede desconocerse la extralimitación del acuerdo comunitario que, deniega al comunero, propietario de un local que, en el título constitutivo, tiene el carácter de comercial o industrial una autorización de salida de emergencia sólo en caso de incendio, a través de un tabique a un elemento común del inmueble, precisamente exigida por la correspondiente Ordenanza Municipal como requisito inexcusable para la licencia de apertura del local a la actividad comercial prevista en el título, no obstante que la salida en cuestión se ofrece proyectada por

(45) (RJ 1998, 7326).

(46) En igual sentido, SSAP de Girona, de 14 de julio de 2004 (AC 2004, 1592); Jaén, de 24 de enero de 2003 (JUR 2003, 83801); Alicante, de 6 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1710), y Madrid, de 4 de marzo de 2002 (JUR 2003, 40875).

(47) (RJ 1994, 3081).

el lugar que la propiedad señale y dotada de elementos tales que garanticen la seguridad del inmueble en todo caso y el cese y vuelta al primitivo estado cuando las Ordenanzas o el destino del local varíen. De suerte que la negativa comunitaria viene a dejar prácticamente sin contenido económico el derecho del propietario sobre el local, no obstante su pretensión de utilizarlo con arreglo al destino que el título constitutivo le atribuye y en las condiciones de buena fe e intrascendencia para el derecho de los demás que a la Junta le fueron ofrecidas y que debieron determinar una actuación “civiliter” que la sentencia impugnada impone» (48).

- Cuando el acuerdo es adoptado con el propósito de dañar al propietario.
- Cuando el acuerdo es adoptado con la única finalidad de conseguir del comunero contraprestaciones a las que la Comunidad no tiene derecho.
- Cuando se trate de acuerdos adoptados contraviniendo los pactos extracomunitarios convenidos por todos.

En última instancia parece que los Tribunales pueden ir abandonando su tradicional criterio de argumentar sistemáticamente el carácter excepcional y alcance restrictivo de esta figura del abuso de derecho, que ha ido adquiriendo carta de naturaleza legal desde que fuera consagrado en el artículo 7 del Código Civil tras la nueva redacción del Título Preliminar. Además debe advertirse el cambio radical que supone en el juego de la teoría del abuso de derecho el que el mismo haya dejado de ser materia dispositiva, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia (49), y ello desde que se dejase abierta la posibilidad de que los Jueces y Tribunales lo apreciaran de oficio (50).

(48) Recogiendo la misma doctrina, las SSAP de Navarra, de 30 de marzo de 1995 (AC 1995, 473) y Tarragona, de 13 de marzo de 1997 (AC 1997, 607).

(49) SSTS de 31 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1144) y 14 de julio de 1984 (RJ 1984, 3808). Dispone este último pronunciamiento que «en lo que se refiere al artículo 7.º del Código Civil, es doctrina de esta Sala, contenida, entre otras en la sentencia de 31 de marzo de 1981 (RJ 1981/1144), que «por no pertenecer el abuso de derecho al ámbito de la doctrina de los actos contrarios a las normas, sino al del ejercicio de los derechos —según sus límites y el principio de la buena fe—, es materia dispositiva que procesalmente ha de actuarse, bien como acción, ora como excepción o remedio al perjuicio que se cause en materias no reguladas por otras normas destinadas normalmente a la solución de conflictos o colisión de derechos, por lo que debe ser actuada por la parte y revelarse de modo patente y claro según el principio de contradicción y *auditor et altera pars*».

(50) A partir del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

VI. REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

1. ASISTENCIA A LA JUNTA Y VOTO EN CONTRA

Tal y como exponíamos anteriormente al abordar en concreto el tema relativo a las personas que ostentan la legitimación activa en el procedimiento de impugnación de los acuerdos comunitarios, nos encontramos ante un derecho de configuración jurídica de ejercicio judicial cuya titularidad corresponde a todo propietario de manera individual e indisolublemente unido a su cualidad de tal.

Ahora bien, si como hemos comentado ampliamente es necesaria la concurrencia en el propio acuerdo cuya impugnación se pretende de una serie de requisitos objetivos, relativos a su ilegalidad o a su carácter antiestatutario o lesivo, no menos importancia concede el legislador a la presencia en el propietario impugnante de una serie de requisitos o condiciones subjetivas que le habiliten para el ejercicio con plenos efectos jurídicos de la pertinente acción impugnatoria.

Tales requisitos han sido expresamente contemplados por el legislador que, de manera tasada, como no podía ser de otro modo por tratarse de una materia limitativa de derechos, los presenta en el artículo 18.2 LPH cuando dispone que: *«Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto. Para impugnar los acuerdos de la Junta el propietario deberá estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas. Esta regla no será de aplicación para la impugnación de los acuerdos de la Junta relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9 entre los propietarios»*.

El primero de estos requisitos subjetivos, siguiendo el orden marcado por el precepto que comentamos, es la necesidad de que el propietario haya salvado su voto en la Junta en la que se adoptó el acuerdo cuya impugnación ahora pretende y en concreto respecto de dicho acuerdo. A la vista de la vigente redacción de este requisito, uno se plantea el interrogante de porqué el legislador ha sustituido la expresión de *«los propietarios disidentes»*, empleada en la versión anterior del artículo 16, regla 4.^a, por la de *«los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta»*, que, en principio, puede resultar más ambigua e imprecisa. El alcance de esta expresión es cuestión que ha venido preocupando a la doctrina desde hace ya algunos años, concienciada ante la necesidad de ofrecer una interpretación unitaria sobre los supuestos albergados en ella.

No ha faltado quien ha dotado a esta nueva expresión de un sentido generoso que permita incluir no sólo los supuestos en que el propietario haya votado expresamente en contra del acuerdo que posteriormente va a impugnar sino también aquellos en los que el propietario omite todo pronunciamiento acerca de la cuestión cuya aprobación se propone a la Junta.

En concreto, respecto del valor de la abstención se ha entendido (51) que ni es manifestación de consentimiento ni de disidencia, debiendo ser interpretada como una reserva de la acción impugnatoria. Así, a diferencia de lo prescrito para las sociedades mercantiles, la LPH no exige que los propietarios asistentes a la Junta hagan constar expresamente en acta su oposición al acuerdo como presupuesto de impugnabilidad. Consecuencia de ello es que el silencio no se puede interpretar como aquiescencia tácita sobre el contenido del acuerdo, teniendo la abstención un contenido neutro, que no supone ni conformidad ni contradicción. Esta interpretación se encontraría en contradicción con el derecho constitucional a obtener una tutela jurisdiccional efectiva, una resolución sustantiva fundada en derecho, cuya pérdida sólo puede estar determinada por la inobservancia de formas y requisitos procesales trascendentes, no por irregularidades formales o vicios de escasa importancia (52).

Es más, si tenemos en cuenta que nos encontramos ante una norma limitativa del ámbito de actuación del propietario, lo más ajustado a Derecho sería interpretar que en todos los casos, salvo cuando el propietario haya votado a favor del acuerdo, debería admitirse su legitimación activa para impugnar. Así ocurriría en los supuestos de emisión de voto en blanco o de voto nulo (53).

Sin embargo, parece más razonable hoy en día circunscribir el sentido de la expresión «*salvar el voto*» exclusivamente al supuesto en que el propietario impugnante ha expresado en la Junta su oposición a la propuesta mediante el voto negativo. La norma sólo exige que el propietario haya salvado el voto, lo que interpretamos en el sentido de votar en contra. Es la jurisprudencia (54) la que argumenta que «la legitimación para la impugnación de estos

(51) MUÑOZ GONZÁLEZ, L., *op. cit.*, 1988, pág. 141.

(52) En igual dirección se muestran FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *op. cit.*, 1971, pág. 1036; FUENTES LOJO, *op. cit.*, 1978, pág. 1030; PONS Y DEL ARCO, *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, Granada, 3.ª ed., 1987, pág. 368; VISCO, *Problemi giuridici attuali sul condominio di edifici*, 1966, pág. 236. En concreto apunta HERNÁNZ CANO, L., *op. cit.*, 1999, pág. 215, que: «Tras la Ley 8/99 se alude a los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, incluyéndose entre tales, no sólo a quienes hubiesen votado contra el acuerdo, sino también a quienes se hubiesen abstenido, pues la abstención no supone voto favorable al acuerdo».

(53) A ello se opone expresamente ESTRUCH ESTRUCH, *La Junta de Propietarios: Constitución, Acuerdos e Impugnación*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 202.

(54) SAP de Córdoba, de 23 de junio de 2000 (AC 2000/ 2074); SAP de Salamanca, de 15 de abril de 2002 (JUR 2002, 165797), al disponer que «si los demandantes en la Junta de Propietarios no votaron en contra del acuerdo que ahora impugnan, sino que

acuerdos conforme el artículo 18.2, sólo la tienen los propietarios que “hubiesen salvado su voto en la Junta”, expresión más rigurosa que la de “propietarios disidentes” que empleaba el artículo 16.4 LPH de 1960, pues la expresión de la Ley derogada comprendía, según la interpretación más habitual, a todo propietario que no estuviese conforme, expresa o tácitamente con el acuerdo, mientras que la actual dicción ha de interpretarse en el sentido de exigir, como requisito de legitimación que el propietario disidente del acuerdo, haya hecho constar su oposición al mismo (no siendo suficiente la abstención o el voto en contra) reflejándose específicamente en el acta, en la que ha de constar la reserva expresa del propietario contrario al acuerdo, a los efectos de su futura impugnación». La imposición de ese requisito parece responder al propósito de que los copropietarios no puedan contravenir sus propios actos, vedando la posibilidad de impugnar a aquellos que se hubieran abstenido o votado a favor del acuerdo comunitario, introduciendo así un mínimo de certeza y seguridad jurídica en la vida comunitaria (55).

Sin embargo, y pese a no ser una exigencia legal, nada impide que, como una elemental medida de prudencia, el propietario solicite que se haga constar expresamente en el acta el sentido de su voto, salvaguardando así su legitimación activa frente a eventuales errores en la transcripción de aquella. Y decimos que no es una exigencia legal porque el artículo 19 LPH, cuando en su apartado 2 determina las circunstancias que como mínimo deben constituir el contenido del acta, simplemente menciona en su letra f): «*Los acuerdos adoptados*», pero limita la obligación de dejar constancia de los nombres de los propietarios que hubieren votado a favor y en contra de aquellos sólo al «*caso en que ello fuera relevante para la validez del acuerdo*». De esta conveniencia se hacen eco los Tribunales (56) cuando argumentan que los propietarios no pueden escudarse en la redacción incorrecta del acta cuando lo que debieron hacer fue salvar su voto en la Junta. El acta es prueba acreditativa de los acuerdos adoptados en la Junta y si lo redactado en el acta es contrario a lo realmente acordado, es quien sostiene dicho desacuerdo quien debe probarlo. Los propietarios disidentes del acuerdo deben exigir y comprobar que figura su voto contrario antes de la firma del acta por el Presidente y Secretario de la Junta. En todo caso, recientes pronunciamientos jurisprudenciales (57) han llegado a admitir que la falta de expresión en el acta del propietario que votó en contra del acuerdo permite presumir su legitimación para impugnar.

Nada se dice, por tanto, de la necesidad de dejar constancia en el acta de la intención de impugnar, lo cual es lógico, pues el propietario puede adoptar

solamente se abstuvieron, tal y como consta en el acta correspondiente, es manifiesto que carecen de legitimación activa para tal impugnación».

(55) AAP de León, de 11 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/116051).

(56) SAP de Cantabria, de 30 de octubre de 2002 (*AC* 2002, 2269).

(57) SAP de Barcelona, de 20 de octubre de 2004 (*SP/SENT*/63121).

esta decisión en un momento posterior a la conclusión de la Junta o, incluso, puede descubrir la causa de la impugnación después de la aprobación del acuerdo, supuesto este último en el que, pese a no haber salvado el voto, resultaría «irrazonablemente gravoso» (58) privarle de la legitimación para impugnar.

Finalmente, nada dice la Ley acerca de la conveniencia de manifestar su oposición al acuerdo finalmente adoptado, sin perjuicio de las ventajas que pueda ofrecer a efectos probatorios (59). Sostiene esta posibilidad la legislación societaria mercantil (60), si bien estima la doctrina (61) que existen numerosas razones para no asimilar ambas situaciones, considerando «suficiente que el propietario haya solicitado que su voto contrario al acuerdo constara en acta», sin necesidad, como así lo habían exigido algunas sentencias recaídas sobre materia societaria (62), de hacer constar en el acta el voto en contra más la oposición expresa al acuerdo, una vez tomado.

Para poder impugnar un acuerdo, en resumen, es preceptivo votar en contra, es conveniente solicitar la constancia del voto negativo en el acta y no es necesario ni que el propietario manifieste expresamente su intención de impugnar, ni que muestre su oposición al acuerdo adoptado pese a su oposición.

No obstante, llegado el caso de una reforma de la normativa reguladora de la Propiedad Horizontal, podría el legislador plantearse la posibilidad de sustituir la expresión «*los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta*» por la de «*los propietarios que hubiesen votado en contra en la Junta*», con la finalidad de clarificar la condición y causa de la legitimación otorgada a quienes conocen el acuerdo por estar presentes en la Junta en que

(58) Es una expresión de CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 18», *op. cit.*, 2002, pág. 623.

(59) SAP de Zaragoza, de 14 de junio 2001 (AC 2001, 1306), que la constancia de la oposición en el acta sirve como prueba de que el impugnante votó en contra del acuerdo aprobado.

(60) El artículo 117 LSA dispone, en concreto, que «Para la impugnación de los acuerdos anulables están legitimados los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo...». Véase también SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1998, pág. 365; URÍA GONZÁLEZ, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., «La Junta General de Accionistas», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, 1992, págs. 349 y sigs.

(61) Son palabras de CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, 2002, pág. 623, y en igual sentido ESTRUCH ESTRUCH, *op. cit.*, 2000, pág. 201. Bien expresivo es GARCÍA GIL, *op. cit.*, 1999, pág. 196, cuando dice que se trataría de un «arbitrario obstáculo formal que impediría que muchas impugnaciones justas, ante el presumible desconocimiento del ciudadano medio de tal condicionamiento». Por el contrario, CRESPO ALLUE, F., «Comentario al artículo 21», en *La reforma de la Propiedad Horizontal* (coordinado por GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Valladolid, 1999, pág. 357, sostiene que en el acta ha de constar la reserva expresa del o de los propietarios contrarios al acuerdo, a los efectos de su futura impugnación. Se manifiesta de forma similar FUENTES LOJO, *op. cit.*, 2002, pág. 616.

(62) Así, las SSTs de 14 de julio de 1997 (RJ 1997, 5470) y 21 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2241).

se adopta, evitando de un lado interpretaciones que han llevado a reclamar en ocasiones, junto al voto negativo, un acto expreso de voluntad contraria, en el entendimiento de que es suficiente el votar contra el acuerdo para hacer manifestación suficiente de desacuerdo ante la propia Junta. Se trata en suma de consolidar la legitimación de aquellos que hacen expresa y concreta manifestación de oposición al acuerdo que se adopta por el solo hecho de votar en contra del acuerdo adoptado (63).

2. AUSENCIA DE LA JUNTA PERO CON MANIFESTACIÓN DE DISCREPANCIA

Continuando con el análisis de las circunstancias que deben concurrir en el propietario para poder proceder a la impugnación judicial de las decisiones comunitarias, dice el artículo 18.2 LPH que «*Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos ... los ausentes por cualquier causa...*». Con esta expresión se incluye de modo explícito entre los propietarios legitimados a aquellos que no hubieren asistido a la Junta o que se hubieren ausentado de ella en el momento de adoptar el acuerdo cuya impugnación se pretende (64). Esta incorporación supone una mejora técnica con respecto a la versión anterior del artículo 16.4 LPH, que mencionaba a los ausentes dentro del apartado correspondiente al plazo de ejercicio de la acción impugnatoria (65).

Qué duda cabe que la regulación de este supuesto está redactada en términos de gran amplitud, toda vez que cualquier propietario que no asistiera a la Junta, cualquiera que sea la causa de su absentismo, goza de la posibilidad de impugnar el acuerdo en cuya adopción no estuvo presente y ello sin necesidad de justificar el motivo de su ausencia. De hecho hay quien (66) ha

(63) Así lo expone SOLER PASCUAL, L. A., *op. cit.*, 2005.

(64) A ello parece oponerse la SAP de Asturias, de 30 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/49663) al exponer: «Dice la sentencia, para justificar la improsperabilidad de la invocada excepción, que no está acreditado que a la Junta de 10 de julio, en la que se adoptó el acuerdo que ahora es objeto de impugnación, D. ... votara a favor, se abstuviera o adoptara cualquier otra postura ... porque “se ausentó” sin llegar a votar. Criterio que no se comparte, ya que, una situación es la “ausencia en sí”, desde un principio, esto es, el que nunca estuvo presente por las razones que tuviere, y, otra, bien distinta el “abandono libre y voluntario” de la reunión en la que se hallaba y que, sin cumplir la normativa del mentado artículo 18 de la LPH por no salvar su voto en la Junta a la que asistió, por no querer permanecer en ella, la frase “ausentes por cualquier caso”, tenga virtualidad para él por lo expuesto, pues al no quedar amparado en una situación legal quien, por una decisión particularmente asumida, al margen del reglado régimen jurídico, se marcha buenamente, sin razón que le justifique motiva, con una actitud así, inseguridad jurídica para dicha junta y para cuantas Juntas de Propietarios se repitieren».

(65) Recordemos que el artículo 16.4 disponía que «*La acción deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne*».

(66) Vid. CRESPO ALLUE, F., *op. cit.*, 1999, pág. 357.

considerado excesiva la protección concedida a los ausentes, pues, al margen de la preceptiva notificación del acta, probablemente, fuera de los casos de ausencia justificada, y con la finalidad de incentivar la participación del mayor número de propietarios en la discusión y adopción de acuerdos comunitarios, habría de privarse de derecho a impugnar los acuerdos a quien debidamente citado (67) no concurrió a la junta ni expuso los motivos de oposición al acuerdo a adoptar.

En todo caso, cuando hablamos de la ausencia como circunstancia legitimadora, no debemos olvidar que es un requisito que debe concurrir en el momento de celebrarse la Junta, pero que no es el único, pues aunque sea en un momento posterior resulta aquí plenamente aplicable el artículo 17.1.^a cuando dice que *«Se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes, una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la Comunidad en el plazo de treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción»*.

Es decir, los propietarios ausentes, al igual que los asistentes, tienen derecho a ser informados de los acuerdos adoptados en su ausencia, derecho que normalmente se ve satisfecho con el envío del acta de la Junta, al disponer el artículo 19.3 LPH que *«El acta de las reuniones se remitirá a los propietarios de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 9»*. Pero junto a este derecho tienen también la posibilidad de manifestar expresamente su discrepancia con dicho acuerdo, discrepancia que interpretamos claramente como voto en contra, ya que si no lo hacen se entenderá que han emitido su voto en sentido favorable al mismo, circunstancia esta que les privaría de la legitimación activa.

No compartimos, pues, la tesis de quien (68), acudiendo a una interpretación finalista de la norma, sostiene que la discrepancia de los propietarios ausentes no puede entenderse como voto en contra, sino solamente para que su voto no se considere favorable, ya que, de otra manera, quedaría subordinada la obtención de la unanimidad a la notificación del acuerdo a los ausentes, y se dificultaría, más que facilitarla, la obtención de las mayorías cualificadas que el espíritu de la norma persigue. Así como los propietarios presentes se ven privados de la posibilidad de impugnar los acuerdos si no salvan su voto, es decir, si no votan en contra, en el caso de los propietarios ausentes su discrepancia no puede ser entendida como voto en contra, sino

(67) Vid. SAP de Valencia, de 25 de junio de 2004 (*JUR* 2005/13370) y SAP de León, de 2 de enero de 2004 (*JUR* 2004/52410).

(68) BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *Revista SEPIN, PH*, núm. 201, marzo, 2000, pág. 6.

solo tiene el efecto de evitar que su voto sea computado para formar la mayoría, por lo que no puede tener el mismo efecto de permitir la impugnación que para los propietarios presentes. En consecuencia, su abstención manifestada al no contestar en el plazo de treinta días desde la notificación no les impide formular la acción de impugnación, lo que además se ve avalado por el propio texto del artículo 18.2 cuando confiere legitimación a los ausentes por cualquier causa, sin hacer ninguna precisión, como con los presentes, sobre la necesidad de haber salvado su voto.

Un supuesto especial tendría lugar cuando el propietario no sólo estuvo ausente de la Junta sino también de su domicilio durante un período de tiempo superior a los treinta días concedidos por el artículo 17.1.^a, de tal modo que aunque haya cumplido las prescripciones del artículo 9.1.h) (69), relativas a la comunicación de su domicilio, incluso aunque se haya procedido a la publicación del acta en el tablón de anuncios, no tiene finalmente conocimiento de los acuerdos adoptados. Ante estas circunstancias, para evitar maniobras fraudulentas que lleven a adoptar acuerdos contra la voluntad de dicho propietario, y aunque no haya manifestado su discrepancia, cabría plantearse la posibilidad de otorgarle legitimación para impugnar el acuerdo (70).

Lo cierto es que la pérdida de la legitimación para impugnar que afecta a los propietarios ausentes que no manifiesten su discrepancia trata de mitigar el doble efecto que de no ser así se produciría. Por una parte, viene a evitar el trato desigual entre propietarios, ya que si al propietario asistente se le exige como requisito para ostentar la legitimación activa para impugnar que haya salvado su voto, pronunciándose en contra, también al ausente debe exigírsele este mismo requisito, máxime cuando se ha articulado una vía legal para ello, manifestando su oposición en los términos previstos en el artículo 17.1.^a

(69) Según el artículo 9.1.h) es obligación del propietario: «Comunicar a quien ejerza las funciones de Secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el domicilio en España a efectos de citaciones y notificaciones de toda índole relacionadas con la comunidad. En defecto de esta comunicación se tendrá por domicilio para citaciones y notificaciones el piso o local perteneciente a la comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo.

Si intentada una citación o notificación al propietario fuese imposible practicarla en el lugar prevenido en el párrafo anterior, se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación correspondiente 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 quien ejerza las funciones de Secretario de la comunidad, con el visto bueno del Presidente. La notificación practicada de esta forma producirá plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales».

(70) Cfr. RIFA SOLER, J. M., «Comentario al artículo 18 LPH», en *La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*, coord.: CABAÑAS GARCÍA, J. C., Trivium, Madrid, 1999.

Pero es que, además, si al propietario ausente no se le exigiera ningún requisito para impugnar se estaría con ello fomentando el absentismo de las Juntas, ya que sería más cómodo para el propietario no asistir y esperar a conocer a través del acta los acuerdos adoptados por los demás para decidir sin prisa su impugnación, que asistir a la Junta y tener que decidir en ese momento el sentido de su voto, sabiendo que ello condicionará su posibilidad posterior de impugnación. Al menos que el propietario ausente sepa que si quiere impugnar deberá molestarse en manifestar previamente su discrepancia con el acuerdo y que deberá hacerlo de forma fehaciente y con indicación de la fecha, no bastando la simple manifestación verbal.

No debemos olvidar tampoco el mecanismo de la representación, toda vez que el artículo 15.1 LPH contempla la posibilidad de que la asistencia a la Junta de Propietarios sea personal o por representante voluntario, a quien, a la vista del orden del día incorporado a la convocatoria de la Asamblea, pueden darse instrucciones precisas sobre el sentido del voto o dejarle libertad para votar. En cualquier caso, que si el propietario no puede asistir personalmente, la Ley le permite intervenir en la configuración de la decisión final a través de un tercero, sin necesidad de ausentarse.

En última instancia, la exigencia de manifestar la discrepancia debe ser interpretada como una salvaguarda para la seguridad jurídica de aquellos propietarios que, cumpliendo responsablemente con sus deberes de buena vecindad, asistieron a la Junta, pues en otro caso la impugnación del acuerdo dependería de la voluntad del ausente sin límite alguno, con la consiguiente incertidumbre para los demás propietarios acerca de su ejecutividad.

3. PRIVACIÓN INDEBIDA DEL DERECHO DE VOTO

El tercer supuesto de legitimación activa para el ejercicio de las acciones impugnatorias constituye también una novedad con respecto a la legislación anterior y es un requisito que debe concurrir en el momento de celebración de la Junta. En concreto establece el artículo 18.2 LPH, que *«Estarán legitimados para la impugnación de estos acuerdos ... los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto»*. Por tanto, siempre y cuando el acuerdo incurra en alguna de las causas legales de impugnación contempladas por el artículo 18.1 LPH podrá ser impugnado ante los Tribunales por el propietario que se halle en esta circunstancia, incluso aunque el voto que la Junta le ha impedido emitir no varíe el resultado de la votación o sea irrelevante por haberse alcanzado ya el quórum exigido por la Ley para la adopción de un determinado acuerdo. En cambio, cuando el voto del propietario al que se privó hubiera sido decisivo para obtener la mayoría, más que impugnar el acuerdo deberá solicitar la declaración de nulidad de la Junta,

pues su voto podría haber variado incluso las deliberaciones y decisiones de los demás copropietarios (71).

El supuesto de hecho que sirve de base a la legitimación es el propietario que asistiendo a la Junta no vota. Y no vota, no porque no quiera, lo que realmente constituye un supuesto de abstención, sino porque no le dejan. Ante esta situación es imprescindible determinar en qué casos se halla la Junta legitimada para impedirle el voto. Dentro del régimen jurídico constituido para regular la propiedad horizontal, la única hipótesis en virtud de la cuál podría el propietario ser privado de su derecho de voto es la contemplada por el artículo 15.2 al preceptuar que *«Los propietarios que en el momento de iniciarse la Junta no se encontrasen al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la Comunidad y no hubiesen impugnado judicialmente las mismas o procedido a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada, podrán participar en sus deliberaciones si bien no tendrán derecho de voto. El acta de la Junta reflejará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de participación en la Comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley»*.

La privación del derecho de voto es una medida sancionadora dirigida a penalizar, exclusivamente, la morosidad. Ninguna otra conducta del propietario encuentra como consecuencia la pérdida de su derecho a votar. Por ello ostentará la legitimación activa el propietario que considere que ha sido privado indebidamente de este derecho, bien porque en el momento de iniciarse la Junta se hallaba al corriente en el pago o bien porque hubiese procedido a la impugnación judicial o a la consignación judicial o notarial de las cantidades adeudadas, sin que estas circunstancias se hubiesen tenido en cuenta por la Comunidad.

Ahora bien, la privación del derecho de voto no es una decisión que adopte la Junta, como si de un acuerdo más se tratase, sino que es una disposición legal imperativa cuya aplicación determina el Presidente de la Comunidad con carácter automático y sin necesidad de acto comunitario previo. No tiene, por tanto, sentido pensar que el acuerdo a impugnar sea el acuerdo incidental por el que se le priva del mencionado derecho, pues ni siquiera estará incluido en el orden del día (72). Si la Junta ha permitido al propietario moroso no sólo intervenir en la deliberación, como era factible, sino también votar y computar su voto a efectos de alcanzar las mayorías previstas, en contra de la previsión contemplada en el artículo 15.2 LPH, no conlleva que, por el error o por cualquier otra razón que haya podido tener en cuenta la Junta, sea factible, a su vez, obviar las disposiciones del artículo 18.2. Ni

(71) Cfr. VENTURA TRAVESET, A., *Derecho de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 561.

(72) Esta materia fue ya objeto de análisis en DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a, *op. cit.*, 2004, pág. 155 y sigs., por lo que volvemos sobre lo allí expuesto.

hace renacer para el propietario una legitimación de la que se encuentra privado por imperativo legal.

Así las cosas, la impugnación del propietario indebidamente privado de su derecho de voto ha de referirse necesariamente al acuerdo finalmente adoptado sin la emisión de su voto. En cuanto a la acumulación objetiva de acciones, cabe decir que en el proceso judicial seguido para la impugnación de este acuerdo sólo podrá discutirse además la nulidad del acuerdo de imposición de deuda, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad de esta segunda acción, debiendo alegar y probar, en su caso, el carácter indebido del acuerdo comunitario de imposición de la deuda.

Cuestión distinta es la legitimación activa del propietario que fue legítimamente privado de su derecho de voto porque al iniciarse la Junta no se hallaba al corriente de pago con la Comunidad sin proceder ni a la impugnación ni a la consignación de las sumas adeudadas. Hay quien entiende que si la privación del voto era conforme a derecho, porque el actor no había satisfecho sus deudas, no cabe suplir esta circunstancia consignando judicialmente (73). Particularmente expresiva de esta postura es la jurisprudencia (74) cuando dice que «el artículo 18 LPH, al regular los legitimados para impugnar los acuerdos, concede legitimidad a “los que indebidamente hubieran sido privados de su derecho de voto”, de donde se infiere *a sensu contrario* que los debidamente privados de su derecho de voto carecen de legitimación para impugnar los acuerdos, y no cabe que la persona que está privada del derecho de voto pueda impugnar un acuerdo por la vía de no asistir a la junta, para después impugnarla alegando haber estado ausente, porque entraña un fraude de ley, interpretando la Sala el último párrafo del artículo 15 al decir “que la persona y cuota de participación en la comunidad no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en esta Ley”, en el sentido de que ha de descontarse su cuota de participación y su persona de forma que ni favorezca ni perjudique la

(73) Vid. CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, 2002, pág. 629.

(74) SAP de Asturias, de 6 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/192840). SAP de Murcia, de 17 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 642) dice: «consta en acta que esa privación se realizó por tener cuotas pendientes de pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin que conste circunstancia alguna que justifique que, a la fecha de celebración de la Junta, existiese dicho impago; por otra parte, tampoco concurre la circunstancia de haber salvado el voto en la Junta, porque para ello hubiese sido presupuesto necesario que la mercantil actora hubiese tenido derecho de voto en esa Junta, lo que, como hemos visto, no acontecía, al tener cuotas pendientes de pago, por lo que si no pudo votar mucho menos pudo salvar su voto; y, finalmente, no se encontraba ausente de la Junta, sino presente en ella, como es de ver en el acta celebrada. De todo ello se sigue, como antes se adelantaba, que la mercantil actora carece de legitimación para impugnar los acuerdos adoptados por la Junta en fecha 9 de agosto de 2003, entre ellos el acuerdo de ratificación del desplazamiento del muro y verja, por lo que, también por este motivo, era procedente desestimar la demanda, incluso acogiendo de oficio la falta de legitimación activa de la parte actora».

mayoría, y lo mismo es predicable respecto de la unanimidad que se obtiene con el voto favorable de todos los propietarios presentes que tienen tal derecho, y de los ausentes que no estando privados del derecho de voto, no manifestaron su discrepancia en el plazo legal».

Creemos, sin embargo, que la dicción literal del precepto no quiere decir que el propietario que hubiese sido debida y legítimamente privado de su derecho de voto no pueda ahora impugnar, es decir, si el propietario que no pudo votar ha procedido después al pago o a la consignación, ¿por qué no va a poder impugnar? Lo contrario supondría privar de sentido a esta medida de presión, que precisamente se dirige a estimular al propietario al cumplimiento de sus obligaciones económicas. Además, con esta interpretación se superan los problemas que en torno a la constitucionalidad de esta medida se pudieran plantear, ya que no se vulnera así el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE (75).

En modo alguno se causa indefensión al propietario moroso; simplemente se le impone como requisito de procedibilidad el pago o la consignación previos, restringiendo el acceso a la tutela judicial efectiva sobre la base del cumplimiento de ciertos condicionantes económicos dirigidos, por lo demás, a tutelar otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

4. PAGO O CONSIGNACIÓN DE LAS DEUDAS VENCIDAS CON LA COMUNIDAD

Los requisitos subjetivos hasta aquí tratados hacen referencia a las circunstancias que, por concurrir en el momento de la celebración de la Junta, legitiman al propietario para la impugnación del acuerdo, toda vez que éste sea ilegal, antiestatutario o gravemente lesivo para los intereses de la Comunidad o de alguno de sus miembros. Ahora bien, no cesan aquí las exigencias del precepto en cuanto a los condicionantes subjetivos para ostentar la legitimación activa, pues continúa diciendo el artículo 18.2 LPH que: «*Para impugnar los acuerdos de la Junta de Propietarios deberá estar al corriente*

(75) DORREGO DE CARLOS, A., «La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: objetivos y principios jurídicos», en *Act. Inmobiliaria*, núm. 3, 1990, págs. 10 y 11, y este mismo autor en «La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: objetivos y principios jurídicos», en *Administración Rústica y Urbana*, núm. 106, pág. 20, expone que: «Según el Tribunal Constitucional, los condicionamientos económicos para el acceso a la jurisdicción y al proceso [...] no resultan en sí mismos contrarios al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando “[...] no impidan u obstaculicen gravemente [...]” el ejercicio de la acción, como resulta cuando se trata de cuantía desproporcionada a los medios materiales del actor (STC de 11 de julio de 1983), y se traten de salvaguardar otros derechos o intereses constitucionales protegidos (STC de 25 de enero de 1983). [...] Por el contrario, los “obstáculos a la jurisdicción” son legítimos si obedecen a la finalidad de proteger otros bienes o intereses amparados constitucionalmente y guardan proporción con las cargas impuestas al justiciable (STC de 20 de octubre de 1987)».

en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas. Esta regla no será de aplicación para la impugnación de los acuerdos de la Junta relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9 entre los propietarios».

En este sentido podemos destacar que entre las diversas medidas arbitradas por el legislador en la Ley 8/1999 para hacer más efectiva la lucha contra la morosidad encontramos en este precepto el establecimiento de un requisito de cuya concurrencia depende que el propietario goce de la legitimación activa en el proceso judicial de impugnación de acuerdos y que viene a actuar como requisito de admisibilidad de la demanda. Así, junto a la privación de derecho de voto, ha procedido el legislador a privar de la legitimación para impugnar los acuerdos a todos aquellos propietarios que no se hallen al corriente en el pago de las deudas vencidas con la Comunidad (76), sancionando y penalizando con ello la conducta antisocial e incívica del propietario irresponsable ante el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias.

Como regla general, el artículo que nos ocupa supedita la posibilidad genérica de impugnar cualquier acuerdo a que el impugnante esté al corriente en el pago de las deudas vencidas o que proceda a la consignación judicial de las cantidades adeudadas, lo que, en términos generales y en conexión con el artículo 15.2 LPH, vendría a significar que el propietario que pretenda votar en la Junta pese a haber sido requerido de mora en la convocatoria o que pretenda influir en la configuración de la decisión final, se habrá visto obligado o a pagar o a consignar.

Pero esta exigencia legal cuenta con una excepción expresa cuando el acuerdo a impugnar sea relativo al «*establecimiento o alteración de las cuotas de participación*» entre los propietarios, pues esta cuota de participación, nueva o modificada, será la que venga a determinar la contribución a los gastos generales y fondo de reserva, motivando la existencia misma de la deuda (77). Se trata, pues, de los acuerdos dirigidos al establecimiento o modificación de los criterios de reparto de gastos, incluidos aquellos acuerdos que establecen un modo especial de contribuir a un gasto concreto y en este sentido debe ser interpretada la expresión del artículo 18.2, «*las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9*» en conexión con el artículo 9.1.e) LPH cuando impone a todo propietario el deber de «*Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales*

(76) A la impugnación de varios acuerdos de la Junta por parte de un comunero moroso y de otro incumplidor se refiere la SAP de Granada, de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 108672).

(77) Cfr. HERNANZ CANO, L., *op. cit.*, 1999, pág. 217. En esta dirección destacamos la SAP de Asturias, de 21 de febrero de 2005, que admite la legitimación de un propietario moroso para impugnar un acuerdo que aplica un coeficiente incorrecto (*SP/SENT/68801*).

para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización» (78).

A esta posibilidad se refiere también la jurisprudencia (79) cuando sostiene que aunque la LPH normalmente identifica la cuota de participación en la propiedad y la cuota que sirve de módulo para determinar la contribución a los gastos comunes, no deja por ello de admitir el posible establecimiento de una cuota distinta para el pago de todo o parte de dichos gastos, siempre que el acuerdo por el que se apruebe esta última cuota se adopte por unanimidad expresa o tácita.

Entendemos, pues, que los acuerdos excluidos de la regla de la consignación o el pago no son los acuerdos sometidos a la unanimidad del artículo 17.1 LPH y en virtud de los cuales se altera el título constitutivo para modificar los porcentajes de participación en el inmueble.

Ahora bien, el acuerdo de establecimiento o alteración de las cuotas de participación, objeto de la impugnación, deberá ser el adoptado por el mismo propietario que ahora pretende su impugnación, de tal modo que en caso de transmisión del inmueble, el adquirente no podrá impugnar el acuerdo adoptado por el transmitente, ni siquiera aunque sea el propio piso o local adquirido el que responda de dicha deuda (80), pues dicho adquirente no reúne ninguno de los requisitos subjetivos de legitimación anteriormente comentados. Tampoco cabe admitir la sucesión procesal cuando el procedimiento de impugnación fue incoado por el propietario legitimado que ahora transmite la titularidad del inmueble.

Por último, en cuanto a la demostración de la concurrencia de este requisito de admisibilidad, podría, en principio, atenderse al contenido del acta, al

(78) Tal y como se apunta en DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a, *op. cit.*, 2004, pág. 169, la contribución al sostenimiento de los gastos generales se hará o bien atendiendo a la cuota de participación que corresponde a cada piso o local fijada, según los términos del artículo 3 de la Ley, en el título constitutivo o con arreglo a lo especialmente establecido por la Junta de Propietarios. Esta última posibilidad de señalar cuotas especiales, que sirvan de módulo para atender la distribución de los gastos derivados de elementos y servicios comunes, encuentra otro respaldo legal en el artículo 5, párrafo 3.º LPH, toda vez que este precepto hace referencia expresa a los «gastos» como uno de los extremos que pueden ser establecidos por pacto en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios.

(79) STS de 22 de abril de 1974 (CL 1974, núm. 197) y SAT de Oviedo, de 12 de abril de 1984 (s. r.).

(80) Dispone el artículo 9.1.e) 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 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. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación». Vid. SAP de Zaragoza, de 7 de octubre de 2003 (JUR 2003/251730), y SAP de Asturias, de 16 de enero de 1998 (AC 1998/3025).

quedar reflejados en ella los propietarios privados del derecho de voto por no haber pagado, impugnado o consignado, pero para que esta vía de acreditación fuese aceptable debería entenderse que el presupuesto de acreditación viene referido temporalmente al momento de celebración de la Junta y no es así. El requisito de admisibilidad de la demanda, es decir, hallarse al corriente de pago o haber consignado el propietario impugnante, debe concurrir en el mismo momento en que se pretenda la impugnación. Naturalmente, y aun cuando la LPH omita una referencia expresa, debe entenderse que implícitamente la norma exige acreditar al tiempo de presentar la demanda que el actor se encuentra al corriente de pago o que previamente a la interposición de ésta ha procedido a la consignación judicial, a los efectos prevenidos en el artículo 266 LEC 1/2000. En consecuencia sólo será subsanable la falta de acreditación pero no el hecho mismo del pago o la consignación, que siempre han de ser previos a la presentación de la demanda ante el Registro.

Por tanto, la mejor forma para acreditar la legitimación activa parece ser una certificación sobre el estado de deudas del propietario impugnante expedida por el Secretario de la Comunidad con el visto bueno del Presidente (81). Si en dicha certificación figura el propietario como deudor de la Comunidad, sólo ostentará la legitimación activa previa consignación, que podrá ser no sólo judicial, como expresamente admite el precepto, sino también notarial, por considerarse una vía igualmente legítima para proteger los intereses comunitarios, que es realmente la finalidad última de la norma. En caso de consignación, a la demanda de impugnación interpuesta deberá acompañarse la antedicha certificación, para evitar que el propietario consigne cantidades inferiores.

VII. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA

Abordábamos al inicio de este comentario las cuestiones relacionadas con el procedimiento judicial oportuno para el ejercicio de las acciones impugna-

(81) Se trata de una certificación análoga a la que recoge artículo 9.1.e) cuando dice que: «En el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local, el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de Secretario, con el visto bueno del Presidente, quienes responderán, en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma y de los perjuicios causados por el retraso en su emisión».

torias, así como algunos aspectos relativos a la legitimación activa y pasiva. Corresponde ahora, siguiendo la sistemática del artículo 18 centrarnos en las cuestiones atinentes a los plazos legalmente previstos para el ejercicio de dichas acciones y cómputo de los mismos.

Tomamos como punto de partida el artículo 18.3 LPH en cuyos términos: *«La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de Propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la Ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9»*.

Son dos, por tanto, los plazos establecidos para la caducidad de la acción impugnatoria. Así, tratándose de acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos, se establece un plazo de caducidad de un año y para los acuerdos gravemente lesivos para la Comunidad o perjudiciales para algún propietario el plazo será de tres meses, pero en definitiva hoy todos los acuerdos comunitarios impugnables están sometidos a un plazo de caducidad. Desaparecen, por tanto, las acciones de nulidad imprescriptibles y alargándose los plazos de caducidad con respecto a la legislación anterior, conforme a la cual la acción debía ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si el propietario impugnante hubiere estado ausente, se propone una vía intermedia dirigida a acabar con la inseguridad jurídica que para las Comunidades de propietarios suponían los acuerdos sujetos a la categoría de la nulidad radical insubsanable.

En concreto ha declarado reiteradamente la jurisprudencia (82) que siempre que se trate de impugnaciones basadas en infracciones normativas del régimen de propiedad horizontal para enervar los acuerdos se requiere haberlos impugnado dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se adoptó el acuerdo o a la notificación. Este plazo, por su propia naturaleza, es considerado como de caducidad, lo que produce una serie de efectos. Así, transcurrido el término fijado para el ejercicio del derecho sin ejecutarlo, decae la posibilidad de hacerlo después y deviene inviable la acción concedida; se produce con ello la convalidación del acuerdo por el transcurso del plazo. Así lo reconoce expresamente la jurisprudencia (83) cuando dice que «el demandado no impugnó ninguno de los referidos acuerdos como ofrece

(82) SAP de Córdoba, de 9 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/235756). STS de 18 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 3571). La STS de 25 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988, 8712) se refiere a «la caducidad de la acción de impugnación por la falta de ejercicio de la misma dentro de los treinta días siguientes a la adopción del acuerdo en presencia del impugnante o de la notificación al mismo» y cita las precedentes de 4 de abril (*RJ* 1984, 1928) y 18 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984, 6135). En el mismo sentido la de 22 de noviembre de 1988 y otras muchas.

(83) SAP de Orense, de 7 de febrero de 2005 (*SP/SENT*/68607).

el artículo 18 LPH para disidentes, de tal manera que al haber dejado transcurrir el plazo para hacerlo el acuerdo es válido y vincula a todos los propietarios, así pues el demandado si entendía que el acuerdo de distribución de cuotas era anulable por serle injustamente perjudicial debió de haber impugnado el acta o actas de las juntas para obtener la pertinente resolución judicial, no siendo de recibo que ahora, extemporáneamente, venga a oponer su pretensión de ineficacia cuando el acuerdo ya es firme y está ejecutado, pues sería una maniobra fraudulenta que el propietario moroso utilizase el procedimiento de reclamación de cuotas para rehabilitar una acción de impugnación de acuerdos cuando ya había caducado...»

Además, una vez iniciado el cómputo de plazo, no es susceptible de suspensión ni interrupción, si bien alguna sentencia (84) admitió la interrupción de la caducidad mediante acto de conciliación, pero con el efecto de que ese plazo continuaba de nuevo en la fecha de la conciliación. Nos hacemos eco de la jurisprudencia (85) más reciente cuando expone que no puede producir ningún efecto, en orden a impedir la caducidad, una simple reclamación o escrito que un particular titule como demanda, sin cumplir los requisitos de postulación y de asistencia letrada legalmente exigidos para que pueda ser eficaz la pretensión reflejada en dicho escrito, pues, en otro caso, se otorgaría y obtendría, si se adoptase la decisión contraria, una posibilidad de interrupción del plazo de caducidad, el cual, como hemos dicho, no puede ser objeto de interrupción. En tales circunstancias estimamos que debe efectuarse estricta aplicación de lo establecido en el artículo 18.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, no admitiendo en modo alguno la interrupción del plazo de caducidad establecido en dicho artículo mediante la presentación de aquel inicial escrito, el cual carece de cualquier virtualidad para producir la interrupción de la caducidad, legalmente inviable, así como para poder considerar que mediante el mismo se ejercitó ya la acción de impugnación, ejercicio que requiere la intervención de abogado y procurador y que la misma se produzca, además, dentro del plazo de un año, y en modo alguno transcurrido más de un mes desde el indicado plazo. Otra conclusión conllevaría, de hecho, la aceptación de la interrupción de la caducidad mediante cualquier forma de reclamación, lo que no puede admitirse.

En este plazo no se excluyen los días inhábiles (86), perfilando la jurisprudencia (87) que el artículo 133 LEC, al prever la inhabilidad a los efectos del cómputo de plazos de determinados días, se refiere a actuaciones judiciales y no a plazo de derecho sustantivo, cuyo cómputo ha de realizarse sin

(84) STS de 16 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/9997).

(85) SAP de Navarra, de 27 de enero de 2005 (*SP/SENT/68121*).

(86) STS de 18 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 3571).

(87) SAP de Baleares, de 27 de mayo de 2004 (*SP/SENT/5872*).

exclusión de los días inhábiles, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 del Código Civil.

A diferencia de la prescripción que sólo puede estimarse cuando la invoca como excepción el demandado, el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el Juez o Tribunal aunque sólo se desprenda su transcurso de la propia exposición de la demanda u oposición a la misma (88).

La Ley ha señalado, pues, un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que, transcurrido ese término no puede ya ejercitarse, distinguiéndose de la prescripción, en que ésta descansa en la presunción de abandono de su titular y es estimable sólo a instancia de parte y susceptible de interrupción, mientras la caducidad encuentra su fundamento en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico y opera por el mero transcurso del tiempo y no es susceptible de interrupción (89).

Respecto de la naturaleza de este plazo ha estimado la doctrina (90) que siendo un término de derecho material, no procesal, no habría inconveniente en que fueran prolongados por pacto estatutario, si bien más inconvenientes generaría su reducción, por tratarse en definitiva de una medida dirigida a la protección de los propietarios individuales.

En cuanto al cómputo de los plazos cabe decir que tratándose de propietarios asistentes a la Junta que votaron en contra del acuerdo o que fueron indebidamente privados de su derecho de voto, el plazo se cuenta desde la fecha de adopción del acuerdo, es decir, el día en que se celebró la Junta en que se adoptó el acuerdo impugnado (91). No se tomará en cuenta la fecha de redacción del acta (92), salvo que sea precisa para fijar el contenido del acuerdo o si el objeto de la impugnación es precisamente el acuerdo por aparecer indebidamente transcrito en ella.

Regla especial se establece expresamente para los propietarios ausentes, pues el plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9. El cómputo se inicia desde el momento en que el propietario sea debidamente notificado; en caso contrario, no correrá el plazo hasta que pueda tener conocimiento del contenido y alcance de la decisión comunitaria. Esta fecha se entenderá referida al día de la recepción efectiva de la comunicación, por lo que resulta conveniente que quede constancia de la misma. Si la notificación se efectuase a través del

(88) SAP de Madrid, de 8 de octubre de 2004 (*SP/SENT/62564*).

(89) Así lo exponen las SSTs de 30 de abril de 1940 (*RJ 1940/ 304*), de 17 de noviembre de 1948 (*RJ 1948, 1413*) y 25 de septiembre de 1950 (*RJ 1950, 1406*).

(90) CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 18», *op. cit.*, 2002, pág. 622.

(91) Vid. SAP de Barcelona, de 26 de noviembre de 2004 (*SP/SENT/64728*).

(92) Es más, expone la STS de 25 de febrero de 1998 (*RJ 1988, 1306*) que la existencia o inexistencia de un libro de actas resulta indiferente para las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de la Junta, del acta correspondiente y de los acuerdos adoptados.

tablón de anuncios que previene el artículo 9.1.h) LPH, el plazo se computará a los tres días naturales desde la colocación (93).

Cuando el impugnante no asistió a la Junta y la Comunidad remite el acta sin constancia de la recepción, la prueba más normal es la declaración del administrador o persona habitualmente encargada de la entrega, aunque de haber discrepancia entre las partes sólo el Juez puede determinar lo que considere más verdad. Para evitar cualquier riesgo, el propietario debe contar la fecha desde el día en que recibió copia, sin que tenga nada que ver con el momento en el cual el presidente y secretario firmaron (94). Lo único que cuenta es la recepción. Teniendo en cuenta que los plazos del artículo 18 LPH son de caducidad y no de prescripción, cabe entender que no se interrumpe el plazo por la demanda de Diligencias Preliminares para conseguir datos de las cuentas.

En todo caso, la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos afecta a los acuerdos contrarios a la LPH, no a los nulos de pleno derecho por infracción de otra ley imperativa o prohibitiva, conforme al párrafo tercero del artículo 6 del Código Civil, insubsanables por el transcurso del tiempo. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que dentro de este segundo subgrupo se incardinarán también los acuerdos que contravengan las normas imperativas contenidas en la LPH, que son inderogables por la autonomía de la voluntad (95).

En conclusión, la valoración de esta medida merece un juicio negativo. Así, en opinión de unos (96), esta dualidad de plazos que contempla el artículo 18.3 implica inseguridad jurídica en todos los acuerdos de Junta que puedan ser conflictivos, ya que decaído por cualquier causa el plazo de tres meses, el propietario que pretenda impugnar siempre alegará que el acto viola una disposición legal, pretendiendo que el plazo a aplicar sea de un año (97). Según otros,

(93) Así, DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a, *op. cit.*, 2004, pág. 144. Cfr. STS de 3 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 969), al señalar que si no hubiesen sido debidamente notificados, el plazo no comenzará a correr hasta que por medio de la conciliación o la demanda hayan tenido conocimiento del acuerdo. En términos similares, la STS de 9 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/ 8782).

(94) Consulta: *Revista SEPIN, PH*, núm. 259, junio, 2005.

(95) STS de 25 de enero de 2005 (*RJ* 2005/1200); STS de 7 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 4152).

(96) VENTURA TRAVESET, A., *op. cit.*, 2000, pág. 559.

(97) Dispone la SAP de Barcelona, de 31 de marzo de 2005 (*SP/SENT/70082*), que «No estando al corriente de pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad ni habiendo consignado, y además formulada la impugnación fuera del plazo de caducidad de tres meses previsto en el artículo 18 de la LPH, debe desestimarse la oposición formulada. En este caso, el plazo de caducidad aplicable es el de tres meses y no de un año, puesto que la alteración del porcentaje de contribución a sufragar los gastos de la comunidad llevada a cabo en la Junta de Propietarios señalada, no es definitiva sino que afecta a una reparación concreta y además es en beneficio de los locales (uno de ellos el del

la distinción entre diversos tipos de acuerdos impugnables, sujetándolos a los plazos de caducidad de tres meses o de un año, va contra el sentido común. No ha faltado quien, proponiendo la separación de los actos contrarios a la Ley de aquellos que contradicen los Estatutos, vincule esta diferenciación a los plazos para el ejercicio de la acción, reduciéndolo respecto de los acuerdos contrarios a los Estatutos, de menor gravedad que los contrarios a la Ley (98).

VIII. EJECUTIVIDAD DE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS

La ejecutividad de los acuerdos se predica desde el cierre del acta, toda vez que dispone el artículo 19.3 LPH que: *«El acta deberá cerrarse con las firmas del Presidente y del Secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes. Desde su cierre los acuerdos serán ejecutivos, salvo que la Ley previera lo contrario»*, y precisamente una de estas salvedades legales es la que contempla el artículo 18 en su apartado 4 cuando establece que *«La impugnación de los acuerdos de la Junta no suspenderá su ejecución, salvo que el Juez así lo disponga, con carácter cautelar, a solicitud del demandante, oída la Comunidad de propietarios»*.

El acuerdo impugnado goza, por tanto, de ejecutividad, sin perjuicio de que el Juez pueda acordar su suspensión, concediendo a través de esta decisión una de las medidas cautelares previstas por el artículo 727 LEC, cuando se refiere a: *«11.ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en juicio»*.

En aplicación del artículo 733 LEC que, como regla general, contempla que el Tribunal provea a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado, dispone el artículo 18.4 que esta medida cautelar sólo podrá ser adoptada *«a solicitud del demandante»*; en consecuencia, sólo a petición de parte y oída la Comunidad se podrá disponer la suspensión, sin que pueda ser adoptada de oficio por el Juez.

Esta solicitud de suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado podrá practicarse en el momento de interposición de la demanda o en un momento

demandado) con lo que el acuerdo no es contrario a la Ley ni a los Estatutos ni implica modificación del título constitutivo de la comunidad, únicos casos en que la nueva regulación permite impugnar los acuerdos en el plazo de un año».

(98) Así, SOLER PASCUAL, L. A., *op. cit.*, 2005, propone como nueva redacción para el artículo 18.3 que éste disponga que *«La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de Propietarios, a los seis meses cuando se trate de actos contrarios a los estatutos comunitarios y al año cuando se trate de actos contrarios a la ley. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9»*.

posterior. En todo caso dicha suspensión deberá ser fundamentada y acordarse en base a los requisitos que justifican la adopción de la misma: la apariencia jurídica, el llamado *fumus boni iuri*, esto es, una cierta justificación de la pretensión principal que se interpone; y que exista un peligro cierto de que el retraso en el pronunciamiento de la sentencia que se solicita producirá graves o irreversibles quebrantos, el denominado *periculum in mora* (99).

El Juez podrá solicitar del demandante la prestación de una fianza bastante para responder de los daños y perjuicios derivados de la paralización en la ejecución del acuerdo comunitario (100).

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

STS de 30 de abril de 1940 (*RJ* 1940/ 304)
STS de 17 de noviembre de 1948 (*RJ* 1948, 1413)
STS de 25 de septiembre de 1950 (*RJ* 1950, 1406)
STS de 4 de marzo de 1967 (s. r.)
STS de 22 de abril de 1974 (*CL* 1974, núm. 197)
STS de 31 de marzo de 1981 (*RJ* 1981, 1144)
STS de 26 de junio de 1982 (*RJ* 1982/3443)
STS de 4 de abril de 1984 (*RJ* 1984/1928)
STS de 14 de julio de 1984 (*RJ* 1984, 3808)
STS de 18 de diciembre de 1984 (*RJ* 1984, 6135)
STS de 18 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 3571)
STS de 25 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988, 8712)
STS de 22 de noviembre de 1988 (s. r.)
STS de 30 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988, 8728)
STS de 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/2187)
STS de 2 de abril de 1990 (*RJ* 1990/2686)
STS de 31 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 8277)
STS de 28 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991/8511)
STS de 22 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4275)

(99) Son palabras de ESTRUCH ESTRUCH, *op. cit.*, 2000, pág. 241, seguido literalmente por FUENTES LOJO, *op. cit.*, 2002, pág. 621. Cita también DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a, *op. cit.*, 2004, pág. 145, a ORTELLS RAMOS, M., «El proceso cautelar», en MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J. L. y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil*, 2.º, Barcelona, 1989, pág. 264 y sigs.; CORTES DOMÍNGUEZ, V., «Las medidas cautelares», en CORTES DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V. y ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal*, T. I, vol. II, Valencia, 1991, pág. 522.

(100) Vid. VENTURA TRAVESET, A., *op. cit.*, 2000, pág. 563. FUENTES LOJO, *op. cit.*, 2002, pág. 621, pone de manifiesto que esta medida, además de en la demanda, se podrá solicitar antes o después de entablarse la misma, si bien de solicitarse antes deberá interponerse la demanda dentro de los ocho días siguientes a su concesión.

STS de 14 de julio de 1992 (*RJ* 1992/6293)
STS de 15 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10493)
STS de 23 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10688)
STS de 26 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4789)
STS de 16 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/9997)
STS de 3 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 969)
STS de 27 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 3081)
STS de 13 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6435)
STS de 20 de mayo de 1995 (s. r.)
STS de 5 de marzo de 1996 (*RJ* 1996/1997)
STS de 10 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/1914)
STS de 14 de julio de 1997 (*RJ* 1997, 5470)
STS de 24 de julio de 1997 (*RJ* 1997/ 5767)
STS de 9 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/ 8782)
STS de 25 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 1306)
STS de 3 de octubre de 1998 (*RJ* 1998, 7326)
STS de 4 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7851)
STS de 7 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7316)
STS de 5 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3990)
STS de 21 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 2241)
STS de 14 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001, 9356)
STS de 7 de marzo de 2002 (*RJ* 2002/4152)
STS de 28 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 7205)
STS de 2 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004,6863)
STS de 3 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004/7564)
STS de 25 de enero de 2005 (*RJ* 2005/1200)
SAT de Oviedo, de 12 de abril de 1984 (s. r.)
SAT de Oviedo, de 30 de noviembre de 1988 (*RGD* 1989, 3350)
SAP de Asturias, de 16 de enero de 1998 (*AC* 1998/3025)
SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 1994 (*AC* 1995, 80)
SAP de Navarra, de 30 de marzo de 1995 (*AC* 1995, 473)
SAP de Tarragona, de 13 de marzo de 1997 (*AC* 1997, 607)
SAP de Córdoba, de 23 de junio de 2000 (*AC* 2000/ 2074)
SAP de Zaragoza, de 14 de junio 2001 (*AC* 2001, 1306)
SAP de Madrid, de 4 de marzo de 2002 (*JUR* 2003, 40875)
SAP de Salamanca, de 15 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 165797)
SAP de Asturias, de 6 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/192840)
SAP de Alicante, de 6 de septiembre de 2002 (*AC* 2002, 1710)
SAP de Cantabria, de 30 de octubre de 2002 (*AC* 2002, 2269)
SAP de Granada, de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 108672)
SAP de Jaén, de 24 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 83801)
SAP de Barcelona, de 14 de marzo de 2003 (*RJ JUR* 2003, 197607)

SAP de Córdoba, de 9 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/235756)
SAP de Zaragoza, de 7 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/251730)
SAP de Asturias, de 30 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/49663)
SAP de León, de 2 de enero de 2004 (*JUR* 2004/52410)
SAP de Baleares, de 27 de mayo de 2004 (*SP/SENT*/5872)
SAP de Valencia, de 25 de junio de 2004 (*JUR* 2005/13370)
SAP de Girona, de 14 de julio de 2004 (*AC* 2004, 1592)
SAP de Madrid, de 8 de octubre de 2004 (*SP/SENT*/62564)
SAP de Barcelona, de 20 de octubre de 2004 (*SP/SENT*/63121)
SAP de Barcelona, de 26 de noviembre de 2004 (*SP/SENT*/64728)
SAP de Navarra, de 27 de enero de 2005 (*SP/SENT*/68121)
SAP de Orense, de 7 de febrero de 2005 (*SP/SENT*/68607)
SAP de Asturias, de 21 de febrero de 2005 (*SP/SENT*/68801)
AAP de León, de 11 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/116051)
SAP de Murcia, de 17 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 642)
SAP de Barcelona, de 31 de marzo de 2005 (*SP/SENT*/70082)

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SÁNCHEZ, B.: «La aplicación jurisprudencial de la doctrina del abuso de derecho en los conflictos de propiedad horizontal», en *Aranzadi Civil*, vol. II, Parte Estudio, 1993.
- ARAGONESES, P.: «Reglas para determinar el proceso aplicable en materia de propiedad horizontal», en *Pretor*, núm. 22, julio-agosto, 1964.
- BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA: *Revista SEPIN, PH*, núm. 201, marzo, 2000.
- BARONA VILAR, S.: «El proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos en materia de propiedad horizontal», en *Justicia*, IV, 1985.
- CARRASCO PERERA: «Comentario al artículo 18», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Pamplona, 2002.
- CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO: *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*, Dilex, 3.^a ed., 2000.
- COCA PAYERAS: «Comentario a la STS de 14 de febrero de 1986», en *CCJC*, núm. 10, 1986.
- CORTES DOMÍNGUEZ, V.: «Las medidas cautelares», en CORTES DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V. y ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho Procesal*, T. I, vol. II, Valencia, 1991.
- CRESPO ALLUE, F.: «Comentario al artículo 21», en *La reforma de la Propiedad Horizontal* (coordinado por GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Valladolid, 1999.
- DE LA OLIVA SANTOS: *Lecciones de Derecho Procesal*, 1987, V, Barcelona, 1987.
- DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a: *La morosidad en la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- «La vivienda familiar en régimen de propiedad horizontal: responsabilidad de los cónyuges ante los gastos comunitarios», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED-IDADFE, El Derecho, 2005.

- DORREGO DE CARLOS, A.: «La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: objetivos y principios jurídicos», en *Act. Inmobiliaria*, núm. 3, 1990.
- «La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: objetivos y principios jurídicos», en *Administración Rústica y Urbana*, núm. 106.
- ESTRUCH ESTRUCH: *La Junta de Propietarios: Constitución, Acuerdos e Impugnación*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1971.
- «Examen del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *ADC*, 1979.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, vol. 2.º, Madrid, 1985.
- FUENTES LOJO, J. V.: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Bosch, Barcelona, 1978.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, Bosch, Barcelona, 2002.
- GARCÍA GIL: *La propiedad horizontal*, Dilex, 1999.
- GARRIGUES-URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, 1976.
- GIMENO SENDRA: *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, 2.ª edic. Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ CARRASCO: *Representación de la comunidad de propietarios y legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Barcelona, 1997.
- HERNANZ CANO, L.: *Las Comunidades de Propiedad Urbana*, Colex, 1999.
- LOSCERTALES FUERTES, D.: «Propiedad horizontal. Comunidades y urbanizaciones», *SEPIN*, 2005.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, L.: *Protección judicial de la propiedad horizontal*, Montecorvo, Madrid, 1988.
- ORTELLS RAMOS, M.: «El proceso cautelar», en MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J. L. y MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil*, 2.º, Barcelona, 1989.
- PECES-BARBA DEL BRÍO, G.: *Propiedad Horizontal. Legislación española*, Madrid, 1965.
- PERÉ RALUY, J.: «El procedimiento especial sumario de la Ley de Propiedad Horizontal», en *RGD*, 1962.
- PONS Y DEL ARCO: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, Granada, 3.ª edic. 1987.
- RIFA SOLER, J. M.: «Comentario al artículo 18 LPH», en *La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*, coord. CABAÑAS GARCÍA, J. C., Trivium, Madrid, 1999.
- RUBIO TORRANO, E.: «Sobre la convocatoria y acuerdos de la Junta de Propietarios», en *AC*, vol. II, 1994.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1998.
- SAN ROMÁN HERNÁNDEZ, J. I.: «Procesos en materia de propiedad horizontal», en *La Ley*, 1982-4.
- SEISDEDOS MUIÑO: «Propiedad horizontal: ¿son nulos o anulables los acuerdos contra legem?», en *Colección jurisprudencia práctica*, Tecnos, núm. 50, 1993.

- «Comentario a la STS de 26 de junio de 1993», en *CCJC*, 1994.
- SEOANE PRADO, F. J.: «La nueva Ley de Propiedad Horizontal. Los procesos judiciales», en *Revista SEPIN, PH*, noviembre, núm. 197-B, 1999.
- SERRANO GARCÍA: «Comentario a la STS de 29 de octubre de 1993», en *CCJC*, 1994.
- SOLER PASCUAL, L. A.: *Estudio y análisis de los artículos 5, 8, 12, 18 y 20 de la LPH*, Jornada de estudio sobre la Ley de Propiedad Horizontal, Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas de España, Madrid, 2005.
- TOMÉ PAULE, J.: «Régimen procesal de la Propiedad Horizontal», en *RDPProc.*, 1965.
- URÍA GONZÁLEZ, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M.: «La Junta General de Accionistas», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, 1992.
- VENTURA TRAVESET, A.: *Derecho de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 2000.
- VISCO: *Problemi giuridici attuali sul condominio di edifici*, 1966.
- ZANON MASDEU, L.: *La propiedad de casas por pisos*, Ariel, Barcelona, 1964.

RESUMEN

IMPUGNACIÓN ACUERDOS

Tras la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, fueron muchas e importantes las innovaciones introducidas en el régimen jurídico de esta forma especial de propiedad, innovaciones que inspiraron, en su día, una más que abundante y fructífera literatura jurídica. Han pasado ya varios años desde la entrada en vigor de esta Ley y parece llegado el momento de hacer balance acerca de una materia de vital importancia para el pacífico desarrollo de la convivencia en el seno de las Comunidades de Propietarios. Esta materia no es otra que el régimen jurídico previsto por esta Ley especial para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos comunitarios.

La Ley 8/1999 optó por regular en un artículo aparte la impugnación judicial de los acuerdos comunitarios ampliando el abanico de los que son impugnables, estableciendo mayores requisitos de legitimación activa del propietario y alargando los plazos para interponer la co-

ABSTRACT

CHALLENGE DECISIONS

After Act 8/1999 of 6 April revising Act 49/1960 of 21 July on horizontal property, many important innovations were instituted in the legal scheme for this special form of property ownership, innovations that at the time inspired a more than abundant, fruitful legal literature. It has been several years now since the law went into force, and the time seems to have come to take stock of a matter that is of vital importance for the peaceful development of human relations in tenants' associations. This matter is none other than the scheme this special law provides for the exercise of action to challenge resolutions made by a tenants' association.

Act 8/1999 opted to devote a separate article to the regulation of suits challenging the resolutions of a tenants' association, expanding the range of the resolutions that can be challenged, setting more requirements for the tenant to meet in order to have legal standing as plaintiff and stretching out the times when different sorts of suits can be filed,

rrespondiente demanda, según el tipo de acuerdo que constituiría su objeto.

La relevancia de la normativa que nos ocupa reside en que viene a articular los mecanismos de defensa que la Ley reconoce, tanto al propietario individual como a aquellas minorías de propietarios que consideran que los acuerdos, pese a haber sido válidamente adoptados por la asamblea, son contrarios a la Ley o antiestatutarios o conllevan una grave lesión, ya sea para su interés particular o para los intereses de la propia Comunidad.

En el análisis de esta materia se efectuará un comentario crítico del contenido de este precepto, abordando las cuestiones relativas al procedimiento procesal previsto por la LEC para la impugnación de los acuerdos comunitarios, los requisitos objetivos y subjetivos que deben concurrir para que éstos puedan ser impugnados, la caducidad de la acción y la repercusión que todo ello pueda tener sobre la ejecutividad de dichos acuerdos.

depending on the type of resolution they concern.

The importance of the law in question resides in the fact that it specifies, in article form, the mechanisms of defence that the law recognises both to the individual tenant and to those minorities of tenants who consider that resolutions have been made that are contrary to law or to their charter or that entail some serious harm, be it to their private interest or the interests of the tenants' association itself, even where such resolutions have been validly made by the assembly.

In the analysis of this matter, a critique will be made of the contents of the law, addressing the issues in the procedure laid out by the Civil Procedure Act for the challenging of tenants' association resolutions, the objective and subjective requirements that must be met in order for resolutions to be challenged, the expiration of the period for action and the repercussion these matters can all have on the enforceability of such resolutions.

(Trabajo recibido el 25-10-2005 y aceptado para su publicación el 11-07-2006)

DICTÁMENES Y NOTAS

La responsabilidad en el uso, compra y copia de programas de ordenador.

Estudio jurisprudencial

por

JOSÉ A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ

Profesor titular y Magistrado

SUMARIO

1. LA LICENCIA DE USO DE UNA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO RÉGIMEN LEGAL DE LA ADQUISICIÓN DE PROGRAMAS DE ORDENADOR.
2. EN LA LPI EL PROGRAMA DE ORDENADOR NO ES PROPIEDAD INDUSTRIAL SINO INTELECTUAL.
3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL PROGRAMA DE ORDENADOR.
4. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO MODELO JURISPRUDENCIAL DE LOS CONTRATOS PERSONALIZADOS DE PROGRAMAS DE ORDENADOR.
5. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR:
 - 5.1. ANTECEDENTES.
 - 5.2. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.
 - 5.3. LA CARACTERIZACIÓN PENAL DEL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL:
 - 5.3.1. *Ánimo de lucro y perjuicio de tercero en los delitos contra la propiedad intelectual.*
 - 5.3.2. *El contenido del ánimo de lucro.*
 - 5.3.3. *La comunicación pública y su autonomía con el ánimo de lucro.*
 - 5.4. TIPOS PENALES AGRAVADOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
6. EL PROGRAMA CREADO EN LA RELACIÓN DE TRABAJO.

1. LA LICENCIA DE USO DE UNA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO RÉGIMEN LEGAL DE LA ADQUISICIÓN DE PROGRAMAS DE ORDENADOR

El fenómeno de la copia indebida y abusiva, «pirata», de todo tipo de obras artísticas y científicas, es preocupación fundamental de la legislación española y comunitaria. La facilidad de la reproducción digital exige mecanismos rápidos y rigurosos de salvaguardar y garantizar los derechos de propiedad intelectual e industrial, y en particular los derechos de propiedad sobre los programas de ordenador (1).

La legislación española, siguiendo las Directrices comunitarias y las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales del derecho americano, configura los programas de ordenador como «propiedad intelectual» (art. 10.1.i LPI). La configuración de la titularidad de los programas de ordenador como propiedad intelectual es reciente, y tiene su origen próximo en la reforma de la *copyright act* de 1980 por el Congreso de los Estados Unidos (2).

(1) Se afirma que en España la piratería está 20 puntos por encima de la media europea (CASTÁN, «Perspectivas actuales en la protección de programas de ordenador», en *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Madrid, 1999, pág. 117). Según la Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual en España (Revista *Secuencias*, febrero de 2005, se calcula que en España en el 2004 frente a 70 millones de discos (cds y dvds) ilegales se han vendido sólo 40 millones legales. A reforzar la protección de la propiedad intelectual frente a la infracción generalizada de los derechos de autor por las nuevas tecnologías se dirige la reciente Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. GÓMEZ SEGADE, «La propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la conformación», en *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Madrid, 1999, y en *Derecho de Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, 1996, pág. 151, pone de manifiesto los retos de un mundo globalizado en la sociedad de la información. La generalización del *software* estándar plantea una preocupación «ansiosa» para su protección eficaz, propugnando la armonización de las legislaciones nacionales. Este autor subrayaba ya en 1969 la dificultad de protección de la propiedad de los programas de ordenador y la necesidad de asegurar al programador la exclusividad de la producción, explotación y distribución del programa: «La protección jurídica de los programas de los ordenadores electrónicos», en *RDM*, 1969, pág. 413 y sigs.

(2) APARICIO VAQUERO, *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, Granada, 2004, en especial págs. 75 y sigs., estudia en detalle el origen de esta concepción doctrinal en Estados Unidos y el empeño de las *software houses* de que no se calificase como compraventa su relación con el usuario final. Sobre los precedentes europeos y americanos de la tutela de los programas de ordenador a través de los derechos de autor, cfr. GALÁN CORONA, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo V, vol. 4.º B, Madrid, 1995, pág. 226 y sigs.; APARICIO VAQUERO, *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, Granada, 2004, en especial págs. 147 y sigs. Sobre la Directiva CEE 2001/29, relativa a la armonización de diversos aspectos de los derechos de autor, PLAZA PENEDÉS, *Propiedad intelectual y sociedad de la información*, Pamplona, 2002.

En Europa se propugnó igualmente su calificación como un derecho de autor para que pudiera recibir la protección de la propiedad intelectual según el convenio de Berna de 1886. En España se define el programa de ordenador como propiedad intelectual en el artículo 95 de la LPI de 1987, y ello constituye el fundamento de las Directrices europeas 91/250 (que se introduciría en España en la Ley 16/1993), y de las posteriores Directrices europeas 96/9 y 2001/29, mereciendo también protección como propiedad intelectual las bases de datos (3). Según el artículo 1.1 de la Ley 16/1993, el programa de ordenador tiene el carácter de una obra literaria (4).

(3) Sobre la Ley de 1987 y sus principios: VATTIER FUENZALIDA, «La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/87)», en *ADC*, 1993, pág. 1041 y sigs. La Ley 16/1993 introduce en España la Directiva CEE de 1991 y define al programa de ordenador como «obra literaria». El comentario a la Directiva 91/250 puede verse en MASSAGUER, «La adaptación de la LPI a la Directiva CEE relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador», en *RDM*, enero-junio 1991, pág. 39 y sigs. Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el TRLPI, modificado por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, introduce la Directiva 96/9 sobre protección de bases de datos. En detalle, FERNÁNDEZ MASÍA, «Informática y propiedad intelectual», en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Granada, 1998, pág. 14; BOTANA AGRA, «Las incorporaciones del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en materias de derechos de autor», en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo XVII, 1996, pág. 49 y sigs. La Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, ha producido diversos borradores de Anteproyecto de Ley de reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual (versiones de noviembre de 2002, enero de 2003, noviembre de 2004), se prevé para fin de 2005 la publicación de un nuevo proyecto de Ley de Propiedad Intelectual que regule en detalle los derechos de autor en el mundo digital. 21-06-2005. En junio de 2005, el Senado aprobó por mayoría una enmienda transaccional en la que insta al Gobierno a que apruebe en el plazo de nueve meses un proyecto de Ley que modifique el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, que se refiere al canon por copia privada, para que compatibilice derechos de autor y derecho a reproducir la obra. Con 127 votos de todos los grupos con representación en el Senado, a excepción de los 124 del Partido Popular, esta moción del Grupo Socialista a la que se sumaron todos a través de una enmienda transaccional, menos los senadores populares, establece que «los cambios tecnológicos, económicos y sociales desarrollados durante el último siglo aconsejan adecuar la Ley de Propiedad Intelectual a las nuevas pautas existentes en el origen y la reproducción de las creaciones culturales». Se trata —añade de facilitar, no sólo la deseada tutela a los creadores de la cultura, sino también, la accesibilidad y el disfrute de tales bienes a toda la ciudadanía—. La senadora popular Mercedes Coloma recordó que el pasado 18 de mayo, el Senado aprobó, por un solo voto de diferencia, la toma en consideración de una proposición de ley del PP que pedía la supresión del canon de los cds y dvds vírgenes, y que ahora «sigue sus correspondientes trámites».

(4) Pero... ¿es comparable un programa de ordenador a una obra literaria? Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el TRLPI, modificado por la Ley

Como consecuencia de la caracterización del programa de ordenador como propiedad intelectual, la legislación española y comunitaria formula un modelo legislativo que concibe la «compra» de un programa de ordenador como la adquisición de un derecho de uso, y limitado a la persona que lo ha comprado (licencia de uso, personalizada) y según la interpretación más frecuente para el ordenador para el que se ha comprado. Es el modelo legislativo que define el artículo 99 de la LPI de 1987, y que se configura en el vigente artículo 100 LPI. Es decir, el programa sólo se puede «usar» por el llamado «usuario legítimo», que no puede acceder a los códigos fuentes ni modificar el programa, salvo para garantizar la «interoperabilidad» del programa en el uso personal y ordinario del programa (si ello es posible sin que «perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático», art. 100.7 LPI), y el artículo 31.2 del proyecto de reforma de la LPI recientemente aprobado (BO Congreso de 26 de agosto de 2005), parece excluir expresamente la licitud de la copia privada de programas de ordenador. Son considerados infractores de los derechos de autor los que pongan en circulación copias de programas de ordenador, o simplemente los que posean copias, especialmente «con fines comerciales» (art. 102 LPI). Cualquier exceso sobre este uso personalizado del programa es considerado una «infracción de los derechos de autor», y si media ánimo de lucro está penado de un modo muy riguroso por tipos penales específicos, de reciente incorporación al CP (5).

5/1998, de 6 de marzo, que introduce la Directiva 96/9 sobre protección de bases de datos, suprime la referencia a «obra literaria». La cuestión se plantea en la SSTS —3.^a— de 28 de septiembre de 2002, y 20 de julio de 2002, 26 de junio de 2001, 9 de mayo de 2001, 28 de abril de 2001, a los efectos de la aplicación del artículo 12 del Convenio suscrito entre España y los Estados Unidos de América para prevenir la doble imposición y la evasión fiscal respecto de los Impuestos sobre Rentas de 22 de febrero de 1990, habida cuenta que, con arreglo al precepto mencionado, los cánones satisfechos en concepto de cesión de derechos de autor sobre programas de ordenador (*royalties software*) habían de tributar a un tipo del 5 por 100 del importe bruto pagado si se entendía que se trataba de la cesión de una «obra literaria» —posición de la recurrente en la instancia— o a otro del 8 por 100 si se calificaba de cesión de «obra científica» —posición de la Administración—. Las sentencias declara el programa de ordenador obra literaria, porque el único criterio es el que ofrece la Ley 16/1993 y porque: «Si por una obra científica habría que entender aquella que desarrolla teorías, principios, teoremas, axiomas o postulados, porque, en definitiva, por Ciencia hay que considerar todo cuerpo de doctrina metódicamente ordenado y constitutivo de una rama particular de los conocimientos humanos, resulta claro que un programa de ordenador, *per se*, no realiza ninguno de esos cometidos».

(5) Esta configuración legislativa del régimen de la adquisición de programas de ordenador no ha hecho sino bendecir las prácticas introducidas por los propios fabricantes de *software*, que suelen acompañar al programa una exigencia previa de aceptación de unas cláusulas generales, que el usuario tiene que aceptar expresa y formalmente antes de poner en funcionamiento el programa. Dichas condiciones generales suelen explicar en detalle que el comprador de programa sólo es un usuario personal y que renuncia a cual-

La nueva sociedad de la información ha variado radicalmente la problemática de los derechos de autor. Hasta época reciente se reconducía la tutela de los derechos de autor a dos tipos fundamentales: el plagio y la suplantación de la personalidad del autor (por ejemplo, SSTS de 30 de mayo de 1984 y 9 de junio de 1990, en ambos casos de plagio de canciones de Julio Iglesias y Rocío Jurado, respectivamente). Llama la atención con todo que si en los años ochenta apenas hay jurisprudencia sobre el atentado contra la propiedad intelectual, con la aparición de las nuevas tecnologías digitales el número de sentencias que contemplan la infracción penal y civil de los derechos de propiedad intelectual se incrementa exponencialmente, superando ampliamente en número a las que examinan infracciones de la propiedad industrial. Ahora la tecnología digital y los programas de ordenador están en la base de una revolución doctrinal y jurisprudencial sobre el concepto de derecho de autor.

Sin embargo esta calificación de los programas de ordenador como «propiedad intelectual», impuesta legislativamente en Estados Unidos, y armonizada en el ámbito europeo por sucesivas Directrices que se incorporan a los derechos nacionales, está sometida a una ardua polémica y a duras críticas (6).

quier derecho o pretensión de distribución, cesión, análisis, descompilación, ingeniería inversa, etc., del programa adquirido.

(6) La doctrina española, como antes había sucedido en el ámbito de los Derechos americano y europeo, plantea serias dudas a la configuración legal de la adquisición de un programa de ordenador como mera licencia personalizada de uso de una propiedad intelectual, especialmente antes de la consagración legislativa de la titularidad de los programas de ordenador como propiedad intelectual. GÓMEZ BENÍTEZ y QUINTANO OLIVARES (*Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, 1988, pág. 94), consideran inaceptable la afirmación de que no se ha comprado el programa de ordenador, afirmando que hay una compra efectiva del soporte, aunque otra cosa es la precisión del derecho de «reproducción». DELGADO ECHEVERRÍA presenta en su trabajo las dudas doctrinales y legislativas habidas y lo consideraba un contrato de compraventa efectivo, el programa de ordenador como producto, y sólo admitía que se trataba de una cesión de uso cuando era contrato de tracto sucesivo (*op. cit.*, pág. 1323 y sigs.), aunque concluye que es la solución pragmática más eficaz frente a la piratería (pág. 1340), aunque debe profundizarse en las peculiaridades de esta obra de ingenio y destacar sus especificidades frente a la propiedad intelectual (pág. 1341 y sigs.). También CARRASCO PERERA (en el prólogo a la obra de FERNÁNDEZ MASÍA, *La protección de los programas de ordenador en España*, Valencia, 1996) es partidario de su caracterización como producto. BERCOVITZ, por su parte, tras subrayar que no es una obra literaria, ni científica, opina que es una obra tecnológica protegida a través del derecho de autor («Comentario al artículo 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.^a ed., Madrid, 1997, pág. 164). VALDÉS ALONSO (*Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Madrid, 2001, pág. 285), y FERNÁNDEZ MASÍA («Informática y propiedad intelectual», en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Granada, 1998, pág. 8), que opinan que su caracterización como derecho de autor se debe a razones prácticas más que científicas. GALÁN CORONA (*Comentarios*, cit., pág. 304) lo interpreta como un mero interés de los licenciantes en impedir los actos de disposición de los usuarios sobre los programas adquiridos. Algunos lo llegan a calificar como «tipo de protección que tiene que ver más con la promoción de la dependencia tecnológica que con la creación» (ÁLVAREZ NAVARRETE, «Propiedad intelectual y sociedad civil», en *Congreso «cultura y desarrollo»*, julio de

A mi parecer la contradicción principal de este régimen, bendecido legislativamente, de adquisición de programas de ordenador, es que se pretende que es despreciable el valor del soporte. El programa se recibe directamente del «autor» del programa que es el titular de todos los derechos. Los programas de ordenador se encarnan misteriosamente como sujeto contratante el día del primer uso, se suelen autopresentar pomposamente como contratando en nombre del propio titular de los derechos sobre el programa, y se presenta habitualmente el propio programa celebrando un contrato formal con el usuario. El programa detenta entonces una misteriosa voluntad que nos habla cortés pero firmemente, en pasos sucesivos, de lo que realmente hemos adquirido y de lo que debemos aceptar, y sólo entonces cuando aceptamos contratar, con esa misteriosa entidad espiritual desconocida pero ostentosamente presente, el programa se ejecuta y se puede disfrutar. Se afirma tajantemente en esas condiciones que nadie lee, que cuando compramos el programa no hemos comprado nada. Adquirimos un simple derecho de uso individual y personalizado, y lo adquirimos del programa mismo que se autoencarna como voluntad abstracta, como realización de su autor el día del primer uso (7).

2005). La jurisprudencia tampoco ha aceptado de modo unánime la consideración del programa informático como propiedad intelectual en la vía contenciosa y, a efecto de la renta de aduanas, se estuvo considerando un producto no una obra intelectual. La AN distingue últimamente a efectos fiscales (SAN de 28 de febrero de 1995), entre el *software* estándar, del que supone que es propiedad intelectual, y el *software* a medida que se considera que se alquila o usa. En la vía penal hasta la subsunción de la figura en el régimen del artículo 270 CP, la jurisprudencia estuvo dudando sobre la calificación de la piratería informática.

(7) A mi parecer, la jurisdicción del Estado se hace efectiva a través de la posición jurídica del vendedor del soporte. Es el vendedor el que garantiza la identidad del titular del programa y del comprador, el que personaliza las relaciones jurídicas en el tiempo y en el espacio, y quien hace efectivos los principios de identidad y fehaciencia que el Estado encarna. Si el intermediario es despreciable y la relación se establece directamente entre el propio programa y el usuario, se ha creado en realidad un modelo de relación jurídica sin sujeto responsable, sin tiempo y lugar de origen, y reconociendo personalidad del programa mismo. Lo que se corresponde también con una sociedad de la información basada en Internet que se dice que carece de una identidad jurídica responsable de su gestión. Y la doctrina en general acepta este esquema: el vendedor efectivo del programa es en sí despreciable, ni siquiera se le considera un mero intermediario, lo que se explica por el poco valor del soporte. Pero... ¿cómo se puede realizar un contrato de adquisición sobre una cosa que ya hemos comprado? Para evitar este problema, los programas inventan diversos modelos de dualidad metafísica, habitualmente surgidos para evitar las reticencias de la jurisprudencia americana (apertura de sellos, bolsa de plástico, caja aparte, conexión a Internet, venta *ad gustum*, etc...). Queda sin embargo el problema metafísico de no saber con quién hemos contratado... ¿Cómo puede contratar el programa en su propio nombre si no es persona? ¿Con quién contratamos? ¿Quién nos garantiza su identidad? La jurisprudencia (aunque no unánime) tampoco tiene habitualmente dudas sobre la caracterización del programa de ordenador como simple licencia de uso y en consecuencia la licitud de la persecución penal de la reproducción de los programas de ordenador, como en general de la reproducción sin licencia de CDs de música y video. La SAP de Castellón, de 14 de septiembre de 2004,

Yo creo que la justificación de la calificación del programa de ordenador como propiedad intelectual es la defensa contra las actividades de copia y reproducción pirata que se hacen a nivel industrial, comercial y privado. Está específicamente dirigido a prevenir la copia abusiva, pero, en mi opinión, el programa de ordenador no es ordinariamente una obra de autor (esto es una obra de arte) sino un producto. Además, como intento justificar a continuación, la protección eficaz frente a la copia abusiva no se consigue por la consideración del programa como propiedad intelectual, y por otra parte esta calificación es abusiva para el usuario, que puede quedar en situación de cierta indefensión (8).

2. EN LA LPI EL PROGRAMA DE ORDENADOR NO ES PROPIEDAD INDUSTRIAL SINO INTELECTUAL

La consideración de los programas de ordenador como propiedad intelectual supone abandonar su protección como propiedad industrial. Es decir que, como principio, el programa de ordenador se considera una obra de arte y no un producto técnico. Proteger el programa de ordenador como propiedad intelectual significa que el programa es objeto de protección con independencia de su patente (como invención o como modelo de utilidad). La autoría del programa se protege como tal, en sí mismo y por sí mismo, aunque no conste su autor y aunque no esté inscrita en el Registro de Propiedad Intelectual. La

afirma, por ejemplo, que: «No es estimable por lo tanto la argumentación sobre ignorancia de la tipicidad penal de los hechos, o error de prohibición ex artículo 14 del CP» (en sentido contrario, la SAP de Cantabria, de 18 de mayo de 2004). La SAP de Madrid, de 23 de marzo de 2004, argumenta de la ilicitud intrínseca de la copia indebida de programas de ordenador, pues hay un triple perjuicio: del derecho de autor, de la hacienda pública y del consumidor que no tiene garantías del producto.

(8) La irrupción de ordenadores en nuestra sociedad es comparable a la de la imprenta (FERNÁNDEZ MASÍA, «Informática y propiedad intelectual», en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Granada, 1998, pág. 1). Definir qué es un programa de ordenador me parece una cuestión decisiva para saber qué lugar ocupa el hombre en la nueva sociedad de la información. Me parece que el legislador comunitario y español se ha dejado engañar por la misteriosa presencia dialogante que aparece al arrancar un programa de ordenador pidiendo que acepte. Como Fausto ha aceptado, y le ha reconocido el estatus de persona. Considerar al programa de ordenador como propiedad intelectual pero sin sujeto creador, sin originalidad garantizada, significa romper la distinción entre el sujeto y objeto. La obra de arte lo es por ser, como creación desde la nada, una encarnación de la divinidad, por ser un desvelo del principio y del misterio del hombre. Hacer del programa una propiedad intelectual es negar la identidad de la obra de arte y la esencia misteriosa del hombre frente a la lógica sistemática de una obra técnica. A mí me parece que definir el autor es el arcano máximo del sistema. La LPI ha definido a la persona individual como autor, pero reconocer el estatus de autor al programa mismo es un grave quebranto para el puesto en que se sitúa al hombre en la nueva sociedad de la información.

propiedad industrial se protege sólo a través de la patente. La patente es algo más que la mera publicidad de la autoría, pues es la garantía social de la primacía en su concepción y desarrollo. La razón de la radical diferencia de régimen registral entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial estriba, a mi juicio, en que la creación artística es original (proviene de la nada), mientras que el desarrollo técnico es un proceso de desarrollo en el que el producto es una consecuencia y hay que acreditar mediante su publicación haber sido el primero en encontrarlo y patentarlo (9).

Es una evidencia que los programas evolucionan con gran rapidez y a la vez que la evolución técnica de la capacidad de los ordenadores, lo que hace difícil el registro de los programas y el control de su novedad. Son las dificultades a la patentabilidad de los programas las que les lleva a ser protegidos como propiedad intelectual y no como propiedad industrial, pero también hay un interés en guardar el secreto e inescrutabilidad del programa (10).

Por el contrario, los derechos de autor existen desde la creación original de una obra (art. 1 LPI), y no desde que constan en un registro oficial (Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual). En todo caso su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual no exige el control de su novedad, y la inscripción en el Registro de Propiedad Intelec-

(9) La diferencia es similar a la que existe entre asumir lo creado y encontrar lo perdido; el tesoro oculto que se considera creado se ocupa por su desvelo, el objeto encontrado, por el contrario, se ocupa por la simple toma de posesión. La obra artística es creada mientras que el producto técnico es «encontrado», el registro de patentes de la propiedad industrial es en realidad la ocupación material y pública de una cosa encontrada. El conocimiento público del producto registrado fomenta la investigación y el desarrollo tecnológico. La patente es una de las causas del desarrollo tecnológico occidental que ha democratizado el progreso científico, pues permite a cualquiera acceder a los adelantos técnicos para introducir en los mismos mejoras y modificaciones. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Patentes, la patente constituye un elemento fundamental para impulsar la innovación tecnológica. El no proteger los programas de ordenador por el sistema de patente o modelo de utilidad significa, a mi parecer, abandonar la vía ordinaria del desarrollo tecnológico y establecer una diferencia sustancial entre el programa de ordenador y el producto del desarrollo tecnológico.

(10) El artículo 52 del Convenio de Munich sobre Patente Europea, de 5 de octubre de 1973, excluía expresamente a la patentabilidad de los programas de ordenador. E igualmente se excluye su patentabilidad en el artículo 4, apartado 2, párrafo D de la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986. La exigibilidad de patente de los programas de ordenador, como presupuesto de su protección, exigiría la organización de un registro específico con técnicos cualificados, lo que comportaría una grave dificultad a la registrabilidad y además se contradice por la rápida obsolescencia de los programas (que le aproxima más a un modelo de utilidad que a una invención propiamente dicha). Aunque sería más fácil su acceso registral como modelos de utilidad donde el control de la originalidad está ciertamente más difuminado. De hecho, son frecuentes las patentes de programas por la interconexión entre un programa y una maquinaria, interconexión a la que se refiere el artículo 96.3 TRLPI.

tual no es constitutiva sino que sólo presume derechos. El registro de los programas de ordenador en el Registro de la Propiedad Intelectual se prevé en el artículo 145 TRLPI, a cuyo tenor: «Podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la presente ley» (11).

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL PROGRAMA DE ORDENADOR

La consideración del programa de ordenador como una obra intelectual y no como un producto técnico es muy favorable para el «fabricante» del programa, y muy restrictivo para los derechos del usuario.

El que adquiere un producto industrial lo puede usar como quiera y también, con algunas restricciones legales, lo puede ceder. Sin embargo proteger el programa como propiedad intelectual significa que como sólo se adquiere una «licencia» de uso, no se pueden hacer sino usos personales del programa

(11) El vigente Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, prevé la organización de un Registro General de la Propiedad Intelectual en el que se puede registrar la autoría «intelectual» de un programa de ordenador. Tradicionalmente se ha considerado que los programas de ordenador se limitan a expresar, en instrucciones dirigidas al ordenador, una solución ya contenida en el algoritmo, que es la auténtica aportación creativa y que no es sino un método matemático y, por tanto, se dice, una elaboración de carácter intelectual y no de carácter industrial. Dicha exclusión se basa en la falta de carácter técnico requerido para la patentabilidad de las invenciones. Sobre el tema, vease GALÁN CORONA, «La patentabilidad de los programas de ordenador», en *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, abril de 1998; del mismo autor en detalle, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo V, vol. 4.º B, Madrid, 1995. En particular, con cita de BERCOVITZ, justifica el régimen legal afirmando que el programa es un algoritmo matemático, que no tiene carácter industrial, y por ello no es patentable» (*Comentarios*, cit., pág. 221). HERNANDO COLLAZOS («Los programas de ordenador y la Ley de Propiedad Intelectual», en *RCDI*, pág. 1793 y sigs.), y APARICIO VAQUERO (*Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, Granada, 2004, pág. 47 y sigs.), estudian en detalle cómo la exclusión de la patentabilidad no reviste carácter absoluto y el movimiento favorable a la patentabilidad de los programas. Se regulan los requisitos específicos de la solicitud de inscripción de los programas de ordenador en el Registro de la Propiedad Intelectual en el artículo 14 del RRPI y se prevé también la inscripción de las bases de datos. La Directiva europea sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador (DOCE C 151, de 25-06-2002) trata de permitir patentar aquellas invenciones nuevas en cuyo procedimiento de elaboración o de ejecución participa un programa de ordenador. En realidad sólo se inscribe en el registro una descripción del programa o la determinación de los elementos que permiten su completa identificación, y una copia de la cinta, cd o dvd en que consta el sistema operativo. El Registro es ciertamente público, pero de un programa no conoceremos por el registro las bases de su invención u originalidad, sino sólo podremos consultar los datos personales del autor, el título del programa y la fecha de publicación, no el código fuente ni los manuales.

de ordenador, y en particular que no se pueden hacer copias del programa, ni ceder el programa a terceros. El derecho de uso personal sólo conlleva el derecho a la copia de seguridad, y a la «interoperabilidad» del programa, lo que conlleva ordinariamente el derecho a incorporar el programa al disco duro y realizar las operaciones pertinentes para garantizar la ejecución de otros programas, y en general la obtención de la finalidad para la que se compró el programa por el usuario (12).

Al ser el adquirente del programa un mero titular de una licencia de uso, en los programas de código oculto el código no puede ser desvelado ni publicado. Circunstancia expresamente reflejada en el artículo 100 LPI y especialmente en el ámbito penal que recoge un delito específico, como luego veremos más en detalle en el artículo 270.3 CP (13).

(12) Subrayar con trazo firme que por la tenencia del soporte se adquiere sólo el derecho de uso «personal», constituye una auténtica obsesión de las Directrices europeas 91/250, 96/9; y también en la reciente 2001/29, relativa a la armonización de derechos de autor. Pero... ¿cuáles son los límites del uso personal? A mi parecer, la LPI no resuelve la cuestión de si el «usuario legítimo» puede usar el programa en cuantos ordenadores quiera o sólo en un ordenador. En la Ley de 1987, expresamente en el artículo 99.2, se prohibía la reproducción del programa fuera del uso personal. El artículo 31.2 LPI, con carácter general, sólo permite la copia: «2.º) Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. El número 1 del artículo 99 LPI vigente parece tímidamente, prohibir la copia del programa para otros ordenadores. A mi juicio, sin embargo, la simple posesión (¿y utilización?) de copias sin fines comerciales no es ser infractor (art. 102 LPI a contrario). APARICIO VAQUERO, *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, Granada, 2004, en especial págs. 171 y sigs., entiende por el contrario, que la Directiva 91/250, recogida en la Ley 16/1993, y reiterada en la Directiva 2001/29, deroga el régimen de la Ley de 1987 y excluye la reproducción incluso para uso personal. Concluyendo, tras exponer en detalle el desarrollo legislativo y el debate doctrinal, que en el *software* el uso se articula a través de la reproducción que sólo pertenece al titular del programa (pág. 265). La cuestión no es baladí, y a mí tal planteamiento no me parecía seguro; quizá era más adecuado sostener que sólo la sumisión de la obra al soporte permite la retribución del autor, y no puede existir una identidad sustancial de la obra con independencia de su soporte. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas multó, el pasado 28 de abril, a España por no trasponer la Directiva 2001/29/CE en el régimen de las copias privadas, lo que ha apresurado que el Gobierno ya haya aprobado la remisión a las Cortes Generales del proyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, limitando drásticamente el derecho de copia privada. APARICIO VAQUERO (cit., pág. 305) se plantea, por ejemplo, el problema del cesionario de un negocio en los supuestos de disolución o sucesión de empresas y opina que no tiene que pagar una nueva licencia porque no hay usuario sucesivo sino subrogación en la persona del usuario original. Pero es evidente que se trata de un uso no personal del programa lo que contradice también su interpretación restrictiva del derecho de uso. Sin embargo, esta opinión era la sostenida en las Directrices europeas y que se incorpora expresamente al artículo 31.2 del proyecto de reforma de la LPI recientemente aprobado (BO Congreso, de 26 de agosto de 2005).

(13) Se prevé también especialmente la tutela del secreto de los programas de ordenador en el artículo 32 del Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual, pues a los efectos de lo señalado en el artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad

Proteger el programa como propiedad intelectual significa, en cuarto lugar, que al «titular» del programa la ley (art. 99 LPI) le concede los derechos exclusivos de la explotación de un programa de ordenador que implica los derechos de reproducción, adaptación, distribución e incluso alquiler. Cualquier tipo de provecho que se derive del programa mismo se genera siempre a favor del titular de los derechos y no del usuario. La estricta regulación legal cierra la vía a la posibilidad de tiendas de intercambio o alquiler de programas de ordenador o a las bibliotecas de programas de ordenador (14).

La caracterización de la titularidad de los programas de ordenador como propiedad intelectual se funda en argumentos prácticos de conveniencia y utilidad, pero se enfrenta a inconsistencias notorias:

En primer lugar, ordinariamente las características esenciales del programa de ordenador son las de un producto técnico y no las de una obra de creación artística original. No tiene habitualmente pretensiones estéticas, y no goza de la inmodificabilidad y durabilidad de la obra de arte, que da testimonio de un pueblo y de una época histórica, sino que está hecho para durar poco y sometido a obsolescencia propia de un producto; es decir, los programas, como las cosas, se convierten pronto en un «trasto inútil». El programa es objeto de utilidad técnica, no de disfrute «espiritual»; y no es una obra individual e irrepetible, como la obra de arte. El programa suele ser el resultado de la elaboración y reelaboración de programas anteriores, necesitado de ajuste y perfeccionamiento, que será superado en breve por programas mejores y más elaborados; es decir, el programa se «encuentra», no se crea. El programa, finalmente, se fabrica en unidades idénticas y no identificables en sí mismas; esto es, se produce en serie; el programa de venta masiva en sí mismo es género y se identifica como género. La obra literaria o artística, por el contrario, no tiene errores mecánicos, no causa daños como «producto defectuoso», ni tiene sentido que se le aplique las garantías de bienes de consumo (15).

Intelectual, los únicos elementos de los expedientes relativos a los programas de ordenador susceptibles de consulta pública serán los que consten en el asiento registral correspondiente, lo que no comprende su código oculto.

(14) Además cualquier cesión de derechos se ha de interpretar restrictivamente. Con carácter general, el régimen de la propiedad intelectual establece la interpretación restrictiva de las cesiones de derechos (art. 43 LPI). Con carácter particular esta cesión de derechos es aun más estricta para programas de ordenador: la «cesión del derecho de uso de un programa de ordenador se entenderá, salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose, asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario» (art. 99 LPI *in fine*). Más allá del uso típico y personal de un programa de ordenador, cualquier uso que se haga de él exige una autorización de uso, que ha de ser igualmente personal y expresa, y que además ha de probarse. Las restricciones de uso por su parte también parece que deben estar establecidas expresamente y justificadas.

(15) A mi parecer, la naturaleza del programa como el necesario desarrollo de un programa anterior y como causa de un programa posterior, es el punto central de su

La caracterización de la propiedad de un programa como propiedad intelectual se enfrenta en segundo lugar a la aporía de la autoría: la propiedad intelectual es de producción personal, el programa de ordenador, por el contrario, ordinariamente es el resultado de una producción empresarial, asociada o colectiva. La propiedad intelectual protege el derecho de autor, y normalmente en los programas no personalizados de venta masiva no hay autor del programa conocido, sino titularidad afirmada (no garantizada) del programa. No se conoce un autor sino quien (la sociedad o corporación) lo desarrolla (16).

Ninguna de las características «morales» del derecho de autor (que se definen en el art. 14 LPI) tiene sentido en la propiedad de los programas. Como el derecho al arrepentimiento, la defensa del derecho de autor como derecho de la personalidad, etc... (17).

naturaleza que le asimila a un producto (encontrado no creado) y le distancia de una producción intelectual artística (se está perfeccionando continuamente, no se crea *ex novo*). La propiedad intelectual (la obra artística) carece por otra parte de utilidad estrictamente hablando (BAYLÓS CORROZA, *Tratado de derecho industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 1993, pág. 84). Es llamativo, a mi juicio, que por lo que se refiere al material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad biológica protegida, se considera legalmente producto (art. 274 CP), la Ley 10/2002, de 29 de abril, por la que se modifica la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, para la incorporación al Derecho español de la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, lo trata como un producto patentable, mientras que el programa de ordenador se considera propiedad intelectual. Sin embargo la analogía entre el desarrollo de un programa de ordenador y el desarrollo de la biotecnología es notoria. Pues se trata, en ambos casos, de la reelaboración técnica de un material preexistente.

(16) La Ley 16/1993, en su artículo 2.2, reconocía la autoría a la persona jurídica que la edite o divulgue, lo que critica GALÁN CORONA, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo V, vol. 4.º B, Madrid, 1995, pág. 252, que estima que se agota en la atribución de una obra colectiva. La SAP de Las Palmas, de 26 de octubre de 2001, se plantea incidentalmente el problema de la autoría en la demanda penal contra un programador que tras abandonar la empresa reproduce el programa de la empresa para la que había trabajado. La sentencia afirma: «no habiendo resultado acreditado (ni recogido en los Hechos Probados), quién es el autor de los programas informáticos de la empresa «T., S. L.» que bien pudo ser el mismo acusado que trabajaba en la misma como programador, no se sabe a quién debe reconocerse el derecho de autor sobre ellos (el verdadero objeto de la propiedad intelectual) distinto de derecho de explotación que podría pertenecer a la entidad querellante».

(17) La conocida polémica entre sistema de copyright y sistema latino de derechos de autor toma como principio en España que el autor es una persona natural, titular de los derechos por su creación (art. 5.1 LPI), sin perjuicio de la cesión de la titularidad de los derechos de explotación. Por otra parte, los límites temporales y espaciales a los derechos de explotación (art. 43 TRLPI) no parecen tampoco tener ningún sentido en la cesión de licencias de uso de programas de ordenador. Sobre el sistema americano de copyright, véase GÓMEZ ABELLEIRA, *Litigios sobre empresario y trabajador sobre patentes, secretos industriales y derechos de autor en los Estados Unidos*, La Coruña, 1999. En las obras colectivas hay un grave problema de autoría, que en la obra audiovisual se traduce, por ejemplo, en reconocer diversos tipos de autores. Pero... ¿quién es el autor de los pro-

Como consecuencia de la aporía de la autoría no hay ningún modelo contractual que pueda explicar el régimen jurídico de la adquisición de un programa de ordenador. ¿Cuándo se adquiere ese hipotético uso de la propiedad intelectual ajena que hemos adquirido al comprar un programa de ordenador? Ya hemos visto que no hay una entidad subjetiva que jurídicamente nos atribuya la titularidad del programa, puesto que ni lo es el vendedor del soporte, ni lo puede ser él (el lejano, no identificado y no garantizado) titular de los derechos sobre el programa (no es contratación entre ausentes sino entre inexistentes). Tampoco podemos saber el momento de la perfección del contrato... Y hay teorías para todos los gustos... ¿Con la compra del soporte? ¿Con la apertura de los sellos? ¿Con la aceptación de las condiciones del «fabricante»? ¿Con el primer uso? Y tampoco hay un modelo causal eficiente para explicar la compra del programa... porque ¿cuál es el justiprecio del programa? A mi parecer el justiprecio tiene sentido causal a través del concepto de usura y el jurisprudencial de imprevisibilidad, frustración del fin y excesiva onerosidad, etc. Pero en los programas de desarrollo masivo no hay ninguna medida coherente que nos permita medir y determinar un precio justo; y yo tengo la sospecha que en los programas de desarrollo masivo el precio pudiera no ser justo, valorando el trabajo de su creación o la ordenada plusvalía del capital y el volumen de ventas masivas que reporta. Finalmente no se sabe a quién se puede imputar la responsabilidad contractual por los vicios o defectos del programa o por los eventuales daños que produzca en nuestro ordenador.

A la aporía de la autoría podría añadirse también la aporía de la originalidad. El artículo 10.1 del TRLPI establece la originalidad como presupuesto de la protección de los derechos de autor: Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas. La originalidad está en la misma esencia de la creación artística (art. 1 LPI). Pero puesto que por definición si los códigos de un programa están ocultos, y se tutela específicamente su secreto, no puede calibrarse su originalidad. El artículo 96.2 TRLPI, limita la originalidad de los programas de ordenador a ser *creación intelectual propia de su autor*. Confunde, a mi juicio, originalidad y autoría. En este sentido, el artículo 3.1 de la Directiva 99/6, de 11 de marzo, protege también como derecho de autor las bases de datos en las que el requisito de la «creación» y de la «originalidad» están totalmente ausentes. El programa (y especialmente las bases de datos) se elabora para prestar una utilidad (son en realidad comúnmente un modelo de utilidad), y por ello la creación y la impronta personal no son características del programa de ordenador (18).

gramas de ordenador al que se atribuye la propiedad intelectual? El programa de ordenador, para mí es una evidencia, no tiene propiamente un autor intelectual porque no es creado sino desarrollado técnicamente.

(18) De cualquier modo en el tema de la originalidad, la doctrina y jurisprudencia parece algo confusa. La STS de 22 de octubre de 1992 niega la condición de obra original

La adquisición de un programa de ordenador como mera licencia de uso es también contradictoria en sí misma, pues el uso continuado no está garantizado. Toda licencia de uso debería necesariamente fijar un límite temporal a la facultad de cesión cedida, y garantizar el uso durante un tiempo lo que de ningún modo tiene sentido en la adquisición de programas de ordenador, pues el programa comprado puede quedar obsoleto por desarrollos tecnológicos posteriores (virus o constancia de sus errores) o por la propia renovación de los programas que ofrece la casa titular del *software*. Como no hay un modelo contractual válido a la adquisición del programa de ordenador queda en una nebulosa el tema de la garantía del uso, lo que sólo se puede fundar en la noción de producto (como también la noción de «defecto», que se funda en la idea de producto defectuoso).

El modelo de protección de la propiedad del ordenador a través de la noción de propiedad intelectual es notoriamente injusta para el usuario de un programa de ordenador, que se ve determinado a una radical restricción de usos, como si el programa formase parte del ordenador para el que se compra (o en el que primero se utiliza) y fuese inseparable de él. El usuario se

a un trabajo de joyería copiado por «Carrera y Carrera, S. A.», afirmando que ni siquiera se acredita quién sea su autor (doctrina luego contradicha en la STS de 30 de enero de 1996, que protege un folleto de instrucciones de unas mamparas de baño). La SAP de Guipúzcoa, de 21 de julio de 2004, niega protección penal por falta de originalidad a la reproducción de cinco esculturas de bronce («Mitra Cronos», «Diosa Ceres», «Genio del senado de Roma» y «Caballo a Galope» en tamaño pequeño y en tamaño grande) por no ser objetivamente diferentes, salvo determinados matices, de sus originales expuestas en el Museo Nacional de Arte Romano de Mérida, y carecer por tanto las obras de originalidad. Afirmando la sentencia que la expresión legal «transformación», que utiliza el legislador en el artículo 11.5 de la LPI, posee una significación más estricta que la meramente gramatical. Y es que, según la sentencia, por obras literarias, artísticas o científicas (y dentro de este concepto cabe incluir sus «transformaciones») han de entenderse las producciones intelectuales que reúnen los requisitos de creatividad, originalidad y concreción de forma. La SAP de Granada, de 16 de abril de 2002, niega protección penal por falta de originalidad a un sistema de publicidad por vales para favorecer la venta de una publicación, por el cual, recortando un cupón que aparecía en la revista, a la presentación del mismo en unos establecimientos determinados se obtenía un descuento en la compra, afirmando la falta de originalidad. La SAP de Navarra, de 14 de julio de 2000, niega originalidad a una fotografía del encierro reproducida sin permiso de su autor, un fotógrafo profesional, afirmando que se trataba de una fotografía ordinaria y «la obra artística requiere que se trate de una creación original, incorporando, de algún modo, la inquietud y el ánimo de su autor». Sobre los problemas doctrinales que plantea la originalidad de la autoría, puede verse SALELLES, «La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información», en *La protección de la propiedad intelectual*. Cuadernos del Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2001, en especial pág. 189, donde relata las críticas a una sentencia del Tribunal Supremo americano de 1991, que negó la protección a una guía telefónica, afirmando los autores que con ello se fomenta la falta de incentivos para el desarrollo de inversiones. La degradación del concepto de originalidad en la obra artística a favor de la mera autoría es evidente también en la jurisprudencia, que, como hemos dicho, protege, por ejemplo, los folletos de instrucción de unas mamparas de baño (STS de 30 de enero de 1996).

encuentra también indefenso ante las actualizaciones del programa. ¿Por qué ha de adquirir de nuevo el programa si se actualiza? ¿En qué medida tiene el titular del programa obligación de mantener su programa operativo frente a virus o disfunciones del programa? La respuesta es que no hay régimen de responsabilidad contractual porque no hay contrato de compra de un producto, sino sólo hay licencia de uso de un algoritmo matemático. La licencia de uso no impone en realidad ninguna carga al titular del programa (19).

Finalmente no se necesita, a mi juicio, un aparato dogmático tan aparatoso para la tutela de los programas de ordenador, que en el ámbito de la tutela de actividades comerciales e industriales podía protegerse adecuadamente por el mecanismo de la competencia desleal, que delimita en su ámbito los actos de imitación (art. 11), la violación de secretos (art. 13), y la utilización indebida de la marca (art. 40 y sigs.); y los programas de ordenador se pueden defender también adecuadamente por los mecanismos generales de tutela de la propiedad industrial (especialmente la figura del modelo de utilidad). El secreto del programa de ordenador se protege específicamente en el contexto del secreto industrial en los delitos contra el mercado y los consumidores (art. 278 CP).

En mi opinión, mostradas las inconsecuencias pienso que, salvo excepciones, el legislador europeo y comunitario debieran reconsiderar la posibilidad de calificar el programa de ordenador como un producto y no como una obra de creación intelectual, y fundar su protección en su registro (esto es, la publicación de su secreto «desvelado» como contraprestación a la exclusividad de su uso). Pues de lo contrario, en mi opinión, se está contraviniendo el principio epistemológico básico de la ciencia y tecnología moderna: la publicidad de toda «invención» que está llamada a ser disfrutada por toda la humanidad, aunque su autor merezca la retribución, basada en la publicación de su hallazgo. Por otra parte, ello es una exigencia necesaria de la tutela del orden jurisdiccional y registral español, es decir, protegemos lo que conoce-

(19) En aplicación del régimen general de defensa de consumidores y usuarios, la SAP de Barcelona, de 4 de abril de 2000, afirma que un sistema informático «vendido» debe contener las instrucciones en castellano, si no el contrato se puede resolver. Está la sentencia utilizando el modelo contractual de responsabilidad, que es incoherente con el régimen legal de la figura que se refiere sólo a una «licencia de uso», seguramente la misma doctrina se podría aplicar a la adquisición de licencia de uso, que deben tener el régimen de empleo en castellano, pero la sentencia desvela el perfecto sentido contractual de la figura y la consideración de la adquisición de programas, especialmente en el *software* de encargo, como compraventa. Pero ¿a quién se le puede exigir responsabilidad tras la adquisición de un programa por los errores de programación o por las interferencias indebidas en los programas del usuario? Las Directivas europeas están principalmente centradas en la protección del titular de los derechos del programa y no de la protección del usuario; la Directiva, aparte de las afirmaciones genéricas de defensa del usuario, apenas se preocupa de los dispositivos técnicos de protección de programas que no sean dañinos para el usuario (art. 6 de la Directiva 2001/29).

mos y sabemos qué es. Yo creo que los principios científicos ocultos no merecen ser protegidos por el hecho de ser ocultos, pues entonces se crea una nueva casta sacerdotal de científicos. Las consecuencias penales, laborales y administrativas de esta consideración son muchas, como vamos a ver a continuación.

En mi opinión, el estudio detallado de la jurisprudencia, que comento a continuación, parece mostrarnos que el fenómeno de los programas de ordenador no es un fenómeno unitario, excepcionalmente puede que haya programas creativos en el ámbito científico o artístico, pero yo creo que ordinariamente el programa de ordenador ha de calificarse como un producto técnico no como una obra artística de autor. En particular, los programas de encargo son ordinariamente modelos de utilidad. Y los programas masivos de venta no personalizada creo que claramente son un producto y que sólo merecen protección como producto registrado, y siempre que sean registrados como marca o patentados por ser reconocidos como originales en el ámbito de la jurisdicción registral de patentes españolas. Como producto entiendo que sólo merecen una protección penal específica a través del derecho de autor aquellos programas que suponen algo más que una innovación tecnológica (es decir, que se puedan calificar de creación científica) y nunca los programas no personalizados de venta masiva o los que se limitan a efectuar una aplicación singularizada de un programa preexistente (que sólo merecen ser protegidos penalmente, en su caso, como propiedad industrial).

4. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO MODELO JURISPRUDENCIAL DE LOS CONTRATOS PERSONALIZADOS DE PROGRAMAS DE ORDENADOR

El régimen de la propiedad intelectual de los programas de ordenador está pensado para la titularidad de programas no personalizados, pero evidentemente se aplica también a los programas personalizados o *software* de encargo. Sin embargo vamos a ver que la jurisprudencia parece haber matizado el principio de la legislación de propiedad intelectual, que llevados a sus últimas consecuencias podrían conducir a resultados aberrantes. Concretamente la jurisprudencia civil se ha encarado principalmente con problemas que plantea el *software* de encargo, porque los problemas que plantea el *software* no personalizado rara vez llegan a plantearse en la jurisprudencia civil, por la poca cuantía económica de las cuestiones planteadas.

El primer problema es el del derecho a las fuentes de los programas de ordenador. Como propiedad intelectual de la que hay que presumir la menor transmisión de derechos, como principio la jurisprudencia aplica el régimen legal del *software* no personalizado y declara que el cliente que encarga un

programa accede sólo al uso, no a los derechos de explotación del programa, ni al programa mismo (STS de 12 de diciembre de 1988) (20).

Esta dualidad entre los planteamientos teóricos y la resolución real del conflicto se plantea claramente en la STS de 17 de mayo de 2003; en su desarrollo teórico, y tras examinar la legislación de propiedad intelectual, parece limitar drásticamente los derechos del «autor» del programa y establecer una diferencia sustancial entre los programas no personalizados y personalizados en cuanto al deber de entregar el código fuente y el derecho a su desarrollo, en unos términos que no están expresamente en la ley y en las Directrices europeas. Declara que el titular de los derechos no tiene obligación alguna de entrega del código fuente, sin embargo luego resuelve reconociendo el derecho del usuario al desarrollo del programa e imponiendo una indemnización al proveedor por no haber otorgado dicho código fuente (21).

(20) La sentencia que explica muy sucintamente los antecedentes de hecho, resuelve la delicada cuestión, no en virtud de la naturaleza del programa de ordenador comprado, sino del régimen contractual pactado. Tras afirmar que «La prestación de técnicas informáticas no tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad, asimilable al de arrendamiento de servicios o un contrato de resultado, dentro del concepto genérico del arrendamiento de obra y puede concertarse con cesión de la propiedad de los programas», no es «consecuencia natural del contrato la transmisión de la propiedad de los programas» y concluye que «resulta del apartado 2.º de la carta obrante en el folio 76 en el que se lee: los programas articulados por el Centro de Cálculos para la ejecución de los trabajos, objeto del presente contrato, serán de la exclusiva propiedad de Ramón V., S. A. Este documento es terminante, claro y no ha sido contradicho, antes bien, confirmado sustancialmente por la prueba de confesión (posiciones quinta y octava) absueltas por la actora y no combatido directamente por otras pruebas, por lo que deben estimarse ambos motivos que llevan a la aceptación de la parte dispositiva de la sentencia dictada en primera instancia». Sin embargo, a mi juicio, el que compra un programa compra el programa y no el derecho al «algoritmo matemático» del programa, lo que compra en realidad es comúnmente un modelo de utilidad, la aplicación informática para su empresa. El empresario, cuando compra un programa, como el que compra una rueda, compra esa rueda, no la patente de la rueda, pero el derecho a desarrollar el producto no está limitado en la propiedad industrial, como tampoco a desentrañar sus componentes. La cuestión es compleja, pues aunque el autor tiene derecho a reservarse los códigos fuentes, está claro que el comitente tiene derecho a la obra creada, lo que se afirma tajantemente en el Derecho anglosajón.

(21) La Sala resuelve en consideración a los artículos 4 y 5.1 de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, que se plasma en los artículos 99 y 100 del TR, y amplía el concepto de «utilización legítima por el usuario», y afirma que, hecho el programa a medida tuvieron que modificarlo para su correcta utilización, y tuvieron que adquirir otro programa porque el proveedor originario no les entregaba las fuentes, por lo que estima la reconvencción. Se afirma en la sentencia que dado que el programa informático no es de carácter estándar sino que se encuentra individualizado, los reconvinientes son los legítimos usuarios del programa, siendo necesarios los actos de modificación para la utilización del programa de ordenador con arreglo a la finalidad propuesta. La falta por parte de la entidad demandante de proporcionar a la demandada una copia de «las llaves fuentes o llaves de acceso a los programas, cuando estos se han confeccionado a la medida del usuario», ha impedido a la parte demandada poder llevar a efecto la actualización de los programas,

En mi opinión, con carácter general, y estas sentencias lo muestran claramente, tratándose de un programa de encargo, ordinariamente debe considerarse un mero modelo de utilidad, en el que el secreto no ha sido objeto de un esfuerzo de investigación específico y del que no hay constancia de su novedad, parece que la atribución de la titularidad al comitente es la solución más adecuada y justa sin dogmatizar la consideración del programa como «licencia de uso» (22). También en los problemas de utilización de los programas parece apartarse la jurisprudencia del modelo de adquisición de una «licencia de uso», pues analiza la utilidad del programa para el usuario aplicando el modelo contractual de adquisición de un producto. En este sentido, la STS de 20 de julio de 1998 (23).

En el Derecho anglosajón los programas por encargo se atribuyen a la titularidad del programa al comitente y no al «autor» del programa. El autor

determinando por ello un evidente perjuicio a los demandados reconvinentes. Es un problema crucial y en el Derecho americano se desarrolla el llamado contrato de Escrow, de naturaleza discutida en el propio Derecho americano, por el que el código fuente se deposita en manos de un tercero a efectos de su desarrollo y adaptación para las necesidades del usuario.

(22) El artículo 98 de la LPI de 1987 atribuía el derecho al desarrollo al cesionario titular de los derechos de explotación, pero este derecho fue criticado por la doctrina (BADÍA ROMÁN, *Propiedad intelectual, su significado en la sociedad de la información*, Madrid, 1988, pág. 277), y se niega expresamente en las Directrices europeas, por lo que se deroga expresamente en la normativa vigente. Otro problema conexo con el anterior es a quién corresponden los desarrollos cuando un programa se desarrolla (aunque no haya derecho a desarrollarlo). Es un tema clave en el enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito. ¿De quién es el desarrollo? A mí me parece que el desarrollo es de quien lo desarrolla, siempre que tenga identidad el nuevo programa, aunque se hubiese accedido ilegalmente al código fuente. Primero porque me parece un producto y por ello creo que no se puede negar el derecho del usuario a su desarrollo (es decir, discrepo de los presupuestos legislativos: significa negar el derecho a desarrollarse y es un mal ejemplo doctrinal en el Derecho internacional). Y luego que se le debe aplicar el régimen de los enriquecimientos obtenidos mediante acto ilícito, que ha preocupado en gran medida a la doctrina.

(23) Analiza dicha sentencia la compraventa verbal que efectuó la empresa demandante a finales del año 1989 a la demandada «Informática I., S. A.» de programas informáticos para su instalación en cuatro oficinas, lo que tuvo lugar al inicio del año 1990, habiéndose utilizado durante este año y buena parte de 1991, en que dejan de aplicarse por plantear problemas para su uso en la actividad profesional, de asesoramientos fiscales, contables, financieros y laborales, y confeccionar las correspondientes declaraciones, impresos y evacuar consultas empresariales. La Audiencia había entendido que las deficiencias eran incidencias, que no hacen inservibles los programas, por no afectar a su cualidad esencial, lo que es coherente con su naturaleza de licencia de uso. El Supremo, por el contrario, resuelve que «la inhabilidad del objeto del contrato ocasionó insatisfacción del comprador y frustró el fin de la relación, al no responder las cosas adquiridas a su propia configuración, estructura y destino», con notoria inconsecuencia, pues la adquisición de una licencia de uso no es ninguna compraventa. Sin embargo hay una contracción *in terminis* porque, como ya he dicho, el uso de la licencia no es compatible con «producto defectuoso» si se parte del axioma de que el programa de ordenador no es un producto. ¿Y no hay contradicción en considerar defectuoso o inhábil lo que se define como una obra de arte?

del programa se considera en este caso asimilado al trabajador dependiente y para reconocerle la autoría se debe demostrar su originalidad y de que no se trata de un desarrollo ordinario del trabajo. Lo que en España se recogía en el régimen de las obras publicitarias por encargo (art. 24 de la Ley General de Publicidad) y en los retratos por encargo (24).

A mí me parece que del examen de la jurisprudencia se deduce que el modelo de adquisición de un programa de ordenador como la adquisición de una mera licencia de uso, sin objeto real (sólo se adquiere el uso de un algoritmo matemático) es notoriamente inadecuado para explicar el régimen del *software* de encargo, y en los contratos personalizados hay que partir que se adquiere ordinariamente un producto, que normalmente que hay que calificar como adquisición de un modelo de utilidad, es decir, la adaptación de conocimientos informáticos sencillos a una actividad empresarial específica que no es objeto de investigación propia ni de creación original, y que en consecuencia debe atribuirse la propiedad al adquirente, y que además debe garantizarse la bondad del producto y que el adquirente puede adaptarlo y desarrollarlo.

5. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

5.1. ANTECEDENTES

La ley 6/1987, de 11 de noviembre, introdujo en los artículos 534 bis a), b) y c), y 534 ter. una específica protección penal de la propiedad intelectual. La copia digital no era hasta ese momento un problema social y apenas se encuentra jurisprudencia penal relativa a la copia abusiva de programas de ordenador antes de 1987, que en todo caso no utiliza la vía de la infracción

(24) En el Derecho anglosajón se distingue la cesión de la licencia del programa del contrato de outsourcing, que aunque tiene distintas modalidades con carácter general puede afirmarse que es el contrato por el que una empresa externa se compromete a prestar la totalidad de los servicios informáticos (LLANEZA GONZÁLEZ, *e-contratos*, Sabadell, 2004, pág. 388 y sigs.). Este sí es un contrato de tipo «resultativo», para el que tendría sentido la jurisprudencia citada, pero si se ha hecho un contrato de licencia de uso, no parece que el concepto de inhabilidad permita por sí de calificarlo de producto defectuoso. A mí me parece que la sentencia citada es justa y resuelve correctamente el problema planteado, lo que pone en cuestión el régimen de las pretendidas «licencias de uso». En cualquier caso, la incoherencia de la configuración legal de la titularidad de los programas de ordenador se muestra claramente en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional. En la SAN de 28 de febrero de 1995, el *software* a medida no se considera propiedad intelectual sino mercancía, y la razón es que en otro caso el régimen fiscal de los programas por encargo adquiridos en el extranjero, considerados una mera licencia intelectual de uso tendrían un régimen tributario ridículo.

de la propiedad intelectual. Aunque la copia o uso indebido de programas de ordenador no está específicamente contemplada en la modificación del Código Penal introducida por esta legislación de 1987, a partir de 1987, en coherencia con los nuevos principios dogmáticos de la LPI, se inicia una jurisprudencia penal que protege los programas de ordenador como parte de la configuración de una protección de la propiedad intelectual (25).

5.2. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

En el vigente artículo 270 CP de 1995, el delito contra la propiedad intelectual se funda en el ánimo de lucro «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», y castiga a quien «reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio». Mientras que la propiedad industrial sólo se protege penalmente si la obra estaba registrada y mediando fines industriales o comerciales (art. 273 CP), no basta, pues, el mero ánimo de lucro, hace falta que el lucro se enmarque en fines industriales o comerciales y de un producto previamente registrado. La protección penal de la propiedad intelectual es en consecuencia mucho más extensa y radical que la protección de la propiedad industrial. La protección penal de la propiedad de los programas de ordenador se da por supuesta dentro de la protección penal de la propiedad intelectual, recogiendo en el artículo 270 del Código Penal, párrafo 3, introducido después de que la Ley 15/2003, de reforma del Código Penal, una protección específica del secreto de los códigos de los programas de ordenador (26).

(25) Con anterioridad, el artículo 534 CP, dentro de la regulación de las estafas y apropiaciones indebidas castigaba la infracción intencional de los derechos de autor, discutiéndose si la exigencia de un perjuicio económico evaluable era elemento constitutivo del tipo penal (en detalle la evolución histórica de la protección del derecho de autor en las leyes penales españolas desde 1813. LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, Valencia, 1994, pág. 88). La nueva regulación introducida en 1987 distingue la infracción intencional (art. 534 bis a), de una infracción cualificada por el ánimo de lucro, infracción del derecho de divulgación, usurpación de la condición de autor, o modificación de la integridad de la obra (534 bis b), o por una infracción cualificada del ánimo de lucro de trascendencia económica y daño grave (art. 534 bis c), remitiéndose la exigencia de responsabilidad civil a la LPI (art. 534 ter).

(26) Yo creo que prevalece en el CP y en la doctrina penal una concepción patrimonial de la protección del derecho de autor (véase en detalle CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, pág. 167) cuando en esencia en la infracción del derecho de autor no hay un problema de apropiación sino de identificación y defensa de la persona; a mi parecer, la distinción entre propiedad intelectual e industrial es un tra-

Debe partirse como principio de que a pesar de la discutible conceptualización dogmática de la protección de la propiedad intelectual en el vigente Código Penal existe una real y efectiva diferenciación de los tipos penales que protegen la propiedad intelectual e industrial, y se pueden delinear unas notorias diferencias específicas entre ambos regímenes penales. En efecto, hay un matiz legislativo de diferencia de ambos delitos en la calificación de la culpabilidad. La definición del delito contra la propiedad intelectual es una definición directa (se trata de un delito de simple actividad), pues castiga a quien reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio (art. 270 CP), mientras que el atentado contra la propiedad industrial tiene un especial matiz doloso, pues se exige *el conocimiento* de ser un producto registrado y tiene un sentido defraudatorio, en el que un ánimo doloso es mucho más manifiesto, pues se castiga el uso del producto con fines comerciales o industriales (art. 273 CP). A mi parecer, la naturaleza espiritual del derecho de autor predica, por el contrario, una posible infracción culposa, pues lo decisivo es la conciencia de la ilicitud en la conducta infractora, no la intención de enriquecerse o el beneficio patrimonial obtenido por la infracción (27).

sunto de la proyección dual de persona y patrimonio. En la persona hay identidad en el patrimonio objeto; la persona tiene identidad espiritual, el patrimonio identidad material. La identidad de la persona se hace efectiva en la creación espiritual y artística, y esto es la (seguramente mal llamada) propiedad intelectual. La tradicional ubicación entre las defraudaciones patrimoniales y después de la tutela de la propiedad industrial (art. 534 CP de 1987), se reproduce en el vigente Código Penal, al regular conjuntamente la infracción penal de la propiedad intelectual e industrial, y al situar su regulación en el Título XIII, relativa a los delitos contra el patrimonio, pero me parece que es una regulación defectuosa, pues el atentado contra la propiedad intelectual debería situarse en los delitos contra la persona. Es llamativo también y refleja la concepción patrimonialista del Código Penal, que los tipos contra la propiedad intelectual e industrial están castigados con las mismas penas. Existe, a mi parecer, una promiscuidad y confusión notoria entre el sentido y los requisitos de la protección de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial. A mí me parece que la raíz de la confusión hay que buscarla en las leyes mercantiles y en la patológica ampliación de la protección de la propiedad intelectual que ha «fagocitado» la propiedad industrial (la ampliación del concepto de propiedad intelectual derivada del régimen de la protección de los programas de ordenador sin duda ha contribuido decisivamente a ello), confusión que se proyecta después en el Código Penal, que protege en general la propiedad intelectual como producto y no como derecho de la persona, porque la sitúa en los delitos contra el patrimonio (Título XIII).

(27) En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ y QUINTANO OLIVARES manifiestan, tras estudiar las diferencias entre propiedad intelectual e industrial, qué obras y productos no se sitúan en el mismo plano de tutela (*Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, 1988, pág. 53), afirmando en particular que la palabra «intencionalmente» en el tipo penal, ya no se refiere específicamente a los derechos de autor, lo que supone la supresión del dolo específico que venía exigiendo la jurisprudencia, bastando la conciencia de la ajenidad del derecho conculcado (en especial pág. 106 y sigs.), considerando objeto del ataque

Otra diferencia entre la persecución penal de la propiedad intelectual y la propiedad industrial es la capacidad de inducir a error del producto, que, dado el matiz doloso y defraudatorio del atentado contra la propiedad industrial, era requisito tradicionalmente exigido por la jurisprudencia para las condenas contra la propiedad industrial (aunque ahora, en el marco de la confusión entre propiedad intelectual e industrial, que vamos a estudiar a continuación, parece dudarse, vease la STS de 2 de abril de 2001) (28). Otra diferencia es la extensión de la protección, pues en la propiedad industrial se protege la identidad de la obra, mientras que en la propiedad intelectual se protege a la misma creación aunque la reproducción no sea idéntica. Por eso el tipo penal reproduce una variedad de conductas «reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente», mientras que el tipo previsto en el artículo 273 CP parte de un atentado directo contra un producto ya identificado (29). Otra diferencia es el régimen de la exportación, almacena-

la dimensión espiritual de la propiedad intelectual (pág. 121), aunque excluyen la comisión culposa del delito, lo que yo no tengo tan claro. A mi parecer, la exigencia de intencionalidad dolosa es específica en los delitos contra la propiedad industrial, pero no en los delitos contra la propiedad intelectual, pienso que la intencionalidad dolosa quizá sólo es exigible en el plagio, pero no en otras modalidades de atentado contra la propiedad intelectual. Sin embargo, la mayoría de los autores, como LATORRE (cit., pág. 360) o BACIGALUPO (*Manual de Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, 1994, pág. 104) se decantan tajantemente por la exigencia de incriminación dolosa en todos los delitos contra la propiedad intelectual, lo que es consecuencia de su concepto «patrimonialista» de la propiedad intelectual, que a mi parecer es una concepción equivocada, lo que incidentalmente se recoge también en diversas sentencias del TS. Así, la STS de 13 de junio de 1987 exculpa a los autores de la traducción y publicación en España de «Peter Pan y Wendy» y «Viento en los Sauces», originales respectivamente de los autores británicos James Matthew y Keneth Graham, afirmando que «la perfección del delito exige, por constituir el mismo una tipicidad dolosa, el ánimo especial de transgredir el derecho de quien ha creado la obra». Entiendo que la jurisprudencia ha sido también más rigurosa en calibrar la falta de autorización en la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual que respecto de la persecución en la propiedad industrial, en la que se admiten autorizaciones presuntas o tácitas.

(28) La capacidad de inducir a error no ha sido nunca requisito para la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual. Señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de abril 2001, Pte.: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique), que el artículo 270 CP protege a los titulares del derecho de distribución de la obra y sus reproducciones y no a los consumidores y, por ello, no es exigencia del tipo el que la reproducción sea susceptible de engañar a los consumidores sobre su autenticidad.

(29) El tema se plantea incidentalmente en la SAP de Valencia, de 23 de octubre de 2001. Se alega «la copia» de unos cuadros de Miró en unos platos de porcelana y afirma que aunque hay notorias similitudes, no hay identidad, y por ello no hay protección penal, pero la doctrina es apropiada en el régimen de la propiedad industrial y no es apropiada para la propiedad intelectual. Por su parte, con mejor técnica, la SAP de Sevilla, de 4 de abril de 2001, afirma que para que exista atentado contra la propiedad intelectual no es preciso que se trate de una copia íntegra o servil, sino que puede existir también un plagio parcial, que de hecho es el más frecuente. Y continúa afirmando que: «No es necesario, pues, para que el hecho sea punible, que exista una coincidencia sustancial

miento o importación de productos protegidos. El artículo 270 CP castiga específicamente la exportación, almacenamiento o importación intencional como contravención al derecho de propiedad intelectual, pero no como contravención del derecho de propiedad industrial. El artículo 274 CP sólo pena la tenencia de productos que infringen los derechos de propiedad industrial «a sabiendas» y «para su comercialización» (30).

global. Ni siquiera que la identidad se sitúe sobre una parte de la obra que sea en ella la más importante, trascendente o identificativa. Basta con que se acredite la existencia de al menos una parte copiada de la obra literaria, artística o científica, aunque ciertamente el principio de intervención mínima del Derecho Penal y la misma naturaleza del plagio harían irrelevantes reproducciones de aspectos meramente accidentales y exigen que la copia recaiga sobre una parte esencial de la obra original» La misma distinción se hace en la STS de 30 de mayo de 1989, donde se dice que el plagio tanto puede ser servil como implícito o enmascarado. En definitiva, en la propiedad industrial se protege la obra misma mientras que en la propiedad intelectual se protege la concepción misma de la obra y sus principios.

(30) Como explica la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 1998, en la nueva redacción del Código Penal se hallan penados tanto la reproducción, la imitación en general, la utilización sin derecho de la marca en el texto del artículo 274.1 CP y ha especificado en el número 2 de dicho artículo que la mera tenencia de productos o servicios con signos distintivos que supongan una infracción del derecho exclusivo del titular de la arca, ya comporta la realización del tipo penal. Sin embargo es evidente que la protección frente a la tenencia ilícita es mucho más radical en tema de propiedad intelectual que en la propiedad industrial que tiene un marcado matiz doloso «a sabiendas» y que además se circunscribe a «fines comerciales». La justificación de esta diferencia de régimen entre la propiedad intelectual e industrial estriba en que la propiedad intelectual merece una protección más radical contra conductas como la importación y exportación o almacenamiento que no son directamente infractoras y que no comportan por sí mismas un lucro, y ello por el carácter más «espiritual» del tipo penal que castiga el ánimo de defraudar y también las conductas de riesgo que conducen a la defraudación posible de los derechos de autor. La STS de 2 de abril de 2001, se plantea el tema de la importación de unos CDs que se vendían a menor precio en el extranjero. Centrada la cuestión en determinar si el artículo 270 CP sanciona, además de la importación de programas pirata, la de programas adquiridos legalmente en el extranjero, la Sala declara que el párrafo primero del citado precepto se refiere al que reproduzca, plagie o distribuya obras sin la autorización de los titulares de los derechos, y el párrafo segundo cierra el sistema de represión, sancionando a aquellos que importen, exporten o almacenen ilícitamente las obras que han sido plagiadas, reproducidas o distribuidas ilícitamente. Por tanto, el Alto Tribunal concluye que la importación prohibida por el artículo 270 CP de 1995 es sólo la de obras cuyos derechos intelectuales han sido usurpados. Según la sentencia, el acusado no afectó criminalmente el derecho intelectual de los recurrentes, sino su pretensión de imponer un determinado precio en España y esta pretensión, sin embargo, está fuera del ámbito de protección del delito previsto en el artículo 270 CP, pues éste sólo protege los derechos intelectuales y no las pretensiones de imponer un precio en el mercado. A mí me parece que la doctrina de la sentencia, que es correcta, está sin embargo mal fundada en sus razonamientos jurídicos que están en contravención directa con los términos del artículo 270 CP; y es que la razón de que la sentencia sea correcta es que en realidad se esta considerando los CDs un producto (una propiedad industrial) y no una obra (propiedad intelectual), que merece ser específicamente tutelada contra la «mera» importación abusiva.

También parece evidente que sólo en el régimen de protección penal de la propiedad intelectual se regula una ampliación legal de la medida reparatoria del infractor a favor del dañado (art. 272 CP), mientras que no se prevé ninguna norma específica de responsabilidad civil del infractor de los derechos de propiedad industrial, que se regirá, en principio, por el régimen general de la responsabilidad derivada de delito (art. 109 CP) (31).

La conclusión es que la protección penal de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial aparece netamente diferenciada en las leyes, y que la protección de la propiedad intelectual es más radical y extensa que la protección de la propiedad industrial. En mi opinión, la conveniencia de proteger penalmente los programas de ordenador, de acuerdo al régimen de la propiedad intelectual, es muy dudosa, porque el programa de ordenador, como hemos visto, no se ajusta a la noción de obra y es ordinariamente un producto. Yo creo además que la expansión desproporcionada de la protección penal de la propiedad intelectual ha producido, como vamos a ver a continuación, algunas consecuencias, a mi juicio aberrantes, y también ha llevado a una crisis profunda en la diferenciación dogmática entre la propiedad intelectual e industrial.

A mi parecer, el examen de la jurisprudencia penal, reflejo de una legislación y doctrina mercantil y penal, todavía confusa ante la novedad de los problemas que se plantean, parece mostrarnos la existencia de una cierta promiscuidad entre los tipos que persiguen los atentados contra la propiedad intelectual y los que persiguen atentados contra la propiedad industrial. En la jurisprudencia se observa que el artículo 270 CP se emplea alternativamente en la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (32).

(31) Escasas sentencias penales se plantean en el tema de la responsabilidad civil derivada de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, y en ellas rara vez se hace referencia a los criterios reparatorios agravados de la LPI. La SAP de Sevilla, de 10 de septiembre de 2003, afirma que la indemnización debe fijarse sobre las copias efectivas que se prueban realizadas y no sobre las que se afirma que se han vendido, porque la defraudación se realiza por la mera copia. El régimen particular de indemnización de las infracciones a la propiedad intelectual se prevé en el artículo 140 LPI a cuyo tenor: «El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación». Y «En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra».

(32) Así en la SAP de Barcelona, de 18 de febrero de 2002, se intervienen unos relojes falsificados de marca conocida, y la defensa alega que no se ha probado el registro de los productos intervenidos; el fiscal entonces altera en el juicio oral la calificación de delito contra la propiedad industrial por delito contra la propiedad intelectual. La sentencia considera que si los hechos son los mismos, si estos hechos básicos han sido debatidos convenientemente, sin sorpresas, antes y durante el juicio, no puede hablarse de vulneración del principio acusatorio, y en cuanto a la falta de prueba sobre el carácter registrado

En definitiva, parece que de la jurisprudencia examinada se deriva que en ocasiones el delito contra la propiedad industrial puede perseguirse también como delito contra la propiedad intelectual, pues es frecuente considerar que la propiedad industrial supone también una «autoría», y que incluso se habla en ocasiones de un concurso de delitos, pues en el atentado contra la propiedad industrial hay también un atentado contra la «autoría» del producto (lo que es, en mi opinión, absurdo, y se funda en la falta de caracterización clara del contenido del derecho de autor) (33).

de la marca, la sentencia afirma que «los hechos notorios, por regla general y al igual que acontece en el proceso civil, se encuentran exentos de prueba: *notoria non eget probatione*». Se condena entonces al autor por un atentado contra la propiedad intelectual, cuando lo coherente con la doctrina expuesta habría sido condenarle por un atentado contra la propiedad industrial. Y yo me pregunto... ¿puede haber propiedad intelectual sobre la marca de unos relojes? A mi parecer la marca es claramente una propiedad industrial, pero las categorías se han difuminado en la doctrina y en la jurisprudencia por haber hecho la propiedad intelectual una «propiedad» y no un principio de identidad personal ligado a la creación intelectual. En la SAP de Valencia, de 24 de enero de 2002, se persigue al autor de una reproducción de una obra de un canario que el querellante tenía registrada pero como delito contra el derecho de autor. Tras afirmar la compatibilidad de los tipos penales, derechos independientes y compatibles con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra (art. 3.2 del TRLPI), la sentencia absuelve al acusado de un delito contra el artículo 270 CP, afirmando que no hay delito porque no hay posibilidad de confusión para el consumidor entre el producto del querellado y el producto que tiene registrado el recurrente, pues lo fabricado por el querellado se parece más a «un pollo que a un canario». Argumento que, en sí mismo, debería ser típico del régimen de la propiedad industrial (la imposibilidad de defraudar). A mí me parece evidente que en el modelo de un canario es difícil encontrar la noción de autoría y sólo es propia la noción de producto como propiedad industrial. Ello suponiendo que tenga sentido registrar productos que no supongan una innovación tecnológica, que no tengan una utilidad como marca o modelo de utilidad y que tampoco tengan el carácter de artísticos. En términos similares se denuncia el plagio de un diseño en la SAP de Palencia, de 9 de octubre de 2001, en dicha sentencia el autor de unos diseños registrados es acusado indistintamente de un delito contra la propiedad intelectual e industrial. La sentencia afirma que «pretensión de la parte recurrente es que se condene a Isabelino como autor de un delito contra la propiedad intelectual y no industrial, esto es, por el propio contenido de sus escritos, pero por quedar inconcusa la argumentación de esta resolución, debe de manifestarse que aunque se pretendiese la comisión de un delito contra la propiedad industrial, tal delito es al igual que el descrito en el artículo 270 del Código Penal, un delito intencional, es decir, doloso, y en ningún caso dicho elemento intencional podría predicarse en el supuesto que nos ocupa».

(33) El tema del concurso de delitos se plantea en la SAP de Madrid, de 16 de julio de 2001, que lo resuelve por el interés prevalente castigando sólo la infracción de la propiedad intelectual. Afirma la sentencia «que las figuras y los dibujos artísticos que integran los personajes animados de las dos productoras cinematográficas («Empresa B., S. A.» y «Empresa W.») no operan fundamentalmente como marcas comerciales que distingan las diademas, prendedores de pelo y pulseras intervenidas, sino que más bien puede decirse que es el propio muñeco o dibujo el que se vende, si bien para que se exhiba formando parte de uno de los objetos referidos. Así las cosas, ha de concluirse que es la creación artística y no su intervención secundaria como signo distintivo de un producto la que prevalece en el presente caso. A tenor de lo cual parece lo más razonable sancionar

Creo que debe volverse a destacar las diferencias entre ambos regímenes de propiedad intelectual e industrial y creo que debe conceptuarse ordinariamente el programa de ordenador como un producto, esto es, propiedad industrial, normalmente un modelo de utilidad y no una innovación tecnológica, lo que es de especial trascendencia para delimitar e interpretar los límites de la imputación penal en la copia abusiva de los programas de ordenador (así como también el régimen del programa elaborado por el empleado en una relación laboral). Vamos a ver que en este tema hay notorias contradicciones en la jurisprudencia de las Salas de lo Penal de las Audiencias Provinciales, que a mi parecer se debe a la falta de conceptos fundamentales en el tema de los derechos de autor.

Y es que, a mi parecer, como ya he dicho, el programa de ordenador no es una categoría unitaria sino que es un género, y que puede ser muchas cosas distintas, puede ser una obra artística, científica, o puede ser, es ordinariamente, un producto, esto es, un modelo de utilidad. En mi opinión, como voy a exponer en las líneas siguientes al comentar la jurisprudencia penal sobre el tema, puedo admitir que en ocasiones (excepcionalmente) el programa de ordenador, si se justifica su originalidad, pueda calificarse de obra científica o artística de autor, nunca literaria, y en consecuencia, justificada esta originalidad, podría acogerse a la protección de la propiedad intelectual, como obra creada *ex novo*, pero normalmente, sobre todo el programa de encargo o el programa de venta masiva, tiene las características de un producto o modelo de utilidad, que no merece una protección penal tan radical como la que se deriva del régimen general de los derechos de autor; lo que significa que, a mi parecer, goza hoy en día de una protección penal desorbitada y desproporcionada, que por otra parte es una protección sencillamente ridícula ante la extensión social de las prácticas defraudatorias, y que no se hace efectiva en la práctica, pues criminalizaría al conjunto de la sociedad, que está en este momento volcada en defraudar los derechos de autor por la vía de la copia digital e Internet.

La persecución penal que yo he encontrado en la jurisprudencia parece limitarse a la imputación de dos personajes principales: el vendedor de cds por el procedimiento del top manta, y el pequeño comerciante de aparatos informáticos. En mi opinión hay una gran insuficiencia en la condena penal de los vendedores del top manta cuando se está asistiendo a la copia generalizada de programas y a la infracción de los derechos de autor por medio de Internet y los programas que fomentan la copia P2P (peer to peer). Yo creo que quizá la protección penal se debiese circunscribir al derecho de autor, esto es, la tutela de la autoría (la identidad del autor de una obra

sólo la vulneración de la propiedad intelectual y dejar sin penar la aducida infracción de la propiedad industrial, dada la accesoriedad de la intervención de los dibujos artísticos como auténtica marca de un producto».

original, frente al plagio o la suplantación) y los derechos morales del autor, pero la protección del derecho patrimonial del autor debería considerarse una infracción administrativa, y habilitarse medios para una eficiente reclamación administrativa de los indebidos lucros que reporta la defraudación de derechos de autor, al menos mientras ni se resuelva el grave problema de la copia generalizada por medio de Internet. Como producto entiendo que sólo merecen una protección penal específica penal aquellos programas que suponen una real innovación científica, y no los programas no personalizados de venta masiva o los que se limitan a efectuar una aplicación singularizada de un programa preexistente.

5.3. LA CARACTERIZACIÓN PENAL DEL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

5.3.1. *Ánimo de lucro y perjuicio de tercero en los delitos contra la propiedad intelectual*

La caracterización del delito contra la propiedad intelectual como un delito de naturaleza patrimonial hace que el delito se defina en el artículo 270 CP por la concurrencia de dos notas: el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero. Pero... ¿qué sentido tiene el doble requisito del ánimo de lucro y el perjuicio de tercero en los delitos contra la propiedad intelectual? Seguramente el requisito es una reminiscencia de la antigua polémica, anterior al CP de 1995, sobre si el perjuicio económico era constitutivo del delito contra la propiedad intelectual, derivado de la inclusión del delito primero entre las estafas, y luego en el capítulo IV del Título XII, relativo a las defraudaciones. Ahora la ley se decanta tajantemente a favor de un requisito que debía ser propio de los delitos contra la propiedad industrial y no contra la propiedad intelectual, que, como he dicho, debiera ser delito contra la persona. El requisito del perjuicio de tercero no parece tener sentido cuando después de que la Ley 15/2003, de Reforma del Código Penal, el delito contra la propiedad intelectual es perseguible de oficio (34).

(34) Con anterioridad al Código Penal de 1995, la jurisprudencia, con muy buen sentido, era contraria a calificar el delito contra la propiedad intelectual como un delito de contenido exclusivamente patrimonial. La STS de 13 de octubre de 1988 examina la cuestión en detalle. Concluye esta sentencia que el delito ha de entenderse cometido en cuanto se ataque o lesione el derecho del autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones (personal o patrimonial), sin que, por lo tanto, sea menester para apreciar la consumación del delito la existencia del perjuicio económico. La sentencia afirma que «si bien es cierto que algún sector doctrinal ha coincidido con la tesis mantenida por los recurrentes de no entender comprendido bajo la protección penal dispensada por el artículo 534 del Código Penal al derecho moral del autor, otro sector doctrinal, en opinión compartida por este Tribunal y expresada, entre otras, en sentencias de 23 de marzo de

El CP de 1995 quiere dar al delito un ámbito estrictamente patrimonial con el doble requisito en el agente del ánimo de lucro y en el lesionado del perjuicio efectivo. ¿Pero son dos requisitos distintos? ¿El lucro no conlleva efectivamente la lesión y el perjuicio del autor? Pocas sentencias se plantean el tema, pero parece evidente que la mayor parte de las sentencias que afrontan la cuestión no lo tratan como dos requisitos autónomos sino que lo consideran un único requisito. En la jurisprudencia actual no se duda de que el derecho de autor puede tener también una sustancialidad moral, pero que no se protege penalmente. El requisito del perjuicio de tercero parece entonces que se interpreta fundamentalmente por la jurisprudencia como la otra cara del ánimo de lucro. En ocasiones se considera que el doble requisito del ánimo de lucro y perjuicio de tercero está llamado a excluir la calificación penal de la copia, plagio o usurpación con fines privados, y la interpretación que se hace del doble requisito es que la infracción de los derechos de autor debe trascender la órbita personal y tener trascendencia «pública». En ocasiones incluso algunas sentencias de Audiencias Provinciales utilizan el doble requisito para limitar drásticamente la imputación penal ex artículo 270 CP (35).

1975 y 14 de febrero de 1984, entiende que el bien jurídico protegido por el precepto tiene una doble manifestación representada por los aspectos moral y patrimonial, cada uno de los cuales comprende un haz de facultades, como son: entre las inherentes al primero, la de publicar o no la obra, defender su paternidad intelectual y su integridad, así como el plagio, y entre los comprendidos en el segundo, todas aquellas ligadas a los intereses económicos del autor, como son la de reproducir en exclusiva la obra, así como la distribución, comunicación y transformación de la misma. De ahí, pues, que la infracción penal, según esta tesis, ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho del autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones, sin que, por lo tanto, sea menester, para apreciar la consumación del delito, la existencia del perjuicio económico, el que además se ha de apreciar existente en el presente caso, ya que la reproducción entra dentro del aspecto patrimonial del derecho de autor».

(35) Por ejemplo, la SAP de Asturias, de 15 de diciembre de 2003, afirma que no hace falta probar un perjuicio específico de un tercero, y que la actividad de reventa supone este efectivo perjuicio del tercero, y la SAP de Asturias, de 29 de octubre de 2002, afirma que la venta de copias ilegales sí produce inevitablemente un perjuicio económico, en forma de lucro cesante o falta de percepción de una ganancia lícita, a los legítimos titulares del derecho de propiedad intelectual. En la SAP de Soria, de 16 de octubre de 2003, se alegaba que «en el supuesto de autos, el perjuicio es inapreciable, pues se trata de una burda grabación, y quien adquiere las copias sabe que se trata de una reproducción casera sin garantías», argumento rechazado por el tribunal, afirmando que el perjuicio es contra el derecho de autor y se funda en la mera distribución ilegal de los CDs (*ibídem*, SAP de Ciudad Real, de 14 de mayo de 2003, que afirma que no tiene relevancia la escasa cuantía de lo defraudado). En la SAP de Cuenca, de 8 de octubre de 2003, se alegaba que por haber sido intervenidas las copias piratas antes de iniciarse su distribución no había perjuicio de tercero, argumento que también rechaza. Es esta una jurisprudencia constante y mayoritaria de las Audiencias Provinciales sobre la que no insistiré más. Sin embargo, la afirmación contraria se contiene en la SAP de Barcelona, de 18 de septiembre de 2002. La STS 2.ª de 2 de octubre de 2002, por su parte, amplía el ámbito de la exclusión penal, pues intervenida una copia de la película «El Lobo» después de su emisión en una emisora de televisión local de Murcia, se absuelve a su propietaria afirmando que «no se ha de-

5.3.2. *El contenido del ánimo de lucro*

La realidad es que no hay una jurisprudencia penal uniforme sobre el ánimo de lucro en la copia o utilización indebida de programas de ordenador. Hay escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo y la principal jurisprudencia hay que buscarla en las Audiencias Provinciales donde no hay criterios uniformes. En un solo punto parece haber coincidencia jurisprudencial, se declara reiteradamente que la copia para uno mismo, en el ámbito privado, no se considera delito. Me parece que la extensión de la copia hace inviable la persecución penal de la mera utilización «privada» de copias. La SAP de Cantabria, de 25 de septiembre de 2003, lo justifica en su ubicación sistemática en el Título XIII del CP. «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», y en la coincidencia entre las conductas del tipo: reproducción, distribución y comunicación pública, con lo que la Ley de Propiedad Intelectual denomina derechos de explotación. Creo que es el paradigma de un criterio jurisprudencial que exime de responsabilidad penal a la copia o utilización de programas «piratas» en el ámbito privado (36).

mostrado que exista un titular de la película “Lobo” o de las otras películas que se dicen “repicadas”» halladas en el domicilio de los acusados. Según esta sentencia, la identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgaron o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo. Y la SAP de Las Palmas, de 7 de febrero de 2001, afirma que nos encontramos ante una norma jurídico-penal, una norma sancionadora que, como tal, ha de ser interpretada estrictamente por lo que el perjuicio a terceros en cuanto elemento del delito del artículo 270 del Código Penal ha de ser efectivo, real; y por supuesto ha de consistir en un «perjuicio», un menoscabo material, una no percepción de una ganancia lícita, efecto que sin duda no se les ocasiona, por resultar de cuantía inapreciable en el peor de los casos, a cualquiera de las referidas sociedades mercantiles. Por su parte, la SAP de Cantabria, de 27 de julio de 2000, exime de responsabilidad penal cuando la cuantía del derecho defraudado se entiende irrelevante y el perjuicio causado ínfimo, sin que se pueda actuar criminalmente «con cualesquiera infracciones a los derechos de autor sino sólo con los comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva».

(36) La falta ánimo de lucro en la copia privada aparece además subrayada insistentemente por la doctrina. ORTS BERENGUER («Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho Penal», en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Granada, 1998, pág. 158), afirma tajantemente que el acceso particular a una obra intelectual ajena no constituye delito. La SAP de Barcelona, de 15 de junio de 2004, declara tajantemente que lo que se castiga es la copia para ser objeto de utilización colectiva y lucrativa, no para el uso privado del «copista», con cita del artículo 270 y del artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. Se aduce incidentalmente el hecho que la jurisprudencia americana no limitó en su día, después de un amplio debate, el derecho a copiar música en las cintas de casete, ni el derecho a grabar cintas en soportes de video, doctrina basada en el *fair use* (el debate en detalle, BONDÍA ROMÁN, *Propiedad intelectual*, Madrid, 1988, pág. 260 y sigs.). Algunas declaraciones jurisprudenciales podrían poner en duda la unanimidad de este principio de no imputación penal en la copia privada. La SAP de Barcelona, de 14 de mayo de 1998, afirma que la copia pirata produce un perjuicio al titular de los derechos de autor, y que la copia consciente en sí mismo comporta un ánimo

La mayor parte de las sentencias se refieren sin embargo a la copia ilegal de música o películas y programas de ordenador para su venta en las calles, o por comercios del ramo. En general la jurisprudencia condena por la tenencia de gran número de copias piratas sin exigir prueba de la venta efectiva (37).

El artículo 270 CP penaliza la mera «distribución» ilícita de la propiedad intelectual, pero ¿qué es la distribución ilegal de programas de ordenador? Hemos visto que la importación penada era la de programas piratas no la de

de lucro al intentar defraudar dichos derechos. La SAP de Cáceres, de 25 de julio de 2003, afirma que, al contrario de los delitos contra la propiedad industrial, se trata de un delito fundado en la mera tenencia de copias ilegales que, en sí mismo, contiene el ánimo de lucro exigido legalmente, cuya consumación no exige ni el lucro ni el perjuicio. La SAP de Las Palmas, de 7 de junio de 2003, afirma se considera un delito de mera actividad que trata de proteger el derecho de autor en todas sus facetas, bastando que se actúe con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, dado que tratándose de un delito de tendencia no se requiera para su consumación que, efectivamente, se haya producido el lucro ni el perjuicio. Pero se trata de sentencias aisladas, y además estas declaraciones *obiter dicta* no se proclaman en imputaciones frente a copias privadas de programas de ordenador, sino cuando se ha intervenido mercancía a un presunto vendedor que no se prueba que la vendiese efectivamente.

(37) La SAP de Badajoz, de 18 de octubre de 2004, afirma que la tenencia de 231 películas en formato DVD intervenidas en un control de la Guardia Civil, constituye delito porque supone que estaban destinadas para su venta, pues «no es concebible de otra manera la tenencia de un número tan elevado de películas de DVD y de muchas iguales». La SAP de Guipúzcoa, de 14 de octubre de 2004, considera que hay ánimo de lucro en «el almacenamiento de un alto número de discos compactos falsificados (295 unidades), en la furgoneta destinada por el apelante a transportar sus productos de artesanía». La SAP de Soria, de 11 de mayo de 2004, afirma que basta que los CDs se encontrasen envueltos en mantas en las cercanías de un mercadillo de un pueblo en fiestas. La SAP de Barcelona, de 5 de enero de 2004, basta la constancia de 193 videojuegos en soporte CD que el acusado tenía en una caja que fueron intervenidos por la Guardia Urbana y es una constante jurisprudencia que la tenencia de un gran número de copias permite presuponer el ánimo de lucro (SAP de Sevilla, de 24 de septiembre de 2004; Jaén, de 19 de julio de 2004; Zaragoza, de 14 de julio de 2004; Barcelona, de 22 de junio de 2004; Valladolid, de 18 de mayo de 2004; Barcelona, de 22 de abril de 2002; Zaragoza, de 26 de diciembre de 2000). La SAP de Sevilla, de 24 de abril de 2003, afirma que como parte del ánimo de lucro que tipifica el delito el artículo 270 CP, no sanciona sólo la venta, o el ofrecimiento en venta, sino que los verbos que emplea para describir la conducta sancionada son «reproducir», «plagiar», «distribuir» o «comunicar públicamente», a los que se equipara, «importar», «exportar» o «almacenar ejemplares» de obras literarias, artísticas o científicas. Se podría citar un gran número de sentencias en el mismo sentido. Pero aunque es una jurisprudencia ampliamente mayoritaria, no es una jurisprudencia uniforme, hay un cierto número de sentencias que exigen la prueba de la venta efectiva. En este sentido (SAP de Cádiz, de 2 de julio de 2004, el fiscal acusó a Baltasar de tener expuestos para su venta 108 discos, 49 de juegos Playstation y 59 de varios artistas musicales. Dice la sentencia que «Esto, por sí solo, no constituye delito», *ibidem*, SAP de Cantabria, de 18 de mayo de 2004; SAP de Cuenca, de 13 de marzo de 2003; Madrid, de 15 de marzo de 2002); en ocasiones, intervenidos ejemplar en vendedores del top manta, se llega a decir que no se ha probado que las reproducciones sean ilegales o que no se ha probado que lesionen derechos de autor (SAP de Barcelona, de 25 de marzo 2004).

programas legales. ¿Se limita el tipo de distribución a la distribución de copias piratas o basta la distribución sin licencia suficiente? (38).

El alquiler o intercambio público de programas de ordenador y en general de CDs, se considera una actividad delictiva por su facilidad de reproducción. Así la SAP de Albacete, de 15 de marzo de 2004, que rechaza la alegación de error invencible sobre su ilicitud, afirmando que «los originales de los discos digitales que alquilaba tenían impresa la prohibición de alquilarlos sin autorización del propietario de la obra, por lo que en este caso no existe error de prohibición alegado». La SAP de Valladolid, de 28 de enero de 2002, en todos los CDs «consta la prohibición de su alquiler sin autorización de los titulares de los derechos, como se destaca en la sentencia recurrida, lo que, en correspondencia con la legislación aplicable (Ley 43/1994, de 30 de diciembre) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo allí reflejada, condiciona la licitud de esa actividad mercantil a la prestación de aquel consentimiento, del que no se dispone». La SAP de Barcelona, de 31 de mayo de 1999, considera que es distribución ilegal la actividad de intercambio de programas piratas de ordenador (en esa ocasión 29 programas), y considera que el lucro se deriva del intercambio mismo (39).

A mi parecer, en los programas de ordenador su condición de producto no impide que se deba limitar el derecho de copia o intercambio público del producto, puesto que el alquiler significa su reproducción, esto es, lo mismo

(38) La SAP de Barcelona, de 26 de octubre de 1999, en un supuesto en que el acusado sólo tenía autorización para la distribución de cien ejemplares del programa informático MICROSOFT OFFICE PROFESSIONAL con aparatos informáticos y en la que los programas contenían una inscripción relativa a tal condición de distribución restrictiva que no autorizaba la venta directa del programa a los particulares, se plantea si es delito dicha venta separada, y estima que es perfectamente subsumible en el tipo penal del artículo 270 CP. Pero a mí me parece dudoso que la conducta sea subsumible de modo estricto en el artículo 270 CP, si se considera que el programa de ordenador es un producto, y que el derecho de autor se ha cedido con el programa, en ese caso quizá sería más adecuado considerar el supuesto un atentado estrictamente patrimonial y no del derecho de autor.

(39) Y en el mismo sentido, SSAP de Madrid, de 10 de julio de 2001; Salamanca, de 12 de marzo de 2001; Navarra, de 28 de abril de 2000. La SAP de La Rioja, de 22 de enero de 1999, se plantea el tema de la licitud del alquiler, pues se alegaba que con la primera venta se extinguía el derecho de distribución, de modo que al cederla en arrendamiento, la adquiriente no infringía derechos de autor, a lo que responde la sentencia que debe entenderse que el adquiriente del soporte a que se haya incorporado la obra, no tiene por ese solo título (de propiedad) ningún derecho de explotación sobre la obra que siguen correspondiendo a su autor, lo que no se evita mediante un pretendido agotamiento del derecho de distribución, alegado en base a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la LPI de 1987, pues tal agotamiento no puede afectar a la obra de creación, que queda fuera del conflicto entre comprador de ejemplar y autor, de modo que no se produce tal agotamiento tras la primera venta de un ejemplar respecto de la circulación ulterior del mismo bajo otras formas de distribución, como préstamo o alquiler, como también resulta tras la Ley 43/94, de 30 de diciembre, y TRLPI de 1996.

que su venta, la posible creación de un producto igual por medio de su reproducción. Esto es, no tiene sentido un uso limitado en el tiempo, puesto que ni su titular originario se priva de la «cosa», ni el uso se limita en el tiempo. Sin embargo, nuevamente la persecución penal de quienes intercambian o alquilan programas de ordenador me parece desproporcionada en una sociedad que ha generalizado el intercambio abusivo de programas y en general de obras sometidas a derecho de autor por medio de Internet. Y creo que la solución debe venir de una intervención administrativa ágil y de no de la imputación en la vía penal (40).

Según la jurisprudencia mayoritaria que he consultado, es ilícita penalmente la actividad de facilitar la copia de programas de ordenador en establecimiento abierto al público. El tema es objeto de un gran debate jurisprudencial, alguna sentencia lo asimila a distribución ilegal (41).

(40) A mi parecer, la jurisprudencia es quizá rigurosa con los tipos penales relativos a la propiedad intelectual. Del examen de la jurisprudencia referida parece deducirse que el intercambio de archivos en sistemas peer to peer (P2P), podría estar incurso en el tipo penal, en primer lugar por tratarse la exposición de archivos de un acto de comunicación pública de obras sujetas al derecho de autor, que según la jurisprudencia tiene sustancialidad propia como tipo penal; y en segundo lugar porque el intercambio mismo se considera que prefigura el ánimo de lucro que define el tipo penal.

(41) Afirma la SAP de Zaragoza, de 8 de junio de 2004, que el artículo 270 CP recoge cuatro conductas básicas que se integran respectivamente por: la reproducción, el plagio, la distribución y la comunicación pública de las obras. De las cuatro, la que corresponde a los acusados es la reproducción de obras protegidas por el derecho a la propiedad intelectual, sin el consentimiento o autorización de sus titulares. Por tanto, el hecho de realizar copias de CDs conteniendo video-juegos, programas informáticos, etc., en un establecimiento abierto al público, con la correspondiente publicidad, utilizando aparato reproductor de forma sistemática, y que lógicamente va a representar un lucro o beneficio para los propietarios, constituye la conducta expresamente sancionada en el artículo 270 CP. En general, se considera delito la mera copia de CDs y programas de ordenador en establecimiento abierto al público si media precio (SAP de Madrid, de 14 de mayo de 2003, 2 de marzo de 2001; Salamanca, de 31 de octubre de 2000; Cantabria, de 22 de febrero de 2000; SAP de Navarra, de 17 de junio de 1999), aunque no es jurisprudencia unánime en sentido contrario: SSAP de Madrid, de 10 de mayo de 2002; Valladolid, de 19 de abril de 2000, que afirman que el que una persona vaya a hacer una copia para su uso particular no puede entenderse que produzca un perjuicio a tercero. La jurisprudencia en general no considera delito la reproducción de libros por encargo con fotocopadoras (SSAP de Madrid, de 18 de marzo de 2003; Castellón, de 27 de febrero de 2003; Valencia, de 29 de diciembre de 2000; Granada, de 1 de abril de 2000, aunque sí SAP de Asturias, de 5 de julio de 2001, y la de Vizcaya, de 16 de noviembre de 1999; Badajoz, de 4 de junio de 1988, que subrayan la habitualidad de la fotocopia de libros y apuntes universitarios). La SAP de Madrid, de 5 de marzo de 2001, razona que el artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), comprendido en el Capítulo II bajo la rubrica de límites y con relación al contenido de los derechos de autor, dispone que las obras ya divulgadas podrían reproducirse, sin autorización del autor, en los siguientes casos: 2.º «para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa», por lo que exime a la tienda de fotocopias de condena penal. La SAP de

Respecto del derecho a usar el programa comprado en más de un ordenador, según la jurisprudencia prácticamente unánime, en el ámbito privado no hay problema de responsabilidad civil o penal. La jurisprudencia, sin embargo, es particularmente rigurosa frente a las copias comerciales e industriales donde aplica con gran rigor el principio de que el programa sólo se puede usar en un ordenador (42).

La jurisprudencia es muy rigurosa con las pequeñas tiendas de ordenadores, el regalo de copias de un programa al adquirir el *hardware* se considera delito (SSAP de Castellón, de 18 de mayo de 1998; Valencia, de 13 de abril de 2000; Cáceres, de 13 de junio de 2000; Salamanca, de 31 de octubre

Madrid, de 2 de abril de 2001, recoge la afirmación de los querellantes de que «no son necesarias las copias de videojuegos, y para los juegos de ordenador tampoco son necesarias las copias de seguridad. Los juegos de videoconsola llevan unos códigos de seguridad cuando se hacen copias de estos productos, estos códigos no se pueden leer, siendo la única forma de hacerlo con los chips que anulan la contraseña de seguridad», pero desde luego, a mi parecer, es delictiva la actividad de venta de CDs copiados de videojuegos, pero no la de hacer copias de videojuegos, aunque se exija el chip correspondiente, porque los CDs pueden dañarse y al titular del juego le puede siempre interesar tener una copia de seguridad. Aparte de que si es un derecho el hacer copia de seguridad es dudosa la legalidad de los sistemas que impiden hacer copias de seguridad. En todo caso, si está permitida la copia privada, no veo porqué no se han de poder hacer copias de programas de ordenador en establecimientos abiertos al público.

(42) La SAP de Jaén, de 27 de marzo de 2000, condena al dueño de una academia de enseñanza de informática por haber copiado en los diversos ordenadores de la academia un programa informático que había adquirido. La sentencia considera que: Copiando un programa en los diversos ordenadores de la academia no se hacía un uso personal del programa y se lucraba indebidamente. Y se habla en la sentencia de un uso indebido sin licencia de los titulares de la patente. En el mismo sentido, la SAP de Valencia, de 27 de junio de 2002, afirma que «no se pueden instalar, indefinidamente, programas de ordenador de manera reiterada, si no se tiene para cada instalación la licencia necesaria de aquél que tiene protegido el programa. Esto lo hicieron, con plena conciencia de lo que hacían, en sus ordenadores con la clarísima intención de lucrarse con esa acción, lo que resulta de ella misma, por cuanto el lucro se encuentra en el ahorro del coste del programa». La operación se llama en la jerga anglosajona *softlifting*, y se califica como piratería (SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, 2000, pág. 118), este autor propugna la ampliación de la protección penal, sosteniendo que deben introducirse presunciones que faciliten la «obtención de pruebas», pero a mí me parece que ésta no es una función específica de los tribunales, y pone de manifiesto el grave quebranto de derechos individuales que puede derivarse de la introducción de las técnicas informáticas. APARICIO VAQUERO (*Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, Granada, 2004, pág. 57) considera que violan los derechos del titular e incumplen los términos de la licencia. Sin embargo su calificación como piratería no está clara para mí, cuando es para uso del propio comprador del programa, y no hay reventa ni lucro comercial en su reproducción. ¿Sobre qué fundamento legal o contractual se puede exigir el pago de tantos derechos como ordenadores, si no hay distribución del producto a terceros? A mi parecer, el autor se contradice porque si afirma que el soporte es despreciable, entonces hay que concluir que no se han realizado copias sino sólo usado el programa, porque el concepto de copia presupone la identidad de un soporte. En todo caso, mis dudas a la calificación penal de la conducta son aún más tajantes en la medida en que además del ánimo de lucro falta «la publicidad».

de 2000; Valencia, de 13 de abril de 2000). Y ello aunque se alegue que se trataba de la venta de programas de ordenador que estaban instalados previamente en las ventas de ordenadores de segunda mano. Frente a la alegación de que regalando el programa de ordenador copiado no había ningún lucro, la SAP de Cáceres, de 30 de junio de 2000, afirma que eran utilizados como reclamo para vender más ordenadores (43).

¿Y es el regalo de copias privadas de programas pirata actividad ilegal de distribución? La escasa jurisprudencia de las Audiencias me lleva a pensar que no se persigue penalmente la práctica de distribución de copias piratas entre particulares. La referencia del artículo 270 CP a la calificación de «públicamente», parece a alguna sentencia definitoria del delito; «públicamente» no se refiere sólo a la comunicación sino a todas las conductas que se identifican como objeto de la sanción penal (44).

¿Y la copia utilizada en el ámbito comercial o industrial por quien no es titular de la licencia de uso? ¿Es delito el mero uso industrial de una copia pirata? La utilización consciente de una copia pirata de programa de ordenador por quien no es titular de una licencia de uso no es delito en el ámbito privado, y es dudoso que lo sea dentro del ámbito de las actividades comerciales o industriales, aunque irroga un perjuicio económico al titular legítimo de los derechos. Pero, por ejemplo, el que adquiere un negocio en que hay instaladas copias piratas, ¿puede considerarse que realiza una actividad delictiva aunque sea consciente de que las copias del programa sean piratas? En puridad no entra la conducta de meramente utilizar el programa en ninguna de las cuatro conductas tipo que define el artículo 270 CP, aunque sí entraría claramente en la definición de los delitos contra la propiedad industrial del artículo 273 CP, que condena la mera utilización o posesión de objetos amparados por un derecho de propiedad industrial.

(43) La SAP de Las Palmas, de 7 de junio de 2003, para los establecimientos abiertos al público basa el delito en la mera tenencia de copias ilegales, y afirma que la propia difusión de estos productos piratas en lugares profesionalmente dedicados a su distribución produce de manera automática y desde el mismo momento que no se posee autorización para la difusión, un perjuicio para los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios.

(44) La SAP de Castellón, de 1 de abril de 2003, afirma que es delito la realización de copias para su distribución colectiva con cita expresa del artículo 32.1 TRLPI: «el artículo 31.2 del referido texto legal establece que las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor para uso privado del copista, siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa». Pero luego para calificar el tipo penal coincide en que es necesario el ánimo de lucro entendido como enriquecimiento del copista por la distribución: «Se incurre pues en el tipo penal cuando la que se realiza no es una copia, sino varias y para varias personas, lo que denota que no es para uso privado, sino colectivo, y si se realiza dicha actividad con ánimo de lucro cobrando una cantidad de dinero», es decir, que la distribución privada, si no media precio, no se considera delito.

5.3.3. *La comunicación pública y su autonomía con el ánimo de lucro*

En el artículo 270 CP, la comunicación pública no aparece como un requisito calificador del delito contra la propiedad intelectual, que se define principalmente por el ánimo de lucro, sino como una de las conductas típicas que contravienen el derecho de autor. La primera duda es si el adjetivo «pública» se refiere sólo a la comunicación, o se refiere en general a las cuatro conductas principales (reproducir, plagiar, distribuir o comunicar). La comunicación se aclara posteriormente que se puede hacer por cualquier medio.

La calificación jurídica de la comunicación pública parece que se encuentra en el artículo 20 TRLPI. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo, concretando luego el citado artículo diversos actos de comunicación pública. En la Directiva CEE 2001/29, en los servicios en red, cada acto debe estar sujeto a autorización del autor (45).

(45) Aunque la comunicación pública no es un requisito autónomo al ánimo de lucro ni supone por sí misma el ánimo de lucro, en general la jurisprudencia penal es contradictoria sobre el papel respectivo del ánimo de lucro y de la comunicación pública en la defraudación de derechos de autor, aunque en general la jurisprudencia penal es favorable a considerar el ánimo de lucro como algo connatural a la comunicación pública de una obra. La jurisprudencia civil ha considerado comunicación pública, sujeta al devengo de derechos de autor, la emisión de películas en la televisión de un bar (STS de 19 de julio de 1993), las emisiones de radio en las dependencias de un hotel (STS de 11 de marzo de 1996), o la emisión de películas en un video comunitario (STS de 22 de julio de 1996). Pero una cosa es la responsabilidad civil y otra la penal. ¿Es delito la mera comunicación pública sin ánimo de lucro? La SAP de Las Palmas, de 7 de septiembre de 2004, disculpa al acusado de las copias piratas que utilizaba en una discoteca, pero le condena por la tenencia de varias copias que presume que distribuía y vendía, exculpándole de utilizarlas para su trabajo, pero no para su venta a terceros. Por su parte, la SAP de Pontevedra, de 27 de diciembre de 2002, exculpa a un hotel que emitía por un sistema interno una película de video previamente alquilado en un videoclub, afirmando que el tipo penal parece referirse a la proyección en locales comerciales abiertos al público. Sin embargo las SAP de Alicante, de 7 de mayo de 2002, y La Coruña, de 7 de febrero de 2002, condenan al dueño del bar que reproduce películas en video para captar clientela, aunque no cobrase nada por ver las películas. La SAP de Málaga, de 19 de febrero de 2002, condena a los propietarios de una emisora local que emitían películas previamente grabadas de canales internacionales. Y la STS de 19 de mayo de 2001, a quien emitía películas de un canal codificado por un video comunitario. Por el contrario, la SAP de Almería, de 20 de mayo de 1999, considera que no comete delito el que emite por un sistema comunitario películas que habían sido previamente emitidas en televisión por canales abiertos, pues aunque no tenía autorización de los titulares de los derechos, sin embargo carece de entidad dolosa y el delito no puede ser de comisión culpable, y no cabe presuponer que el acusado conociese la ilegalidad de tal conducta.

5.4. TIPOS PENALES AGRAVADOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A tenor del artículo 271 CP, redactado por LO 15/2003, de 25 de noviembre, se impone una pena agravada en los delitos contra la propiedad intelectual, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: *a)* Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica. *b)* Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados. *c)* Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual. *d)* Que se utilice a menores de dieciocho años para cometer estos delitos (46).

Parece identificarse un tipo especialmente riguroso en el artículo 270.3 CP, porque es independiente del ánimo de lucro y del perjuicio de tercero, y se funda en la mera tenencia: «Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo». Existe pues una radical y especial protección de los programas de ordenador, pues se castiga la mera tenencia de instrumentos de revelación del secreto oculto del programa aunque no haya actuación concreta (47).

(46) Según la SAP de Sevilla, de 5 de noviembre de 2002, los hechos son incardinables en el subtipo agravado del artículo 271.1.b) del Código Penal, cuando los perjuicios ocasionados exceden de los diez millones de pesetas. Y a esta conclusión se llega tomando como referencia las cantidades fijadas para los delitos de estafa y apropiación indebida. Sin embargo, la SAP de Madrid, de 10 de julio de 2001, no aprecia el subtipo agravado «que resulta difícil de admitir, si se tiene en cuenta la desproporción entre la actividad ejercida por la acusada y el volumen de actividad de las partes acusadoras, ya que mientras la primera regentaba un negocio de carácter familiar, las segundas son compañías multinacionales establecidas en todo el mundo, de forma que aunque la conducta sea sancionable por estar tipificada en el CP, difícilmente puede entenderse que la misma haya causado un daño especialmente grave a los titulares de los derechos de propiedad intelectual». Sin embargo, la SAP de Albacete, de 25 de marzo de 2004, afirma directamente que «para juzgar sobre la trascendencia económica del hecho, no hay que atender separadamente al perjuicio causado a cada uno de los perjudicados, ya que con este razonamiento llevado a su extremo lógico habría que atender al beneficio económico de cada uno de los actos de alquiler de un disco, con lo que en la práctica sería imposible cometer el tipo agravado. Para que exista esta agravación hay que atender al resultado total de la actividad económica realizada en fraude a la propiedad intelectual, como se ha hecho en la sentencia, aplicando acertadamente la pena agravada del artículo 271 CP, teniendo en cuenta que los perjudicados dejaron de percibir los 5.388.053 pesetas que les habrían correspondido de haber respetado los derechos de propiedad intelectual».

(47) La primera cuestión es porque se refiere exclusivamente a los programas de ordenador y no a otros tipos de propiedad intelectual. ORTS BERENGUER lo justifica en

A mi parecer se trata de una protección desproporcionada, porque ¿a qué medios se refiere? Evidentemente tiene que haber una conducta objetiva que revele además una intención efectiva y contrastable de acceder ilícitamente al código secreto de un programa. Supone, a mi parecer, de todas formas a la exaltación penal del derecho al secreto del código oculto de un programa, y que yo no he encontrado efectivamente aplicado en sentencia alguna (48).

6. EL PROGRAMA CREADO EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

El régimen legal parte de la consideración de que la creación artística, como obra intelectual original, no es un producto alienado por un asalariado, pues si Cervantes escribe *El Quijote* en sus horas de trabajo, *El Quijote* sería de Cervantes y no del empresario que lo empleó, y es el mismo el régimen de la invención; pero ¿acaso no ha alienado el trabajador el producto de su trabajo? ¿Por qué una obra de arte o una invención no se considera fruto del trabajo? La razón es evidente: el trabajador ha alienado el fruto de su trabajo, pero no su alma, y la obra de arte pertenece al ámbito espiritual y no al ámbito material. Alienar el alma es esclavitud y el trabajador no ha vendido su alma al empresario.

La LPI da por supuesto este principio general y regula el contenido de la obra de autor realizada en tiempo y lugar de trabajo, desde la perspectiva de

la primacía de la protección civil y administrativa sobre la penal, «Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho penal», en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Granada, 1998, pág. 158; mientras que SERRANO GÓMEZ lo considera totalmente injustificado (pág. 143). Sobre este punto incide específicamente la Directiva CEE 2001/29, que propugna una protección eficaz frente a la copia ilícita.

(48) Debe señalarse que el artículo 287 CP, que establecía la exigencia de denuncia para poder proceder contra los autores de un delito contra la propiedad intelectual, ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, de manera que, actualmente, la exigencia de previa denuncia queda restringida a los delitos contenidos en la sección 3.^a que comprende los artículos 278 al 286 del Código Penal, esto es, excluye los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

En cuanto al agente provocador, la SAP de Jaén, de 30 de junio de 2003, se plantea la compra por la SGDA de diversos discos piratas en un establecimiento abierto al público que luego aporta al procedimiento acusándosele de provocar un delito, afirmándose que no se provocaba el delito sino que solamente se obtenían pruebas. En el mismo sentido, la SAP de Madrid, de 15 de febrero de 2002, afirma la invocación del artículo 11 de la LOPI y la alegación de que el testigo es un agente provocador del delito debe rechazarse «porque para poder hablar de esta figura tendríamos que presuponer que de dicho agente parte una iniciativa dirigida a otra persona que no tiene decidido cometer un hecho delictivo, para que lo cometa, lo que, desde luego, no ocurre en el caso de autos, en el que, a la vista de la documentación incorporada a las actuaciones, entre ella la que acredita la publicidad que a su negocio venía dando el acusado, permite afirmar que dicho acusado ya se venía dedicando a una ilícita actividad». Y en el mismo sentido, la SAP de Vizcaya, de 16 de noviembre de 1999.

reconocer al trabajador la «autoría», aunque atribuye a la empresa «los derechos de explotación». Según el artículo 51 LPI: 1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra, creada en virtud de una relación laboral, se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral (49).

La doctrina es favorable a reconocer los derechos del trabajador sobre la creación intelectual en el seno de la relación laboral, como se repitió incesantemente por todos los grupos políticos en la discusión en el Congreso de la Ley de Propiedad Intelectual, pero en la práctica es difícil calificar una obra producida en el seno de una relación laboral como obra de arte o como invención, y la regla general parece que debe partir del principio fundamental que preside el régimen del contrato de trabajo, que es que lo producido en tiempo y lugar de trabajo pertenece al empresario, y que la creación de una obra de arte en el seno de una relación de trabajo es necesariamente una situación excepcional. Hay que distinguir en general entre producto intelectual (que es del empresario) y obra de arte (que pertenece al trabajador), aunque sobre esta última el empresario detente los derechos de explotación si ha sido creada en virtud de una relación laboral (50).

(49) Hay en este punto una aproximación al régimen legal de las patentes. El régimen de la cesión de derechos de autor es similar al de la titularidad de las patentes creadas en una relación de trabajo (art. 15 y sigs. de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes), aunque me parece que en la práctica es quizá más difícil aun reconocer al trabajador la autoría de una obra intelectual sobre un programa que la de un producto inventado. (GALÁN CORONA, *Comentarios*, cit., pág. 260).

(50) VALDÉS ALONSO, *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Madrid, 2001, pág. 117, habla de la existencia de una antinomia irreducible entre los derechos del autor y del empresario sobre la obra realizada en la relación de trabajo. El autor propugna que se reconozca al creador dependiente la condición de autor y en consecuencia el canon de reproducción (art. 25 TRLPI), participación en la reventa (art. 24) y canon de alquiler y exhibición (art. 90), el derecho a la participación en los derechos de explotación que detenta el empresario (lo que fundamenta en los arts. 46 y 47 LPI), e incluso sostiene que la cesión de los derechos por el trabajador está sometido a un límite temporal (ex art. 43.2 TRLPI). Explica RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 51», en la obra colectiva dirigida por BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989, pág. 762 y sigs., una dualidad entre el régimen de los países anglosajones y su área e influencia que atribuyen la titularidad de la obra intelectual al empresario y comitente de los servicios, mientras que en el Derecho continental la obra se atribuye preferentemente al trabajador autor, si bien observa las contradicciones que se encuentran en la jurisprudencia, estimando que España, desde la LCT de 1944, se sitúa en el marco del Derecho europeo continental. Como principio, el producto del trabajo por cuenta ajena es del empresario, lo que excepciona también el régimen general de la accesión y commixión. Y en ese contexto se reconocen los derechos del trabajador, tanto en el régimen anglosajón como en el continental, que en la práctica seguramente no se diferencian tanto como se pretende.

A mi juicio, el trabajador renuncia al producto a cambio de un salario y en estas condiciones es habitualmente difícil identificar la autoría intelectual, sobre todo en los sistemas de obras de encargo y producción en serie. Encontramos, en este sentido, una jurisprudencia dubitativa, quizá restrictiva, en el reconocimiento de la autoría del trabajador a una obra producida en el seno de una relación laboral. Y el problema parece ser el de reconocer al trabajo «intelectual» la originalidad de una obra creativa (51).

Pero si la cuestión de identificar la autoría de una obra elaborada por un trabajador en tiempo y lugar de trabajo es difícil con carácter general, para cualquier género de obra intelectual, la cuestión es especialmente crítica en el reconocimiento de la autoría de un programa de ordenador, sobre todo en los programas de encargo y en los programas no personalizados, de venta masiva, en el que el trabajador es justamente contratado para la elaboración y desarrollo del programa, o en los programas de encargo. La Directiva europea 91/250 atribuye con carácter general al empresario los derechos de explotación de los programas de ordenador, estableciendo en el artículo 2.3 que: «Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas, o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador así creado corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario». La Ley 16/93 recogió este régimen de modo casi expreso, y ello se reproduce igualmente en el artículo 97.4 del vigente texto de la LPI, aunque en España la defensa de la autoría del trabajador ha sido una de las constantes en el debate parlamentario de los textos y reformas de la LPI (52).

(51) En este sentido, la SAP de Baleares, de 27 de febrero de 2002, reconoce a la demandada «Casino Marítimo, S. A.», el derecho de explotación de la obra titulada «Memoria, Organización y Funcionamiento del “Casino Marítimo Yatch’s Club de Menorca”», obra inscrita a nombre del demandante en el Registro de la Propiedad Intelectual y que la demandada está utilizando en la explotación del Casino de Juego de Menorca, considerando que la elaboración de la dicha memoria fue el objeto específico del contrato firmado entre las partes. En el mismo sentido, la Sala Social del STSJ de Andalucía (Sevilla), de 19 de julio de 1999, se plantea el contrato de trabajo del demandante para una entidad local durante el cual elabora un informe general sobre geografía, demografía, servicios comunitarios, infraestructura, equipamiento y sociedad, así como un informe histórico y una propuesta de inventario de bienes de la Entidad Local demandada, que pretenden son de su propiedad intelectual y que se le abone en consecuencia, dada su utilización por la entidad demandada, pretensión rechazada por la sentencia afirmando que «el contrato suscrito entre las partes en junio de 1996 fue un contrato de trabajo en virtud del cual el actor no se comprometía a ofrecer un resultado concreto sino una mera actividad con abstracción del resultado obtenido y cantidad o calidad de éste», y que los derechos de explotación de la obra corresponden, en todo caso, al empresario.

(52) A tenor del artículo 97.4 TRLPI, cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspon-

Frente a la atribución indiscriminada de los programas de ordenador al empresario que parece deducirse de la Directriz europea, la legislación y la jurisprudencia española parecen pretender reconocer como principio que el programa de ordenador pertenece al trabajador como autor, aunque se ceden al empresario los derechos de explotación sólo en los supuestos particulares que señala la ley (53).

dientes al programa de ordenador corresponden al empresario, salvo pacto en contrario. Pero, ¿qué diferencia existe con el régimen del artículo 51 LPI? ¿Qué necesidad había de una norma expresa en el régimen de los programas de ordenador? El artículo 97 LPI no parece establecer un régimen particular de la propiedad intelectual para la cesión de los derechos sobre programas de ordenador. En el régimen general se atribuye la autoría al trabajador (siempre que el trabajador haya «creado» la obra) pero se ceden legalmente los derechos de explotación al empresario, y en el régimen particular de los programas de ordenador también se presume con carácter general la titularidad del empresario aunque sólo de los derechos de explotación y no del derecho moral de autor. La sutil diferencia entre el régimen de los artículos 97 y 51 de la LPI, no parece ser que en materia de programas de ordenador, la titularidad del programa se atribuye al trabajador en razón de la autoría y no de la creación, pues también el artículo 97.4 LPI pone énfasis especial en la «creación». Respecto de los programas de ordenador, VALDÉS ALONSO subraya que con la entrada en vigor de la Ley 16/1993, el empresario recibe los derechos del programa creado, siendo sustituida la antigua expresión legal «actividad habitual» por una fórmula legislativa: «ejercicio de funciones», «instrucciones del empresario» que juzga confusa, suponiendo que a falta de esa adecuación los derechos corresponden al trabajador. Afirmando que el empresario puede ceder a terceros los derechos siempre que el trabajador no se niegue «justificadamente». Sin embargo, a mi juicio, el problema previo es determinar la autoría, lo que es particularmente complejo en un programa de ordenador, lo que está en la base del régimen particular del artículo 97 LPI. ¿El programa es una obra o un producto?, ¿cómo identificar la autoría en el marco de una relación empresarial compleja de dependencia? La OMPI en sus disposiciones tipo de 1978 atribuye la titularidad del programa al empresario y asimismo la Ley francesa de 1985 (DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 1349).

(53) En la STS —2.ª— de 19 de julio de 1993, el trabajador acusado que había firmado un documento cediendo a la empresa de programación todos los derechos sobre los programas desarrollados. En la empresa «D., S. A.» se trabajaba en el programa Mickey. El acusado José se apoderó de copias en Código Fuente de los diversos programas integrantes del Proyecto M., lo cual conlleva la posibilidad de utilizar total o parcialmente el programa copiado. Se le imputa entonces por la empresa un delito contra la propiedad intelectual que el TS rechaza. La SAP de Ciudad Real, de 10 de febrero de 2000, atribuye un programa de gestión de sanciones creado por un operador informático de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla-La Mancha al trabajador y afirma que: El artículo 97, párrafo 4.º de la Ley de Propiedad Intelectual, hace derivar la titularidad a favor del empresario de las llamadas invenciones laborales de dos factores alternativos: que la obra se enmarque en el ámbito propio y específico de las funciones que le han sido confiadas, o que se haya realizado por instrucciones del empresario. En ambos casos, la atribución de la titularidad al empresario, salvo pacto en contrario, tiene un sólido fundamento, pues se integra en el mismo objeto que constituye la prestación laboral. Por otro lado, desde el punto de vista de la carga de la prueba, acreditada la autoría de la obra, corresponderá al empresario que reclame la aplicación del citado artículo, y ello por una doble razón: primero, porque esta norma especial es una excepción al principio general contenido en el artículo 1.º de la Ley, que atribuye la propiedad

A mi entender, sin embargo, no puede haber un régimen unitario de titularidad de los programas de ordenador elaborados en la relación de trabajo, porque los programas de ordenador no tienen una naturaleza unitaria. A mi entender, la naturaleza del programa de ordenador se debe manifestar también como decisiva a la hora de atribuir la titularidad del programa al empresario o al trabajador. Yo creo, como he dicho, que sobre este punto no se pueden dar criterios uniformes porque el programa de ordenador no es una categoría unitaria. A mi entender, como el programa de ordenador es ordinariamente un mero modelo de utilidad, entiendo que su titularidad debe atribuirse, en principio, al empresario, sin perjuicio de que se pueda atribuir al trabajador cuando supone una creación científica original o una auténtica invención novedosa y registrable, bien en sí misma, bien como parte de una aplicación que pueda calificarse de invento, y es sólo para este supuesto concreto para el que se prevé el reconocimiento al empresario de los derechos de explotación. A mi entender, la elaboración y desarrollo de los programas de ordenador no es ordinariamente un proceso creativo sino dependiente, y el régimen del artículo 97.4 LPI sólo se refiere a los programas que se «creen» en una relación de trabajo, no a los que se elaboren o desarrollen ordinariamente en la relación de trabajo (54).

intelectual al autor de la obra por el solo hecho de su creación, de modo que quien opone una excepción al régimen general debe probar el presupuesto de hecho de la misma. La STSJ —Social— de Andalucía (Málaga), de 1 de febrero de 2002, atribuye a un trabajador la titularidad de un programa de gestión, luego instalado en la empresa, pues su creación no lo fue en el ejercicio de las funciones que le habían sido encomendadas o siguiendo sus instrucciones, pues el actor fue contratado para desarrollar meras tareas administrativas, las que presuponen o implican el manejo de ordenadores con cierta destreza, pero simplemente a nivel de usuario, no la creación ni la modificación de programas o aplicaciones informáticas. Tampoco creó el programa siguiendo las instrucciones de la recurrente, sino por propia iniciativa, instalándolo una vez elaborado en el sistema informático de la empresa a iniciativa propia, solicitando y obteniendo previamente la oportuna conformidad.

(54) El tema se plantea en la SAP de Barcelona, de 3 de junio de 1998, en un trabajador que vende a terceros el programa que ha creado como trabajador en una empresa de informática. La sentencia le condena por infracción del artículo 270 CP y afirma, en el presente caso, que el referido programa de ordenador fue creado en virtud de una relación laboral con «Ingeniería y Servicios Q., S. L.», a la cual se ha de entender transmitido, como empresaria, el derecho de explotación de la obra, según resulta de lo dispuesto por el artículo 51.1 y 2 de la Ley de Propiedad Intelectual, y es precisamente el titular de este derecho de exclusiva el que lo es de la propiedad intelectual a los efectos de autorizar la reproducción de la obra, como específicamente establece para los programas de ordenador el artículo 99.2 de la LPI; se ha realizado, pues, en el caso la conducta típica, sin que tenga relevancia el derecho moral de autor, referido exclusivamente a la divulgación y al arrepentimiento, por cierto que —según la sentencia— es de discutida posibilidad conceptual en materia de programas de ordenador, pues el titular de dicho derecho se halla obligado a respetar el de explotación, que infringe si plagia el contenido del programa sobre el que ostenta la exclusiva otra persona, aquí el empresario cesionario de los derechos sobre la obra creada en el ámbito de la relación laboral.

A mi juicio, los programas de ordenador son ordinariamente resultado de un desarrollo y no de una invención. La consideración general del programa de ordenador como producto hace difícil reconocer la titularidad de los derechos del trabajador al programa (55).

RESUMEN

RESPONSABILIDAD PROGRAMAS ORDENADOR

La naturaleza de los programas de ordenador irrumpe sorprendentemente en la jurisprudencia a partir de los años noventa de un modo reiterado y en todas las jurisdicciones. El modelo legislativo, formulado principalmente en adaptación de la normativa comunitaria, considera el programa de ordenador como una propiedad intelectual, cuya adquisición implica la titularidad de un derecho personal de uso, pero se trata de un modelo que parece que está pensado para los

ABSTRACT

COMPUTER PROGRAM RESPONSIBILITY

The issue of the nature of computer programs burst surprisingly into jurisprudence in the 90's and has since appeared repeatedly in all jurisdictions. The legislative model, formulated primarily in adaptation of Community rules, regards the computer program as intellectual property whose acquisition implies ownership of a personal right of use, but this model was seemingly conceived for programs intended for mass use and does not appear to deal satisfac-

(55) En general parece que la jurisprudencia, aunque «teóricamente» reconoce la titularidad del trabajador en la práctica frecuentemente atribuye la titularidad de los programas de ordenador elaborados en la empresa al empresario. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de junio de 1998, declaró en una causa penal en la que el objeto del tipo penal versaba sobre un programa de ordenador, que: «...en el presente caso, el referido programa de ordenador fue creado en virtud de una relación laboral con “Dipisa”, a la cual se ha de entender transmitido, como empresaria, el derecho de explotación de la obra, según resulta de lo dispuesto por el artículo 51.1 y 2 de la Ley de Propiedad Intelectual, y es precisamente el titular de este derecho de exclusiva el que lo es de la propiedad intelectual a los efectos de autorizar la reproducción de la obra, como específicamente establece para los programas de ordenador el artículo 99.2 de la LPI. La SAP de Valencia, de 29 de octubre de 2003, afirma que considerado Peripack un programa derivado de Iriscom, desarrollado éste por los codemandados con ocasión de su actividad laboral para la actora es de plena aplicación el artículo 97 LPI, atribuyendo su derecho a la empresa y prohibiendo a los codemandados su reproducción. También idéntico criterio en las sentencias —social— del TSJ de Navarra, de 4 de diciembre de 2000; Aragón, de 20 de noviembre de 2000; Asturias, de 10 de diciembre de 1999, esta última tras afirmar que el demandante prestó servicios con la categoría de auxiliar administrativo en la empresa Autoescuela Oviedo, S. L., habiendo sido contratado por sus conocimientos informáticos, aunque no tiene titulación y como tal elaboró dos bases de datos para nuevos cursos y diseñó dos programas que fueron instalados en todas las academias que forman Autoescuela Oviedo, S. L. y Autoescuela Fruela, C. B., y habiéndole solicitado la empresa que le entregase las fuentes y la documentación de los programas para facilitarlos a otras empresas asociadas en Formaster, el trabajador se negó a ello al tiempo que presentaba en el Registro de la Propiedad Intelectual la inscripción de dichos programas, conducta que para la sentencia es merecedora de despido.

programas de uso masivo, y que no parece resolver de modo satisfactorio los problemas que se plantean en la práctica. En la jurisdicción civil, en relación sobre todo con el llamado software de encargo, la jurisprudencia tiende a considerar el programa como un producto más que como un derecho de uso, exigiendo las garantías del producto y de su utilidad, y analizando detenidamente los modelos contractuales de adquisición. En el ámbito penal, la protección penal, los programas de ordenador de acuerdo al régimen de la propiedad intelectual es una protección desorbitada y desproporcionada que no se hace efectiva en la práctica, y que por otra parte es sencillamente ridícula ante la extensión social de las prácticas defraudatorias; en la jurisprudencia se observa que la persecución penal parece limitada exclusivamente contra los vendedores callejeros y contra los pequeños comerciantes; la jurisprudencia carece de criterios uniformes, y se encuentran contradicciones notorias en los criterios de las Audiencias; no se ha llegado a configurar satisfactoriamente en qué consiste el ánimo de lucro que caracteriza el tipo penal, y no existe una real y efectiva diferenciación de los tipos penales que protegen la propiedad intelectual e industrial. La «aporia de la originalidad», esto es, que los programas no son auténticas creaciones artísticas (obra de arte o invención), se plantea especialmente en la jurisdicción social; en esta jurisdicción aunque las leyes laborales atribuyen preferentemente la titularidad de los programas de ordenador al trabajador, entiendo que la jurisprudencia exige para reconocer esta titularidad que se acredite efectivamente la originalidad de la obra, y que no es un resultado ordinario de la prestación de trabajo en una relación de dependencia.

torily with the problems that arise in practice. In civil jurisdiction, mostly in connection with made-to-order software, jurisprudence has to regard the program as a product rather than a right of use; it has to demand guarantees of the product and its usefulness and carefully analyse the contractual models under which the program is acquired. In the criminal realm, penal protection of computer programs under the rules for intellectual property is an exaggerated, disproportionate means of protection that is not enforced in practice; furthermore, it is simply ridiculous in view of how widespread fraudulent practices are in society; observation of jurisprudence shows that criminal prosecution seems limited exclusively to street vendors and small businesses; jurisprudence lacks a set of uniform criteria, and glaring contradictions are found in the viewpoints of provincial appellate courts; no satisfactory final definition has been reached of what the profit motive that characterises the criminal offence consists in, and there is no real, effective differentiation with regard to criminal offences against intellectual and industrial property. The «aporia of originality», i.e., the hypothesis that programs are not true artistic creations (works of art or inventions), is raised especially in the corporate jurisdiction; in this jurisdiction, although labour laws attribute ownership of computer programs preferably to the worker, I feel that, in order to recognise such ownership, jurisprudence requires effective proof that the work is original and is not an ordinary result of the performance of work in an employer/employee relationship.

(Trabajo recibido el 08-11-2005 y aceptado para su publicación el 11-07-2006)

Dictamen del tercer ejercicio
de las oposiciones al Cuerpo
de Aspirantes a Registradores
de la Propiedad, Mercantiles y
de Bienes Muebles, convocadas
por Resolución de la Dirección
General de los Registros y del
Notariado, de 14 de diciembre
de 2004 (*BOE* de 1 de febrero
de 2005)

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Presidente del Tribunal de Oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad,
Mercantiles y de Bienes Muebles*

Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

A) SUPUESTO DE HECHO

ESCRITURA DE PERMUTA DE FINCAS POR OBRA FUTURA

Número 2.222

En París, mi residencia, a trece de julio de dos mil seis.

Ante mí, Henri Zidane, Notario de París (Francia), comparecen:

DE UNA PARTE:

Don FRANCISCO JAVIER MUÑOZ FANLO, mayor de edad, con residencia en la ciudad de Berlín, calle Under Der Linden, número 312, con DNI y NIF número 50.000.000-Q.

Don TOMÁS SÁNCHEZ PÉREZ, mayor de edad, casado en régimen de gananciales con ROSA MARÍA AGUADO DE LUIS, con domicilio en Puebla de Montalbán (Toledo), calle Queso, número 5, con DNI y NIF número 04.008.933-Y.

DE OTRA PARTE:

Doña ROSA MARÍA AGUADO DE LUIS, mayor de edad, casada en régimen de gananciales con don TOMÁS SÁNCHEZ PÉREZ, con domicilio en Puebla de Montalbán (Toledo), calle Queso, número 5, con DNI y NIF número 64.778.974-P.

INTERVIENEN: Don Tomás Sánchez Pérez, en su propio nombre y derecho; don Francisco Javier Muñoz Fanlo en nombre y representación de la sociedad CHES, S. A., domiciliada en Madrid, calle Goya, 39, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al Tomo 18.029, hoja M-3116476, inscripción 1.ª y CIF número A/83427096, como administrador único nombrado por plazo de seis años en la propia escritura fundacional autorizada por el Notario de Torrijos (Toledo), don Alejandro Peña Rodríguez, el 5 de julio de 1997, que tengo a la vista y juzgó suficiente para este otorgamiento; y doña ROSA MARÍA AGUADO DE LUIS, en nombre y representación de la sociedad anónima «PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A.» con domicilio en Aranjuez, calle Santa Isabel, número 82, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al Tomo 19.567, hoja M-438099, inscripción 1.ª y CIF número A/76098992. Actúa como administradora de hecho, al haber transcurrido el plazo de cinco años por el que fue designada en la escritura de elevación a público de acuerdos sociales autorizada por la Notario de Madrid, doña Elvira Suárez Sustaeta el 3 de diciembre de 2000, que causó la inscripción 2.ª No obstante se acompaña escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales autorizada por el Notario de Madrid, don Juan Solís Rodrigo, de fecha 1 de julio de 2006, presentada pero pendiente de inscripción en el Registro Mercantil, por el que se eleva a público el acuerdo de la Junta de Accionistas de la sociedad «PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A.», celebrada el 17 de marzo de 2006, en la que se reelige como administrador miembro del Consejo de Administración a la citada ROSA MARÍA AGUADO DE LUIS y se le faculta para elevar a público el contrato de permuta. Advierto a los otorgantes, sin embargo, que según resulta del

Registro Mercantil y con anterioridad a dicha escritura, está igualmente presentada acta notarial de la citada Junta de Accionistas, autorizada por el también notario de Madrid don Luis de Grandes Santander, de la misma fecha que la Junta, de la que resulta que los accionistas minoritarios de la Sociedad habían designado, en ejercicio del expediente de agrupación de acciones previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, a otro administrador, que fue inmediatamente cesado por acuerdo mayoritario de la Junta, al amparo del artículo 132 de la citada Ley por entender que está vinculado a una sociedad competidora y que su nombramiento es un supuesto de conducta desleal.

Tienen, a mi juicio, capacidad legal para otorgar la presente escritura, y al efecto,

EXPONEN:

I. Que la sociedad «CHES, S. A.» es dueña en pleno dominio de la siguiente finca que se describe:

URBANA.—Solar en la calle Gerardo Valdés, número 7 de Aranjuez. Tiene una superficie de 7.560 metros cuadrados. Referencia catastral N23459675432YNFN88902. Linda, frente con calle de su situación; derecha, con parcela 23 del polígono 6 en el que se encuentra; izquierda, con parcela 21 del mismo polígono; y fondo con edificio propiedad del Ayuntamiento de Aranjuez.

TÍTULO.—Pertenece a la sociedad por compra efectuada a Juan Dionisio Serval Dorado, en documento privado que fue liquidado del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados el 24 de febrero de 1999.

INSCRIPCIÓN.—No consta su inmatriculación. Se acompaña certificación catastral descriptiva y gráfica, en términos totalmente coincidentes con la descripción de la finca.

CARGAS.—Sin cargas, según manifestación del transmitente.

II. Que don Tomás Sánchez Pérez es dueño por mitad y proindiviso con su hermano don Julián Sánchez Pérez, de la siguiente finca que se describe:

RÚSTICA.—Terreno de 52 áreas y 14 centiáreas, en el término municipal de Aranjuez, que linda Norte, Juan Rico; Sur, camino público; Este, Juan Serval Dorado, hoy Ches, S. A.; y Oeste, vereda de San Marcos. Incluida en el Sector 15 del Plan General Urbano de Aranjuez.

TÍTULO.—Escritura pública de donación, efectuada a su favor de forma conjunta y por iguales partes, con carácter no colacionable, por sus padres don Valentín Sánchez Sánchez y doña María Dolores Pérez Vandellós, otor-

gada ante el Notario de La Puebla de Almoradiel, don Segismundo Martos Morán, el 9 de diciembre de 1977.

INSCRIPCIÓN.—Figura inscrita en el Registro de la Propiedad de Aranjuez al Tomo 735, libro 55, folio 103, finca 7903.

CARGAS.—Gravada con las siguientes cargas: 1.^a) con la prohibición de disponer impuesta en la escritura de donación antes mencionada, que literalmente consistente en que: «los donatarios no podrán vender el inmueble donado, mientras viva alguno de los donantes». 2.^a) Con una hipoteca a favor del Banco del Norte, S. A., por importe de 50.000 euros de principal, intereses ordinarios al tipo máximo del 5 por 100 por cinco anualidades, 3.000 euros de intereses de demora por cinco anualidades, y 1.000 euros por costas y gastos, si bien la hipoteca está sometida a la condición suspensiva de que su ejecución sólo tendrá lugar cuando se cancele la prohibición de disponer. 3.^a) Consta una nota marginal de haberse expedido certificación de dominio y cargas a instancia del Presidente de la Junta de Compensación del Programa de Actuación Urbanística de Aranjuez-20, en el que está incluida la finca.

Está presentado con fecha 24 de junio de 2006 en el Registro de la Propiedad, mandamiento ordenado por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Aranjuez, por el que se da traslado del auto de ejecución provisional de la sentencia dictada en fecha 2 de junio de 2006, en procedimiento seguido a instancia de Felipe Sánchez Pérez contra los donatarios, por el que se ordena la reducción de la donación por inoficiosa.

Todo ello resulta de nota simple con información continuada remitida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 354-a del Reglamento Hipotecario, por el Registro de Aranjuez el día 1 de julio último a petición expresa de esta Notaría.

III.—Que es intención de CHES, S. A. y de DON TOMÁS SÁNCHEZ PÉREZ permutar a PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A., parte de la finca descrita en el expositivo I y la totalidad de los derechos urbanísticos existentes sobre la finca descrita en el expositivo II a cambio de los elementos privativos que se dirán resultantes en el edificio a construir, y a tal efecto las partes suscriben el presente CONTRATO DE PERMUTA DE FINCAS POR OBRA FUTURA que se regirá por las siguientes,

ESTIPULACIONES:

PRIMERA.—CHES, S. A. segrega de la finca descrita en el expositivo I el siguiente trozo de terreno:

URBANA: Solar en la calle Gerardo Valdés, número 7 de Aranjuez. Tiene una superficie de 2.000 metros cuadrados. La referencia catastral de la

finca matriz es la N23459675432YNFN88902. Linda, frente con calle de su situación; derecha, con parcela 23 del polígono 6 en el que se encuentra; izquierda, con finca matriz; y fondo con edificio propiedad del Ayuntamiento de Aranjuez.

Se acompaña solicitud presentada en el Ayuntamiento de Aranjuez de licencia de segregación el día 1 de febrero de 2006 y notificación del Ilmo. Alcalde de Aranjuez de fecha 3 de julio de 2006, por el que la Corporación Municipal deniega la licencia al estar calificada parte de la finca como zona destinada a servicios generales en el Plan General de Ordenación Urbana de Aranjuez.

SEGUNDA.—Don Tomás Sánchez Pérez acepta por acrecimiento la cuarta parte indivisa de la finca descrita en el expositivo II por renuncia que hizo su hermano Julián Sánchez Pérez, en escritura autorizada ante mí el 13 de enero de 1998, cuya matriz tengo a la vista dando fe de su contenido; y la cuarta parte indivisa restante por razón del fallecimiento del citado hermano Julián, según se acredita mediante certificación de defunción expedida por el Registro Civil de Aranjuez el 2 de marzo de 2006, que se testimonia e incorpora a la matriz y se subroga en la hipoteca que grava la finca.

TERCERA.—La sociedad CHES, S. A. y DON TOMÁS SÁNCHEZ PÉREZ, en el concepto que interviene cada uno respectivamente, PERMUTAN a la sociedad PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A., las fincas de las que son propietarios y han sido descritas, esto es, la finca segregada y los derechos urbanísticos que deriven del proceso urbanizador de la finca descrita en el expositivo II, por los inmuebles de construcción futura que más adelante se dirán pertenecientes al edificio que la sociedad promotora tiene previsto construir sobre las fincas permutadas y que representan aproximadamente el 30 por 100 de la edificabilidad, a saber:

A la sociedad CHES, S. A. se le entregan, libres de cargas, los siguientes elementos privativos:

1. VIVIENDA PRIMERO, LETRA B, dúplex, perteneciente al portal número 1, de OCHENTA Y CINCO METROS CON TRES DECÍMETROS CUADRADOS (85,3 metros cuadrados) CONSTRUIDOS TOTALES, incluidos los comunes, y de características similares al resto de las viviendas que se construyan en el edificio.

2. VIVIENDA PRIMERO, LETRA D, dúplex, perteneciente al portal número 1, de OCHENTA Y CUATRO METROS CON NUEVE DECÍMETROS CUADRADOS (84,9 metros cuadrados) CONSTRUIDOS TOTALES, incluidos los comunes, y de características similares al resto de las viviendas que se construyan en el edificio.

A don Tomás Sánchez Pérez se le entregan, con las mismas cargas que afectan a la finca aportada, los siguientes elementos privativos:

3. VIVIENDA PRIMERO, LETRA D, dúplex, perteneciente al portal número 2, de SETENTA Y DOS METROS CON NUEVE DECÍMETROS CUADRADOS (72,9 metros cuadrados) CONSTRUIDOS TOTALES, incluidos los comunes, y de características similares al resto de las viviendas que se construyan en el edificio.

4. LOCAL COMERCIAL, perteneciente al portal número 2, de CIENTO SIETE METROS CON DOS DECÍMETROS CUADRADOS (107,2 metros cuadrados) CONSTRUIDOS TOTALES, incluidos los comunes.

5. DOS PLAZAS DE GARAJE, situados en el sótano del edificio a construir, y de características similares al resto de las plazas de garaje que se construyan.

Se adjuntan al presente contrato los planos de las viviendas, local y plazas de garaje que constituyen la contraprestación, así como la memoria de calidades, rubricados por las partes.

CUARTA.—Siendo de igual valor las fincas de CHES, S. A. y de DON TOMÁS SÁNCHEZ PÉREZ que por el presente contrato se permutan y la obra futura a entregar objeto de la contraprestación por parte de la sociedad PROMOCIONES ENTRE PINARES, S. A., consideran los otorgantes que no existe diferencia de valor a favor de ninguna de las partes.

QUINTA.—PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A., se obliga y compromete a la construcción del referido edificio de nueva planta en el plazo de DIECIOCHO MESES a contar desde la concesión de la Licencia de Obra Mayor por el Ayuntamiento de Aranjuez.

SEXTA.—PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A., desde la formalización de esta escritura pública de permuta, queda expresamente facultada para solicitar y obtener préstamos hipotecarios sobre la finca objeto de la permuta para la promoción y construcción del edificio que va a construir, comprometiéndose a dejar libre de cargas y responsabilidades hipotecarias a los pisos, local y plazas de garaje que por esta escritura se transmiten a CHES, S. A. y a don Tomás Sánchez Pérez, a salvo en cuanto a éste las que ya gravan la finca aportada. Asimismo PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A. podrá, por sí sola, otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y división horizontal del edificio en cuestión, incluso en construcción.

SÉPTIMA.—PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A. asume desde ahora y para el futuro todos los riesgos hasta la entrega de la obra futura referida, sin que pueda reclamar cantidad alguna por aumento de valor o de precio de los materiales o aumentos de cargas sociales, impuestos, salarios o cualquier otro supuesto.

OCTAVA.—Las partes, según intervienen, estipulan que la contraprestación a la cesión de los inmuebles consiste en la transmisión actual de los pisos, local y plazas de garaje, antes descritos, de manera que no será nece-

sario en su día y a efectos de la entrega de la obra futura a construir la formalización de un nuevo instrumento público de entrega, ya que ésta se verifica como tradición instrumental por medio de la presente.

NOVENA.—Los otorgantes pactan, para el caso de transmisión por cualquier título de los elementos privativos aquí adjudicados, la existencia de un derecho de adquisición preferente a favor de la otra parte, a cuyo efecto deberán notificar su voluntad de transmitir como requisito previo a que ésta se realice.

DÉCIMA.—Todos los gastos e impuestos que se deriven de la formalización de la escritura pública de permuta serán de cuenta y cargo de PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A., incluidos la liquidación del Impuesto de Transmisiones, el IVA devengado, los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad, los gastos de la gestión de las escrituras y liquidación de los impuestos. Serán de cuenta también de la sociedad cesionaria el impuesto municipal de Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía) de las fincas transmitidas objeto del presente contrato.

DECIMOPRIMERA.—El retraso en la entrega física, pues la jurídica se efectúa por medio de la presente, de los elementos privativos del edificio a construir a favor de los cedentes, dará derecho a estos últimos a exigir a la sociedad cesionaria la cantidad de dos mil euros por cada mes de retraso, si bien transcurridos dieciocho meses desde la concesión de la licencia de obra mayor por el Ayuntamiento de Aranjuez sin que por cualquier causa la contraprestación haya sido entregada en los términos estipulados, los cedentes tendrán derecho a elegir entre seguir cobrando la citada indemnización hasta la entrega o resolver el contrato. Las partes dan a este pacto el carácter de condición resolutoria expresa de conformidad con el artículo 1.504 del Código Civil. La totalidad de lo edificado hasta entonces quedará por accesión y en concepto de cláusula penal en poder de los cedentes.

DECIMOSEGUNDA.—CHES, S. A. y DON TOMÁS SÁNCHEZ PÉREZ autorizan expresamente en este acto a PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A. a solicitar del Ayuntamiento de Aranjuez licencia de derribo de la bodega existente en la finca descrita en el expositivo II y permutada y a derribar una vez concedida la licencia.

DECIMOTERCERA.—Se solicita la inscripción de la presente escritura, arrastrando a los elementos privativos adjudicados a don Tomás Sánchez Pérez las cargas recayentes sobre la finca aportada por éste, entre ellas la prohibición de disponer en los términos resultantes de la escritura de donación a su favor, e inscrita en el Registro de la Propiedad tal como se ha expresado en la parte expositiva.

En cuyos términos queda solemnizada la presente escritura y consentida por los otorgantes, según intervienen.

Hago las reservas y advertencias legales y a efectos fiscales advierto de las obligaciones y responsabilidades tributarias que incumben a las partes y de las consecuencias de su incumplimiento. Informo a las partes del derecho que les asiste a leer por sí el presente instrumento público y una vez enterados de su derecho renuncian a hacerlo por sí. En su consecuencia, yo, el notario, les leo el contenido íntegro de este instrumento público. Manifiestan expresamente el consentimiento y en prueba de su conformidad lo firman, conmigo. Doy fe del contenido del presente documento público extendido en folios de papel timbrado números 1 a 9.

Los/as señores/as opositores/as deberán extender nota de despacho o, en su caso, de suspensión o denegación, conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. Al mismo tiempo deberán emitir dictamen explicativo de la situación jurídico-registral de las fincas, con justificación de la nota de calificación y expresión de las cuestiones jurídicas relevantes que les afecten, aunque no constituyan defecto. La descripción en el Registro de la finca inscrita coincide con la expresada en el título. Se entiende la escritura debidamente liquidada del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

2.º NOTA DE CALIFICACIÓN

HECHOS.—Presentada en el día de hoy escritura de permuta de fincas por obra futura autorizada por el Notario de París, don Herni Zidane, de fecha 13 de julio de 2006, se suspende su inscripción en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º Aunque cabe permuta de fincas por obra futura con transmisión actual de los pisos y locales en el edificio a construir, es necesario que estén estos perfectamente identificados. Para ello se requeriría que se hubiera descrito los pisos, local y garajes recibidos en contraprestación con linderos y cuota de participación en el inmueble, sin que baste la descripción genérica de los mismos, salvo que se quisiera configurar con alcance puramente obligacional, cosa que no resulta de la escritura (así resulta de la RDGRN 16 de mayo de 1996, cuya doctrina recogió el artículo 13 RH tras la reforma del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, aunque este último fuera anulado por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, por falta de rango legal, pero sin afectar a aquella doctrina del Centro Directivo).

2.º Falta la agrupación previa de los terrenos permutados, manifestando en la escritura que son colindantes y la proporción resultante de la comuni-

dad. No cabe declaración de obra nueva y división horizontal con entrega de elementos en contraprestación a la cesión de varios solares, sin previa agrupación de éstos (arts. 50 RH y 8 LH).

3.º No cabe segregación sobre finca no inmatriculada. La segregación es una operación de base registral que exige la previa inmatriculación de la finca matriz. Además falta también decir el lindero por donde se efectúa la segregación (art. 47 RH).

4.º La inmatriculación de la finca matriz no es posible porque:

- a) No es título suficiente a los efectos de inmatriculación justificar la titularidad del transmitente mediante un mero documento privado fehaciente (STS anulando la reforma del art. 298 RH en la redacción dada por el Real Decreto 4/9/1998). A la escritura de permuta debería haberse acompañado, para realizar la inmatriculación, otro documento público anterior o acta notarial de notoriedad.
- b) La certificación descriptiva y gráfica debería referirse a la finca «segregada» que se aporta en permuta, y no a la finca matriz.

5.º Falta reanudar el tracto sucesivo, acompañando la escritura de renuncia de Julián Sánchez Pérez ante el Notario Zidane, de fecha 13 de enero de 1998, sin que sea suficiente que se autorizara por el propio Notario autorizante (arts. 3 y 20 LH y 33 RH). Una vez aportada la renuncia, sí es determinante del acrecimiento, pues la adquisición entre los copropietarios se realizó conjuntamente; este llamamiento conjunto determina la existencia de acrecimiento en caso de que uno de ellos renuncie a su cuota (cfr. art. 395 CC y analógicamente para los gananciales art. 1.353 CC).

6.º Sin embargo, no cabe acrecimiento entre copropietarios en caso de fallecimiento. Fallecido uno de los copropietarios, no acrece al otro; lo procedente hubiera sido la apertura de su sucesión, acompañando el título sucesorio de Julián (testamento o declaración de herederos) y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (arts. 77 a 80 RH).

7.º La facultad resolutoria es inscribible, pero a efectos registrales para resolver es necesario que se prevea la consignación de lo recibido por el cedente; en este caso, no cabría pactar la incorporación directa por accesión de lo edificado, que por otra parte estaría sometida a moderación por los tribunales (doctrina DGRN en materia de resolución ex art. 175.6 RH).

8.º El pacto de adquisición preferente no es inscribible si no se perfila claramente como un derecho real: voluntad de eficacia *erga omnes*, plazo de ejercicio, duración, modo de hacerse efectivo (RDGRN de 20 de septiembre de 1966).

9.º No es la Junta de Accionistas de la sociedad «PROMOCIÓN DE VIVIENDAS ENTRE PINARES, S. A.», la que debe adoptar el acuerdo de facultar al administrador para realizar la permuta, sino que corresponde al

Consejo de Administración la realización de los actos de administración y disposición (art. 129 LSA).

10.º La existencia de una prohibición de vender inscrita impide la inscripción de la permuta, sin que sea suficiente con arrastrar la carga a los elementos privativos adjudicados en contraprestación. La permuta de solar por obra futura es un acto de disposición, que queda por tanto excluido por la prohibición (art. 26 LH). De la escritura resulta que al menos uno de los donantes está fallecido, al existir procedimiento de reducción de la donación por inoficiosidad; pero entretanto no se acredite ante el Registrador el fallecimiento de ambos donantes, que impusieron la prohibición de disponer, ésta produce todos sus efectos (o dicho de otra forma, en tanto no se acompañe la certificación de fallecimiento de los donantes no puede cancelarse la prohibición de disponer).

11.º Al existir un mandamiento judicial presentado, ordenando la reducción de la donación por inoficiosa, no cabe despachar el título hasta que el asiento caduque. No parece que pueda inscribirse el mandamiento porque no cabe ejecución provisional en materia registral (art. 524.4 LEC) y en el procedimiento no ha tenido intervención el acreedor hipotecario, que también debía haber sido demandado (art. 20 LH); pero ello no impide que debe esperarse al vencimiento del asiento de presentación, que eventualmente podrá quedar prorrogado si se recurre la nota de calificación del mandamiento (art. 323 LH).

12.º No cabe que la hipoteca pase de recaer sobre una finca a gravar pisos o locales en contraprestación, liberando otros, sin que el acreedor lo consienta (art. 82 LH).

13.º La autorización de la escritura pública ante Notario francés sobre bienes inmuebles sitos en España no es inscribible según la RDGRN de 7 de febrero de 2005, que es vinculante una vez publicada en el *BOE*, mientras no se anule por los Tribunales; por lo que pese a estar revocada por sentencia del Juzgado de Tenerife 6 de fecha 9 de marzo de 2006, al no ser firme y estar pendiente de sentencia ante la Audiencia Provincial, el criterio del Centro Directivo es vinculante (art. 327 LH).

14.º No cabe permutar derechos urbanísticos por pisos futuros, sino que lo que se permuta es la finca rústica con esos derechos. Cuando se haya materializado el proceso urbanizador, la finca de origen quedará cancelada y en consecuencia la finca de resultado se adjudicará a quien era titular en el momento de expedirse certificación, cancelándose la adjudicación de los pisos, salvo que se acompañe de nuevo la escritura de permuta acompañada de la rectificación que corresponda (arts. 15 y 17 de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario en Materia Urbanística aprobadas por Real Decreto de 4 de julio de 1997).

15.º No se ha hecho constar que la finca del expositivo I no se halla comprendida en área de tanteos y retractos urbanísticos (art. 84 de las Nor-

mas Complementarias al Reglamento Hipotecario en Materia Urbanística aprobadas por Real Decreto de 4 de julio de 1997).

16.º Falta expresar en la escritura la valoración de las fincas (art. 51 RH).

17.º Falta dación de fe de conocimiento o medio de identificación (art. 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y 187 y siguientes del RN de 2 de junio de 1944).

18.º Se deniegan las cláusulas 6.ª, 7.ª, 10.ª y 12.ª por carecer de trascendencia real (arts. 2 y 98 LH y 9 RH).

Se entienden subsanables los defectos señalados (a salvo el expresado en el número 18), pero no se practica anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado.

Contra esta nota de calificación, los legitimados para ello pueden solicitar calificación sustitutoria en el plazo de quince días conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria; recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo del mes; o impugnarla directamente ante los juzgados de la capital de la provincia de Madrid en el plazo de dos meses (arts. 324 y 328 LH en la redacción dada por la Ley 24/2005). Estos plazos se computan a partir del día siguiente al de la notificación de la calificación.

3.º CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES QUE NO CONSTITUYEN DEFECTO

1.º No es necesario manifestar en la escritura la inexistencia de arrendatarios o, caso de existir, notificar a los inquilinos la transmisión a efectos de que ejerciten el derecho de tanteo o retracto arrendaticio (art. 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos), pues no se trata de fincas rústicas, sino que son ya solares, al estar incluidas en una unidad de actuación urbanística.

2.º La falta de declaración de obra nueva en construcción ni la división horizontal, que una vez que se aporten determinarán la inscripción de los pisos y locales a nombre de los cedentes, sin necesidad de acta notarial de entrega. Se parte de la admisibilidad de la permuta de solar por obra futura en la que exista transmisión actual de los elementos dados en contraprestación, y no sólo de la permuta con carácter obligacional. Cabe por tanto transmisión actual de los pisos o locales futuros, sirviendo la escritura de tradición instrumental, siempre que estén perfectamente individualizados y descritos. La escritura de obra nueva y división horizontal puede ser posterior a la de permuta, aunque cuando se presente a inscripción no debe ser contradictoria con los elementos dados en contraprestación.

3.º El conflicto de intereses entre Tomás y su esposa Rosa María, administradora de la sociedad cesionaria, no es determinante de autocontrata-

ción ni impide la inscripción. No hay autocontratación por tratarse de voluntades distintas, y caso de que exista conflicto de interés sería objeto de exigencia de responsabilidad a la administradora por parte de los socios. No sólo se trata de bienes privativos de Tomás el solar cedido, sino que para que exista autocontratación es preciso que una sola persona con su declaración de voluntad vincule patrimonios distintos, cosa que no sucede en este caso, en el que se dan dos declaraciones de voluntad diversas.

4.º No es defecto la falta de inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de reelección de la administradora; la citada inscripción facilita la acreditación de la representación orgánica, pero ésta también se puede acreditar acompañando la cadena de títulos de la que aquélla nazca.

5.º La presentación anterior de un acta notarial de la Junta en que se acredita el nombramiento de otro administrador y su inmediato cese, tampoco es defecto, dado que prevalece la facultad de cese de la Junta ex artículo 132 frente al derecho de representación proporcional ex artículo 137 LSA (así resulta de la RDGRN de 14 de diciembre de 2004 y de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 20 de enero de 2005, confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2005).

6.º La existencia de una resolución administrativa contraria al sentido del silencio producida extemporáneamente. Basta acreditar el transcurso del plazo, de manera que si el Ayuntamiento considera que es nulo de pleno derecho la concesión de la licencia por silencio, deberá acudir a un procedimiento de revisión de oficio. Entretanto es válida la licencia (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, RDGRN de 10 de septiembre de 2002 y sentencia del TSJM de 20 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2005).

7.º El que la nota simple tenga más de diez días tampoco es falta o defecto del título (art. 354.a RH); o dicho de otra forma, que la escritura no se haya otorgado en el plazo máximo de diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de la información registral (art. 175 RN) es tan sólo un supuesto de responsabilidad del Notario en caso de que existan cargas distintas en el momento de la presentación.

8.º No se expresa la referencia catastral (art. 38 del RDL 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario). Aunque no es defecto que impida la inscripción, el Registrador debe advertir de la necesidad de su aportación y hacer constar por nota marginal la no aportación. Aranjuez tiene catastro de rústica renovado y por tanto es exigible la referencia catastral.

9.º No hay problemas por razón de inversiones extranjeras, al tratarse de permuta entre personas españolas con residencia en España, por mucho que su representante tenga residencia en Alemania.

10.º Aunque el cargo de administrador de una sociedad SA (en este caso CHES, S. A.) en el año 1997 no podía tener un plazo de duración superior a cinco años, no es defecto que impida la inscripción, ya que al estar inscrito en el Registro Mercantil no puede ser objeto de calificación por el Registrador de la Propiedad.

11.º Finalmente debe destacarse que es perfectamente posible que una donación efectuada con el carácter de no colacionable sea impugnada como inoficiosa por aquel legitimario que se sienta perjudicado, ya que se trata de conceptos jurídicos totalmente diversos.

RESUMEN

DICTAMEN OPOSICIONES

En este dictamen se recoge el supuesto de hecho sometido a calificación por los opositores al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en las últimas oposiciones celebradas y que finalizaron en julio de 2006, así como una propuesta de nota de calificación efectuada por el Presidente del Tribunal que juzgó las citadas oposiciones.

ABSTRACT

EXAMINATION DECISION

This decision gives the event of fact placed for scrutiny before the examinees competing for admission to the Corps of Property, Mercantile and Personal Property Registrar Candidates in the latest examinations, which ended in July 2006, and a scrutiny note proposed by the Chairman of the Panel that judged the aforesaid examinations.

DERECHO COMPARADO

La publicidad registral, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad

Su instrumentación en los artículos 105 y 107 de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de Puerto Rico de 1979.
El influjo español. Análisis crítico

por

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL SUJETO PROTEGIDO POR LA FE PÚBLICA REGISTRAL:
 - 1. RAZÓN ORIGINAL.
 - 2. EL «TERCERO REGISTRAL»:
 - A) *Antecedentes.*
 - B) *Las metas políticas de la burguesía española en 1861:*
 - a) Las metas objetivas de asegurar el tráfico inmobiliario.
 - b) La cuestión de la constitución del derecho real y la manera de su transferencia.
 - C) *La cuestión en 1861.*
 - D) *El concepto de «tercero»:*
 - a) Su noción en la Ley de 1893:
 - 1. La tercería registral protegida en 1861.

2. La tercería registral protegida en 1869.
3. La tercería protegida en 1890.

b) La reforma española de 1944-46. Sus problemas y su repercusión en la jurisprudencia puertorriqueña.

III. LA DETERMINACIÓN DE TERCERÍA PROTEGIDA EN DERECHO ESPAÑOL. SUS REPERCUSIONES EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO. LA TERCERÍA EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO:

- A) LAS INNOVACIONES DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA DE 1944-46.
- B) LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL DERECHO ESPAÑOL QUE ESTÁN EN JUEGO.
- C) LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.
- D) CONCLUSIONES PROVISIONALES RESPECTO DEL DERECHO ESPAÑOL.
- E) EL INFLUJO DE ROCA SASTRE EN LA LEY HIPOTECARIA DE PUERTO RICO DE 1978.
- F) LA NOCIÓN DE TERCERO EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO. CRÍTICA.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, concibiendo al Registro de la Propiedad como el instrumento más propio para la obtención de dicha seguridad, es, como ya se indicaba en la vieja doctrina, asegurar la situación de terceros contratantes confiados en los contenidos del Registro de la Propiedad mismo. Dicho en otros términos, la alusión a la seguridad de las transacciones inmobiliarias es referirse a la seguridad de los terceros.

El Derecho Inmobiliario Registral de Puerto Rico se rigió, desde 1893, por la ya vieja Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, española, ligeramente remozada de modo ocasional hasta la aprobación de la nueva *Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad* de 1979.

Y si bien es cierto que las inherentes presiones económicas han desvirtuado, en cierta medida, el original sistema técnico-jurídico, no es menos cierto que la nueva ley ha seguido muy de cerca, ya que no a la española de 1944-46, sí a alguno de sus más destacados intérpretes. No obstante —y es simple opinión personal— el influjo de ese sector de la doctrina española no parece haberse llevado a las normas del modo que pudiera esperarse. Y, naturalmente, la configuración dada al Registro de la Propiedad tiene su esencia más destacada en la regulación normativa que se atribuye al carácter íntegro y exacto del Registro, es decir, la enunciación del denominado principio de fe pública registral, que se configura alrededor del concepto de *tercero hipotecario*, o tercero protegido por el contenido de los asientos registrales.

En la nueva Ley Hipotecaria de Puerto Rico es su artículo 105 —si bien y como veremos, no está solo, naturalmente— *sedes materiae* de la tercería.

Dice el artículo 105 de la Ley Hipotecaria: «A pesar que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, ni altera las relaciones jurídicas de quienes intervengan como partes en dichos actos o contratos, el tercero que de buena fe y a título oneroso adquiera válidamente algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho, cuando por cualquier razón resulte inexacto el Registro, bien sea que se rescinda, resuelva o anule el título del otorgante en virtud de causas que no resultan clara y expresamente del propio Registro, o que existan sobre la finca acciones o títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos.

Al respecto ha de entenderse por Registro los asientos relativos a una finca o derecho, no extinguidos según lo dispuesto en el artículo 127, que se refieran a cargas y gravámenes o a derechos que no sean el que transfiere o grava, además del asiento que publica el derecho del transmitente. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que al adquirir conocía la falta de exactitud del Registro.

El adquirente a título gratuito sólo gozará de la protección registral que corresponde a su causante o transferentes.

En ningún caso afectarán a tercero los derechos meramente mencionados o la indebida constancia de obligaciones».

II. EL SUJETO PROTEGIDO POR LA FE PÚBLICA REGISTRAL

1. RAZÓN ORIGINAL

La fe pública registral se instrumenta en beneficio del *tercero*, según indica el artículo 105 de la Ley. *Tercero*, que la Ley Hipotecaria de 1861 concebía en su artículo 27, indicando que, «para los efectos de esta Ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Concepto de tercero que se mantendría en todas las leyes hipotecarias españolas y que desapareció en el texto refundido de 1944-46. Noción de tercero que debería ser una tranquila, pero que, en la doctrina española generó, con vistas al sentido dable a la publicidad registral en aquel texto refundido, amplias polémicas. El tema sería de interés sólo para el Derecho español, si la jurisprudencia puertorriqueña, al citar como argumento de autoridad en sus decisiones a los autores españoles, se hubiera tomado la molestia de contrastar la diferencia de los textos legales a que una y otros se referían. Pero, llevando a cabo una cita por inercia, traía al Derecho puertorriqueño problemas del Derecho español, ya que la Ley Hipotecaria para provincias de Ultramar nunca había sido objeto de reformas. Consiguiente-

mente, el Derecho puertorriqueño nunca había recibido ese *empuje germanizante*, que se ha atribuido a la Ley española de 1944-46. El problema, sin embargo, se importó.

Hoy con más fundamento —dada la nueva legislación hipotecaria y haber tomado ésta como modelo en muchos aspectos a la española, al tiempo que se aleja de ella y de los sistemas registrales técnicos—, el tema alcanza actualidad, pudiendo decirse que la noción de tercero centra todo el eje del sistema inmobiliario registral. Conviene, pues, intentar aclarar los términos, no vaya a ocurrir, como en algún momento me indicaba cierta Registradora de la Propiedad, luego de seis u ocho años de manejar un Registro, «que ella nunca había tenido muy claro qué era eso del tercero» (esto es, algo parecido a que un médico no tenga muy claro eso de la enfermedad y su tratamiento, más o menos).

2. EL «TERCERO REGISTRAL»

A) *Antecedentes*

Como ya se ha dicho, la primera Ley Hipotecaria española, de 1861, que con ligeras modificaciones —algunas importantes— se configurará como Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, mantuvo siempre, en el correspondiente artículo 27, un concepto de tercero simple y claro. No sería excepción la derogada ley puertorriqueña que transcribía igual concepto en el asimismo constante artículo 27: «Para los efectos de esta Ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito».

Se ha dicho en otra ocasión que la primera Ley Hipotecaria española habría sido parte propia del Código Civil, si éste se hubiese adelantado en su redacción, y que el fracaso de los diversos proyectos de Código Civil permitieron la publicación de dicha Ley, urgidos los legisladores por poner orden en el crédito territorial. Consiguientemente, legislación hipotecaria y Derecho sustantivo habrían de ir de la mano, a efectos de ordenar la propiedad inmueble. No fue así y la Ley Hipotecaria adelantó sus pasos. Esto es importante, porque el Derecho español estaba en un proceso de codificación en que habían de conjugarse tendencias disímiles, las propias del Derecho castellano y aquellas otras inherentes a los Derechos forales de los antiguos reinos de la Península Ibérica. Todo ello en un momento histórico —prácticamente, todo el siglo XIX— en que la evolución política no seguía una línea recta; muy por el contrario, el *un paso adelante, dos hacia atrás* leninista, expresaba muy bien la realidad del momento decimonónico español. Y debe recordarse siempre que las leyes hipotecarias son leyes políticas, en el sentido que instrumentan una decisión respecto del control de los bienes inmobiliarios, que en los siglos XVIII y XIX son *los bienes* por antonomasia.

Por consiguiente, no es impertinente husmear en lo político para acercarnos a lo jurídico en este punto (como en cualquier otro). Porque, del mismo modo que fue la realidad económico-política la que llevó a la orquestación de diversos sistemas registrales, esa realidad ha de contener la explicación en germen de su instrumentación jurídica.

B) *Las metas políticas de la burguesía española en 1861*

La burguesía española, que inicia su revolución en el Cádiz de 1812 (y que no la terminará hasta la Constitución de 1978, con el esfuerzo frustrado de 1932), como todas las nuevas clases que ascienden, buscaba el control de los bienes. Pero a diferencia de las burguesías inglesa o francesa, quienes —la primera lentamente; la segunda, con brusquedad—, triunfaron de modo total en un momento dado, la española carecía de energía bastante para obtener, por sí sola, el triunfo ansiado. Y se vio obligada a coexistir con otro sector social y político, la aristocracia, a costa de vencer al sector religioso. Es sabido que, en España, aristocracia e Iglesia, se repartían en buena medida la propiedad inmobiliaria, puesta escasamente a producir (*bienes de manos muertas*, se les llamaba). Cuando en pleno siglo XVIII preocupaba la escasa productividad de las tierras, dominaba la doctrina fisiocrática y el Estado estaba agobiado por las deudas, se iniciaron planes para hacer más rentable la agricultura (programas de Jovellanos, Olavide); planes que tendrían que afectar la ganadería (Mesta, cuyos privilegios de paso y cultivo del ganado arrasaban con la tierra), a los bienes de propios (municipales, para aprovechamiento de los habitantes del término municipal), a los baldíos (tierras reales no aprovechadas) y a los bienes de la Iglesia (malamente explotados). La aristocracia era, claro es, intocable.

Como resalta TOMÁS Y VALIENTE (1), la decisión inicial deriva del endeudamiento provocado por las guerras de Godoy, financiadas mediante emisión de deuda y abonadas mediante la imposición fiscal a tierras eclesiásticas, percepción de rentas de esas mismas tierras y venta de bienes de propios, como ingresos dirigidos a pagar los títulos de la deuda (que Roma consintió mediante el *Breve pontificio* de 7 de enero de 1795). Es el inicio de la desamortización. Acuciada la crisis del Estado, se procedió a la venta de tierras reales y fincas vinculadas, como medio de atender el vencimiento de aquellos títulos de la deuda. Así, pues, el proceso fue: apropiación por el Estado de bienes de *manos muertas*, venta de los mismos, aplicación del producto a la liquidación de los títulos de deuda pública. En 1808, Fernando VII suspende

(1) TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora», en *RCDI*, 1969, núm. 473, págs. 873 y sigs.

el proceso apenas iniciado. Hasta entonces, los títulos de la deuda habían venido a manos, como es lógico, de la burguesía provinciana, única con recursos para adquirirlos. Pero, dado el enorme gasto público acumulado, la redención de la deuda había sido muy escasa, por lo que, ya en las cortes de Cádiz se planteó el tema de ir el Estado a la quiebra (desconociendo la deuda de la Monarquía), o reconocerla y absorberla. Naturalmente, el sector liberal, representante de los tenedores de títulos prefirió y lo logró, aceptar e imponer esta última solución. Aparte, había que añadir los débitos por los gastos de la *Guerra de Independencia*, lo que se efectuó por el Decreto de 13 de septiembre de 1813, que recogía el programa de Canga Argüelles, por cuya virtud se procedía a vender bienes de las órdenes religiosas, que habrían de ser pagados con billetes sustitutivos de los títulos de deuda, cuyos portadores eran los burgueses antes indicados. El advenimiento de Fernando VII y el retorno al absolutismo dejó en suspenso la medida. El *Trienio liberal* (1820-1823) impuso nuevamente la legislación de Cádiz y sus medidas desamortizadoras, lo que permitía contentar a la burguesía acreedora (*liberales*) y reforzar la propia tendencia política del partido en el poder. Momento a partir del cual, realmente las necesidades fiscales del Estado se identificaron con los intereses burgueses, procediéndose regularmente a la venta de los ya llamados «bienes nacionales», pagaderos con títulos de la deuda (que permitía, además, pagar por un valor nominal lo que valía mucho más). Al mismo tiempo, por Ley de 11 de octubre de 1820, se procedía a suprimir los mayrazgos, fideicomisos y demás bienes vinculados, prohibiendo adquirir bienes inmuebles a las *manos muertas* (Capellanías, Fundaciones pías, etc.). Los años 1836-37 verán operar a la amortización de Mendizábal, que aparece, además, como instrumento que, al enriquecer a la burguesía, refuerza el trono de Isabel II. Un conjunto de normas puso a disposición del Estado gran cantidad de bienes eclesiásticos para su venta, siempre pagaderos en títulos de la deuda o dinero efectivo, abonable a plazos mediante garantía hipotecaria (Real Decreto de 19 de febrero de 1836). Así, los tenedores de títulos de la deuda, o sus posibles adquirentes, eran los directos beneficiarios de esta política (2).

Como compensación a la Iglesia, asumió el Estado un pago de gastos del culto, imponiendo, a tal fin, la correspondiente contribución. Dicho en otras palabras, los bienes se remitían a la burguesía, y su «precio» era compensado

(2) Como resalta TOMÁS Y VALIENTE, el pago solía hacerse en dinero efectivo, al resultar mucho más barato, mediante la compra en el mercado de los Títulos de la Deuda, infravalorados, llegándose así a abonar menos de un tercio del valor en venta que, a su vez, solía expresar a veces un 10 por 100 del valor real del inmueble. Esta es la famosa *ascensión* de la burguesía española. «El fraude a favor del comprador revestía, sin duda, mil ingeniosas formas; la que acabo de describir sólo fue probablemente eso: una entre mil» (TOMÁS Y VALIENTE, *loc. cit.*, pág. 924).

por quienes pagaban impuestos, esto es, el pueblo llano fundamentalmente. Lo que, de otro lado, explica las simpatías del Carlismo en amplias zonas agrarias. Por ello, pudo criticar FLOREZ ESTRADA dicha política, que solamente beneficiaría a los especuladores, facilitando «los fraudes inevitables que ha de haber». Esto hizo que el tema de la desamortización fuese el eje central de la política económica de los partidos en la España de entonces.

La Ley de 16 de julio de 1840 puso fin a la desamortización, que con Espartero vuelve a actualizarse (Ley de 2 de septiembre de 1841), con la oposición de los moderados (los antes enriquecidos que ahora preferían mantener excelentes relaciones con la Iglesia mediante su oposición a nuevas desamortizaciones, asegurando, así, políticamente, aquellas adquisiciones). Por ello, en 1844, siendo Narváez Presidente del Gobierno, se aprobaría el Decreto Mon, suprimiendo las ventas de bienes, pero reservándose «la adjudicación definitiva e irrevocable que debe hacerse al clero de sus propiedades, para cuando el Gobierno adquiera una situación más firme» (3) (Real Decreto de 8 de agosto de 1844); procediéndose por Real Decreto de 3 de abril de 1845 a la devolución al clero de los bienes no enajenados todavía.

Coetáneamente se iniciaban conversaciones con Roma, que culminaron en la ratificación de un Concordato, de 16 de marzo de 1851 (promulgado por Ley de 17 de octubre de 1851). Del mismo interesan dos cuestiones: la asunción por el Estado de retribuciones a los eclesiásticos, el reconocimiento a la Iglesia para adquirir y mantener bienes de toda clase y —destaca TOMÁS Y VALIENTE—, «si no se llegaba a hacer expreso reconocimiento de la legitimidad de las adquisiciones de bienes eclesiásticos desamortizados, sí se comprometía la Iglesia a no impugnar de ningún modo dichas compras. «*Do ut des*» (loc. cit., pág. 939).

Los bienes por devolverse, en consideración a la penuria del Fisco, se venderían, abonándose a la Iglesia un crédito regular. Con ello, la Iglesia ponía fin a la desamortización, adquiriría nuevamente legitimación para acumular bienes, y el Estado podía atender a los pagos de su deuda.

El cambio político provocó, por la Ley de 1 de marzo de 1855 (Ley Maoz), el incumplimiento del Concordato, ordenándose, nuevamente, la venta de bienes eclesiásticos, lo que llevó a la ruptura de relaciones entre el Estado español y Roma. Con O'Donnell (Real Decreto de 23 de septiembre de 1856), adscrito entonces al partido liberal; pero excluyendo del ámbito de la Ley los bienes eclesiásticos. Siendo embajador Ríos Rosas en Roma, se firmó el Convenio de 1859 (Ley de 4 de abril de 1860).

Resalta TOMÁS Y VALIENTE que con arreglo a las disposiciones del Concordato, «la situación de los bienes adquiridos por la Iglesia, después de 4 de

(3) SÁINZ DE ANDINO, Pedro, *Documentos del reinado de Fernando VII*, V, en cita de TOMÁS Y VALIENTE, loc. cit., pág. 936.

abril de 1860, es perfectamente clara y no plantea problema alguno... más interesante y menos clara es la situación de los bienes pertenecientes a la Iglesia antes del citado Convenio. De entre ellos hay que distinguir los enumerados en los artículos 31 y 33 del Concordato de 1851, y en el artículo 6 del Convenio de 1860, que se consideraban exceptuados de la permuta por títulos y que, por tanto, quedaron en propiedad de la Iglesia, con plena capacidad ésta para enajenarlos y con posibilidad de inscripción registral de los mismos a favor del adquirente (4). Los restantes bienes eclesiásticos pertenecientes a la Iglesia antes de 1860 y no desamortizados ni exceptuados de permuta, se venderían por el Estado y serían permutados por títulos de la deuda, quedando así, sujetos a desamortización (Ley de 7 de abril de 1861, que los consideraba sujetos a la Ley Maoz). Poco después de entregados los títulos de la deuda, Isabel II suspendió el pago hasta nuevo aviso (que, en España, no se dio hasta el año 1959); con lo cual muchos de los títulos fueron objeto de extravío, destruyéndose muchas de las inscripciones de la deuda.

Todo lo dicho tiene un fin, como es lógico: la Ley Hipotecaria de 1861 y en España, no solamente era una Ley técnico-jurídica, dirigida a asentar en sólidas bases el crédito territorial, como ya lo anunciaban las Reales Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana, sino que plasmaba, asimismo, una operación política: asegurar los títulos de dominio u otros derechos reales a la nueva clase ascendida (esos bienes de dudoso régimen jurídico), poner fin al litigio político con la Iglesia y por ello asegurar también a ésta sus títulos. No es, pues, una Ley aséptica, sino *bastante infectada*.

Y ciertamente, todos aquellos adquirentes eran en expresión de la Ley, terceros amparados en el Registro de la Propiedad.

Naturalmente, si aquéllas eran las premisas políticas, que desaparecieron posteriormente, la impronta inicial del texto legal de 1861 debía responder a criterios diversos a los que impulsaban a las leyes hipotecarias posteriores, vaciadas ya del problema político. Y esto debe tenerse muy en cuenta, pienso, cuando se acerca uno a la Ley de 1861 como instrumento hermenéutico que proyectar a la legislación posterior.

O, dicho con otras palabras, eran muchas las personas en España (particulares de la burguesía y nobleza, adquirentes de bienes; la Iglesia y sus Institutos, el Estado mismo en cuanto acreedor y deudor mediante garantía hipotecaria), que tendrían interés en ser protegidos por un Registro de la Propiedad que limpiase tantas impurezas de los títulos, impidiendo una vuelta al momento anterior. Vuelta constante producida por los avatares políticos de la época.

(4) Ver ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, págs. 222 y sigs.

a) Las metas objetivas de asegurar el tráfico inmobiliario

Fue la tendencia de toda la legislación inmobiliaria en su perspectiva histórica sistemáticamente frustrada. El hito esencial se inicia con la Pragmática Sanción, 1768, que pretende la aplicabilidad de la Ley 3.^a, Título XV, Libro 5 de la *Nueva Recopilación*, instituyendo los Oficios o Contadurías de hipotecas. Posteriormente correspondería a los esfuerzos codificadores asumir la labor de regular la materia inmobiliario registral. Un esfuerzo interesante fue el de LUZURIAGA, que con relación al modo de transmitirse los derechos reales, provocó el tema de discusión: si la transmisión del dominio se producía solamente a partir de la inscripción (criterio de LUZURIAGA), o era suficiente con el simple consentimiento de las partes (opinión de GARCÍA GOYENA). Triunfó el criterio intermedio de BRAVO MURILLO, que apuntaba a la transmisión con independencia de la inscripción, requerida para que surtiese efectos contra tercero (art. 94, proyecto de LUZURIAGA, y art. 1.858, proyecto del Código Civil de 1851), configurándose la inscripción como obligatoria, siguiendo también en esto la tradición anterior de aquella Real Pragmática de 1768.

Con tales medidas, incorporación de los títulos al Registro, se pensaba ofrecer la debida publicidad de los inmuebles, el adecuado conocimiento a los inversores con garantía inmobiliaria y la oportuna protección al tercero.

b) La cuestión de la constitución del derecho real y la manera de su transferencia

La obligatoriedad de la inscripción y la necesidad de la misma para perjudicar a tercero tenía, y tiene, íntimas conexiones con el punto cuándo entender constituido un derecho real, es decir, el juego de título y modo, sólo título o título e inscripción; o, lo que es lo mismo, el tema de las llamadas adquisiciones *a non domino*.

El Derecho histórico español venía requiriendo siempre el concurso de ambos requisitos: título y modo. Pero el siglo XIX ofreció unas perspectivas cambiantes que llevaron a los autores de los diversos proyectos legislativos a proponer pautas distintas e incluso contradictorias. Y, dado que la legislación hipotecaria avanzaba por su propio camino, paralela a los distintos proyectos de Código Civil, conviene precisar el desarrollo y correspondencia de los proyectos hipotecarios junto con los proyectos de Código. Así se explica el sentido dado por la primera Ley Hipotecaria de 1861, y las posteriores al tema, que es crucial para fijar la eficacia de la inscripción respecto de tercero. Y, por ello, la noción misma de éste.

La tradición del Derecho castellano, recogida en las *Partidas*, *Nueva Recopilación* y *Novísima Recopilación* sustentaba el principio romano de la doble

exigencia de un título y de un modo de adquirir. Doble exigencia que operaba indistintamente, ya se tratase de bienes muebles o de bienes inmuebles.

Consiguientemente, un propietario que dispusiese de un bien en sucesivas ocasiones, solamente en un caso transfería el dominio: cuando el adquirente hubiese reunido en su persona el título y el modo. Cualesquiera otros compradores posteriores serían meros acreedores y, ante el imposible cumplimiento por parte del vendedor, quedaban limitados al ejercicio de una acción de incumplimiento de daños y perjuicios.

El proyecto de Código Civil de 1836 no alteró el sistema, disponiendo la exigencia de título y entrega, real o simbólica (arts. 697 y 698, proyecto), que, naturalmente, no era necesaria para la hipoteca. Sin embargo, en el artículo 1.034 alteraba el criterio en hipótesis de doble venta, pues la preferencia al primer comprador quedó condicionada a que hubiese pagado el precio, aunque la cosa se hubiese entregado al segundo comprador. Y sus artículos 2.112 y 2.114 fijaban la obligatoriedad de notificación al Registro para anotarse la transferencia, si se tratase de bienes inmuebles.

El proyecto de Código Civil de 1851 introducía la novedad —no convertida en Derecho vigente al fracasar el mismo proyecto—, de considerar transmitida la cosa si la venta se realizaba en documento público (art. 1.385: «Cuando por disposición de la ley, o por la voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario»). Y su artículo 1.859, situado en el Título XX, Capítulo V («De los efectos de la inscripción»), indicaba que «cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya antes inscrito su título», rigiendo para los muebles el criterio de título y entrega (art. 1.372, respecto del art. 1.386).

No debe olvidarse que la *Base 52* de la Ley de Bases para el Código Civil, de 1843, disponía que «para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código».

Aquí sí había, sin perjuicio de la subsistencia del Derecho romano (exigencia de título y modo), una modificación. Cual era que, si bien el documento público implicaba ambos electos, la eficacia de la transferencia quedaba pendiente de la inscripción registral («para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos...»). Consiguientemente, se configuraba la inscripción como el modo perfecto.

Por ello, en esta fase, habría que precisar: tratándose de bienes muebles, el contrato y la entrega perfeccionaban el derecho real. En materia de inmue-

bles, aunque la transmisión del dominio se realizaba por el propio documento público, la eficacia dependía de la inscripción.

Sería con esta perspectiva del proyecto de 1843, que *Luzuriaga* redactase su anteproyecto de Hipotecas y Registro, fijando para las hipotecas un efecto de la inscripción según se determina «en el título (registro público) respecto de la inscripción de los demás derechos reales...», señalando el artículo 94, que «ningún título traslativo de la propiedad de bienes raíces, constitutivo de cualquiera otro derecho real sobre los mismos bienes, surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público». Ya se dijo que, puesto a discusión el tema, desarrollando la Base 52 acerca de la transmisión del dominio, en la sesión de 21 de octubre de 1848, entre el criterio de *LUZURIAGA* (la transmisión es ineficaz sin inscripción) y de *GARCÍA GOYENA* (la transferencia, entre partes, se actúa por el simple consentimiento y, respecto de terceros, con la entrega, que si era inmueble, lo sería por el efecto del documento público), se mantuvo el criterio intermedio de *BRAVO MURILLO*, aceptándose la transmisión por venta, con independencia del Registro.

Por consiguiente, frente al esquema del proyecto de 1851 (exigencia de título y modo que se verifica con la entrega, si la cosa es mueble, o por hacerse la venta en documento público en todo caso; pero, en doble venta de inmuebles, prevaleciendo el adquirente que primero inscriba), es de suponer que trabajaron los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 (no empecé el «afrancesamiento» de aquél).

El proyecto de ley autorizando la reforma de la legislación hipotecaria entonces vigente, que fue presentado al Congreso en 11 de febrero de 1858, expresaba, en su ponencia ante las Cortes, luego de indicar la urgencia en avanzar la legislación inmobiliaria, que «es menester dar publicidad a todos los derechos reales, que permaneciendo ocultos como hoy, son un peligro constante y una dificultad casi insuperable para la seguridad del dominio... Es menester que la Ley declare de un modo absoluto y terminante que no se tendrá por constituido, modificado ni extinguido ningún derecho sobre cosa inmueble, sino mediante inscripción en el Registro Público y desde la fecha de ella...», previniendo, al efecto de evitar un efecto retroactivo y, en su ausencia, la ineficacia de la publicidad, que todo propietario pudiese enajenar sin peligro para el adquirente, convocando al efecto a quienes pretendiesen o creyesen ser titulares de algún derecho sobre el bien a su inscripción, dado que el artículo 34, párrafo tercero, fijaba un plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley para su plena aplicabilidad; *limpiando* en suma o descargando el inmueble de cualesquiera gravámenes ocultos, de no ser incorporados al Registro, así como el propio dominio. Con ello, se seguían las pautas del proyecto de Código Civil, y quizá se iba algo más en materia inmobiliaria en defensa de terceros adquirentes.

Así, el dictamen de la Comisión del Congreso acerca de aquel proyecto que autorizaba la reforma, destacaba la línea media seguida por el Gobierno, entre dos alternativas: dar efecto retroactivo a la ley o esperar al futuro para la limpieza en el historial de los inmuebles. La línea media fue pretender la inmediata entrada en vigor, previniendo un período de espera en que provocase la inscripción de los títulos existentes. Finalmente, el texto legal aprobado por el Congreso en 1 de marzo de 1858, que autorizaba al Gobierno a redactar el proyecto de Ley, disponía en su artículo 1.º, base primera, que «será obligatoria la inscripción en los registros públicos de todos los derechos de cualquiera especie que se adquieran, transmitan, modifiquen o extingan sobre bienes inmuebles o derechos reales», acogiéndose al principio de especialidad y publicidad de las hipotecas. Presentando el proyecto de Ley Hipotecaria en la discusión a la totalidad, podía decir ORTIZ DE ZÁRATE que se manifestaba en el proyecto de Ley una preferencia hacia el tercero en perjuicio del propietario, quien, ante el Registro, no podía reivindicar el bien, acabando con el axioma «nadie de lo que tiene», ya que el adquirente quedaba amparado por la inscripción. A lo que PERMANYER pudo responder que, ciertamente, podía darse el caso, existente siempre un título, que la inscripción impidiese al dueño reivindicar frente a un tercero que hubiese inscrito, pero que ello no era efecto del proyecto de ley, sino que, fuera de una aparente novedad, era resultado del sistema de publicidad establecido por Carlos III, la *Real Pragmática* de 1768.

C) *La cuestión en 1861*

De conformidad con lo hasta ahora expuesto, cabe concretar el régimen de adquisición de derechos reales, su constitución, diciendo que la tradición jurídica sustantiva se había mantenido. La exigencia de título y modo de adquirir quedaba en vigor. Para los muebles era requerido título y entrega o modo; para los inmuebles, exactamente igual, siendo el documento público equivalente a la entrega. Se imponía la obligación de ir al instrumento público para documentar el tráfico inmobiliario, que además quedaba sujeto a la obligación de inscribir. Por ello, en tema de doble venta, si se trataba de bienes muebles, quien tuviese título y hubiese recibido la cosa, la adquiriría en firme, convirtiéndose en su propietario (ciertamente, la discrepancia entre entrega real y ficticia se resolvía por la jerarquía de modos, prevaleciendo aquella); tratándose de bienes inmuebles, la presencia del documento público equivalente a la tradición expresaba ambos requisitos; y la inscripción, culminar el proceso de obligaciones legales; aunque, si los títulos no estaban inscritos, su fecha era determinante del reconocimiento del título adquisitivo. La inscripción, pues, se instituía como modo perfecto.

La medida tenía grandes ventajas. La primera y fundamental aseguraba a la burguesía sus adquisiciones ante un posible vuelco, entre los diversos que hubo en el siglo XIX, al suprimir el problema político y canalizarlo jurídicamente. En efecto, quien compró al Estado e inscribía, reunía todas las exigencias impuestas por la legislación en vigor; y allá el Estado y la Iglesia respecto de si los bienes que aquél había vendido podían venderse o no. La segunda ventaja parecía incorporar toda la propiedad inmueble al Registro, dando publicidad al estado del suelo, facilitando la información a los prestamistas con garantía inmobiliaria, abaratando los créditos y, con todo ello, incrementando la producción y la productividad de la tierra.

Naturalmente, estas consecuencias quedaban limitadas a aquellos sectores de población, reducidos, que habían podido adquirir los bienes en venta por disponer de recursos para ello. Quedaban fuera los arrendatarios de *manos muertas* y en general, el pequeño agricultor, a quien no se le facilitó en absoluto el crédito para su consecución. Y así, quedaban fuera del Registro más de dos millones de fincas, supongo que con gran tristeza de los prestamistas con garantía hipotecaria, a quienes se les privaba de una buena participación en el mercado de dinero a invertir en el suelo: el riesgo no lo justificaba.

Por ello, cuando se discutía la propuesta de la Ley Hipotecaria de 1869, se justificaba la reforma, indicando, que «la experiencia más triste y dolorosa ha demostrado que la Ley Hipotecaria ha causado daños inmensos a la propiedad inmueble, dificultando siempre y haciendo imposible, en muchos casos, la libre contratación y circulación de bienes. Estos daños han sido más trascendentales en la propiedad de escaso valor, en el patrimonio de los pobres, que forman la mayoría del pueblo español. Para remediar males tan notorios, para salvar de la ruina completa y segura los bienes inmuebles de los españoles, para romper las trabas insoportables que oprimen a la propiedad y dar a ésta las libertades y atributos que forman su esencia, los Diputados que suscribimos, tenemos la honra de someter...», el proyecto. El problema de la Ley de 1861 había sido que la obligación de inscribir se había incumplido, no obstante las prórrogas otorgadas; todo ello en detrimento del crédito territorial, al mantenerse aún el viejo sistema de hipotecas ocultas. Era, pues, menester, reforzar los principios de publicidad y especialidad, ampliando el expediente de liberación de gravámenes. El otro problema derivaba de la falta de certeza acerca de la titularidad de los bienes, no obstante aparecer como tal en el Registro. «Para que esto no sucediera habría sido preciso conceder a la inscripción el efecto de convertir en ciertos o legítimos los actos o contratos que fueren falsos o nulos, y esto se halla fuera de los límites de la justicia y de la conveniencia pública».

La Ley de 1869 quiso evitar el problema. «Por eso en el artículo 33 de la Ley de 1861 se declara que la inscripción no convalida los actos o contra-

tos que sean nulos con arreglo a las leyes. La consecuencia de este principio debía ser la de que los perjudicados por tales actos o contratos pudieran pedir la declaración de su falsedad o nulidad y recobrar los bienes, estuvieran o no en poder de terceros poseedores, siempre que la acción no estuviese prescrita; pero esta consecuencia, sin excepción alguna, habría contrariado el principio fundamental de la Ley Hipotecaria, contenido en su artículo 23, de que los títulos que no estén inscritos en el registro no pueden perjudicar a tercero. Por ello se determinó una excepción en el artículo 34 que no fue bien entendido por algunos, quienes llegaron a decir que la ley expone a graves peligros a la propiedad inmueble, porque el propietario puede ser despojado de los bienes que haya inscrito si otro falsifica un título que destruya su derecho».

«La disposición contenida en el artículo 34 queda reducida a que el que adquiere un derecho real del que en el registro aparece tenerle, no puede ser perjudicado, aunque después de obtener la inscripción se anule o resuelva el derecho del transferente en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Esta declaración es justa porque concilia el respeto que se debe a la propiedad con el establecimiento del crédito territorial. Si el registro público revela las causas de anularse o resolverse el derecho del transferente, el que le adquirió no puede quejarse si se ve perjudicado porque soliciten la declaración de nulidad, bien los que tengan inscrito su título, bien los que no le hayan inscrito. Pero si el registro no da a conocer dichas causas, deben ya distinguirse entre los terceros que sujetándose a la ley hayan dado publicidad a su título y los que hayan sido descuidados en cumplirla. Respecto de los primeros, ninguna razón podrá justificar que se les impidiera reclamar sus bienes donde quiera que se encontrasen, siempre que lo verificaran con arreglo al derecho común; pero no sucede lo mismo en cuanto a los segundos, puesto que por su descuido han de sufrir las consecuencias que determina la Ley Hipotecaria, no pudiendo hacer valer su título para destruir en perjuicio de tercero otro título inscrito aunque sea ilegítimo. Más todo esto ofrece un inconveniente para el crédito territorial, porque los terceros quedan expuestos a perder su derecho si es falso o nulo el título del hipotecante y reclaman los bienes otros que con anterioridad del mismo hayan inscrito su título; peligro que no puede evitarse ni aún con el examen de todos los títulos inscritos... En la nueva ley se proyecta remediar este inconveniente...», instrumentando un procedimiento de notificación a los anteriores poseedores, quienes tenían treinta días para ejercitar las acciones rectificadoras correspondientes. Así pues, frente al sistema anterior de esperar a inscribir, se adoptaba un régimen de notificación, para la descarga de gravámenes.

De esta expresión legislativa, y debe llamarse la atención sobre ello, surge una conceptualización de dos terceros: aquél que cumplió con las leyes, inscribiendo su derecho que queda protegido; y aquél otro que por no inscri-

bir, no puede impedir el amparo de quien adquirió de un aparente titular e inscribió. Es una dualidad entre *tercero civil* y *tercero registral*.

Consiguientemente, y era de esperarse ante los *nuevos titulares del dominio de bienes desamortizados*, tanto la legislación sustantiva como la hipotecaria, pretendían, al tiempo que respetar la condición legítima de los viejos propietarios, amparar robustamente la de aquellos (los nuevos propietarios) que no había adquirido de los mismos (adquirentes *a non domino*), único modo de asegurar el crédito territorial. Por ello también se producía, indirectamente y sin decirlo (naturalmente, por ser la operación política), una modificación al Derecho romano, al frenar el modo (inscripción) la posible nulidad del título del transmitente.

De otro lado, se admitió, asimismo, la inscripción de títulos en documento privado para la pequeña propiedad, lo que era atemperar, sin duda, lo que se prevenía en el proyecto del Código Civil, al tiempo que se facilitaba la inscripción posesoria.

Todo ello era, además, respuesta a las dudas generadas por el artículo 34 de la Ley de 1861, recogidas por GÓMEZ DE LA SERNA (5), ante el temor que reflejaba la Exposición de Motivos de la Ley de 1869. El 16 de noviembre de 1878 se dicta la Ley Hipotecaria para Puerto Rico (Reglamento de 15 de febrero de 1879), sin innovaciones sobre lo dicho.

En este panorama se publica el Código Civil en 1889 (1890 para Puerto Rico), del cual interesan destacar su proyección de imponer el documento público en toda transacción inmobiliaria (art. 1.232, párrafo primero, 1), dando a la escritura valor equivalente a la tradición (art. 1.351) y resolviendo el tema de doble venta cuando de inmuebles se trata, con preferencia al adquirente que primero inscriba (art. 1.362). Años más tarde entraría en vigor la Ley Hipotecaria para Ultramar de 1893, en términos muy similares a la Ley de 1861 (1869), bajo el entendido (Exposición de Motivos) de identidad de soluciones entre esta Ley y el Código Civil o, en su caso, absoluta preferencia de este cuerpo sustantivo, aportando como originalidad el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria.

Y se indica que el Registro venía teniendo una tranquila vida en la Isla, en la que, ciertamente, no se había planteado seriamente el problema de la desamortización. Básicamente, las tierras habían pertenecido a la Corona, las enajenaciones por ésta no creaban problemas y buena parte de los nuevos propietarios eran extranjeros beneficiados por la Cédula de gracias al sacar o peninsulares recién arribados.

Pero, no debe olvidarse, la Ley de 1869 había alterado el sistema original en un punto importante: la inscripción obligatoria había dejado de serlo. No

(5) GÓMEZ DE LA SERNA, P., *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*, Madrid, 1862, I.

inscribir, pues, no era sancionable como antes. Cambio de perspectiva relevante al aparecer el Código Civil.

Con estos antecedentes podemos ya entrar a fijar la determinación del sujeto protegido por la fe pública registral.

D) *El concepto de «tercero»*

El artículo 105 de la Ley no define al tercero, dando por supuesta su noción. Se limita a perfilar sus presupuestos o requisitos de la fe pública registral. Por el contrario, las leyes anteriores (art. 27), lo definían en los términos ya indicados: «quien no es parte en el acto o contrato inscrito». Al igual que la ley vigente, la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 también aludía con frecuencia al tercero, aunque sin definirle. Una de sus referencias alude a que «no puede perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro». En otra ocasión, al aludir al sistema francés (de transmisión *solo consensus*), se indica que «debe desecharse cuando se trata del interés de terceros que no hayan sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho contrato y actos de que no ha podido tener conocimiento».

La inclusión del concepto de tercero en aquellos textos legales precedentes fue objeto de numerosas críticas. Unas veces, por estimarse que el legislador no es quién para definir; otras, porque fue y ha sido causa de dudas y contradicciones al interpretar su noción (6). Pero estas disquisiciones —no debe olvidarse— surgen en realidad con motivo de la reforma de la Ley Hipotecaria española de 1944-46. Porque, ya a partir de la Ley de 1869, la noción deviene en tranquila, hasta el punto que, siguiendo llamándose a la Ley Hipotecaria *ley de terceros*, el concepto ni aparece en los manuales de la época.

(6) SANZ FERNÁNDEZ patrocina la inconveniencia de la definición dada por la ley. URIARTE opina del tercero ser una quimera doctrinal. Concretamente, se hablará por los autores acerca de sus aquellos terceros de los artículos 29 y 34 de la Ley de 1893 (ya de 1861) se indagará quién es tercero a los efectos del artículo 23 de la misma. Se afirmará que el tercero de aquel artículo 35 era más que tercero (*pluscumperfecto*) en expresión de LA RICA DEL ARENAL; que con la noción de tercero aparece la decadencia del concepto de tercero (NÚÑEZ LAGOS). Se habla de tercer adquirente, de tercer poseedor de finca hipotecada, de tercero en la anotación, de tercero en la cancelación, de hipotecante no deudor, etc. Paradójicamente un francés, LE PELLEY, supo aprehender la noción, imputando a la interpretación del antiguo artículo 23 todos los problemas (*La notion de tiers dans la loi hypothécaire espagnole*, Toulouse, 1931, pág. 176). Para Puerto Rico, ver: MARTÍNEZ ÁLVAREZ, «El trívio hipotecario», en *RDLJ*, CA, 1949.

a) Su noción en la Ley de 1893

De entrada hay que señalar que la definición del artículo 27 de la Ley de 1893 de tercero, no es original. La Ley no crea el concepto de tercero, sino que lo recoge del Derecho Civil para llevarle al campo más propio del Registro de la Propiedad. La única diferencia, si cabe llamarla así, es que en Derecho Civil la tercería se determina de acuerdo o por referencia con una relación jurídico-civil, mientras que en el Derecho Inmobiliario Registral la determinación debe hacerse tomando como término de referencia la relación jurídica que aparece en el Registro.

Y aunque el concepto parece sencillo (la doctrina afirma que es de fácil determinación), no parece ser así, dado el abundante número de páginas que han dedicado los estudiosos al tema. En concreto, el problema doctrinal que se planteó en España a raíz de la reforma de 1944-46, era si aquella ley concebía una sola noción de tercero (ROCA SASTRE), sujeto siempre los requisitos señalados por su artículo 34 (hoy 105 de la Ley vigente); o, por el contrario, entrañaba el texto legal dos nociones diversas de tercero (NÚÑEZ LAGOS), que se han venido en denominar el *tercero latino* y el *tercero germano*, aquel primero recogido en el entonces artículo 23 (hoy art. 53) y éste segundo en el artículo 34 (hoy 105).

En el esquema de la ley anterior, en conjunción con el Código Civil, el tercero era aquella persona que confiaba en la publicidad registral, adquiría del titular e inscribía su derecho. Esa persona podía verse afectada por la circunstancia que el Registro (que no es íntegro ni tiene que ser exacto) no podía reflejar un conjunto de causas por las cuales el título de su transmitente deviniese en nulo, y se hallaría así indefenso frente al ataque realizado a su cedente. Ese ataque podía tener su origen en diversas causas que la doctrina acostumbra a ejemplificar con la *doble venta*. Esto es, cabía, que quien le vendió aparentando ser titular registral, realmente no fue propietario, por haberse desprendido ya de su título en una enajenación anterior. Pero también podía ser atacado por un previo titular registral que transmitiese su título al cedente del tercero, transmisión inválida por causas que no constasen inscritas (aquellas adquisiciones de bienes eclesiásticos, que dudosamente el Estado podía vender).

El primer problema es del que se hace eco la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, cuando indica que «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca»; y que «para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideren constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no

traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya lo traspasa respecto de todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

El segundo problema que la Ley de 1861 resolvía en el artículo 34, párrafo tercero, suspendiendo la vigencia de la ley por un año, sistemáticamente prorrogado, se resolvía en la Ley de 1869 por el trámite de notificación a titulares anteriores.

La doctrina suele iniciar el examen del concepto de *tercero* recogiendo la idea del campo del Derecho Civil, distinguiendo el *tercero simple* (ese sujeto pasivo universal de las doctrinas obligacionistas), el *tercero que puede ser afectado* sin ser parte, por los efectos de un contrato, pasando luego a concretar la noción de *tercero hipotecario* o *registral*. Conocidas tales distinciones previas, es menester concretar la tercería registral, tomando como punto de partida su determinación con fundamentos en el artículo 27 de la Ley de 1893.

Tercero es quien no es parte. Y al igual que en Derecho Civil se dice que no sea parte de una relación jurídico-civil, cuando se trata del Registro de la Propiedad, se dirá que no ha de ser parte con referencia a una relación jurídico-registral. En otras palabras, tercero registral no es quien inscribe porque adquiere (al menos en apariencia), sino el cesionario de éste, es decir, un *subadquirente* según el Registro, a contar de la relación jurídica que expresa el conflicto de ineficacia. Como indica ROCA SASTRE, «esta idea del subadquirente es la característica del tercero hipotecario» (7).

La idea del tercero surge en situaciones anormales, cuando una persona es inquietada en su situación, teniendo esa afectación su origen en otro título en el cual el tercero no ha intervenido como parte (sentencia del Tribunal Supremo de España de 3 de mayo de 1898).

La oscuridad con que se ha rodeado la idea del tercero tiene dos orígenes. Uno, de carácter un tanto intrascendente, cual es que con frecuencia doctrina y jurisprudencia (y más ésta que aquélla) consideran tercero, no al tercero, sino al tercero que reúne todos los requisitos para ser protegido por la fe pública registral, lo que es muy distinto (8); si bien hay que afirmar la intrascendencia,

(7) ROCA SASTRE, *op. cit.*, I, pág. 402. También el Tribunal Supremo de España había reconocido que el tercero es un subadquirente en las sentencias de 25 de octubre de 1895 y 26 de junio de 1901, de las cuales la primera era vinculante para Puerto Rico, al menos hasta la publicación de la nueva Ley Hipotecaria de 1978. La jurisprudencia puertorriqueña se orienta en igual sentido. Así, en *Annoni v. Sucesión Nadal*, 1941, 59 DPR 640, se destaca el carácter de subadquirente del tercero, al indicarse que «el que compre de una persona que según el Registro aparezca con derecho a venderla y sin que del mismo Registro aparezca claramente vicio que haga nulo el título inscrito transmitídole, debe considerarse tercer» (énfasis añadido).

(8) En la jurisprudencia puertorriqueña, ver las decisiones recaídas en *Carmona v. Cuesta*, 1912, 18 DPR 180; *Colón v. Plazuela Sugar Co.*, 1935, 47 DPR 871. Por el

pues cuando se invoca la tercera se invoca presuponiendo los requisitos de protección. El segundo origen de la confusión es más importante: la interpretación que se da al artículo 1.362 del Código Civil, que requiere precisión (9).

Hay que repetir que el primer punto, una vez advertidos, carece de relevancia práctica. Quien actúa, por ejemplo, con mala fe, se dice que no puede invocar su condición de tercero; cuando lo que se quiere decir es que aunque es un tercero, no queda amparado por la fe pública registral al estarle ausente una de sus fundamentales exigencias: desconocimiento del vicio en el título de su cedente. Conociendo, así, que la sola condición de tercero no actúa aquella fedación, se está extendiendo la costumbre de referirse al tercero como al *tercero protegido* (distinción muy cuidada en *Banco de Santander v. Rosario Cirino*).

Aclarar el segundo punto es, sin embargo, esencial. Como es sabido, el artículo 1.362 del Código Civil dicta unas reglas, en hipótesis de doble venta, para resolver la atribución del dominio, determinando quién ha de ser considerado propietario. El Código Civil, como se sabe, sustenta la teoría del título y del modo de adquirir en materia de constitución, modificación y extinción de derechos reales, con la salvedad de la hipoteca (en el sentido que en ésta la inscripción, al ser constitutiva, opera como único modo). El precepto, igual al artículo 1.473 del Código Civil español, dispone: «Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuera mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

El precepto ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de los autores, por las implicaciones que puede tener en su conexión registral. Además, tiene íntimas relaciones con el artículo 1.351 del Código Civil, que introduce por primera vez en Derecho español vigente la tradición instrumental (que ya aparecía, como se sabe, en el Proyecto de Código Civil de 1851, art. 1.385; se reitera en el proyecto de 1888, art. 1.489, y pasó al art. 1.462

contrario, parece apuntar un exacto concepto de tercero, considerado como aquel con derecho a protección; pero sin más alcance, la decisión recaída en *Iglesia Católica, etc., v. Combate Tobacco Co.*, 1931, 42 DPR 376. Confunde tercer adquirente con actor de mala fe, *Ninliat v. Suriñac*, 1916, 24 DPR 67. Y, aumentando la contradicción, acierta en la noción de tercero *Carmona v. Cuesta*, cit., cuando en su texto indica que es tercero quien no ha intervenido en el acto o contrato inscrito, aunque la intervención, o, mejor dicho, la ausencia de intervención, no ha de fijarse en relación con el contrato en sí, sino en relación con la situación registral que incluye y recoge ese contrato.

(9) Por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, ed. Reus, IV, pág. 97. Es de asustar la facilidad con que la doctrina sustituye la palabra *adquirente* por *quien primero inscribió*, sin apreciar el abismo que separa a ambos conceptos.

del Código Civil vigente en España). Como la primera Ley Hipotecaria es de 1861, hay que suponer que la Comisión trabajó teniendo delante el proyecto de 1851. Y, consiguientemente, generando un texto hipotecario en armonía con el proyectado Código.

Si la comisión redactadora de la Ley Hipotecaria mantenía el Derecho tradicional con referencia a la exigencia de título y modo, rechazando tajantemente el sistema francés de transmisión simplemente consensual, hay que suponer que en punto a constitución, modificación y extinción de derechos reales, no introdujo innovación alguna, que sí afectó a la hipoteca en los términos ya indicados. Veamos, pues, la situación en ese momento.

1. La tercería registral protegida en 1861

Como la ley mantuvo el sistema anterior de *obligatoriedad de inscribir*, tenían sentido las palabras de la Exposición de Motivos: «...para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo...». Y ello así porque «la comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia: no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, debe ser de mejor condición el que, burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla, en cuanto alcance».

Con otras palabras, es el sistema de la comisión: si *A* vende a *B* un inmueble, venta que no accede al Registro, *A* no puede pretender la nulidad de la venta bajo el argumento que la misma no se inscribió, por ser el contrario a la buena fe. En estos casos rige el derecho antiguo (expresión un tanto ambigua, porque desde las Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana, la obligatoriedad fue una exigencia sistemáticamente incumplida).

Pero si *A* vende a una finca, venta que *C* inscribe, y por cualquiera circunstancias, ya antes se hubiese vendido a *B*, que no inscribió, «para los efectos de la seguridad de un tercero el dominio se considerará traspasado en cuanto conste su inscripción en el Registro». Por lo que puede añadir la Exposición de Motivos de la ley que «así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya lo traspasa respecto de todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que haya cumplido con el requisito de la inscripción».

Esta alusión a los otros *adquirentes* tiene importancia. Para el legislador hay dos adquirentes en concurrencia: uno, quien compra y no inscribe, pero tiene título y modo, y quien compra y por tener título y modo, inscribe. En cuyo caso, este adquirente es completamente preferido, pues ha culminado el conjunto de exigencias legales. El otro adquirente sólo lo es en la esfera civil extrarregistral, pues adquiere frente a cualquiera, excepto respecto de aquel que inscribió.

Consiguientemente, la armonía entre Ley Hipotecaria y legislación civil en proyecto era plena, y lo era incluso con el Derecho sustantivo vigente (*Real Pragmática* de Carlos III).

2. La tercería registral protegida en 1869

La Ley Hipotecaria de 1869 modificó, qué duda cabe, el régimen anterior, al hacer la inscripción simplemente voluntaria, obviamente sin modificar la inducción a inscribir, derivada de las ventajas de la inscripción misma. Hay, sin embargo, una sustancial diferencia entre una sanción impuesta a quien incumple la ley, porque no inscribe, que otorgar ventajas a quien, en una alternativa elige la más adecuada. Tenía sentido, en 1861, preferir al que inscribió porque cumplía con la ley, sancionando al *adquirente* que no inscribió, quien veía perder su derecho frente al titular inscrito. No es igual justicia hacer perder su derecho a quien opta por una alternativa que la ley misma le ofrece y no inscribe. Hay un cambio con el sistema. Veamos cuál es.

La obligatoriedad de inscribir ha desaparecido. La constitución, modificación y extinción de derechos reales (salvo la hipoteca), queda remitida al puro Derecho Civil. Y en éste rige la teoría del título y del modo, conforme con la cual, ante modos diversos, se aplica la regla de realidad: la entrega auténtica y material prevalece sobre la ficticia (simbólica). El instrumento público aún no produce tradición y consiguientemente, un artículo como los actuales 1.351 y 1.362 no rigen. Por ello, si un propietario cede su derecho a una persona y luego enajena a otra, la literalidad del principio *nemo dat quod non habet*, es aplastante. Solamente existe un adquirente y otro segundo comprador que nada adquiere. Y si este segundo comprador inscribe su aparente título, el primer comprador que no inscribió y único adquirente, podía atacar perfectamente al titular inscrito en el oportuno procedimiento, sobre todo dado que el artículo 34 de la ley seguía postergado en su eficacia. Incluso, si aquel comprador inscrito que nada adquirió, transmitía su aparente derecho, un tercer adquirente que inscribiese podía, asimismo, verse atacado por el primer comprador que no había inscrito, siempre que éste actuase en tiempo e impugnase el contenido del asiento registral respectivo. La única defensa del titular registral y de un tercero inscrito era oponer su título re-

gistrado, provocando una inversión en la carga de la prueba. Sería, luego del transcurso del plazo en suspenso del artículo 34 y relacionados de la ley, que «no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno, ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el registro, si por él se constituyen, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción, según la misma ley» (art. 396 de la Ley Hipotecaria de 1861).

Ciertamente, no se lograba la seguridad anhelada. Por ello, la Ley de 1869 cambió el sistema de suspensión de fe pública por el de la notificación a titulares anteriores. Así, si un primer comprador no actuaba luego de la notificación, el segundo comprador podía verse ratificado en su *no adquisición*, ya que, adquiriendo de quien en el registro aparezca con derecho para ello, tales actos o contratos «no se invalidarán en cuanto tercero... si la inscripción se hubiere hecho saber o las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieran reclamado contra ella en el término de treinta días» (art. 34 de la Ley Hipotecaria de 1869); notificación muy simplona que podía ser verbal si los titulares anteriores residían en la misma circunscripción territorial, o por edictos en otros casos.

En este momento, 1869, rige el principio de título y modo y libertad de inscripción. Consiguientemente ante una situación de doble venta, seguía habiendo un solo *adquirente*, el primer comprador con título y modo, y un segundo comprador no adquirente, que podía, mediante aquel trámite de notificación, frenar la invalidez de un acto nulo (la segunda venta, al carecer el vendedor de título y ser su lugar ocupado, en puridad, por primer comprador). Si bien y en todo caso, lo que preocupaba al legislador no era un ataque desde fuera del Registro, sino los efectos de una titularidad inscrita, que era la consecuencia natural de los efectos de la desamortización.

De otro lado, se facilitaba el acceso al Registro de los títulos posesorios mediante el expediente correspondiente.

Este es el sistema que se aplicó en Puerto Rico mediante la Ley Hipotecaria para Puerto Rico de 1878. Con la importante salvedad de subsistir las hipotecas ocultas (prorrogadas indefinidamente por Real Decreto de 6 de mayo de 1882, sólo desaparecidas con la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria para Provincias de Ultramar de 1893).

3. La tercería protegida en 1890

Se ha publicado el Código Civil, que recoge como novedad en el Derecho vigente, el artículo 1.351. Ahora, ante una situación de doble venta, es dable:

a) Como se exige título y modo, siendo la inscripción voluntaria, solamente tendrá titularidad real un primer comprador que haya tomado posesión,

real o simbólica del bien. Si la compra es coetánea, tendremos dos compradores y un solo adquirente, siendo menester determinar quién tomó posesión. Si alguno tomó posesión real, este modo de entrega es prevalecente. Pero si uno de los modos es real y el otro lo es el documento público, éste «equivale» a la entrega, es decir, vale lo mismo que la toma de posesión material (de hecho, vale más, porque solamente se admite conclusión contraria en tanto en cuanto se deduzca así de la propia escritura pública). Consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.232, que impone el documento público en los actos referentes a inmuebles como requisito de eficacia. Como la eficacia real de la compraventa solamente se logra con documento público, un segundo comprador por título público es preferido a un primer comprador por documento privado que toma posesión real, dado que el primero se ajusta mejor a las exigencias legales; y el segundo comprador solamente podrá reclamar, al amparo del artículo 1.231, que el vendedor concorra al otorgamiento de la escritura. Naturalmente, entonces el vendedor habrá dejado de ser titular, y aquel segundo comprador por documento público devendrá en único adquirente. Naturalmente, si, además, inscribió, su situación es plenamente inatacable si quien le vendió estaba inscrito, y no por efecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino por eficacia directa del Código Civil. Sigue siendo cierto que quien compra e inscribe es dueño frente a todos, pero no por el alcance de la inscripción misma. Este es el sentido del artículo 1.362, párrafo tercero, proposición primera: «cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión»: quien tiene título privado y posesión real, aún no es adquirente, porque el efecto típico de la compraventa de inmuebles no se ha producido todavía, al faltar el trámite del documento público (que queda cumplido al efectuar la oportuna reclamación judicial y aplicar el juez el art. 1.362, párrafo tercero); por el contrario, quien compra por escritura notarial o similar tiene título, una posesión que equivale a la entrega, luego es adquirente. Todo ello con buena fe. Si ha inscrito este segundo comprador, es de aplicación el párrafo segundo del artículo 1.362, perteneciendo la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el registro, que sigue siendo el segundo comprador (10).

(10) Ha escrito GIMÉNEZ ROIG, «Contrato de compraventa y tradición en el Código Civil español», en *RCDI*, núm. 594, págs. 1595 y sigs., en concreto 1761 y sigs., que en el supuesto de incumplimiento del contrato de compraventa, a que alude el artículo 1.077 del Código Civil, respecto del artículo 1.362 del mismo cuerpo legal, habría que distinguir:

«1. Cuando el comprador demanda por incumplimiento de contrato 1.077, al vendedor que no ha entregado la posesión de la cosa... aunque ha recibido el dinero del precio, hay que examinar dos posibilidades alternativas:

«Si el vendedor continúa siendo propietario poseedor, el comprador puede pedir el cumplimiento forzoso de la entrega de la cosa y obtener judicialmente la posesión, artículo 1.049 del Código Civil, o bien puede optar por pedir se declare rescindiendo (*sic*) el contrato».

Naturalmente, si la compra se ha efectuado por documento privado, siendo el primer comprador quien recibió la posesión, como el segundo comprador solamente tiene un título, o una posesión simbólica que no equivale a la entrega, sino que vale menos, *nemo dat quod non habet*; luego nada adquiere.

«Pero si el vendedor no continúa siendo poseedor porque, incumpliendo la disposición ya contratada y la obligación consiguiente de entregar la cosa al comprador que pagó el precio, actuando fraudulentamente, ha vuelto a disponer de la cosa vendiéndola a un segundo comprador, y se la ha entregado, entonces el primer comprador puede pedir que se rescinda su propia compra o bien pedir el cumplimiento forzoso de la entrega, pero previa declaración de la rescisión de la segunda venta, actuando contra vendedor y comprador».

«Si se prueba que el segundo comprador compró de mala fe porque conocía la existencia de la primera venta no seguida de tradición, se declarará rescindida la segunda venta y el segundo comprador quedará obligado, como si fuera el vendedor, en cuanto es cooperador consciente y voluntario en el fraude, a entregar la cosa al primer comprador demandante, defraudado por la segunda venta, que es ilícita» (arts. 1.243.3.º y 1.245...).

En cambio, si no se prueba que el segundo comprador compró de mala fe, se declarará que adquirió la propiedad del vendedor propietario poseedor (art. 1.362, 1 y 3, primera parte) y que la primera venta queda rescindida porque el vendedor ha hecho imposible la ejecución forzosa de la entrega, de manera que el primer comprador tiene derecho a que el vendedor le abone la indemnización de los daños y perjuicios, incluida la devolución del dinero del precio pagado.

«Cabe que el segundo comprador haya vendido y entregado la cosa a un subcomprador (tercero subadquirente por compra), quien también ha de ser demandado».

«Si se prueba que el segundo comprador y el subcomprador compraron con mala fe, porque ambos conocían la existencia de la primera venta no seguida de tradición, se declarará rescindida la segunda venta, así como la subcompra y que el subcomprador debe entregar la posesión al primer comprador (art. 1.250 del Código Civil)».

«Si sólo se prueba la mala fe del segundo comprador, se declarará rescindida la primera venta sin perjuicio para el subcomprador (art. 1.247, párrafo segundo); entonces, el primer comprador puede pedir la indemnización al segundo comprador que hizo imposible la devolución (art. 1.250) y, en su defecto, al vendedor (1.247, párrafo tercero)».

«(...) La Ley Hipotecaria de 1861 alude a las acciones de rescisión por fraude al comprador en caso de doble venta (art. 37, núms. 4, 5 y 6) y al vendedor en casos de fraude pauliano (art. 37, núm. 7)».

Debo disentar de la opinión expuesta. Aparte que GIMÉNEZ ROIG confunde como rescindible situaciones que son manifiestamente supuestos de resolución (incidiendo en el defecto, tan extendido, de identificar la rescisión con una genérica modalidad de ineficacia, cuando es de las más concretas, precisas y limitadas), parece identificar mala fe y fraude con el conocimiento por parte de un posterior comprador de un contrato simplemente obligacional previo. Esto no es admisible. Ciertamente cualquiera debe respetar las relaciones ajenas, no actuando para impedir el cumplimiento. Pero una cosa es esto y otra pretender que hay mala fe cuando el segundo comprador por contenido real conocía la relación jurídica obligacional previa. Recuérdese que para el Código Civil, mala fe es el conocimiento de un vicio en el título del transferente (arts. 363 y 1.850 del Código Civil); y quien se obliga a entregar no por ello deja de ser propietario; quien de él adquiere no conoce vicio alguno, y será responsabilidad exclusiva del vendedor su incumplimiento (art. 1.049, párrafo tercero del Código Civil). De no ser así, resultaría que los contratos producen efecto respecto de terceros, lo que es negado por el artículo 1.209 del Código Civil. Distinto es, naturalmente, que el segundo comprador actúe precisamente para impedir la entrega al primero, esto es, con plena mala fe y con el fin de perjudicar al primer

b) Tratándose de dos compradores por documento público, ambos tienen título y modo (éste por equivalencia del propio documento); y consiguientemente, la fecha del título determinará la preferencia, ya que el segundo comprador no adquirió absolutamente nada, siendo de aplicación el artículo 1.049, párrafo tercero del Código Civil («si el obligado... se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega»); esto es, siendo la entrega imposible respecto del segundo comprador, éste queda limitado a invocar el artículo 1.054 del Código Civil y relacionados, reclamando indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento.

Ahora bien, como el documento público es susceptible de otorgarse de forma simultánea, esto es, en el mismo día, supuesto que el notario no cancele el título del otorgante como ocurre en Puerto Rico, si un vendedor dispone del mismo objeto por documento público, estamos en presencia de dos auténticos compradores, ambos adquirentes, sin poderse determinar preferencia alguna en función del título o del modo. Por lo que, «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro» (art. 1.362, párrafo segundo del Código Civil). Efectivamente, publicado el Código Civil, ya es imposible la presencia de dos adquirentes (que doctrina y jurisprudencia expresan como compradores cuando la compra no implica adquisición del dominio). Y tal situación solamente es dable ante compraventas con misma fecha, en que aparecen dos adquirentes, uno sólo de los cuales será propietario: el que inscriba, único dato que permite atribuir preferencia, al tiempo que instrumenta el alcance del artículo 546 del Código Civil (11).

vendedor; contrato en perjuicio de tercero que sí expresaría un fraude. Vincular el conocimiento de la relación jurídica anterior, simplemente obligacional, con el Código Penal, como hace GIMÉNEZ ROIG, se afirma una intención no demostrada. El simple conocimiento de la relación jurídico-obligacional anterior, lo único que demuestra es que si el primer comprador pudo constituir una relación jurídico-real y no lo hizo, sólo a él le es imputable la situación, permitiendo la eficacia del artículo 1.048 del Código Civil, que le impide un efecto reivindicador, que es lo que le está autorizando GIMÉNEZ ROIG. Conocimiento y fraude, pues, no son idénticos; el conocimiento no tiene que significar mala fe ni intención torticera.

(11) En la doctrina española ha creado problemas de interpretación su artículo 1.473 del Código Civil, equivalente y de igual redacción que el artículo 1.362 del Código Civil de Puerto Rico. Ya MANRESA en sus *Comentarios al Código Civil español*, planteaba la cuestión: «Vendida una finca a A en escritura pública y después a B, aunque se incaute éste del inmueble, la propiedad pertenece a A, primero en la tradición con arreglo al artículo 1.462 (1.351 del Código Civil de Puerto Rico), puesto que a partir del otorgamiento de la escritura, que envuelve la entrega de la cosa, el vendedor carecía ya de la facultad de disponer de aquélla. Sin embargo, fuerza es reconocer que aunque ésta fuera la intención del legislador, y así queremos entenderlo en interés de los principios de justicia, el artículo 1.473, literalmente interpretado, no dice eso. La posesión es sólo una forma de tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a lo que parece aludir el artículo. Y si esto es así, conviene cambiar la redacción del artículo 1.473 en la primera reforma del Código Civil, para que

Ante esta situación, se publica la Ley Hipotecaria para Provincias de Ultramar de 1893, ante la cual los problemas de tercería parecen quedar tranquilos. El legislador tuvo conciencia de ellos, intentó resolverlos y parece ser que lo logró, pues, como ya se indicó, el concepto de tercero ni tan siquiera aparece en los manuales del momento. Y debe recordarse, nuevamen-

no se pueda sospechar tan siquiera que el legislador, amparando el abuso y consumando el despojo, otorga preferencia a quien en justicia puede no merecerla». Entre los autores civilistas es frecuente, y criterio mayoritario, establecer una jerarquía entre las formas de tradición, atribuyendo a la real o material preferencia respecto de las simbólicas, lo cual es plenamente admisible, siempre que no se atente contra el tenor normativo. Es claro que una posesión o entrega material prevalece sobre, por ejemplo, la ficticia de la llave; pero no puede prevalecer sobre la simbólica del instrumento público, pues ésta «equivale» a la entrega (art. 1.351 del Código Civil), esto es, vale lo mismo, y solamente puede acreditarse su ausencia por el contenido del propio documento público (art. 1.351 del Código Civil). Y lo que no se puede admitir es pretender una interpretación literal del artículo 1.362 del Código Civil alterando su literalidad. Intentémoslo.

El artículo 1.362 del Código Civil dicta, en verdad, la misma regla para bienes inmuebles: exige siempre título y modo. Su párrafo primero, consiguientemente, atribuye el dominio, en caso de doble venta, a quien acredita ambos requisitos, quien tenga título y posesión, con buena fe, adquiere.

El párrafo segundo atribuye la propiedad, no al comprador que primero inscribe, sino al adquirente que primero inscribe. El problema, pues, será, para aceptar la interpretación literal del precepto (preocupación de María Purificación GARCÍA HERGUEDAS y de Calixto GARCÍA ARANDA, «El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho», en *RCDI*, núms. 508 y 529), usar del tenor literal y consiguientemente, averiguar cuándo pueden existir dos adquirentes; que ya no son los dos adquirentes previstos en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 (un adquirente vía civil, con eficacia entre partes, y un adquirente registral, eficaz respecto de todos), sino dos adquirentes respecto de cualquiera, lo que esa doble situación deriva del instrumento público. Como ya he indicado, hay que distinguir:

- a) Primer comprador por documento privado que toma posesión: no es adquirente, pues el efecto traslativo de la compraventa inmobiliaria exige documento público (art. 1232.1.º del Código Civil) para su eficacia, esto es, para producir el contrato sus efectos típicos; el comprador sigue siendo un acreedor del dominio que se ha constituido en poseedor. Frente al mismo, el adquirente por documento público es siempre adquirente y, por ellos, preferido, que es la tesis sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, en sentencias de 15 de junio de 1891, 2 de junio de 1900, 8 de marzo de 1901, 5 de junio de 1945, 31 de octubre de 1951, 3 de octubre de 1963. Véase, MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, Montecorvo, 1975.
- b) Si el conflicto se plantea entre dos compradores por documento privado, el primero que tome posesión será el adquirente, ya que la sentencia que le confirme en tal carácter, cumple con el trámite exigido por el artículo 1232.1.º del Código Civil (arts. 1.170 y 1.172 del Código Civil).

Si se trata de dos compradores por documento público, es claro que el primer comprador, único adquirente, recibirá el reconocimiento de su dominio. Porque, incluso en el caso que el segundo comprador inscriba su título, el primero, impugnando el asiento por contradicción, verá en la correspondiente sentencia judicial santificada su condición de propietario, dado que rige el principio *nemo dat quod non habet* y el vendedor ya no será titular que pueda transferir absolutamente nada.

te, la expresión de la Exposición de Motivos de aquella Ley, al indicar: «El Código Civil, en Ultramar como en la Península, expresamente dejó en vigor, entre otras leyes especiales, la Hipotecaria, sin eliminar de ella ni avocar a sí por entero disposiciones que por su índole habrían correspondido al Código, si ambos dataran de una misma fecha. Hízose con esto sólo inevitable conciliarlos, y a la revisión efectuada para ellos ha presidido el criterio de que prevalezca el Código en todo caso de divergencia, y no sólo subsista la estructura de la Ley Hipotecaria, sino que el articulado sea único para todos los territorios ultramarinos y coincida en lo posible con el texto peninsular

Consiguientemente, la hipótesis del artículo 1.362, párrafo segundo, que reclama *dos adquirentes*, solamente puede darse en situaciones en que el documento público se haya autorizado en el mismo día, lo que es perfectamente dable, incluso con la competencia, apareciendo dos compradores que son ambos adquirentes, solamente la inscripción —voluntaria pero que otorga preferencia— será un criterio determinante: «la propiedad pertenecerá al adquirente que primero inscriba». Consiguientemente, la regla sustantiva sigue permaneciendo exactamente igual para muebles que para inmuebles, lo que es consecuente con el sistema del Código Civil para constituir, modificar o extinguir un derecho real.

Y sigue teniendo significado literal el artículo 1.362 del Código Civil en su párrafo tercero, cuya primera proposición, obviamente, se refiere a la hipótesis *b)* antes señalada. Piénsese, que el artículo 1.362 está pensado para situaciones de contradicción y consiguiente intervención de los Tribunales. Quien acredite ser primero en la culminación del derecho real (se ha comprado y se es primero en la posesión, faltando el documento público, que lo será la sentencia). Lo que armoniza con el mal entendido jurisprudencial acerca del artículo 1.231 del Código Civil, que los tribunales, por economía procesal, convierten en un precepto cuyo efecto no es otorgarse el documento público (que es lo que permite el precepto), sino en consolidar la entrega de la cosa; y aún así sí cumple con el artículo 1.231 (la sentencia judicial es documento público) y con el artículo 1.232.

Finalmente, no parece adecuado pretender una interpretación literal del párrafo segundo del artículo 1.262, poniendo «comprador» donde el precepto dice «adquirente», con la excusa de indagar el sentido del párrafo tercero del precepto. Párrafo tercero cuya última proposición es muy clara: ante dos compradores con sólo título y sin posesión (hipótesis sólo dable por venta en documento privado), ¿a quién otorgar el tribunal la propiedad, sino entre dos contendientes que exigen cumplimiento específico, a quien tiene título más antiguo?, siendo la sentencia expresión del modo.

Por ello, no tiene sentido, como se hace con harta frecuencia en la doctrina, invocar las famosas palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, que ya no tenían realidad en 1889. Sencillamente, porque la *faena política* era muy distinta: los nuevos propietarios ya no tenían miedo a ver perder su título y las cosas volvían a su cauce. Recuérdese que el resto de los fines perseguidos por la legislación hipotecaria, la incorporación de todos los inmuebles al Registro, todavía en 1944-46 estaba sin lograrse: y sigue así, salvo en el marco urbano. Mal juicio para un sistema registral que demuestra, en este ámbito, su escasa eficacia.

Por ello, solamente en caso de una doble venta, en que el segundo comprador del titular registral hubiese inscrito, era amparado éste por la fe pública. Ciertamente, si la doble venta, supuestamente fraudulenta en el criterio del legislador (arts. 38 de la Ley Hipotecaria de 1861, Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, Ley Hipotecaria española de 1944-46, y art. 109 de la Ley Hipotecaria de 1978 de Puerto Rico), implica participación del tercero en el fraude, la ausencia de buena fe hace decaer el amparo de la fe pública registral, como no es para menos. Lo cual nos lleva a alterar sensiblemente el concepto de *doble venta* que ya no es dos ventas sucesivas, sino dos ventas simultáneas.

evitando la confusión y las dificultades prácticas que con cuatro numeraciones distintas se notaban en las citas y referencias» (énfasis añadido). Y se indica más tarde: «Ocioso sería repetir los beneficios que en Puerto Rico se pueden esperar de las reformas; la institución del Registro ya vive allí con desahogo, sin originar reclamaciones, y cobrando ahora mayor eficacia y claridad dentro del mismo sistema, lógicamente se ha de acrecentar sus saludables efectos».

Por todo lo indicado, puede señalarse que en el texto de 1893, tercero sería todo adquirente de aquel comprador que, por unas u otras razones, según hipótesis señaladas, no podía ser calificado de adquirente, no obstante haber inscrito su derecho; inscripción que le significaría una simple defensa provisional, ya que el verdadero adquirente, impugnando el sientto contradictoriamente, obtendría sentencia judicial a su favor, desbancando del Registro al titular inscrito. Ahora bien, tal sentencia, expresiva de la nulidad de dicho titular registral, vería sus efectos frenados en beneficio de tercero, conforme con el artículo 34 de aquella Ley Hipotecaria, única forma de que dicho tercero, que había tenido posibilidades de conocer el vicio de su transferente, no fuere atacado en condiciones de imposible defensa. Solamente así, podría el prestamista con garantía hipotecaria aportar sus recursos económicos al suelo.

b) La reforma española de 1944-46. Sus problemas y su repercusión en la jurisprudencia puertorriqueña

Fue como consecuencia de la reforma producida en España, al aprobarse el texto refundido de 1944-46, que en las revistas de aquella nación comenzó a discutirse ampliamente la noción de tercera protegida con fe pública registral, discusión que se manifestaría incluso en los años de la década de los sesenta con gran carga polémica, y que todavía subsiste con carácter doctrinal. El tema sería irrelevante para el Derecho puertorriqueño, si no fuera por el modo que tiene el Tribunal Supremo de Puerto Rico de practicar el Derecho comparado: mediante lectura de los libros y manuales de los autores, haciendo completa abstracción acerca de las normas que son objeto de estudio en dichos textos, así como de la propia realidad de cada país. La cita, alegre y festiva, del o de los autores —sin conocer su pensamiento en la totalidad—, contradictoria con harta frecuencia, hace que en el razonamiento judicial de la decisión aparezca importado el problema externo, por adoptarse la solución que mejor satisfaga al capricho judicial del momento, aunque los textos normativos puertorriqueños sean completamente distintos. Y así, buena parte de los problemas surgidos en España con su Ley Hipotecaria, texto refundido de 1944-46, pasaron a convertirse en problemas de la Ley Hipotecaria puertorriqueña de 1893, no empece que ambas —respondiendo a un

mismo impulso original— corrían por caminos distintos. Ciertamente, modificada la legislación puertorriqueña por la Ley Hipotecaria de 1978, que se abanderiza francamente por la postura doctrinal asumida por ROCA SASTRE —lo que no excluye algunos apuntes antagónicos con el pensamiento de este autor—, interesa sobremanera conocer la problemática de la legislación española sobre la materia para poder comprender la legislación puertorriqueña. Conviene, pues, dedicarse al análisis de algunas cuestiones de Derecho español en este aspecto, como punto de partida para deducir conclusiones acerca de la Ley Hipotecaria puertorriqueña vigente.

III. LA DETERMINACIÓN DE TERCERÍA PROTEGIDA EN DERECHO ESPAÑOL. SUS REPERCUSIONES EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO. LA TERCERÍA EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO

A) LAS INNOVACIONES DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA DE 1944-46

Resumen CHICO Y BONILLA (12) las razones de la reforma de 1944, debido a las críticas sufridas por la reforma de 1909 (producto de la Ley Hipotecaria para Provincias de Ultramar de 1893, que le sirvió de modelo); la profundización de los estudios del Derecho Inmobiliario Registral, de manifiesta tendencia germanizante, que llevaron a considerar insuficiente, conforme con el modelo alemán a la legislación española, generando un total divorcio entre el propio sistema español y la doctrina (que se producía por cauces totalmente ajenos a la ley); y, en fin, por el divorcio entre el sistema y la vida, dada la intensa corriente desinscribitoria que se produjo en España.

Como caracteres de la reforma se cita: ser una ley de reforma global, con una profunda tendencia germanizante (manifestada en el refuerzo de la fe pública y de la legitimación registral) y facilitando la inmatriculación de fincas mediante numerosos procedimientos diversos para combatir la práctica desinscribitoria anterior.

En el tema que nos ocupa, la ley rechaza la admisión de títulos inscribibles no inscritos en organismos oficiales judiciales y administrativos, si el fin de la presentación ante los mismos fuese el perjuicio de tercero, a quien se ampara en el artículo 34, sin otro trámite que reunir los requisitos legales, siendo entonces mantenido en su adquisición; y desaparece del texto legal el concepto de tercero que había sustentado el anterior artículo 27.

(12) CHICO Y BONILLA, *Apuntes de Derechos Hipotecarios*, I, págs. 61 y sigs., *passim*.

El texto de 1944 modificaba directamente un conjunto de artículos de la Ley de 1909; y el texto de 1946 producía una nueva redacción de toda la Ley Hipotecaria para armonizar su articulado.

Este texto refundido de 1946 orquesta un sistema registral con las siguientes características, en lo que aquí interesa:

- 1.^a El registro es de títulos de trascendencia real. Ciertamente el documento público requerido, que es, al tiempo, expresión equivalente a la entrega, asegura aquel carácter, publicando el Registro derechos reales.
- 2.^a Se refuerza la inscripción, consignando la inadmisión de títulos en perjuicio de tercero en organismos oficiales, si bien con menor energía que en el texto anterior. Se mantiene optativa y declarativa.
- 3.^a Se pretende precisar la noción de tercero protegido, que en la vieja doctrina había creado, como ya se dijo, dudas. Lo que no quedó claro es si el legislador logró su intención o, muy por el contrario, vistos los resultados, entorpeció, otra vez y más intensamente, la precisión de tal concepto. Y, así, se dirá en la Exposición de Motivos que, «a los efectos de la *fides pública* (*sic*), no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa».

En esta perspectiva, el problema que se vino planteando entre los autores españoles era, inicialmente, uno desdoblable en dos:

- a) ¿Encierra la Ley Hipotecaria española un concepto de tercero, o por el contrario, son dos conceptos diversos, uno correspondiente al artículo 32 de dicha Ley, otro relativo al artículo 34 de la misma con sus concordantes?
- b) Por consecuencia de ello, si el tercero es un adquirente registral, o por diverso, es un subadquirente registral.

B) LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL DERECHO ESPAÑOL QUE ESTÁN EN JUEGO

Como el problema es uno de interpretación de las normas conviene dar traslado de las mismas, al menos de aquellas mínimas que son eje del problema, dado que no siempre el texto legal es coincidente con el que existe en Puerto Rico, menos aún el que existía antes de la Ley Hipotecaria de 1978.

Y, así, hay que citar:

Artículo 606 del Código Civil español, de texto exactamente igual al artículo 546 del Código Civil de Puerto Rico.

Artículo 608 del Código Civil español, de texto exactamente igual al artículo 548 del Código Civil de Puerto Rico.

Artículo 32 de la Ley Hipotecaria de España. Disponía el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1893: «Los títulos mencionados en los artículos 2 y 5, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro, no podrán perjudicar a tercero (...)».

Artículo 33 de la Ley Hipotecaria española, igual al texto puertorriqueño de 1893.

Artículo 34 de la Ley Hipotecaria española y el artículo 34 de la derogada ley puertorriqueña establecía: «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 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, salvo lo dispuesto en el artículo 289.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título».

Artículo 36 del texto español.

Disponían los artículos 35, 36 y 37 de la ley puertorriqueña:

Artículo 35: «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta ley».

Artículo 36: «Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior:

1. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el registro.
2. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes:

Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiera entablado dentro de un año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta».

Artículo 37: «En consecuencia, de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los actos o contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes:

1. Por revocación de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el registro.
2. Por causa de retracto legal en la venta o derecho de tanteo en la enfiteusis.
3. Por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago.
4. Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita.
5. Por causa de lesión en los casos 1 y 2 del artículo 1.243 del Código Civil.
6. Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, con exclusión de las exceptuadas en el artículo anterior.
7. Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes o fueros especiales concedan a determinadas personas para rescindir contratos, en virtud de causas que no consten expresamente de la inscripción.

En todo caso en que la acción resolutoria o rescisoria no se pueda dirigir contra el tercero, conforme a lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios por el que los hubiere causado».

Otros artículos de la ley española, que se refieren a la expresión tercero, son: 11, 13, 15, 28, 31, 40, 69, 76, 97, 114, 115, 116, 120, 142, 144, 157, 207, 225 y 313, al menos entre los más principales.

C) LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Cabe aprovechar el esfuerzo ajeno, evitando dar traslado de todas y cada una de las tesis, remitiéndome al excelente resumen debido al esfuerzo del gran jurista y buen amigo AMORÓS GUARDIOLA (13), al intervenir en la polémica

(13) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», en *RCDI*, núm. 463, 1967, págs. 1523 y sigs., con referencia a: CARRERERO GARCÍA, Tirso, *Retornos al Código Civil (II)*, misma revista, núms. 440-441, 1965, págs. 75 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M.^a, *El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, misma revista, núms. 466-467, 1965, págs. 781 y sigs.; VILLARES PICÓ, *La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción*, misma revista, núm. 453, 1966, págs. 363 y sigs.; GÓMEZ GÓMEZ, *En torno a la polémica Carrero-Roca*, misma revista, núm. 453, 1966, págs. 379 y sigs.; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, I, pág. 384; SANZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, págs. 411 y sigs.; COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1956, págs. 216 y sigs., 220 y sigs.; HERMIDA LINARES, M., «La tradición y la

mica doctrinal que provocó el trabajo de Tirso CARRETERO GARCÍA (14). Decía AMORÓS en su conferencia, aparecida luego como artículo, que «el problema se plantea en orden a decidir... si la figura del tercero protegido por el artículo 32 es equivalente o distinta del tercero protegido por el artículo 34». «...los autores se encuentran muy divididos al tratar este problema». Y exponía, debidamente encuadrados, a los defensores de cada tesis.

De otro lado, quienes defienden el carácter semi constitutivo de la inscripción registral (inscripción conformadora, con convalidante, autores como LA RICA, RAMOS FOLQUÉS, etc.) llevan, naturalmente, a configurar al tercero como un adquirente, frente al criterio, asimismo mayoritario, de considerar al tercero como un subadquirente de un titular registral. Problema que se suele ilustrar con el ejemplo de la doble venta de una misma cosa, invocándose el artículo 1.362 del Código Civil (art. 1.473 del Código Civil español), en su párrafo segundo, que suele entenderse como diciendo que la propiedad pertenecerá al comprador que primero inscriba.

D) CONCLUSIONES PROVISIONALES RESPECTO DEL DERECHO ESPAÑOL

Escindida en dos la doctrina española, siendo todavía mayoritaria la concepción monista del tercero, es aún más intensa la corriente que, con referencia al artículo 32 de la ley («tercero latino»), reclama también en él la buena fe como exigencia para su protección, ampliamente fundada en el estudio de los antecedentes históricos. Es asimismo, la posición mayoritariamente asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España: sin buena fe, no hay protección. Y es ésta la paradoja de la problemática encerrada en la legislación hipotecaria, que nace de un verdadero fraude jurídico (en puridad, la adquisición de bienes por la burguesía ascendente, provocada por un golpe

inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles», en *RCDI*, núm. 457, págs. 1401 y sigs.; DEL HOYO, *Otra vez el concepto de tercero*, misma revista, 1949, núm. 256, págs. 566 y sigs.; NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *El Registro de la Propiedad Española*, misma revista, núms. 250-251, 1949, págs. 69 y sigs.; BALLARÍN, A., «Notas críticas: El Registro de la Propiedad Española», en *ADC*, II-II, pág. 680; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1949», en *ADC*, II-IV, pág. 1340, nota 26; VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», en *RCDI*, núm. 252, 1949, págs. 289 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, en colaboración con SANCHEZ REBULLIDA, Zaragoza, 1957, págs. 232 y sigs.; NÚÑEZ LAGOS, R., *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*, Discurso de recepción en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962, págs. 72 y sigs.; HERNÁNDEZ GIL, F., *Introducción al Derecho Hipotecario*, Ed. RDP, Madrid, 1963, págs. 165 y sigs.

(14) CARRETERO GARCÍA, Tirso, *Retornos al Código Civil*.

político que generalizó las adquisiciones *a non domino*, dudosamente legalizado y de posible impugnación, base de un deseable financiamiento con garantía en esas adquisiciones). Escribe TOMÁS Y VALIENTE, con referencia a aquel momento histórico: «Creo que en muchos miembros del partido moderado puede adivinarse el siguiente razonamiento más o menos inconsciente: «nosotros ya nos hemos enriquecido bastante; califiquemos de respetables las enajenaciones de bienes del clero secular, con lo cual al defender los intereses económicos de la Iglesia, conseguiremos que ésta olvide, y aun sane las anteriores ventas; prometamos no desamortizar más, y consideremos como despojo injusto la desamortización de bienes del clero secular», manifiesta contradicción de difícil encaje armónico en un texto legal. Pero eso fue en 1861. Y quizá no sea buen argumento invocar aquella ley para interpretar la de 1944-46, que ya no atendía tal problema. En 1861 hubiera sido difícil reclamar buena fe en los compradores de bienes desamortizados (institucionalmente hablando), aunque existiese individualmente en muchos casos. En 1944-46 sería común su presencia.

En todo caso, lo que interesa del Derecho español es que parece haber servido de base al reformador puertorriqueño, sobre todo orientado directamente por la obra de ROCA SASTRE, aunque me temo que no bien formulada en las normas.

E) EL INFLUJO DE ROCA SASTRE EN LA LEY HIPOTECARIA DE PUERTO RICO DE 1978

Son numerosos los Preceptos de la Ley Hipotecaria que se refieren al tercero, en concreto, los siguientes: artículo 28: «La existencia o ausencia de gravámenes sobre los bienes inmuebles o derechos reales podrá acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro...».

Artículo 38.5.º con referencia a los derechos convencionales de tanteo y retracto, que «afectarán a terceros sólo desde la fecha de su inscripción en el Registro».

Artículo 53: «Los títulos inscritos surtirán efecto en cuanto a terceros desde la fecha de su inscripción...».

Artículo 105, ya conocido.

Artículo 107: «El tercero que adquiere protegido por el artículo 105 el dominio o cualquier derecho real, quedará amparado por la fe pública registral frente a un usucapiente, bien sea por prescripción ordinaria o extraordinaria, si desconocía la usucapición consumada o en curso a favor de persona distinta de su transmitente, y si dentro de un año luego de la adquisición interpone acción judicial adecuada para negar los efectos de la usucapición consumada antes de la adquisición o dentro de dicho plazo. Transcurrido dicho término cesará para el

tercero la protección concedida en este artículo y se juzgará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil».

«Cuando la posesión sea de una servidumbre negativa que puede adquirirse por prescripción, el plazo de un año se contará desde que el tercero conoció su existencia, o en su defecto, desde que se produjo, ya en su posesión el predio sirviente, un acto obtativo a la libertad de éste».

«Los derechos reales limitativos del dominio que no impliquen posesión, adquiridos sobre derecho ajeno por un tercero que reúna los requisitos fijados en el artículo 105, no serán afectados por la usucapión extrarregistral del derecho sobre el cual recaen».

«El tercero adquirente de derechos reales tendrá frente a los efectos de la prescripción extintiva, la misma protección que este artículo provee contra los efectos de la usucapión».

«El que adquiera del tercero tendrá los derechos que este artículo le concede a su causante, siempre que cumpla con los mismos requisitos y con los establecidos en el artículo 105».

Artículo 108: «En virtud de lo dispuesto en el artículo 105, las acciones rescisoria y resolutoria que deban su origen a causas que consten como tales explícitamente en el Registro perjudicarán a tercero».

«Podrán rescindirse las enajenaciones hechas en fraude de acreedores cuando el segundo o posterior adquirente fuere cómplice en el fraude o se le haya transmitido el derecho por título gratuito, siempre que en ambos casos la acción sea ejercitada en el plazo de cuatro años contados desde el día de dicha enajenación».

«Perjudicarán también a tercero las acciones de retracto legal, en los casos y los términos que las leyes establecen».

Artículo 109: «Asimismo, no se anularán ni rescindirán los actos y contratos en perjuicio de tercero por ninguna de las causas siguientes:

- «1.^a Por revocación de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro».
- «2.^a Por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida o derecho transmitido, si no consta en la inscripción haberse garantizado dicho aplazamiento en la forma que establece el artículo 88».
- «3.^a Por la doble venta de una misma finca o derecho, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita y salvo el caso de que el adquirente inscrito no hubiera obrado de buena fe».
- «4.^a Por causa de lesión en los casos 1.º y 2.º del artículo 1.243 del Código Civil».
- «5.^a Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, exceptuándose las comprendidas en el artículo anterior».

«6.^a Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes concedan a determinadas personas para rescindir contratos en virtud de causas que no consten explícitamente del Registro».

«En todo caso que la acción resolutoria o rescisoria no se puede dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la acción correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios por el que los hubiere causado».

Artículo 110: Relativo a las formas de rectificar la inexactitud registral, cuyo último párrafo indica que: «en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por tercero que reúna las condiciones fijadas en esta ley».

Artículo 111: «Los herederos y legatarios tendrán la misma protección que hubiere tenido su causante de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 105. Tendrán plena protección según el antedicho artículo, los terceros que adquieran de herederos forzosos, aunque sean éstos mejorados o legatarios. Los terceros adquirentes de herederos voluntarios o de legatarios que no sean a su vez herederos forzosos, al igual que sus sucesores en título, tendrán el beneficio de la fe pública registral a partir de dos años desde la inscripción del título hereditario de su transmitente, aunque hayan adquirido dentro de ese plazo».

Artículo 125: «Podrán registrarse los títulos en que se enajenen o graven bienes inmuebles anotados...».

«Si antes de que el acreedor haga efectivo su crédito, pasare el bien o derecho anotado a manos de un tercero poseedor o subadquirente, éste, acreditado su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, y el Tribunal lo acordará así sin paralizar el curso del procedimiento, disponiéndose a su vez que se entiendan con el los trámites ulteriores, como subrogado en el lugar y grado del deudor, pero sólo en cuanto a los efectos de la ejecución del bien o derecho anotado...»

Artículo 154: «La rectificación de un error surtirá efecto desde la fecha en que la misma tuviera lugar, fecha que deberá constar en el asiento mismo de rectificación, sin perjuicio del derecho que puedan tener los terceros para reclamar contra la falsedad o nulidad del título...»

Artículo 171: «Fijada en la inscripción la parte del crédito de que deba responder cada uno de los bienes o derechos hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero sino por la cantidad a que respectivamente estén afectados...»

Artículo 185: «La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condición suspensiva inscrita surtirá efectos contra tercero desde su inscripción...»

Artículo 187: «Todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior... no surtirá

efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva...»

El artículo 189, relativo a permuta, posposición y reserva del rango hipotecario, que determina en su último párrafo: «La toma de razón de la posposición a favor de hipoteca futura afectará únicamente a terceros adquirentes de la hipoteca pospuesta».

El artículo 190, relativo al aseguramiento de intereses en el préstamo hipotecariamente garantizado, con expresa inscripción, indicando su proposición segunda que: «El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados para el pago de los intereses vencidos cualquiera que sea la época en que daba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá extender la cantidad que por ella se reclama de la garantizada con arreglo al artículo 166».

El artículo 200, que al constituir hipoteca legal a favor del Estado y sus municipalidades, indica en su proposición última que «esta hipoteca legal tiene carácter de tácita y determina una preferencia a beneficio de sus titulares sobre todo otro acreedor, y sobre el tercer adquirente, aunque haya inscrito sus derechos».

El artículo 203, relativo al requerimiento de pago en trámites de ejecución del crédito hipotecario por vía sumaria, que indica en su párrafo primero, proposición última: «También será requerido el tercero poseedor o titular de la finca o derecho real gravado si hubiese inscrito o acreditado fehacientemente al acreedor su adquisición». Y añaden los párrafos segundo y tercero la oportuna referencia al tercer poseedor en trámites de dicho requerimiento.

El artículo 227, según el cual: «si antes de que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada pasare ésta a manos de un tercer poseedor...», puede éste personarse en el juicio y se entiendan con él las diligencias.

El artículo 233, que impide suspender el procedimiento: «...ni por la muerte del deudor o tercer poseedor...», salvo que... «Segundo: se interpusiese una tercería de dominio...».

El artículo 244, que refiriéndose a los efectos de la inmatriculación derivada de expediente de dominio, indica que: «La declaración de estar o no justificado el dominio no impedirá la incoación posterior del juicio ordinario contradictorio por quien se considere perjudicado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105 respecto a tercero».

Finalmente, el artículo 252, párrafo segundo, relativo a la admisión «en perjuicio de tercero» del documento no inscrito si la presentación tiene por objeto corroborar otro título posterior...

Aparte los preceptos citados, se da una velada alusión a la tercería, bajo la expresión «publicidad registral», en los artículos 83 («Los derechos reales

limitativos, los de garantía y en general cualquier gravamen o limitación del dominio o de los derechos reales, debería constar mediante inscripción en la finca o derecho sobre que recaigan, para que gocen de publicidad registral», y 249 (relativo a inmatriculación de bienes del Estado, sus instrumentalidades y municipios, constando su posesión por diverso plazo para que gocen de publicidad registral); y se alude al subadquirente en el artículo 103 («La opción inscrita tendrá la condición de riguroso gravamen conforme a las disposiciones de esta ley y perjudicará, de acuerdo con sus términos, a los subsiguientes del bien sujeto a la misma»), 125 (relativo a los efectos de la anotación preventiva cuando el bien pasare a manos de «un tercer poseedor o subadquirente»), y se alude al adquirente en el artículo 146 («La cancelación hecha de acuerdo a lo establecido en el art. 147, hará presumir la extinción del derecho a que dicho asiento se refiere y todo posterior adquirente del inmueble o derecho liberado, será plenamente favorecido por tal presunción, bajo las condiciones que establece el art. 105»).

Si se contrasta la redacción de los preceptos citados, surge de inmediato que la constante alusión al artículo 105 es plena admisión de la tesis monista del tercero. De otro lado, y paradójicamente la omisión de toda suspensión de efectos de fe pública relativa a las inmatriculaciones (argumento de ROCA), queda en el nuevo texto en el aire, con la salvedad de las inmatriculaciones posesorias a favor del Estado, instrumentalidades públicas y municipalidades, lo que, indudablemente, es una forma de eludir el problema por la vía de silenciarlo. Además, la fórmula del artículo 53 no es correspondiente con la del artículo 32 español (lo no inscrito no perjudica a tercero; al formularse positivamente: lo inscrito perjudica a tercero, que no es lo mismo. Y el cambio es conscientemente realizado: el artículo 180 del Proyecto de 1967 mantenía la fórmula tradicional: «Los títulos expresados en los artículos 120 y 127 deberán estar debidamente inscritos para que produzcan los efectos que este Código señala a los distintos asientos y a los actos y objeto de ellos, respecto a tercero»).

Siendo ésta, igualmente, la posición de la jurisprudencia siquiera sea, más como excusa de sus fallos inexcusables, que como argumento técnico-jurídico debidamente matizado y acreditado (es una excepción la decisión recaída en *Banco de Santander v. Rosario Cirino*, ya citada, en que el Tribunal argumenta una admisión de buena fe —erróneamente afirmada como discrepante de la doctrina española, lo que no es cierto— de forma consciente, aunque sin entrar tan siquiera al problema de la tesis dualista o monista del tercero, aunque «resucite» el fallo recaído en *Pascual v. Fernández Sierra*, 108 DRP 426), parece que la reforma puertorriqueña se hace con pleno conocimiento de sus consecuencias. Consiguientemente, hay que concluir que la Ley Hipotecaria de 1978 recoge la tesis monista del tercero, de modo tal que todo tercero para ser amparado por la publicidad registral, en su ma-

nifestación legitimadora como de fe pública, debe reunir los requisitos señalados en el artículo 105 y concordantes del texto legal. Así pues, es manifiesta la influencia de la doctrina mayoritaria española en este tema, que llega, obviamente, por medio del esfuerzo de ROCA SASTRE. Como ha de verse a lo largo de esta exposición, el pensamiento de ROCA SASTRE es recogido en sus expresiones doctrinales, lo que es, a la vez, causa de algunos serios problemas de interpretación, por ejemplo, ante el tema de la inexactitud registral a que alude el artículo 105 de la Ley como ya se expuso.

F) LA NOCIÓN DE TERCERO EN DERECHO PUERTORRIQUEÑO. CRÍTICA

Con todo lo hasta ahora indicado, es claro determinar que en la tradición inmobiliario-registral puertorriqueña el tercero es siempre un subadquirente de un titular registral, cuyo cedente ve anularse su titularidad por circunstancias que no constan claramente del Registro. Si ese tercero reúne los requisitos legalmente exigidos en el artículo 105, es amparado por virtud del alcance propio de la fe pública registral.

Este es el concepto que se pretende señalar en el artículo 105 de la ley vigente. Concepto que, no obstante, se complica ante una obsesión defensiva de tercería, que se manifiesta en preceptos cuales, el propio artículo 105, párrafo segundo: el artículo 107, con sus pretensiones imposibles y el silencio de la ley acerca del efecto de la inmatriculación.

Naturalmente, cuando ahora me refiero al tercero, estoy expresando la idea del tercero protegido, es decir, el llamado tercero hipotecario, presupuestos sus requisitos. Y veamos ahora las razones del apunte crítico ahora mismo indicado.

La clara idea de tercería fijada en el artículo 105 comienza a desdibujarse ante el artículo 107, que indudablemente plantea el tema de la usucapión *secundum tabulas* y contra *tabulas*. Su antecedente es, claramente, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria española.

El artículo 107 pretende refundir muchas ideas en pocas palabras, y de ahí el error. Dice: «El tercero que adquiere protegido por el artículo 105, el dominio o cualquier derecho real que implique posesión, quedará amparado por la fe pública registral frente a un usucapiente, bien sea por prescripción ordinaria o extraordinaria, si desconocía la usucapión consumada o en curso a favor de persona distinta de su transmitente, y si dentro de un año luego de la adquisición interpone acción judicial adecuada para negar efectos de la usucapión consumada antes de la adquisición o dentro de dicho plazo. Transcurrido dicho término cesará para el tercero la protección concedida en este artículo y se juzgará el título y contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

«Cuando la posesión sea de una servidumbre negativa que pueda adquirirse por prescripción, el plazo de un año se contará desde que el tercero conoció su existencia, o en su defecto, desde que se produjo, ya en su posesión el predio sirviente, un acto obtativo a la libertad de éste».

«Los derechos reales limitativos del dominio que no impliquen posesión, adquiridos sobre derecho ajeno por un tercero que reúna los requisitos fijados en el artículo 105, no serán afectados por usucapión extrarregistral del derecho sobre el cual recaen».

«El tercer adquirente de derechos reales tendrá, frente a los efectos de la prescripción extintiva, la misma protección que este artículo provee contra los efectos de la usucapión».

«El que adquiera del tercero tendrá los derechos que este artículo le concede a su causante, siempre que cumpla con los mismos requisitos y con los establecidos en el artículo 105».

El artículo 36 de la Ley Hipotecaria española otorga al titular registral un plazo adicional de un año para oponerse a la usucapión consumada en el mundo civil o extrarregistral. Consecuentemente, ese mismo plazo le es extendido al tercero, para que, habiéndose consumado extrarregistralmente una usucapión de la finca por él adquirida mientras tanto, de lo cual no tenía conocimiento, pueda oponerse a ella. Ha ocurrido que el usucapiente reclama el lugar registral del cedente del tercero. Al no hacer el Registro indicación alguna porque figura como titular registral quien no lo era al momento de la transmisión al tercero, a éste se le concede el *interdicto posesorio* inherente a la legitimación registral (art. 104 de la ley). Naturalmente, quien ha usucapido demanda al titular vigente en el Registro, quien será, obviamente, el tercero protegido, que automáticamente *será parte frente al usucapiente*. Por ello la expresión del artículo 36 de la ley española, que alude a los «titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34».

No es esto, sin embargo, lo que dice el artículo 107 de la Ley puertorriqueña, aunque sea lo que quiso decir, tomando referencia de ROCA SASTRE. En efecto, en esta ley no se protege al titular registral que tenga condición de tercero, sino al «tercero que adquiere protegido por el artículo 105», esto es, quien de «buena fe y a título oneroso adquiere de titular registral que ve anulado su título». Por contrario de la legislación española, el artículo 107 parece olvidar que el usucapiente va a atacar el título del tercero, que es titular registral; y sería este título el que se anulase o resolviese por los efectos de la usucapión misma, si no fuese por la especial legitimación del año, contada desde la culminación de la usucapión que enfrentar al usucapiente. Por ello nunca se va a resolver el título del otorgante del tercero, y nunca puede operarse la protección del artículo 105 de la ley. Si se lee a ROCA SASTRE en el Tomo I, págs. 573 y sigs., edición de 1948, que en nada cambia respecto de las posteriores, se observará cómo ha servido de modelo

al legislador puertorriqueño; olvidándose éste la ordenación normativa por recepción del concepto doctrinal. Con lo cual, no sólo no mejora el texto español, de suyo oscuro, sino que lo perjudica grandemente. Lo que aquí interesa es que, junto a un concepto de tercero, que resulta quien no es parte en el acto o contrato inscrito, surge ahora un tercero que sí es parte, por lo que no puede ser tercero.

Si seguimos la lectura del artículo 107, en su párrafo último podemos entender el mismo con doble alcance: como precepto limitado a los alcances de la usucapión; como norma general alusiva a la fe pública. En ambos casos, sin embargo, deviene en innecesario e imposible, oscureciendo aún más la noción de tercero que ahora ni es parte ni es tercero, sino que es un cuarto a quien se reclama ser tercero, al tiempo que debe ser parte.

En efecto, si estimamos que el párrafo último del artículo 107 es norma general referible a toda situación que alcance la fe pública registral, decir, que quien adquiere de un tercero está protegido por fe pública, aparte de ser un equívoco, es innecesario. Sería un equívoco porque, manteniendo el tercero en su adquisición (art. 105), las transmisiones posteriores no se afectan por la resolución del título del transmitente del tercero. Este como cesionario, ve limpiarse su título; y consiguientemente, los posteriores adquirentes adquieren en firme. La fe pública no les hace falta en absoluto. Pero el artículo 107, párrafo quinto, va mucho más allá. Porque tal efecto, de pretendido amparo con fe pública registral, queda sujeto a unos requisitos que vienen a indicar que quien adquiere de un tercero protegido, no queda protegido. En efecto, los requisitos que se le pidan son de imposible cumplimiento. De un lado, se reclama que sea titular registral, triunfante frente a un usucapiente («el que adquiere del tercero tendrá los derechos que este artículo le concede a su causante, siempre que cumpla con los mismos requisitos y por ello no ser tercero»); pero de otro lado, se le reclama, además, que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 105, esto es, ser tercero, cuando el propio párrafo le señala como adquirente del tercero. En suma, como se dijo, se trata de un titular registral, que debe ser tercero, al tiempo que es cuarto.

Limitando el significado del artículo 107, párrafo quinto, a su lugar de inclusión sistemática, es decir, a la usucapión, la hipótesis es clara. Un tercero se enfrenta en tiempo hábil con quien ha culminado la usucapión, la cual no prospera respecto de él, siendo los simples efectos de dicha usucapión, por ejemplo, que quien vendió al tercero ahora titular pueda reclamar al cedente el precio de venta (porque triunfó su usucapión y era él el verdadero propietario). Detenidos los efectos de la usucapión, el que adquiere de ese titular registral no tiene los mismos derechos que el artículo 107 otorga a su causante; primero, porque no hay usucapión contra él, que adquiere en firme; seguidamente, porque tampoco puede, a la vez, reunir los requisitos del artículo 105.

La idea del legislador, tan torpemente expuesta, parece ser: culminada una usucapión extra tabular, pretendiendo el usucapiente inscribir su derecho, en esa fase, el titular registral transfiere a un tercero, quien inscribe y a su vez, transmite de nuevo. Obviamente, el cedente de este tercero desaparece de la escena, y la contención del usucapiente se remitirá siempre al actual titular registral, único tercero.

Pero como queda dicho en el artículo 107, la hipótesis imposible es otra: que el usucapiente, por desidia del titular registral «tercero», ve triunfar su reclamo, e inscribe, fase en la cual ese titular «tercero» cede su derecho a otro, que ya no puede inscribir por haberlo hecho el usucapiente. Porque si pudo inscribir, estamos en la hipótesis anterior. Y si no puede inscribir, nunca incide en las exigencias del artículo 105 de la ley.

Por todo lo indicado, resulta que la noción de tercero, no definida por el legislador, bien perfilada en el artículo 105, se desfigura totalmente con el artículo 107.

La razón de tanta confusión es clarísima. El legislador, al tomar partido por la tesis monista del tercero, reclama siempre buena fe, onerosidad, etc. Admite la tesis de ROCA SASTRE, de la jurisprudencia española y de la puertorriqueña, frente a la de un amplio sector hipotecarista. Lo cual no es criticable en absoluto, muy por el contrario. Pero el modo de formularlo, reconduciendo el concepto al entero artículo 105, hace que no solamente los requisitos de tercería, sino la misma posición se integre en el concepto del artículo 107. Naturalmente, se produce la inevitable explosión. Y un claro ejemplo correspondiente al dicho de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: la letra, mata; el espíritu, vivifica. Pero hay que realizar una interpretación tan próxima al espíritu y tan alejada de la letra, que puede resultar peligrosa. En todo caso, será la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien tenga la última palabra.

Y quizá se opera una eficacia que debilita la finalidad perseguida por el Registro de la Propiedad: la seguridad jurídica del tráfico que, posiblemente, requiere un mayor automatismo, acogiendo una noción de buena fe, propia del sistema alemán, más que una noción pseudocanónica como confianza en el Registro. Por eso, el propio ROCA SASTRE, ante el ejemplo de la doble venta, reconoce que si el segundo comprador inscribe, adquiere en firme, aunque conociese de la primera venta; criterio que aunque no combatido por la jurisprudencia puertorriqueña (no hay tal, aunque se diga lo contrario, en *Jordán Rojas v. Padró González*, 1975, 103 DPR 813, o en *George Dennis v. Metro Invertors Corp. v. City Federal Savings and Loan Ass'n, C.A.*, 88-46; ni tan siquiera en *General Office Products Corp. v. Capen's Sons, Inc.* 115 DPR 547; aunque no es menos cierto que el apunte jurisprudencial, relativo a los contratos en perjuicio de tercero, y el uso genérico de una noción de buena fe sin matices ni concreciones, como se hace en *Pascual v. Fernández Serra*, 1978, 108 DPR 426, o *Banco Santander v. Rosario Cirino*,

C.A., 90-100, podría llevar a unas conclusiones de la buena fe, que podría invertir la jerarquía de las relaciones jurídicas, pasando las de simple eficacia obligacional a alterar las de índole real; y, en fin, desembocando en una noción de buena fe ya canónica. Y, no se olvide, fue la conciencia canónica la que difundió la Inquisición, tanto en el mundo católico como en el luterano).

Sin embargo, de todo lo dicho, sí puede concluirse que la idea de tercero como subadquirente viene resaltada en el artículo 105 de la ley (y es obsesión en el art. 107), al destacar la eficacia de la fe pública por resolverse o anularse el título del transferente, nulidad o resolución que no perjudican al tercero que ve frenados sus efectos. Y traído lo dicho al clásico ejemplo de doble venta —esto es, de títulos contradictorios e incompatibles, que es en donde aplica el ejemplo, y no en materia de derechos compatibles y sujetos a prioridad, como fue la falacia de *Pascual v. Fernández Serra*, 1978, 108 DPR 463—, puede apreciarse con claridad su funcionamiento: quien teniendo un título inscrito cede a una persona, que no inscribe, y vuelve a ceder a otra que sí lo hace, la titulación registrada de este segundo comprador puede ser cancelada, ya que al no convalidar la inscripción actos o contratos nulos, y no siendo aquel vendedor titular alguno en la segunda venta, el primer comprador puede deshacer la apariencia. Pero si, antes de actuar así este primer comprador, el segundo comprador y actual titular registral, cede su título a un tercero que actúe de buena fe, onerosamente, etc., este tercero no se verá afectado porque se anule o resuelva el título de su otorgante. Ello es así porque este tercero adquirió de quien en el registro aparecía con facultades para transmitir. Se da, de este modo una auténtica adquisición *a non domino*, que es común —y no exclusiva del ámbito hipotecario—, cual ocurre con los artículos 393, 1.855 del Código Civil, y artículos 57, 59, 60, 61, 242 del Código de Comercio; artículo 48 y Ley número 9 de 21 de febrero de 1928, sobre Resguardos de Almacenes de Depósito.

Es por ello que se explica la afirmación inicial del artículo 105, que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos ni altera las relaciones jurídicas de quienes sean parte en dichos actos o contratos. Porque si la simple inscripción subsanase posibles vicios, esa proposición inicial se vería totalmente frustrada; aparte que el titular que inscribe nunca sería un tercero, naturalmente, sino parte en la relación jurídica que es objeto de nulidad o resolución, etc. De ahí la proposición del artículo 111 de la ley, que no extiende la fe pública registral a los adquirentes por título *mortis causa*, al determinar que «los herederos y legatarios tendrán la misma protección que hubiere tenido su causante», ya que los mismos se consideran como identificación de la propia personalidad del *de cuius* (arts. 1.209, 610 del Código Civil en contra: art. 25 del Código Civil: la personalidad se extingue por la muerte).

En conclusión, es *tercero hipotecario* en Derecho puertorriqueño, el subadquirente de un titular registral, de buena fe, en una adquisición onerosa, que es inscrita en el propio Registro de la Propiedad, y que deviene en ineficaz por causas que no constan explícitamente del mismo Registro.

RESUMEN

PUBLICIDAD REGISTRAL

Concebido el Registro de la Propiedad como instrumento de seguridad dinámica del tráfico jurídico, históricamente pasa a convertirse en «sedes materiae» del tema la figura del «tercero», concebido como sujeto beneficiado por dicha seguridad. Posición del tercero que es cambiante al hilo de las modificaciones sufridas por la legislación hipotecaria española que influye en Puerto Rico, ya directamente mediante la aplicación de la Ley Hipotecaria para provincias de Ultramar, de 1893, ya, luego de la reforma española de 1944-46, mediante la importación jurisprudencial de los problemas españoles, en torno a la interpretación de aquella Ley, que lleva a cabo el Tribunal Supremo de Puerto Rico, manejando los textos doctrinales españoles, sin apreciar las diferencias existentes entre la normativa hispana y la portorriqueña. Ello devino en un influjo sensible del pensamiento de Roca Sastre, que plasmó en la nueva Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de Puerto Rico de 1979.

No obstante dicha plasmación, aunque ha seguido los criterios críticos del maestro de hipotecaristas españoles, no parece haber sabido plasmar de manera adecuada dichos criterios, lo que se pone de manifiesto en la configuración de la noción de «tercero», que, normalmente formulada en el artículo 105 de la Ley, equivalente al artículo 34 español, se desfigura enteramente ante la redacción dada al artículo 107, que «quiso ser» el 36 español, pero que, ante un seguimien-

ABSTRACT

REGISTRY DISCLOSURE

*Whereas the Property Registry is conceived as an instrument providing dynamic certainty of trade, historically speaking the figure of the «third party», conceived as the person who benefits from said certainty, becomes the *sedes materiae* of the issue. The position of the third party is a changing one that follows in the step of amendments to Spanish mortgage legislation. And Spanish mortgage legislation influences Puerto Rico, both directly, by means of the application of the 1893 Mortgage Act for Overseas Provinces, and, after the Spanish reform of 1944-46, by means of the importing of jurisprudence on Spanish problems. In interpreting the act, the Supreme Court of Puerto Rico handles Spanish doctrinal texts without observing the differences between Spanish and Puerto Rican law. As a result, considerable influence is attributed to the thoughts of Roca Sastre, which were embodied in the new 1979 Mortgage and Property Registration Law of Puerto Rico.*

Nevertheless, although said embodiment hewed to the critical criteria of the master of Spanish mortgage experts, it seems to have been unable to embody said criteria suitably. This is clear in the configuration of the notion of the «third party». The «third party» is formulated in the usual way in article 105 of the law (equivalent to article 34 of the Spanish act), but it becomes completely disfigured by the wording in article 107; article 107 «tried to be» article 36 of the Spanish act, but, torn between literally trac-

to literal de la crítica hecha al precepto por Roca Sastre, así como por la pretensión de resumir el texto español —de suyo objeto de fundadas críticas— deviene en un precepto sin sentido, contradictorio incluso del espíritu del 36 español, y de imposible aplicación, desdibujando, incluso, la noción de tercería del artículo 105. Problema hermenéutico que, por su parte y de otro lado, no parece haber recibido aclaración por parte de la jurisprudencia, quedando, por ahora, aparcado a la espera de una sensata —y ésta es la dificultad— aclaración jurisprudencial.

king Roca Sastre's critique of the article and a desire to summarise the Spanish text (itself the object of grounded criticism), article 107 is rendered nonsensical, even contradictory of the spirit of article 36 of the Spanish law, and impossible to apply. It even blurs article 105's notion of third-party intervention. A hermeneutic problem that, for its own part, moreover, does not appear to have received clarification from case law. For now it sits, waiting for some sensible —and there lies the rub— jurisprudential clarification.

(Trabajo recibido el 08-11-2005 y aceptado para su publicación el 11-07-2006)

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 21-2-2006

(BOE 4-4-2006)

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes Resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada desde el año 1995. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige para poder cancelar por caducidad la referida anotación que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 23-2-2006

(BOE 6-4-2006)

Registro de la Propiedad de Paterna, número 2

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: PARCELACIONES URBANÍSTICAS. LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO: FORMA DE ACREDITARLO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

Considerando que el Registrador no puede, al realizar la calificación, tener en cuenta informaciones obtenidas por medio de indagaciones que en

ningún caso debe realizar, o fruto de sus conocimientos personales, en la mayoría de las ocasiones, acreditado el transcurso del plazo legalmente establecido para la concesión de la licencia de parcelación por silencio administrativo, no tendrá elementos de juicio suficientes para estimar si el derecho obtenido por silencio es o no contrario al planeamiento, por lo que habrá de considerar concedida la correspondiente licencia. Será la Administración la que, por vía judicial, impugne la validez de dicha licencia y solicite del Juez la adopción de las pertinentes medidas que impidan que la inscripción desplace todos sus efectos.

Resolución de 23-2-2006

(BOE 4-4-2006)

Registro de la Propiedad de San Feliu de Llobregat, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de sendas anotaciones de embargo que constaban prorrogadas desde los años 1986 y 1988, respectivamente. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige, para poder cancelar por caducidad las referidas anotaciones, que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimanen.

Resolución de 24-2-2006

(BOE 4-4-2006)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. FORMA DE EMPLAZAMIENTO EN JUICIO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Para poder inscribir una escritura de elevación a público de un documento privado en procedimiento judicial, hallándose fallecido el vendedor y su herencia en situación de herencia yacente, no es suficiente haber dirigido la demanda contra los herederos desconocidos del mismo, sino que se requiere que el Juez adopte las disposiciones procedentes sobre la seguridad y administración de la herencia, designando un administrador que la represente y con quien sustanciar entretanto el procedimiento. En caso contrario, no se garantiza a los eventuales causahabientes del titular registral la posibilidad de intervenir en el procedimiento, y la resolución judicial así dictada incurriría en vicio de incongruencia con el procedimiento del que dimana, vicio que sí está sometido a la calificación del Registrador.

Resolución de 24-2-2006

(BOE 2-5-2006)

Registro de la Propiedad de Valencia de Don Juan

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO: CASOS EN QUE PROCEDE. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO: CASOS EN QUE PROCEDE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO: CASOS EN QUE PROCEDE.

Reiterando la doctrina consolidada en anteriores fallos, el Centro Directivo considera que no procede la inscripción de un Auto Judicial dictado en un expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido cuando el promotor de dicho expediente es el heredero del último titular registral, dado que no puede tal caso tener la consideración de auténtica interrupción del tracto y tener el cauce del expediente de dominio a estos efectos carácter de procedimiento excepcional. Conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el Registrador puede calificar la congruencia entre el procedimiento y el mandato judicial de él derivado, sin que ello signifique cuestionar la validez de fondo del fallo.

Resolución de 25-2-2006

(BOE 6-4-2006)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN. INADMISIÓN.

Se acuerda la inadmisión del recurso interpuesto ante la Dirección General, dado que no se ha aportado, después de haberlo requerido así el Registrador recurrido, el original o testimonio del título calificado y la acreditación de la representación que ostenta la sociedad recurrente.

Resolución de 27-2-2006

(BOE 10-4-2006)

Registro de la Propiedad de Vinaros

ANOTACIÓN PREVENTIVA: ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE INSCRIBIR. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES: PRINCIPIOS DE LEGITIMACIÓN, DE TRACTO SUCESIVO Y DE PRIORIDAD REGISTRAL. LA BUENA O MALA FE NO ES CONTROLABLE A TRAVÉS DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN: NO ES MEDIO ADECUADO PARA LA ANULACIÓN DE ASIENTOS YA PRACTICADOS.

Figurando la finca inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se ha seguido el procedimiento, los principios de interdicción de la indefensión, de legitimación registral y de tracto sucesivo obligan al Registrador a rechazar la práctica de la anotación solicitada, estando esta cuestión dentro del ámbito al que se extiende la calificación registral de los documentos judiciales conforme al artículo 100 del RH. El principio de prioridad registral impide tomar en consideración al calificar un documento, otros que hayan sido presentados con posterioridad. La buena fe del titular registral se presume siempre —art. 34 de la LH— y la desvirtuación de esta presunción sólo compete al ámbito jurisdiccional y no al de la calificación registral. El recurso contra la calificación del Registrador no es cauce adecuado para obtener la anulación de asientos ya practicados.

Resolución de 28-2-2006

(BOE 6-4-2006)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4

TRACTO SUCESIVO: FALLECIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL. ACREDITACIÓN DE QUIÉNES SON SUS HEREDEROS. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

El principio de tutela de la autonomía privada y de interdicción de la indefensión procesal exige que, no constando el consentimiento del titular registral en documento auténtico, para cancelar la inscripción de su derecho el referido titular registral haya tenido al menos la posibilidad legal de intervenir en el procedimiento judicial seguido al efecto, y si el mismo ha fallecido es necesario aportar la copia del testamento o declaración de herederos intestados para acreditar que todos los que tengan tal condición han sido oportunamente llamados al citado procedimiento.

Resolución de 1-3-2006

(BOE 8-4-2006)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canarias, número 5

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: NATURALEZA. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN: EL REGISTRO DE ENTRADA DEL COLEGIO NOTARIAL NO ENTRA DENTRO DE LOS ALUDIDOS EN EL ARTÍCULO 38.4 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RJA E Y PAC. CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA Y REQUISITOS. HERENCIA. NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA. PARTICIÓN DE HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL LEGITIMARIO.

El procedimiento registral puede calificarse como un procedimiento de naturaleza administrativa con algunos matices y se exige el cumplimiento de todas las garantías y formalidades derivadas de los artículos 24 y 149 de la Constitución. No es posible admitir como fecha de presentación del recurso contra la calificación la de entrega del mismo en el registro de entrada del Colegio Notarial, en tanto éste no es equiparable a estos efectos a los registros públicos mencionados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviem-

bre, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común. La calificación que realiza el Registrador ha de ser siempre y en todo caso verificada en tiempo y forma, con todos los requisitos que la Ley exige y ha de tener carácter unitario. Considerando que la legítima puede conceptuarse en el Derecho Común como una *pars bonorum*, resulta imprescindible, habiendo sobrevivido la madre legitimaria del causante, aunque después haya fallecido, que intervengan en la partición de la herencia los que acrediten ser causahabientes de dicha legitimaria.

Resolución de 2-3-2006

(BOE 6-4-2006)

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1

DOCUMENTO JUDICIAL: ACREDITACIÓN DE LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL A EFECTOS DE PRACTICAR INSCRIPCIONES DEFINITIVAS.

Mientras una resolución judicial no es firme, no cabe practicar como consecuencia de su ejecución provisional otro asiento que la anotación preventiva, de conformidad con el artículo 524.4 de la LEC. Deben entenderse firmes aquellas resoluciones contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la Ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado, sin que quepa hablar de un concepto distinto de firmeza a efectos registrales.

Resolución de 3-3-2006

(BOE 6-4-2006)

Registro de la Propiedad de Motilla del Palancar

COMUNIDAD: DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD: SITUACIÓN DE COEXISTENCIA DE USUFRUCTUARIO CON NUDO PROPIETARIO Y TITULARES DEL PLENO DOMINIO SOBRE DISTINTAS PARTICIPACIONES INDIVISAS DEL MISMO BIEN. EXISTENCIA DE CAUSA LÍCITA.

Sostiene el Centro Directivo que, sin necesidad de entrar en consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la especial situación de cotitularidad sobre la finca, es válido e inscribible el negocio con causa onerosa por el que se acuerda la extinción del usufructo a cambio de una contraprestación.

Resolución de 4-3-2006

(BOE 8-4-2006)

Registro de la Propiedad de Santa Pola

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de

diciembre de 2000, luego recogida en diferentes resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de varias anotaciones de embargo que constaban prorrogadas desde antes de la entrada en vigor de la LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige para poder cancelar por caducidad las referidas anotaciones que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimanen.

Resolución de 8-3-2006

(BOE 7-4-2006)

Registro de la Propiedad de Sueca

EJECUCIÓN: ORDINARIA: ANOTACIÓN DE EMBARGO CADUCADA. EFICACIA AUTOMÁTICA Y EX TUNC DE LA CADUCIDAD. IMPROCEDENCIA DE CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Habiendo caducado la anotación de embargo practicada a resultados del procedimiento de ejecución cuando el mandamiento de cancelación de cargas posteriores a la misma anotación se presenta en el Registro, no es posible acceder a tal cancelación de asientos posteriores, dado que el efecto automático de la caducidad provoca que los referidos asientos posteriores mejoren su rango jurídico al dejar de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba la anotación ahora caducada.

Resolución de 9-3-2006

(BOE 14-4-2006)

Registro de la Propiedad de Granadilla de Abona

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE APREMIO TRAMITADO POR UN AYUNTAMIENTO EN EL QUE SE ORDENA EL EMBARGO DE BIENES RADICANTES EN OTRO MUNICIPIO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: COMPETENCIA DEL ÓRGANO.

Con arreglo al artículo 8 de la Ley de Haciendas Locales carece un Ayuntamiento de competencia para realizar actuaciones de recaudación ejecutiva respecto de bienes radicantes en otros municipios. En consecuencia, no cabe anotar el embargo trabado en expediente administrativo seguido por un Ayuntamiento sobre una finca ubicada en otro término municipal, siendo este extremo —competencia del órgano administrativo que expide el documento— uno de aquéllos a los que se extiende la calificación registral de los documentos administrativos.

Resolución de 10-3-2006

(BOE 25-4-2006)

Registro de la Propiedad de Inca, número 2

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA: SÓLO ES ADMISIBLE EN CASOS CUYO OBJETO PUEDA PROVOCAR UNA ALTERACIÓN DEL CONTENIDO DEL REGISTRO.

Aunque el ámbito de la anotación de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica y por el propio Centro Directivo, a lo más que puede llegarse es a abarcar aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral. No cabe practicar anotación de demanda que sólo pretende la condena al pago de una cantidad de dinero.

Resolución de 11-3-2006

(BOE 18-4-2006)

Registro de la Propiedad de Puenteareas

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULO PREVIO ELABORADO *AD HOC* Y CON LA EXCLUSIVA FINALIDAD DE OBTENER LA INMATRICULACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ASPECTOS A LOS QUE SE EXTIENDE.

La simple sospecha de que el título por el que se acredita la previa adquisición del ahora transmitente ha sido elaborado exclusivamente a los efectos de obtener la pertinente inmatriculación, encubriendo una transmisión meramente instrumental, no puede ni debe bastar para suspender la inscripción. Pero cuando tal circunstancia resulta paladinamente de los propios documentos calificados —el documento fehaciente que se usa como título previo lo constituye una escritura autorizada por el mismo Notario que autoriza el documento inmatriculador el mismo día en que éste se autorizó y por las mismas personas, sólo que cambiando la condición de transmitentes y adquirentes— sí que debe el Registrador negar la inmatriculación de la finca.

Resolución de 13-3-2006

(BOE 25-4-2006)

Registro de la Propiedad de Cebreros

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: PARCELACIONES URBANÍSTICAS. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE AL TIEMPO DE OTORGARSE LA ESCRITURA.

Otorgada una escritura de segregación de una finca en 1979, debe aplicarse en su calificación la legislación vigente en aquella fecha. Si con arreglo a la misma se puede considerar que se verificó una parcelación urbanística ilegal procede la suspensión de su acceso al Registro, sin perjuicio de que el Registrador pueda optar por la remisión a las autoridades competentes en los términos establecidos en los artículos 79 y 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 14-3-2006

(BOE 18-4-2006)

Registro de la Propiedad de Pilar de la Horadada

EJECUCIÓN: ORDINARIA: ANOTACIÓN DE EMBARGO CADUCADA. EFICACIA AUTOMÁTICA Y *EX TUNC* DE LA CADUCIDAD. IMPROCEDENCIA DE CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Habiendo caducado la anotación de embargo practicada a resultados del procedimiento de ejecución cuando el mandamiento de cancelación de cargas posteriores a la misma anotación se presenta en el Registro, no es posible acceder a tal cancelación de asientos posteriores, dado que el efecto automático de la caducidad provoca que los referidos asientos posteriores mejoren su rango jurídico al dejar de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba la anotación ahora caducada. Las anotaciones prorrogadas en virtud de mandamientos presentados después de la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil caducan automáticamente una vez transcurrido el plazo por el que hayan sido prorrogadas.

Resolución de 15-3-2006

(BOE 18-4-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

DOCUMENTOS PÚBLICOS: INTEGRIDAD. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA. INSCRIPCIONES PARCIALES. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL TITULAR REGISTRAL. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RETRACTO EN CASO DE TRANSMISIÓN DE UNA MITAD INDIVISA.

No es exigible legalmente que todas las páginas de un mandamiento judicial estén selladas y rubricadas por el Secretario, pero el Registrador puede suspender la inscripción si alberga dudas razonables sobre la autenticidad de dichas hojas. Si resulta del mandamiento la firmeza actual de la resolución judicial, no será obstáculo a la inscripción el que se manifieste que en el momento de dictarla dicha resolución era recurrible. Hallándose el usufructo inscrito a nombre de persona distinta del demandado, puede practicarse la inscripción respecto de la nuda propiedad porque en este caso el despacho parcial no perjudica a nadie. Si del mandamiento no resultan todas las circunstancias personales del titular registral, el defecto puede subsanarse mediante instancia privada con firma legitimada. La transmisión por negocio oneroso *inter vivos* de la mitad indivisa de una finca urbana se halla sujeta a retracto arrendaticio conforme al artículo 25 de la LAU.

Resolución de 16-3-2006

(BOE 25-4-2006)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO: REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO E INMATRICULACIÓN DE FINCA. SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCAS: NECESIDAD DE LICENCIA.

Puede entenderse que existe verdadera interrupción del tracto sucesivo cuando falta por inscribir el título por el que se adjudicó parte de una finca

al causante cuyos herederos vendieron a quien ahora promueve el expediente. Si lo que se pretende es reanudar el tracto sólo respecto a parte de una finca, no es procedente tramitar el expediente con finalidad inmatriculadora, sino que habrá de ordenarse en el auto que se dicte la segregación de esa parte de finca con la pertinente licencia urbanística.

Resolución de 17-3-2006

(BOE 18-4-2006)

Registro de la Propiedad de Cistierna

RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 97 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Cancelada una inscripción de hipoteca, no es posible practicar una nota marginal de las previstas en el artículo 142 de la LH. No puede discutirse a través del recurso gubernativo la corrección de la cancelación ya practicada. Cancelada una inscripción cesan todos sus efectos y se presume, y así lo dispone el artículo 97 de la LH, extinguido el derecho a que la misma se refería.

Resolución de 18-3-2006

(BOE 25-4-2006)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO: AMPLIACIÓN DE EMBARGO. RECURSO CONTRA CALIFICACIÓN: NO ES CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA VALIDEZ DE ASIENTOS PRACTICADOS.

Reitera la Dirección General la doctrina sentada en Resoluciones anteriores acerca de la posibilidad, conforme a los preceptos de la LEC, de hacer constar la ampliación de un embargo anotado cuando ésta se refiera a las cantidades por intereses y costas aunque la finca se halle inscrita a nombre de otra persona distinta de aquella contra la que se siga el procedimiento, salvo en el excepcional supuesto en que la finca haya sido adquirida por un tercero en otra adjudicación judicial. Habiéndose practicado con anterioridad la cancelación de la anotación del embargo que ahora se amplía, no cabe discutir por medio del recurso gubernativo la procedencia o improcedencia de dicha cancelación practicada, cuestión sólo dilucidable a través del oportuno procedimiento judicial declarativo.

Resolución de 22-3-2006

(BOE 29-5-2006)

Registro de la Propiedad de Nules, número 2

**DOBLE INMATRICULACIÓN: SUBSISTENCIA DE LOS DISTINTOS ASIEN-
TOS PRACTICADOS EN EL HISTORIAL DE LA FINCA REGISTRAL TITULA-
RIDAD DEL DEMANDADO VENCIDO EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.**

La doble inmatriculación, una vez resuelta judicialmente la titularidad que debe prevalecer, lleva consigo la necesidad de cerrar el historial registral de la finca perteneciente al demandado vencido en el procedimiento. Existiendo sendas anotaciones preventivas incluidas en ese historial registral, sólo cabe cancelar la primera de ellas, anotación de prohibición de disponer ordenada en un proceso penal, en tanto el Ministerio Fiscal, como representante del interés público amparado por dicha anotación, ha sido debidamente citado en el procedimiento de doble inmatriculación. No así la anotación de embargo cuyo titular no ha sido llamado a dicho procedimiento de doble inmatriculación, ni de forma directa mediante la pertinente citación, ni por haber tenido conocimiento de la demanda a través de su anotación, dado que no se adoptó dicha medida cautelar.

Resolución de 23-3-2006

(BOE 29-5-2006)

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1

EXCESO DE CABIDA: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. CATASTRO: VALOR DE LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

CATASTRO: VALOR DE LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL. EXCESO DE CABIDA: DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Existiendo diferencias en los datos relativos a linderos y números de parcela entre el contenido del Registro y la certificación catastral descriptiva y gráfica con la que se acredita un exceso de cabida cuya inscripción se pretende, son justificadas las dudas fundadas del Registrador acerca de la identidad de la finca y procede suspender la inscripción de tal exceso. Y es que debe resultar absolutamente indubitado que el exceso de cabida es exclusivamente una rectificación de un erróneo dato registral referido a la superficie de la finca, y que, por el contrario, no se trata de una inmatriculación y agrupación encubiertas.

Resolución de 28-3-2006

(Corrección de Errores. Resolución de 17-2-2006)

(BOE 21-4-2006)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 2

PRÓRROGA. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO CUYA PRÓRROGA CONSTA PRACTICADA REGISTRALMENTE ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC. IMPROCEDENCIA DE LA CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE LA MISMA.

Ante la inseguridad jurídica creada por la propia DGRN, esta Resolución aclara —se espera definitivamente—, el criterio de seguir, que no es otro que el que ya mantenía la Instrucción, número 12 de diciembre de 2000: No cabe la cancelación por caducidad de una anotación preventiva prorrogada registralmente antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 86 de la LH, sometida a la prórroga indefinida del artículo 199.2 del RH, sin

perjuicio de que, una vez transcurridos seis meses, computados desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en que la anotación preventiva y su prórroga fueron decretadas, se puede solicitar su cancelación.

Resolución de 3-4-2006
(BOE 29-5-2006)

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 97 DE LA LEY HIPOTECARIA. ANOTACIONES PREVENTIVAS: PRÓRROGA: NO ES POSIBLE SI LA ANOTACIÓN ESTÁ YA CANCELADA.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 97 DE LA LEY HIPOTECARIA. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. ANOTACIONES PREVENTIVAS: PRÓRROGA: NO ES POSIBLE SI LA ANOTACIÓN ESTÁ YA CANCELADA.

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 97 DE LA LEY HIPOTECARIA. ANOTACIONES PREVENTIVAS: PRÓRROGA: NO ES POSIBLE SI LA ANOTACIÓN ESTÁ YA CANCELADA.

LEGITIMACIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 97 DE LA LEY HIPOTECARIA. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. ANOTACIONES PREVENTIVAS: PRÓRROGA: NO ES POSIBLE SI LA ANOTACIÓN ESTÁ YA CANCELADA.

CANCELACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 97 DE LA LEY HIPOTECARIA. ANOTACIONES PREVENTIVAS: PRÓRROGA: NO ES POSIBLE SI LA ANOTACIÓN ESTÁ YA CANCELADA.

ANOTACIONES PREVENTIVAS: PRÓRROGA: NO ES POSIBLE SI LA ANOTACIÓN ESTÁ YA CANCELADA. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 97 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Hallándose cancelada una anotación preventiva de embargo y sus sucesivas prórrogas, no cabe ahora discutir por medio de recurso gubernativo la procedencia de dicha cancelación, en tanto los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales. Tampoco es posible solicitar

la prórroga de la anotación ya cancelada, ya que la prórroga sólo es por naturaleza predicable de asientos en vigor.

Resolución de 4-4-2006

(BOE 29-5-2006)

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 2

GANANCIALES: RECTIFICACIÓN DEL CARÁCTER DE LOS BIENES YA INSCRITOS. ESTADO CIVIL: ACREDITACIÓN DEL MISMO A LOS EFECTOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.

ESTADO CIVIL: ACREDITACIÓN DEL MISMO A LOS EFECTOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. GANANCIALES: RECTIFICACIÓN DEL CARÁCTER DE LOS BIENES YA INSCRITOS. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN. ESTADO CIVIL: ACREDITACIÓN DEL MISMO A LOS EFECTOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. GANANCIALES: RECTIFICACIÓN DEL CARÁCTER DE LOS BIENES YA INSCRITOS.

Apareciendo una finca inscrita en el Registro como ganancial, no cabe ahora rectificar dicho carácter por la mera manifestación de ambos cónyuges de que a la fecha de la adquisición se hallaban solteros. Debe acreditarse tal circunstancia con el oportuno certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil.

Resolución de 5-4-2006

(BOE 27-5-2006)

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES: REQUISITOS SEGÚN LOS CASOS. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: INTERDICCIÓN DE LA INDEFENSIÓN.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: INTERDICCIÓN DE LA INDEFENSIÓN. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES: REQUISITOS SEGÚN LOS CASOS.

La anotación preventiva de demanda es una medida cautelar de naturaleza registral que, además de su función defensiva de enervar la fe pública registral frente a ulteriores adquirentes, tiene una finalidad ofensiva que permite la cancelación de los asientos que se practiquen con posterioridad a la misma, pero siempre teniendo en cuenta los límites que la cosa juzgada impone a la sentencia que culmina el procedimiento iniciado con la demanda anotada. Partiendo de esta premisa, el artículo 198 del Reglamento Hipotecario permite cancelar, en virtud de la misma sentencia o de mandamiento judicial al efecto, los asientos registrales asentados en fecha posterior a la de la anotación de la demanda. Sin embargo, como el propio precepto dispone en el párrafo cuarto, si esos asientos posteriores se han practicado en virtud de títulos de fecha anterior a la de la propia anotación, sólo procederá su

cancelación en vía de ejecución de sentencia con los trámites que en el mismo se detallan.

Resolución de 5-4-2006

(BOE 27-5-2006)

Registro de la Propiedad de Granada, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LA NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE DEL DEMANDADO.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LA NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE DEL DEMANDADO.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LA NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE DEL DEMANDADO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Para cancelar una inscripción de dominio de una finca inscrita a favor de dos cónyuges con carácter ganancial ordenada en un procedimiento penal por alzamiento de bienes, es imprescindible —por exigencias derivadas del principio constitucional de tutela judicial efectiva— que al cónyuge de la procesada le haya sido comunicada la tramitación del referido procedimiento, en lo atinente a las consecuencias civiles del mismo, antes de su terminación por sentencia, sin que baste la notificación posterior de esta última.

Resolución de 5-4-2006

(BOE 27-5-2006)

Registro de la Propiedad de Santander, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

CADUCIDAD. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

CANCELACIÓN. DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD.

PRÓRROGA. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de

diciembre de 2000, luego recogida en diferentes resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige, para poder cancelar por caducidad la referida anotación, que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 6-4-2006

(BOE 29-5-2006)

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3

MENCIONES: CONCEPTO. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. MENCIONES: CONCEPTO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DISCUTIR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE UN ASIENTO YA PRACTICADO. MENCIONES: CONCEPTO.

El concepto de mención a que alude nuestra legislación hipotecaria ha de venir referido a derechos, cargas o afecciones, sin que tengan la consideración de tal la mera alusión en el cuerpo de una inscripción a meros datos de hecho. La rectificación o cancelación de un asiento no puede llevarse a efecto sin el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial firme emanada de un procedimiento con la debida intervención de dicho titular, sin que pueda utilizarse la vía del recurso gubernativo para lograr la cancelación de asientos que se estimen indebidamente practicados.

Resolución de 6-4-2006

(BOE 29-5-2006)

Registro de la Propiedad de Eibar

SUBROGACIÓN DE HIPOTECA. NOVACIÓN. AMPLIACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EFECTOS. CANCELACIÓN PARCIAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

NOVACIÓN. SUBROGACIÓN DE HIPOTECA. AMPLIACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EFECTOS. CANCELACIÓN PARCIAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

AMPLIACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EFECTOS. SUBROGACIÓN DE HIPOTECA. NOVACIÓN. CANCELACIÓN PARCIAL. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

CANCELACIÓN PARCIAL. SUBROGACIÓN DE HIPOTECA. NOVACIÓN. AMPLIACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EFECTOS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. SUBROGACIÓN DE HIPOTECA. NOVACIÓN. AMPLIACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: EFECTOS. CANCELACIÓN PARCIAL.

En un caso de ampliación de hipoteca, dentro de una operación de subrogación con novación de dicho préstamo hipotecario, ha de entenderse suficientemente cumplido el principio de especialidad a los efectos de la fijación del alcance de la referida ampliación en los términos mantenidos por la doctrina de la propia Dirección General, aclarando que la «responsabilidad hipotecaria correspondiente al capital ampliado será en cuanto a intereses, costas y gastos, la que, en proporción corresponda a dicho capital». Igualmente se sostiene que no es obstáculo para la inscripción el que se lleve a cabo una reducción de la cifra fijada en la hipoteca preexistente para la cobertura de costas y gastos, sin que para esa cancelación parcial sea preciso la expresión de un consentimiento específico a tal efecto.

Resolución de 7-4-2006

(BOE 29-5-2006)

Registro de la Propiedad de Almendralejo

RECURSO GUBERNATIVO: ALCANCE DEL INFORME DEL REGISTRADOR. SUSPENSIÓN DE PAGOS: CAPACIDAD DE OBRAR DEL SUSPENSO DESPUÉS DE APROBADO EL CONVENIO.

SUSPENSIÓN DE PAGOS: CAPACIDAD DE OBRAR DEL SUSPENSO DESPUÉS DE APROBADO EL CONVENIO. RECURSO GUBERNATIVO: ALCANCE DEL INFORME DEL REGISTRADOR.

El Registrador debe ceñir su informe a cuestiones de mero trámite sin posibilidad de añadir nuevos argumentos ni consideraciones respecto a lo recogido en su nota de calificación. La aprobación del convenio de la suspensión de pagos pone fin al expediente, con la consecuencia de que el deudor recobra de nuevo su plena libertad de actuación, salvo que el convenio pactado le haya impuesto alguna limitación en su capacidad de obrar, limitación que en todo caso ha de ser interpretada de forma restrictiva.

Resolución de 7-4-2006

(BOE 29-5-2006)

Registro de la Propiedad de Eibar

RECURSO GUBERNATIVO. PROPIEDAD HORIZONTAL. SITUACIONES ANTERIORES A LA LEY DE 1960. PRINCIPIO DE ROGACIÓN. APERTURA DE FOLIO INDEPENDIENTE A LOS PISOS O LOCALES DE UN EDIFICIO.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SITUACIONES ANTERIORES A LA LEY DE 1960. APERTURA DE FOLIO INDEPENDIENTE A LOS PISOS O LOCALES DE UN EDIFICIO. RECURSO GUBERNATIVO. PRINCIPIO DE ROGACIÓN.

PRINCIPIO DE ROGACIÓN. PROPIEDAD HORIZONTAL. SITUACIONES ANTERIORES A LA LEY DE 1960. APERTURA DE FOLIO INDEPENDIENTE A LOS PISOS O LOCALES DE UN EDIFICIO. RECURSO GUBERNATIVO.

No pueden ser tenidos en consideración, a la hora de resolver el recurso, documentos que no se pusieron de manifiesto a la Registradora al tiempo de la calificación recurrida. Se reitera que la funcionaria debe ceñir su informe a cuestiones de mero trámite sin posibilidad de añadir nuevos argumentos ni consideraciones respecto a lo recogido en su nota de calificación. Las exigencias del principio de rogación determinan que no pueda el Registrador de oficio —en aras a una mayor claridad en el contenido de los libros registrales— abrir folio independiente a alguno de los pisos o locales si en la inscripción del edificio matriz no consta la constitución del régimen de propiedad horizontal o, al menos, todos los datos precisos para su configuración, especialmente la cuota de participación en elementos comunes. No cabe aplicar mecánicamente las normas de la Ley de Propiedad Horizontal a situaciones de hecho anteriores a su entrada en vigor, debiéndose analizar si tal situación de hecho implica una absoluta identidad de razón con las normas que la citada Ley recoge. En consecuencia no cabe exigir el consentimiento de todos los titulares de las unidades que integran el edificio para la agrupación de los folios abiertos incorrectamente en su día a algunos departamentos del edificio cuando, ni se afecta a la configuración del conjunto del edificio ni se altera al régimen de mayorías, puesto que no están fijadas cuotas de participación de los diferentes departamentos.

Resolución de 19-4-2006

(BOE 30-5-2006)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 7

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO, TRAMITACIÓN, INFORME DEL REGISTRADOR. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO, FORMAS DE NOTIFICARLA, CALIFICACIONES SUCESIVAS. HIPOTECA: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES. LEGISLACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO, FORMAS DE NOTIFICARLA, CALIFICACIONES SUCESIVAS. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO, TRAMITACIÓN, INFORME DEL REGISTRADOR. HIPOTECA: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES. LEGISLACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR.

HIPOTECA: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO, FORMAS DE NOTIFICARLA, CALIFICACIONES SUCESIVAS. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO, TRAMITACIÓN, INFORME DEL REGISTRADOR. LEGISLACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR.

LEGISLACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR. HIPOTECA: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO, FORMAS DE NOTIFICARLA, CALIFI-

CACIONES SUCESIVAS. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO, TRAMITACIÓN, INFORME DEL REGISTRADOR.

El Centro Directivo considera que corresponde a su propia competencia la resolución de un caso que afecta a la aplicación de normas tributarias emanadas de una Diputación Foral Vasca, dado que este tipo de normas no se pueden considerar Derecho Civil Foral. Si realmente se tratara de una calificación registral, basada en la aplicación de normas forales, la competencia para la resolución del recurso gubernativo se agotaría en el ámbito de los órganos jurisdiccionales de dicha Comunidad Autónoma. Se abordan igualmente aspectos formales del procedimiento registral, insistiéndose en conclusiones ya sentadas en anteriores fallos. Así, se recuerda que no es el fax un medio adecuado para notificar la calificación registral desfavorable, puesto que no permite dejar constancia de la recepción por el destinatario de dicha calificación. En aplicación del artículo 327 de la Ley Hipotecaria se recuerda que el Registrador sólo tiene opción de rectificar su calificación a la vista de las alegaciones hechas por el recurrente dentro de los cinco días previstos en dicha norma y siempre sin posibilidad de añadir otros defectos no consignados en la primigenia nota. Igualmente la actual redacción del párrafo quinto del citado artículo 327 impide al Registrador dar traslado del recurso gubernativo a otras personas que no sean el Notario autorizante o la Autoridad Judicial o Administrativa que expidió el título. La función del informe que ha de emitir el Registrador en la tramitación del recurso es exclusivamente la de aclarar los particulares necesarios del expediente y en ningún caso puede contener nuevas alegaciones frente a las expuestas por el recurrente. El Registrador carece de facultad para cuestionar en el ámbito de su calificación la validez de normas reglamentarias que supuestamente pudieran ser contrarias a la ley. Respecto a las cláusulas no inscribibles de una escritura de préstamo hipotecario ha de diferenciarse entre las que no lo son, simplemente por carecer de trascendencia real —el Registrador se limitará a declarar su no inscribibilidad por tal motivo—, y aquellas otras que sí tienen trascendencia real, pero que se consideran no inscribibles por otras causas —aquí el Registrador ha de expresar con suficiente claridad los fundamentos jurídicos que le conducen a tal decisión de impedir su acceso al Registro—. En cuanto a la posibilidad de denegar la inscripción de cláusulas incluidas en el marco de condiciones generales la contratación por considerarse abusivas, se recuerda que ha de existir previamente la pertinente declaración judicial de nulidad por tal causa, dado que sólo al ámbito jurisdiccional corresponde la capacidad de apreciar semejante cuestión.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 25-2-2006
(BOE 6-4-2006)

Registro Mercantil de Puerto del Arrecife

CUENTAS ANUALES. CESE DEL ADMINISTRADOR.

Existiendo cierre de la hoja por falta de depósito de cuentas, puede inscribirse el cese del contenido en un documento que recoge los acuerdos de cese y nombramiento si se ha solicitado inscripción parcial.

Resolución de 27-2-2006
(BOE 8-4-2006)
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

RECURSO GUBERNATIVO.

Desistimiento de un recurso interpuesto.

Resolución de 13-3-2006
(BOE 12-4-2006)
Registro Mercantil de Madrid, número XVI

CUENTAS ANUALES. ACCIONES PROPIAS.

La manifestación acerca de la existencia o no de operaciones sobre acciones propias es inexcusable, y debe efectuarse en documento aparte firmado por los administradores.

La certificación de aprobación de cuentas forma parte de los documentos a depositar y no puede admitirse en documento aparte del depósito correspondiente, presentado en el Registro para la realización de otras operaciones registrales.

Dicha certificación debe ser expedida por administrador con cargo vigente a la fecha de su expedición.

Resolución de 24-3-2006
(BOE 2-5-2006)
Registro Mercantil de Alicante, número 1

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. PLAZO.

El incumplimiento del plazo de 15 días de antelación del anuncio de convocatoria acarrea la nulidad de los acuerdos adoptados. El acuerdo nulo puede ser impugnado no sólo por los socios, sino también por los administradores o cualquier tercero con interés legítimo en el plazo de un año. Todo ello sin perjuicio de que, ante una impugnación, un juez pueda optar, previa eliminación de la causa, por el principio de conservación de los acuerdos.

Resolución de 6-4-2006
(BOE 27-4-2006)
Registro Mercantil de Madrid, número XVI

CALIFICACIÓN.

La discrepancia en relación a la fecha de celebración de la Junta, entre la que consta en la escritura y la que aparece en la certificación, debe ser subsanada por el Notario.

Resolución de 21-4-2006
(BOE 30-5-2006)

Registro Mercantil de Barcelona, número XII

CUENTAS. CUENTAS EN MODELO ORDINARIO O ABREVIADO.

Deben compararse las cuentas de dos ejercicios consecutivos para comprobar si la sociedad puede o no presentar sus cuentas en forma abreviada. Si los datos del ejercicio anterior que figuran en las cuentas presentadas no coinciden con los que figuran en el Registro deben presentarse en forma ordinaria si de ellos resulta tal necesidad. Si lo que existe es un error en las cuentas que están depositadas en el Registro debe procederse previamente a su rectificación.

Registro Mercantil Central

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 7-4-2006
(BOE 29-5-2006)

Registro Mercantil Central

DENOMINACIÓN QUE INDUCE A ERROR DE IDENTIDAD.

La denominación «Cuantotequero, S. A.» no induce a error sobre la individualidad por el mero hecho de que el vocablo cuestionado pudiera ser descompuesto en otros que formarían otra expresión dotada de su propia significación.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA SIMULACIÓN RELATIVA: CONCEPTO Y SUPUESTOS.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

Simular un negocio equivale a fingir o a aparentar una declaración de voluntad o la celebración de un acuerdo de voluntades que en realidad no son los queridos por las partes. De forma que se produce una discrepancia entre la voluntad negocial de las partes con la declaración de las mismas (1).

Uno de los ejemplos más característicos de la simulación consiste en celebrar un negocio distinto al aparentemente celebrado. La doctrina ha calificado estos supuestos como de simulación relativa, pues la ficción negocial encubre un negocio verdaderamente celebrado que en realidad se mantiene oculto.

De esta forma podemos desentrañar la existencia de:

- el negocio aparente o ficticio —también llamado negocio simulado—,
- y, el negocio jurídico verdaderamente celebrado, llamado negocio disimulado u oculto.

II. FINALIDAD DEL NEGOCIO SIMULADO: ACTOS CONTRARIOS A LA BUENA FE O AL ABUSO DEL DERECHO

La finalidad perseguida por las partes al celebrar este tipo de negocios puede obedecer a diferentes causas (realizar un negocio prohibido a través de otro formalmente permitido, ofrecer una garantía complementaria a nuestro acreedor...).

(1) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 7.^a ed., Tomo Primero, Parte General, Trivium, Madrid, 2000, pág. 512.

Fines que, según puede observarse, pueden ser lícitos o ilícitos por ir en contra del ordenamiento jurídico en su conjunto. En ambos supuestos la simulación conlleva el engaño de los terceros, de personas extrañas al negocio jurídico aparentado o simulado.

De todos es sabido que el artículo 1.255 del Código Civil posibilita la autonomía de la voluntad de las partes, pero limitado a no ser contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público; principio que traza una línea divisoria entre lo permitido a las partes y lo a ella vedado.

Si ponemos en conexión este principio con la simulación descubrimos que generalmente los supuestos reales de simulación no suelen tener su causa en fines lícitos sino que por el contrario, es un mecanismo utilizado para conculcar reglas de carácter imperativo. El problema se centra en probar tal conculcación.

III. SANCIÓN DEL NEGOCIO SIMULADO Y EFICACIA DEL NEGOCIO DISIMULADO

La simulación se configura doctrinalmente como un vicio de la causa o como una anomalía de la voluntad.

El nudo del problema reside en determinar la sanción de los negocios simulados y la eficacia del negocio simulado o del disimulado. Y para llegar a una solución debe concretarse cuáles son los intereses que han llevado a las partes a su realización, si el negocio produce efectos *inter partes* (y de sus causahabientes a título gratuito) o frente a terceros.

En el caso de simulación relativa que examinamos, los principios generales pueden resumirse de la siguiente manera:

Frente a terceros:	Debe considerarse válido el negocio disimulado.
<i>Inter partes</i> :	Sería nulo el negocio simulado y válido el negocio disimulado u oculto.

De esta manera, la voluntad real, que es la ocultada, debe prevalecer entre las partes, mientras que en relación con los terceros su importancia decae frente al valor de la voluntad declarada en atención a los intereses generales del tráfico y a las exigencias derivadas de la buena fe y del principio de protección de la apariencia jurídica.

Así, por ejemplo, en la STS 1104/2004, de 23 de noviembre de 2004, declara probada la simulación relativa del contrato de compraventa, estimando válida y eficaz la donación disimulada y ha calificado ésta de donación modal, considerándose además probado el incumplimiento del modo.

La STS 74/2005, de 11 de febrero de 2005, afirma que la simulación relativa tiene lugar cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, que ha de reunir todos los requisitos legales para reputarse válido y entre ellos que se de causa verdadera y lícita y las condiciones formales precisas y de exigencia. En el supuesto de la sentencia existe un negocio disimulado de donación, al utilizarse la escritura de compraventa pero no cabe situarlo en el ámbito jurídico de la simulación al faltar el requisito esencial del *animus donandi*. En el caso de autos, el esposo fue quien adquirió la vivienda, desembolsó el precio, y puso a nombre de la esposa como única compradora la salvaguardia y protección del inmueble en previsión de futuras contingencias negativas, tratándose de una titularidad sólo aparente y de persona interpuesta.

Por el contrario, la STS 565/2005, de 4 de julio de 2005, determina que no hay simulación relativa porque no se disimula otro concreto negocio jurídico, sino que se trata de un negocio jurídico complejo que parte de un convenio regulador en separación conyugal y se configura una determinada prestación económica de uno a otro de los respectivos cónyuges, a través de sociedades anónimas, bajo la apariencia de la renta de un arrendamiento y tras un período de tiempo de un vitalicio. De manera que las partes consienten una relación jurídica cuya causa se halla en el convenio de separación, y no se vislumbra nulidad alguna.

En la misma línea se entiende que no cabe determinar la simulación relativa de un contrato de leasing indicando la simulación de una compraventa a plazos en base exclusivamente a lo exiguo del precio residual pactado para el ejercicio de la opción de compra (STS 609/2006, de 13 de junio de 2006; y de 1 de febrero, 15 de junio, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999; 21 de enero y 12 de marzo de 2002, entre otras).

RESUMEN

SIMULACIÓN RELATIVA

La simulación relativa consiste en la creación de una ficción negocial que encubre un negocio verdaderamente oculto. La voluntad real, que es la oculta, debe prevalecer entre las partes, mientras que en relación con los terceros su importancia decae frente al valor de la voluntad declarada en atención a los intereses generales del tráfico y a las exigencias derivadas de la buena fe y del principio de protección de la apariencia jurídica.

ABSTRACT

RELATIVE SIMULATION

Relative simulation consists in creating a sham transaction as a cover for a truly performed transaction that remains hidden. The real intention is for the hidden transaction to prevail amongst the parties, while for third parties the hidden transaction's importance is outshined by the declared intention in view of the general interests of trade and the requirements stemming from good faith and the rule of protecting legal appearances.

1.2. Derecho de familia

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ESTIPULACIÓN CAPITULAR.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

En el Código Civil se afirma la necesidad de un régimen económico en el matrimonio (1), y, además se proclama la libertad de estipulación capitular.

(1) Artículo 1.316 del Código Civil: «A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales».

lar (2). Ambos preceptos, 1.315 y 1.316 del Código Civil, exigen que en nuestro sistema no puede existir matrimonio sin régimen matrimonial, de manera que si los propios cónyuges no pactan por sí un estatuto propio para determinar sus relaciones económicas, la Ley impone un modelo legal que es el de gananciales, en principio.

El principio de libertad capitular se refiere no sólo a su elección o configuración, sino también a su posible modificación, una vez ya iniciado el matrimonio (como es sabido fue una novedad introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975) (3).

I. EL RÉGIMEN DE GANANCIALES COMO SUPLETORIO

A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen matrimonial será el de gananciales.

La jurisprudencia sigue esta línea, como puede observarse en la STS de 17 de abril de 1990, donde se afirma que «al no constar que en la inscripción de los correspondientes matrimonios en el Registro Civil se hubiese hecho mención de capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, se presume el régimen de gananciales que contempla el artículo 1.316 del Código Civil».

O la STS de 27 de febrero de 1997, que dice que «en territorio sujeto al D... se presume que los cónyuges están casados bajo el régimen legal y presunto de gananciales, salvo que se pruebe que lo están bajo otro régimen económico matrimonial».

III. SEPARACIÓN DE BIENES

El artículo 1435-2.º hace referencia a que cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas porque hayan de regirse sus bienes, se optará por el de separación de bienes.

Y se establece en el párrafo 3.º que cuando se extinga, constante matrimonio el régimen de gananciales y el de participación, surge como régimen legal supletorio el de separación de bienes.

La STS de 20 de marzo de 2000, ante un supuesto probado de nulidad de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad de gananciales señala que «el sistema matrimonial no se cambia por la obtención de la vecindad civil, sino que requiere el concierto expreso de las partes mediante su formalización en escritura pública, además de su constatación en el Registro Civil para alcanzar eficacia respecto de terceros, con la particularidad de que las capitulaciones matrimoniales se registraron con posterioridad a la iniciación de este proceso, al margen de la inscripción del matrimonio de la demandada, con la constancia expresa de que en virtud de dichos capítulos los cónyuges pactaban el régimen de separación de bienes en vez del anterior de gananciales».

(2) Artículo 1.315 del Código Civil: «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código».

(3) Modificación que se incluyó en el artículo 1.326 del Código Civil.

RESUMEN

RÉGIMEN ECONÓMICO
MATRIMONIAL

El principio de libertad capitular existente en nuestro ordenamiento jurídico se refiere no sólo a su elección o configuración, sino también a su posible mutación, una vez ya iniciado el matrimonio. En base a este principio, a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, se establecerá como régimen supletorio el de sociedad de gananciales.

ABSTRACT

THE ECONOMIC RULES
OF MARRIAGE

Under Spanish legislation, there is freedom to establish marriage articles. This freedom refers not only to potential spouses' liberty to choose or configure their marriage articles to their liking, but also to the possibility of changing their marriage articles after their marriage has begun. On the basis of this principle, if no marriage articles are established or the established marriage articles become void, joint ownership will take over as the default system.

1.3. Derechos reales

LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO A TRAVÉS
DEL EXPEDIENTE DE DOMINIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA DGRN.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. PLANTEAMIENTO

El problema que vamos a tratar de abordar —muy frecuente en la práctica, probablemente por el desconocimiento por parte de los abogados o de los particulares del verdadero significado del tracto interrumpido— es la posibilidad de reanudar el tracto sucesivo interrumpido por medio del oportuno expediente de dominio, cuando el promotor de dicho expediente y persona que pretende inscribir su título de propietario es, a su vez, adquirente o causahabiente del titular registral; o, si por el contrario, procede la inscripción directa a favor de dicha persona mediante la presentación de los documentos que acreditan su adquisición derivativa.

Una lectura rápida de esa cuestión llevaría una respuesta igual de rápida, en el sentido de que si es adquirente del titular registral y tiene documentos que acreditan su adquisición, basta con que los aporte para continuar el historial concatenado de la finca, sin solución de continuidad, tal y como se desprende del principio del tracto sucesivo. Sin embargo, cuando se plantea este problema, o esta disyuntiva, es porque las cosas no suelen ser tan fáciles, sino que aquél que pretende la inscripción a su favor carece normalmente del

título público necesario para su inscripción, o muy frecuentemente se trata de transmisiones hechas por los herederos del titular registral que no han llevado a cabo las operaciones sucesorias correspondientes, y que por tanto no tienen la finca inscrita a su nombre, lo que impide la inscripción directa del nuevo adquirente. Es decir, cuando se plantea este supuesto suele existir alguna imposibilidad *a priori* de inscribir directamente el título de adquisición. Pero esa imposibilidad o dificultad normalmente formal, ¿debe implicar necesariamente la interrupción del tracto y su reanudación por el especial procedimiento del expediente de dominio?

Trataremos de dar respuesta a esta pregunta planteada.

II. TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO

Si de manera excepcional el expediente de dominio (medio típico de inmatriculación), se utiliza para reanudar el tracto interrumpido, tal y como lo declaran los artículos 40 y 209 RH, y eso es incuestionable, para tratar de resolver la cuestión planteada habrá que fijarse entonces en qué es el tracto interrumpido o cuándo se considera que se ha producido dicha interrupción; pues sólo si se produce la misma habrá que reanudar el tracto a través de los procedimientos previstos y entre ellos se encuentra el expediente de dominio.

Es decir, desde el principio debe quedar claro que no se cuestiona si el expediente de dominio es medio adecuado para reanudar el tracto interrumpido, que sí que lo es, sino que sólo será procedente utilizarlo cuando haya verdadera interrupción en el tracto (y aun entonces de forma excepcional). ¿Cuándo existe realmente tracto interrumpido?

1. CONCEPTO DE TRACTO INTERRUMPIDO

El principio de tracto sucesivo es un principio hipotecario formal que básicamente pretende la correlación entre los asientos del folio registral, de forma que cada asiento nuevo que se practique tenga su causa y precedente inmediato en el anterior, de este modo, sólo puede inscribirse el derecho solicitado cuando el transmitente es el último titular registral (art. 20 LH).

Con ello se pretende obtener el historial íntegro de las vicisitudes jurídico-reales de cada finca registral y poder ofrecer la sucesión de titulares sin solución de continuidad.

Pues bien, si cada nueva titularidad que se pretende inscribir encuentra su base o causa en la anterior inscrita, se cumple el tracto; pero cuando el último titular registral no coincida con el que otorga o transmite el nuevo derecho que se pretende inscribir, el Registrador denegará su inscripción por falta de tracto sucesivo, pues éste se convierte en un presupuesto necesario para la inscripción. A su vez, y como dice CURIEL LLORENTE (1), esto es expresión de la presunción de exactitud del Registro, en el sentido de que los pronunciamientos registrales sólo pueden quedar sin efecto o modificarse por el consentimiento del propio titular registral o por resolución judicial, ya que «para inscribir un acto debe justificarse la legitimación derivada de la titularidad

(1) Véase CURIEL LLORENTE, F., *Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 165-166.

registral; la inscripción, una vez practicada, legitima al nuevo titular para otorgar actos inscribibles». Si no coinciden el último titular registral con el transmitente, parece que falta el tracto, pero ¿hemos de entender que siempre, en ese caso, se ha interrumpido el tracto?

No siempre esa falta de coincidencia entre el último titular registral y el que otorga el nuevo derecho significa que se ha interrumpido el tracto. Existen supuestos que se denominan de tracto sucesivo abreviado, en los que están inscritos todos los titulares registrales, no falta ningún título intermedio, pero sin embargo, por razones de economía registral, se reflejan en un mismo asiento dos titularidades distintas. Son los supuestos recogidos en el artículo 20.2.º y 20 último LH, en los que no hay interrupción de tracto sino la práctica en un mismo asiento de dos transmisiones, una de las cuales está llamada a su rápida cancelación, y por razones de economía registral, se «ahorra» la extensión de un asiento. Lo mismo puede decirse de las denominadas «modalidades del tracto sucesivo», en las que tampoco coincide el último titular registral con el transmitente del derecho que se pretende inscribir, y sin embargo no hay tracto interrumpido (arts. 20.4.º, 20.5.º-1.ª y 3.ª LH).

Propiamente hablando, hemos de considerar que el tracto se ha interrumpido cuando falta la inscripción en el Registro de algún título intermedio que es causa del que se pretende inscribir. Es decir, cuando falta por inscribir alguna transmisión sobre una finca ya inmatriculada; transmisión que es el antecedente inmediato de la que se pretende inscribir. Por lo tanto, es la falta formal de inscripción en el Registro de una titularidad material y real existente, que impide la inscripción de la titularidad consecuente mientras no se inscriba la primera.

Si A adquiere de B, y B adquirió de C (último titular registral), cuando A pretenda su inscripción, al faltar la inscripción de la transmisión de C a B, A no podrá inscribir por falta de tracto porque se ha interrumpido el tracto.

La DGRN ha afirmado que hay tracto interrumpido cuando se rompe la cadena de titularidades, pues «siempre que hay interrupción de tracto existe ruptura en la cadena de titularidades» (RDGRN de 3 de febrero de 2004), sin que puede distinguirse, por tanto, una «mera ruptura de la cadena de titularidades», de la verdadera interrupción, pues ésta implica siempre aquélla.

Sin embargo, a pesar de que el Centro Directivo, basándose en el artículo 40.a) 1, supone que hay interrupción cuando al menos alguna relación jurídica inmobiliaria no tiene acceso al Registro, en seguida matiza este criterio, añadiendo que, a pesar de que eso es cierto, «no lo es menos que en otros lugares de la propia legislación hipotecaria, se reconoce la inscripción directa a favor —por ejemplo— del adquirente de los bienes cuando la enajenación ha sido otorgada por los herederos del titular registral (cfr. arts. 20 LH y 209 RH)» (RRDGRN de 18 de marzo de 2000, 4 de enero de 2002, 31 de enero de 2004). De estas palabras podría deducirse que para que haya interrupción no basta con que falte una titularidad inscrita, sino que además esa «ausencia» no pueda recomponerse a través de una inscripción directa en aquellos casos que así lo prevé la Ley.

2. MEDIOS DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO

Los medios para reanudar el tracto interrumpido se encuentran establecidos en el artículo 40.a) LH, destinado a la rectificación de errores, que dice

que «cuando la inexactitud proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: 1. Por la toma de razón del título correspondiente, si hubiera lugar a ello. 2. Por la reanudación del tracto sucesivo con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley. 3. Por resolución judicial».

Tal y como está redactado este artículo podría pensarse que el legislador está pensando (al igual que se deduce de las palabras antes transcritas de la DGRN) en que el verdadero medio de reanudación del tracto es el recogido en el artículo 40.a) 2; es decir, los procedimientos del Título VI, que no son sino los inmatriculadores, pues así lo dice textualmente el artículo. Mientras que cuando se arregla la falta de acceso de un título mediante la toma de razón del mismo, no lo califica como medio de reanudación del tracto. Además, añade que la toma de razón del título se hará «sólo si hay lugar a ello»; es decir, cuando falta una única transmisión y se puede aportar. ¿Es que si sólo falta una transmisión y se puede aportar no estamos ante verdadero tracto interrumpido? Parece ser que no es interrupción.

¿Cuándo hay que utilizar, entonces, los procedimientos del Título VI? Cuando verdaderamente se ha interrumpido el tracto. Entre los procedimientos inmatriculadores, sólo el expediente de dominio y el acta de notoriedad sirven para reanudar el tracto interrumpido. Y vamos a centrarnos en el expediente de dominio.

El expediente de dominio es un medio de reanudación del tracto verdaderamente interrumpido, y deberá utilizarse en distintos casos para conseguir su propósito; pero con todo lo que hemos dicho antes, parece que sólo deberá utilizarse cuando realmente se haya interrumpido el tracto, y no en otros supuestos en los que sea posible «reanudar» mediante la simple aportación del título que falta a través de una inscripción directa.

Veamos sus presupuestos.

III. EL EXPEDIENTE DE DOMINIO COMO MEDIO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO

Entendemos que será procedente la reanudación por expediente de dominio cuando realmente se haya interrumpido el tracto. Por tanto, cuando realmente falten inscripciones intermedias.

Si faltan inscripciones intermedias, pero se pueden aportar y tomar razón de las mismas, la DGRN ha entendido que no procede el expediente de dominio, pues es un medio excepcional y subsidiario que sólo debe llevarse a cabo cuando no sea posible «reanudar» por otros medios.

En concreto, la Dirección General afirma en las RRDGRN de 21 de junio de 1991 y de 5 de julio de 1991, que «El procedimiento de reanudación tiene carácter excepcional dadas las graves consecuencias que podría acarrear para su actual titular registral, al que de prosperar con éxito el expediente se le cancela el asiento extendido a su favor sin contar con su consentimiento y además porque utilizado abusivamente puede ser también un medio de dejar incumplidas obligaciones de tipo fiscal», doctrina que reiteran las Resoluciones de 30 de mayo de 1988 y 24 de enero de 1994. En el mismo sentido, con posterioridad, el Centro Directivo desarrolla esta idea, afirmando que «El auto recaído en expediente de dominio es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor y ello por una

triple razón: *a)* porque contra la regla básica de nuestro sistema que exige para la rectificación de un asiento el consentimiento de su titular o una resolución judicial dictada en juicio declarativo contra él entablado, dicho auto puede provocar la cancelación de un asiento sin satisfacer ninguna de esas dos exigencias. *b)* Porque contra la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del titular registral, se va a posibilitar una declaración dominical contraria al pronunciamiento registral en un procedimiento en el que no ha de intervenir necesariamente el favorecido por dicho pronunciamiento, y de ahí que el artículo 40.a) LH contemple este cauce como subsidiario de la inscripción de los titulares intermedios. *c)* Porque contra la exigencia de acreditación fehaciente del título adquisitivo para su acceso al Registro, se posibilita la inscripción en virtud de un auto que declara la exactitud del título adquisitivo invocado por el promotor, siendo así que dicho título puede estar consignado en un simple documento privado y que tal auto recae en un procedimiento en el que no queda asegurado el legítimo reconocimiento de aquel documento privado por sus suscriptores» (RRDGRN de 18 de marzo de 2000, 4 de enero de 2002, y 31 de enero de 2004, y recogiendo en síntesis esta doctrina de 24 de febrero de 2006).

Yo considero que no es precisamente un medio subsidiario y excepcional, sino más bien al contrario, es el medio por excelencia cuando hay verdadero tracto interrumpido. Lo que ocurre es que a veces no procede utilizarlo porque no se ha interrumpido el tracto verdaderamente pues, como sostiene la DGRN en las palabras de la RDGRN de 15 de noviembre de 2003: «no hay verdadera y propia interrupción del tracto sucesivo, ya que no hay una cadena de transmisiones desde el titular registral al actual propietario que no sea posible hacer constar en el registro por no disponer de la documentación adecuada para ello». Y así puede deducirse de una pluralidad de resoluciones que rechazan la utilización del expediente de dominio porque lo que no hay es verdadera interrupción del tracto (RRDGRN de 18 de marzo de 2000, 4 de enero de 2002, 31 de enero de 2004 y 24 de febrero de 2006).

Si no hay verdadera interrupción, no procede utilizar el expediente de dominio. Y la DGRN ha ido perfilando cuándo hay o no interrupción y por tanto cuándo se puede o no utilizar dicho procedimiento.

— No hay interrupción de tracto:

a) Cuando se adquiere de titular registral.

Si el promotor del expediente de dominio es causahabiente o sucesor directo del último titular registral, no falta ninguna titularidad intermedia, por lo que no hay interrupción de tracto y no procede en consecuencia el expediente de dominio.

En este sentido se pueden ver las siguientes Resoluciones: RDGRN de 15 de noviembre de 2003: en esta Resolución no se admite la reanudación de tracto por expediente de dominio debido a que no hay interrupción, «pues sean cuales fueren las causas que impidieron la inscripción del título del actor, hallándose la finca inscrita a nombre de personas de quienes éste trae causa, no puede haber interrupción de tracto». En este caso se planteaba el expediente de dominio cuando el título del actor, propietario ya de una cuota indivisa, era una escritura de compraventa por la que adquirió las restantes a los demás comuneros, de los cuales, varios eran ya titulares registrales, aunque otros herederos de titulares ya fallecidos.

La RDGRN de 31 de enero de 2004 confirma la misma idea, y rechaza que exista verdadera interrupción, cuando el promotor del expediente de dominio sean los compradores de los titulares registrales y de herederos de otros titulares.

La RDGRN de 24 de febrero de 2006 insiste en que no hay interrupción de tracto cuando el promotor del expediente es heredero o causahabiente del titular registral directamente.

- b) Cuando se adquiere de herederos de titular registral.

En este caso, aunque ya no es una adquisición directa del último titular registral, la DGRN entiende que tampoco hay interrupción de tracto, pues los herederos suceden al titular en todos sus derechos y obligaciones. Como dice CURIEL LLORENTE (2), «en el fondo de la tesis del Centro Directivo late la idea de que los herederos se colocan en el lugar del causante, hasta el punto de que los actos otorgados por los herederos pueden ser inscritos sin necesidad de una previa inscripción a favor de los propios herederos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20 LH, párrafo 5.º, apartado segundo y último párrafo (3) (RDGRN de 25 de febrero de 1999)».

Las Resoluciones que confirman estas ideas y admiten que cuando el promotor del expediente es adquirente de los herederos de los titulares registrales son: 4 de enero de 2002 y 18 de marzo de 2000, en ambas se compraba de los herederos de los cónyuges que aparecían en el Registro como titulares registrales. También en la Resolución de 15 de noviembre de 2003 se rechaza la reanudación del tracto por expediente de dominio en el que el promotor adquirió cuotas de varios comuneros, unos titulares, como ya hemos dicho, pero otros herederos de los titulares; y en parecidos términos se encuadra la Resolución de 24 de febrero de 2006, que afirma que tampoco hay tracto interrumpido cuando el promovente adquirió «incluso de los herederos del titular registral».

- c) ¿Cuándo se adquiere de un causahabiente de titular registral?

En este caso si el promotor del expediente que pretende inscribir su derecho ha adquirido de una persona que, a su vez, adquirió de un titular registral sin ser su heredero, deberíamos concluir que falta claramente una transmisión, una titularidad, y que por lo tanto hay interrupción de tracto, y sería procedente reanudarlo por expediente de dominio.

Sin embargo, la RDGRN de 13 de abril de 1999, obsesionándose con la subsidiariedad del expediente de dominio, parece afirmar que si el promotor puede obtener formalización pública de su transmisión y de la anterior que falta, debe acudir al procedimiento ordinario (la toma de razón) y no acudir al expediente de dominio. ¿No hay tampoco en este caso interrupción del tracto? Según esta Resolución parece que no, y no puede reanudarse por expediente; no obstante, yo no creo que sea así, sino que comparto la

(2) Véase CURIEL LLORENTE, F., «Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida», *ob. cit.*, págs. 175-176.

(3) Coincide con lo expresado *supra*, al tratar de definir el verdadero sentido del tracto interrumpido, donde hemos excluido estos supuestos como interrupción del tracto.

tesis en este caso de CURIEL LLORENTE (4) y considero que hay efectiva ruptura del historial de la finca y de las titularidades concatenadas.

— Sí hay interrupción de tracto:

- a) Siguiendo la idea que se acaba de manifestar, a pesar de esa, a mi juicio, poco afortunada Resolución, la Dirección General, en la RDGRN de 3 de febrero de 2004, confirma su doctrina tradicional en el sentido de que «cuando son dos transmisiones las que se trata de suplir con el expediente, pues resulta del Auto que los titulares registrales vendieron a unos cónyuges, los cuales vendieron, a su vez, a las promotoras del expediente, existe propia interrupción del tracto, por lo que no cabe negar la posibilidad de que dicho expediente tenga acceso».
- b) También entiende el Centro Directivo que existe interrupción de tracto cuando el promotor del expediente y titular actual de la finca adquiere de uno de los herederos de los titulares registrales, supuesto que para la Dirección General no cabe confundirlo «con el que contempla la Resolución de 4 de enero de 2002, en el que todos los herederos de dichos titulares eran transmitentes. Aquí quien ha transmitido es una de las varias herederas de aquellos. En el primer caso no puede entenderse interrumpido el tracto registral cuando la propia legislación hipotecaria admite la inscripción directa del negocio translativo otorgado por todos los herederos del titular registral (cfr. arts. 20 LH y 209 RH), en tanto que en el segundo, desde el momento en que existe una partición de herencia previa son diferenciables dos títulos sucesivamente necesarios para la inscripción, aquella partición y la posterior transmisión por quien en ella resulte adjudicatario de la finca. Ya no está en manos del actual titular subsanar las deficiencias formales del primero de ellos por la vía del artículo 1.279 del Código Civil...» (RDGRN de 23 de septiembre de 2003). Se desprende de esta Resolución claramente que hay tracto interrumpido porque faltan dos títulos que no pueden subsanarse, sin más, por el propio promotor, sino que sólo acudiendo al expediente de dominio puede conseguir inscribir su título.

IV. CONCLUSIONES

- Sólo cuando existe verdadera interrupción del tracto es procedente reanudarlo a través del expediente de dominio; que no es que sea un medio excepcional y subsidiario de reanudación, sino que es el que hay que utilizar cuando existe esa verdadera interrupción.
- Si no hay verdadera interrupción puede bastar subsanar a través del artículo 40.a) 1 LH, mediante la inscripción directa del título que falta. Es decir, deberá aportarse el título que falta y subsanar sus deficiencias formales si es sólo eso lo que impide su toma de razón.

(4) Véase CURIEL LLORENTE, F., «Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida», *ob. cit.*, págs. 177-180.

- No hay verdadera interrupción de tracto cuando se adquiere de un titular registral o de sus herederos. En consecuencia, no es procedente recurrir en estos casos al expediente de dominio para reanudar el tracto «no interrumpido».
- Por el contrario, entiendo que sí hay verdadera interrupción cuando se adquiere de un causahabiente no heredero del titular registral, pues hay ruptura en la cadena de titularidades, faltan dos transmisiones. En estos casos sí es procedente acudir al expediente de dominio.

RESUMEN

TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO

Se analiza la posibilidad, o no, de reanudar el tracto interrumpido a través del procedimiento del expediente de dominio, cuando los promotores del mismo son sucesores o causahabientes del titular registral. Se repasa la doctrina jurisprudencial en torno a este tema, mayoritariamente contraria a admitir ese mecanismo de reanudación, y se examinan los requisitos del tracto interrumpido y de la oportunidad del procedimiento de expediente de dominio, que sólo procede cuando realmente ha existido dicha interrupción.

ABSTRACT

INTERRUPTED CHAIN OF TITLE

An analysis is given of the possibility or impossibility of resuming a chain of title that has been interrupted by ownership proceedings filed by the successors or assigns of the registered owner. A review is given of case law on this subject, which is, in the main, contrary to admitting a mechanism of this type, and an examination is made of the requirements of the interrupted chain and the propriety of the ownership proceedings, which are in order only when such an interruption has really existed.

1.4. Sucesiones

LA ACCIÓN DE ADICIÓN DE HERENCIA POR OMISIÓN DE OBJETOS O VALORES DE LA HERENCIA.

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene como objeto analizar algunas sentencias en las que el Tribunal Supremo trata el ejercicio de la acción de adición de herencia contemplada en el artículo 1.079 del Código Civil, según el cual la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores

omitidos, dado que nuestro ordenamiento consagra el «principio de conservación» del testamento.

2. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL TESTAMENTO Y DEL *FAVOR PARTITIONIS*

El «principio de conservación» del testamento, tanto en los casos de rescisión como en los de nulidad y, en general, en todos aquellos que implican una modificación de la partición realizada, intenta evitar, en la medida de lo posible, que las particiones se anulen o rescindan, como decía la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1969.

El principio del *favor partitionis* conlleva numerosas restricciones en materia de nulidad y rescisión de la partición por dar lugar en todo caso a gastos y molestias de una nueva partición o de complementar la ya realizada (SSTS de 14 de febrero de 1985, 15 de junio de 1982 y 13 de mayo de 1980, 16 de abril de 1943 y 5 de mayo de 1933, que siguen la línea iniciada por la sentencia de 2 de julio de 1904).

No admite, sin embargo el Supremo, la aplicación del 1.079 y realización de una partición complementaria en la sentencia de 8 de marzo de 1999, por entender que este cauce se reserva para los supuestos de omisión de bienes, pero no a los de infracción de la norma contenida en el 1.057, que es de distinta naturaleza, ya que tiene como finalidad la protección del menor (en el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 18 de enero de 1985).

3. EXCEPCIONES Y RESTRICCIONES A LA RESCISIÓN POR LESIÓN

El Código Civil regula la partición por lesión en materia hereditaria, si bien acota mucho su campo de acción, de hecho, los preceptos dedicados a la rescisión de la partición recogen un considerable número de excepciones y restricciones a su ejercicio, como a continuación se expone:

- El valor de la lesión ha de ser considerable: superior a la cuarta parte del valor de las cosas cuando fueron adjudicadas (art. 1.074 del Código Civil).
- La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvo que perjudique la legítima o que aparezca o se presuma que fue otra la voluntad del testador (art. 1.075 del Código Civil). A pesar de la regla recogida en el 1.074 del Código Civil, hay que tener en cuenta la intangibilidad de la legítima, como hace el Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1980, que admite la rescisión por lesión, aunque la lesión «no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que, en todo caso, merece esa cuota como institución de derecho necesario», manifestando que deben evitarse las «interpretaciones rígidamente literales».
- El plazo de ejercicio de la acción es de cuatro años, a contar desde la partición (art. 1.076 del Código Civil), siendo un plazo de caducidad. Ahora bien, en los casos de omisión de bienes la acción no prescribe (art. 1.965 del Código Civil). Si se trata de omisión de valores por infravaloración de alguno de los bienes adjudicados, la cuestión es más discutida, pero según el citado artículo 1.076, el plazo para el ejercicio de

la acción es de cuatro años (1). Se concede al heredero la opción de indemnizar al dueño o consentir nueva partición, pudiendo hacerse la indemnización en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio (art. 1.077 del Código Civil).

- En caso de procederse a nueva partición se excluirán de la misma los que no hayan sido perjudicados ni hubieran percibido más de lo justo (art. 1.077 del Código Civil).
- No puede ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiere enajenado el todo o una parte importante de los bienes inmuebles que le hubieran sido adjudicados (art. 1.078 del Código Civil).
- La omisión de algún valor u objeto tampoco es motivo para que se rescinda la partición, basta con que se adicione los objetos o valores omitidos (art. 1.079 del Código Civil).
- La omisión de algún heredero, hecha con buena fe, tampoco es motivo de rescisión, basta con que se le pague al preterido la parte que le corresponda (art. 1.080 del Código Civil).

4. OMISIÓN DE OBJETOS O VALORES DE LA HERENCIA. ARTÍCULO 1.079 DEL CÓDIGO CIVIL

En general, y, por aplicación del artículo 1.079 del Código Civil, la omisión de algún objeto o valor no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos, sin que a estas últimas palabras del artículo se le atribuya la significación de que sea indispensable la existencia de estos mismos valores y objetos para que prospere la acción que nace de dicho precepto (SSTS de 22 de febrero de 1994, 13 de mayo de 1974 y 17 de marzo de 1955).

El Supremo ha admitido la aplicación de este precepto a pesar de que se hayan sustituido los bienes o valores omitidos por otros, poniendo de manifiesto que no es indispensable la existencia de los mismos valores y objetos para que pueda ejercitarse la acción, cuando el Tribunal sentenciador estima probado que a ellos han sustituido otros bienes que figuran en el haber de la testamentaría del padre (STS de 13 de octubre de 1960).

La sentencia de 26 de febrero de 1979 dice que no sólo procede la partición adicional o complementaria cuando no se han incluido en la primeramente practicada determinados bienes de la herencia, sino también cuando la omisión alcance a valoraciones, o cuando las efectuadas en el cuaderno particional redunden en perjuicio del principio de igualdad que debe presidir la formación de los lotes. Toda valoración mal realizada ocasiona un perjuicio y debe, por tanto, corregirse, pero, como declara la sentencia del Supremo de 17 de marzo de 1955, seguida por la de 26 de febrero de 1979, es necesario o conveniente mantener las operaciones divisorias en cuanto sea posible, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes.

Como tónica, dice el Supremo que los preceptos del Código en materia de rescisión deben interpretarse de forma restrictiva (STS de 16 de noviembre de 1955).

(1) M. PASQUAU LIAÑO dice que será aplicable el plazo de quince años del 1.964, puesto que, según él, se trata de una acción personal indemnizatoria que no tiene señalado plazo especial. *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, dirigido por José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, Madrid, Trivium, 1991, tomo III, pág. 1295.

4.1. ADICIÓN DE FINCA OBJETO DE VENTA NULA

Dice la STS de 20 de noviembre de 1980 que no infringe el artículo 1.079 del Código Civil la sentencia que adiciona a la herencia del causante y ordena distribuir entre los herederos una finca que fue objeto de venta a uno de ellos, cuya nulidad se declara en la propia sentencia, así como el contravalor de la parte de esa finca vendida por uno de los herederos cuando la sentencia declara que debía distribuirse entre todos ellos.

4.2. PRUEBA DE LA OMISIÓN DE OBJETOS O VALORES DE LA HERENCIA

Tiene declarado el Supremo que el que alegue la omisión de algunos objetos o valores de la herencia, ha de acreditarla, y sólo una vez probada, procederá la aplicación del artículo 1.079, prueba que ha de ser inequívoca (SSTS de 27 de febrero de 1963 y 18 de enero de 1985) porque «hay que considerar o presumir válida toda partición mientras no se demuestre una causa de nulidad (STS de 18 de enero de 1985).

4.3. LA SEPULTURA COMO PARTE DEL CAUDAL RELICTO

Con relativa frecuencia en el momento de la partición, los herederos se olvidan de incluir la sepultura en el caudal relicto, mediante el ejercicio de la acción de adición de herencia que estamos estudiando puede completarse la partición realizada.

Un supuesto sobre una sepultura se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 2 de noviembre de 1992, que estima el derecho a adicionar tres nichos de cementerio a la partición no incluidos en el caudal relicto. Con anterioridad se había cedido una sepultura a una entidad local para la remodelación del cementerio a cambio de tres nichos en concepto de propiedad. La antigua titularidad sobre la sepultura se permuta por los tres nichos, tratándose «de un derecho real de propiedad que... fue transmitido sucesivamente de ascendientes a descendientes, y no de un simple derecho funerario, cual se afirma en la sentencia de instancia». La sepultura debe formar parte del caudal relicto y ha de incluirse en el mismo.

5. CONCLUSIÓN

La acción de adición de herencia por omisión de algún objeto o valor de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos, dado que nuestro ordenamiento consagra el «principio de conservación» del testamento.

Los preceptos del Código en materia de rescisión deben interpretarse de forma restrictiva evitando tener que proceder a una nueva partición que, casi siempre, acarreará más perjuicios a los herederos. Debe corregirse el error cometido por la falta de inclusión, pero procurando respetar la partición ya realizada.

RESUMEN

ADICIÓN DE HERENCIA

*Examen crítico de jurisprudencia
sobre la acción de adición de herencia.
Artículo 1.079 del Código Civil.*

ABSTRACT

ACCEPTANCE OF A LEGACY

*Critical examination of jurisprudence
on action to accept a legacy.
Civil Code, article 1.079.*

1.5. Obligaciones y Contratos

**POR LA FIANZA SE OBLIGA UNO A PAGAR O CUMPLIR POR UN TERCERO
EN EL CASO DE NO HACERLO ÉSTE.**

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO

La nota más característica a la que se circunscribe la obligación del fiador que hemos definido es la de que será exigible en caso de que no pague el deudor principal. En realidad, el carácter subsidiario de la responsabilidad del fiador es un elemento natural del contrato, pero no es esencial, pues las partes pueden pactar la solidaridad del fiador. Frente a la doctrina clásica que consideraba el caso del fiador como un supuesto de responsabilidad sin deuda, el mismo Código Civil denomina deudor al afianzado como si no lo fuera el fiador, de tal manera que autores como Díez PICAZO y GULLÓN estiman que el fiador es responsable y también deudor desde el mismo momento en que garantiza la obligación contraída por el deudor principal y que hace pensar que también existe otro deudor. Es, también la fianza, una obligación accesorio, pues SSTs como las de 13 de marzo de 1987 y 19 de mayo de 1990, entre otras, presuponen la existencia de una obligación principal de la que depende pues el artículo 1824.I del Código Civil que indica que la fianza no puede existir sin una obligación válida. La accesoriedad es una cualidad derivada necesariamente de la finalidad de la fianza, que es la de garantizar una deuda ajena, sin su existencia no es concebible obviamente la garantía. Esta garantía personal que significa la fianza se sustancia en que el acreedor ve reforzado su poder de exigir, pues puede dirigirse no sólo contra su deudor sino contra otra persona más, dicho de otra manera, con la fianza hay otro patrimonio más objeto de agresión. Además es consensual, es onerosa o gratuita, siendo onerosa cuando se pacta una retribución al prestar la garantía, lo que sucede cuando el fiador es un profesional que realiza un tipo de operaciones, y, en este caso, es también un contrato bilateral y es un contrato causal pues cumple una función de garantía distinta de la que tiene el afianzado.

II. OBJETO

Si la obligación del fiador es la de pagar o cumplir en defecto del deudor, el objeto de la misma se ha de determinar en relación con el de la obligación principal. La regulación legal de la fianza reposa en el presupuesto de que lo debido por el deudor es una suma de dinero (arts. 1.825, 1.826 y 1.838 del Código Civil), pero no hay un precepto que excluya la fianza cuando se trata de objetos distintos, lo que ocurrirá será que el objeto de la obligación del fiador no es idéntico al de la obligación principal, sino el que de ésta derive cuando se incumple (indemnización de daños y perjuicios, art. 1.116 del Código Civil). El que afianza una obligación que no admite la fungibilidad en su cumplimiento debe entenderse que contrae una obligación con aquel alcance.

III. SU DISTINCIÓN

El modelo de fianza que delinea el Código Civil está presidido por los caracteres de subsidiariedad y accesoriedad de la misma, pero la primera característica no es imperativa, puede el fiador obligarse solidariamente con el deudor. La fianza es distinta de:

1. Las Leyes de Arrendamientos Urbanos en donde no es un tercero quien sale garante del cumplimiento de una obligación, sino que la fianza está representada por una determinada cantidad que el arrendatario debe depositar para responder de las resultas de los gastos que se produzcan y que se computarán al liquidarse la situación arrendaticia.
2. La asunción de deuda cumulativa porque el asumente es obligado principal, no independiente del otro deudor y solidario junto a éste, mientras que el fiador es obligado accesorio y normalmente subsidiario. La misma divergencia se da frente a los deudores solidarios.
3. Del contrato de garantía autónoma en que la fianza es accesorio y causal mientras que la garantía autónoma es una obligación independiente, personal, principal y no causal (STS de 5 de febrero de 1999), pues supone la desvinculación de la obligación principal, puesto que el garante se compromete a pagar una suma de dinero al beneficiario cuando éste se lo exija, independientemente de que haya o no pagado el deudor principal, es lo que se llama garantía a primer requerimiento.
4. En el seguro de caución, en el que el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro. Aunque también cumple una función de garantía, se trata de un contrato distinto al de fianza puesto que el asegurador podrá poner al acreedor las excepciones inherentes a la relación de cobertura que le vincula al deudor-tomador y, especialmente, la falta de pago de la prima del seguro, lo que liberaría al asegurador. Para la STS de 19 de mayo de 1990, otras diferencias entre ambas figuras consisten en que la fianza es un contrato accesorio y el fiador se obliga cuando incumple el deudor, mien-

tras que la obligación del asegurador de caución es principal y surge cuando del incumplimiento se hayan causado daños y perjuicios.

5. La fianza no es una obligación ni un modo de obligarse sino un título del que surge una obligación fideusoria consistente en obligarse a cumplir por otro, y que se realiza a través de la técnica de la intercesión por la que se asume una deuda propia en consideración de una determinada obligación ajena.
6. Además de las vistas existen otras figuras que cumplen las funciones de garantía personal y que han sido reconocidas por nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la ya citada de 5 de febrero de 1999 y en otras como la de 3 de julio de 1999.

En realidad, destacamos que:

- El fiador es un verdadero obligado, no un simple responsable por deuda ajena (STS de 27 de septiembre de 1996). La obligación del fiador es susceptible de subordinarse, en cuanto a su existencia y efectividad, al cumplimiento de una condición (STS de 21 de octubre de 1991).
- El carácter subsidiario de la fianza no tiene otra representación que el beneficio de excusión de orden concedido al fiador (STS de 25 de febrero de 1958).
- El fiador solidario puede ser compelido a pagar sin reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal (SSTS de 3 de febrero de 1990 y 10 de abril de 1995), sin perder el fiador su condición de tal en las relaciones internas con el deudor garantizado (SSTS de 28 de septiembre de 1977, 29 de diciembre de 1987 y 23 de marzo de 1988).
- La fianza mercantil es solidaria (STS de 7 de marzo de 1992).

IV. ELEMENTOS

Partes de la relación de fianza son el *acreedor*, el *deudor principal o afianzado* y el *fiador*, pero el contrato se perfecciona con el consentimiento del acreedor y del fiador, como podemos contemplar en la STS de 3 de julio de 1999, ya que puede constituirse la fianza ignorándola o en contra del deudor principal. En cuanto a la capacidad para ser fiador se aplican las reglas generales, siendo necesaria la capacidad para obligarse, tal y como dispone el artículo 1.828 del Código Civil. Por su parte, el artículo 323 del mismo texto legal, no menciona de forma expresa el supuesto de fianza dentro de los actos para los que el menor emancipado necesita complemento de capacidad, pudiendo ser fiador. En opinión de Díez-PICAZO y GULLÓN, esa fianza podría anularse si con ella se pretende realizar un fraude de ley con respecto a alguna de las actuaciones que contempla el citado artículo 323, por ejemplo, el caso en que el menor quiere obtener un préstamo pero coloca a un testaferro como prestatario asumiendo el emancipado el papel de fiador. Por su parte, el artículo 1824.I del Código Civil indica que la fianza no puede existir sin una obligación válida, pero el artículo 1824.II añade que no puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la del menor de edad, es decir, la obligación principal ha de ser al menos provisionalmente válida y eficaz excluyéndose los supuestos de nulidad e inexistencia. Puede ser anulable, pero la acción de anulabilidad compete a la persona afectada por el vicio

o defecto, no al fiador, aunque éste pueda aprovecharse del éxito de esa acción. La obligación garantizada puede consistir en dar cosas fungibles o no fungibles, hacer o no hacer, determinándose la responsabilidad del fiador en la acción de cumplimiento por equivalencia y eventualmente en la acción de indemnización de daños y perjuicios. En cuanto al contenido de la fianza, el artículo 1826.I del Código Civil ordena que el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. El artículo 1826.II, por su parte, establece una nulidad parcial de la fianza para el caso de que el fiador se hubiera obligado a más, pues se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. Cuando la fianza es simple o indefinida, no limitada a una cantidad concreta, comprenderá no sólo la obligación principal sino todos sus accesorios, incluso los gastos de juicio, entendiéndose, respecto de éstos, que no responderá sino de los que se hayan devengado después que haya sido requerido el fiador para el pago, según establece el artículo 1827.II del Código Civil. Además, la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella, tal y como dispone el artículo 1827.I del Código Civil, a este respecto, la jurisprudencia en STS de 28 de julio de 1990 aclara que no tiene que constar necesariamente por escrito, lo fundamental es que en el pacto aparezca claramente la voluntad de afianzar.

V. CLASES

La fianza puede ser *presente* cuando la obligación principal existe desde el primer momento y es líquida. Puede también prestarse fianza *en garantía de deudas futuras* cuyo importe no sea aún conocido pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida —art. 1.825 del Código Civil—. Y es que la relación de fianza nace, se constituye y existe sin que exista aún la obligación principal, diciendo a este respecto que el fiador está vinculado. Esto sucede, por ejemplo, cuando se afianza un contrato de descuento bancario, en el que al momento de contratar no se sabe a cuánto ascenderá el importe exacto del débito, ya que dependerá de las letras de cambio impagadas, se conoce el importe máximo garantizado. Y es que la vinculación del deudor principal actúa como una condición suspensiva impropia de la fianza y cumplida la condición, es decir, convirtiéndose en deudor el deudor principal, los efectos de la obligación se retrotraen al día de la constitución de la fianza. En este sentido, las SSTs de 29 de marzo de 1979 y 20 de febrero de 1987, entre otras, llegaron a la conclusión de la existencia de la obligación garantizada en el momento en que prestó la fianza con la ineludible consecuencia de responder el fiador desde ese momento. Pero, por el contrario, la STS de 29 de abril de 1992 estimó que extingue la fianza el fallecimiento del fiador con anterioridad a la liquidez de la deuda.

La fianza también puede ser *convencional, legal o judicial* —art. 1823.I del Código Civil—, según que su origen sea un contrato, la ley o una decisión judicial. Respecto a la convencional, señala el artículo 1.828 del Código Civil que el obligado a dar al fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. También es fianza convencional la que presta el fiador, aunque lo ignore el deudor principal, lo que sucede en el caso que prevé el artículo 1838.III del Código Civil. Nadie está obligado a ser fiador ni siquiera en los supuestos de

las fianzas legal y judicial. Indica el artículo 1.854 del Código Civil que el fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial debe tener las cualidades prescritas en el mencionado artículo 1.828. Añade el artículo 1.856 del Código Civil que el fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal.

Desde otro punto de vista puede hablarse de fianza *singular* y fianza *general*, la primera —singular— se constituye para una concreta obligación, la segunda —general— trata de garantizar una relación jurídica continuada como, por ejemplo, una línea de descuento bancario o un crédito en cuenta corriente. La STS de 13 de febrero de 1998 consideró válida la fianza por la que el fiador se comprometió frente al acreedor a garantizar el buen fin y completo pago de cuantas operaciones comerciales y de todo tipo realice con éste el hijo de aquél.

Por último, distinguimos entre fianza *en interés ajeno* y fianza *en interés propio del fiador*. La STS de 16 de septiembre de 1998 admitió una fianza en interés propio que, además era solidaria, pero aclaró que ese dato del interés propio es dispar en la accesoriedad de la fianza y desdibuja la silueta de la figura del fiador, pues con ello adquiere caracteres que son propios del deudor principal, dando a entender que estamos fuera de las normas de la fianza. La fianza convencional, como contrato consensual que es, se perfecciona por el concurso de la oferta y de la aceptación, y con anterioridad a ésta no hay verdadera obligación para el fiador, pues constando el fallecimiento del fiador sin aceptación del acreedor, no quedan vinculados sus herederos (STS de 23 de marzo de 1988). El contrato de fianza exige el consentimiento del acreedor, manifestado para la intervención del mismo en el contrato constitutivo, o por la aceptación del contrato celebrado para afianzar al deudor, entre éste y el fiador (STS de 30 de junio de 1966). El afianzamiento prestado por el marido sin consentimiento de la esposa no puede ser conceptuado como acto a título gratuito, cuando tiene por objeto garantizar el crédito obtenido por la sociedad de cuyos beneficios participa la de gananciales por ambos esposos, así lo reflejan las SSTs de 11 de abril de 1972, 11 de mayo de 1984, 7 de mayo y 29 de diciembre de 1987, 18 de noviembre de 1988 y 12 de mayo de 1989 —entre otras—.

VI. EFECTOS

El fiador tiene la obligación de pagar al acreedor si no lo hace el deudor principal. Tiene el beneficio de excusión, pues como su responsabilidad es subsidiaria no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor, tal y como dispone el artículo 1.830 del Código Civil. Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión debe oponerlo al acreedor cuando éste la requiera para el pago y señalarle bienes del deudor realizables y que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. La STS de 20 de enero de 1999 consideró cumplido el trámite de requerimiento de pago por el hecho de haber demandado conjuntamente al deudor principal y fiador. Cumplidas por el fiador todas las condiciones, el acreedor negligente es responsable de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte, así lo señala el artículo 1.833 del Código Civil. El acreedor puede demandar al fiador y también puede citarlo o notificar la existencia del procedimiento cuando demande al deudor principal, pero que-

dará a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos, a este respecto citar el artículo 1.834 del Código Civil. Y a tenor del artículo 1.831 del Código Civil la excusión no tiene lugar: 1) Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella; 2) cuando se haya obligado solidariamente con el deudor; 3) en el caso de quiebra o concurso del deudor, y 4) cuando éste no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino. Además se entiende que hay renuncia expresa al beneficio de excusión cuando se comprueba la existencia de la voluntad de no hacer uso de tal beneficio. Por otra parte, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda pero no las que sean puramente personales del deudor. La STS de 25 de octubre de 1999 estimó que el fiador puede aducir tanto las que afecten a la existencia y validez de la obligación principal como las relativas a su posible extinción e incluso utilizar los remedios defensivos que, fundados en razones objetivas permitan el incumplimiento del deudor principal, como el hecho de que éste recibiera la cantidad prestada de manera irregular, pues uno de sus administradores retiró de la cuenta corriente el importe mediante un cheque que necesitaba la firma del otro administrador, error imputable al acreedor prestamista. Por otro lado decir que, antes del momento del pago, el artículo 1.843 del Código Civil regula la llamada acción de cobertura, acción en la que el fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor, según la STS de 7 de mayo de 1997, dicha acción se dirige exclusivamente contra el deudor y tiende a obligarle a proporcionar al garante la cobertura necesaria por si tiene que hacer frente a la deuda garantizada, caso que el acreedor no consienta en relevarle de la garantía, pudiendo el fiador proceder contra el deudor principal:

- Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.
- Caso de quiebra, concurso o insolvencia.
- Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en plazo determinado y dicho plazo ha vencido.
- Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible.
- Cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento.

La jurisprudencia, en SSTs como la de 6 de octubre de 1995, no considera aplicable este precepto a quien otorga garantía real en aseguramiento de una obligación ajena y tampoco se aplica a los avales por tener naturaleza de garantía autónoma como también aduce la STS de 5 de febrero de 1999. Si paga el fiador establece una acción de subrogación por pago que permite conservar los privilegios y las garantías que tenía el acreedor contra el deudor principal. Además, se le concede al deudor una acción de reembolso al indicar que el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste, comprendiendo tal indemnización: La cantidad total de la deuda; los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor; los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que haya sido requerido para el pago y los daños y perjuicios cuando procedan. Un sector de la doctrina a la que se acogen autores como ALBALADEJO, LASARTE, DÍEZ-PICAZO, entre otros, opina que los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil le conceden dos acciones que no son acumulativas sino que le permiten optar entre una y otra: la de reintegro y la de subrogación: las SSTs de 13 de febrero de 1988

y 15 de diciembre de 1997 se inclinan por lo expuesto. Pero, sin embargo, otro sector doctrinal —entre los que se encuentran PUIG BRUTAU y PÉREZ ÁLVAREZ— dispone que los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil conceden una única acción al fiador que paga al acreedor, la acción de reembolso, no pudiendo el acreedor pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado. Puede ocurrir que el fiador pague sin ponerlo en conocimiento del deudor, pudiendo éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago, tal y como nos dice el artículo 1.840 del Código Civil. Y si el deudor principal, ignorando el pago del fiador, lo repite, no le queda al fiador recurso alguno contra el deudor principal, pero sí contra el acreedor, se trata de una acción de reembolso que trata de evitar el enriquecimiento injusto del acreedor. Cuando el fiador paga antes del vencimiento de la deuda a plazo, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza —art. 1.841 del Código Civil—. En este orden de cosas, el fiador que pague cuando la fianza se haya creado en su interés propio, no es de afianzamiento, carecerá de la acción de reembolso y si la fianza se ha contraído en interés común del afianzado y fiador, tampoco jugarán las normas del reembolso, así lo establece la STS de 2 de diciembre de 1988.

Entre los *efectos* de la fianza entre *el fiador y el acreedor* destacamos lo siguiente: La oposición del beneficio de excusión requiere que se designen bienes determinados, realizables suficientemente para el completo pago y con garantía de existencia real y efectiva, tal y como disponen las SSTS de 25 de febrero de 1968, 31 de enero de 1986 y 29 de octubre de 1991. El artículo 1.832 del Código Civil no se cumple con una simple referencia al activo que el deudor haya presentado en una suspensión de pagos (STS de 7 de abril de 1975). Puede, además, ejercitarse conjuntamente y en evitación de la duplicidad de procedimientos con idéntica finalidad la acción del acreedor contra el deudor y subsidiariamente contra el fiador con beneficio de excusión, que ha de quedar a salvo en la sentencia, declarando en consecuencia y previamente la insolvencia total o parcial del primero para que pueda compelerse al fiador a que haga efectivo con sus propios bienes el pago por aquél (STS de 22 de noviembre de 1916). La posibilidad de citación conjunta al deudor y fiador demuestra que es una facultad que se concede al acreedor, que puede o no ejercitar (STS de 17 de junio de 1985). El requerimiento ordenado por el artículo 1.832 —ya mencionado— puede ser hecho por demanda judicial (SSTS de 25 de febrero de 1958 y 3 de octubre de 1985).

El beneficio de excusión ha de ser opuesto oportunamente en el pleito durante el período expositivo del mismo, y no en escritos distintos a los que regulan los artículos 524, 540 y 548 de la LEC, y mucho menos en los que se presenten después de constituida la relación jurídico-procesal (STS de 7 de abril de 1975).

Ahora, entre los *efectos* de la fianza entre *el deudor y el fiador* vemos:

El artículo 1.843 del Código Civil no es de aplicación en las relaciones internas entre cofiadores (STS de 7 de mayo de 1977). Los efectos del citado artículo 1.843 no se producen automáticamente sino que requieren el ejercicio de la correspondiente acción (STS de 31 de octubre de 1994). El artículo 1.843 no se aplica cuando la fianza no es una garantía personal, como cuando se halla constituida por valores públicos (STS de 26 de mayo de 1950), tampoco se aplica cuando un tercero hipoteca un bien de su propiedad en garantía de una deuda ajena, al no ser deudor, no puede ser considerado garante análogo

al fiador (STS de 6 de octubre de 1995) y tal precepto no fundamenta ninguna acción de reembolso contra el deudor sobre unos hipotéticos pagos al acreedor, ni exigidos ni efectuados (SSTS de 17 de octubre de 1990 y de 31 de octubre de 1994).

Y, finalmente, entre los *efectos* de la fianza entre los *cofiadores* destacamos:

El cofiador que paga puede ejercitar de forma acumulada sus acciones contra el deudor y cofiadores, de forma alternativa o subsidiaria. La suma acreedora, por el juego del ejercicio de las dos acciones, nunca puede ser superada, pues ello llevaría al enriquecimiento injusto (STS de 3 de julio de 1998). La acción de regreso que tiene el cofiador que paga no exige que previa o simultáneamente se haya demandado al deudor (SSTS de 29 de noviembre de 1997 y 30 de marzo de 2001). Basta la situación de insolvencia notoria, sin necesidad de esperar a declaración formal de quiebra o concurso para que el cofiador que paga puede accionar de regreso (SSTS de 4 de mayo de 1993 y de 28 de septiembre de 1997). No debe exigirse el estricto cumplimiento del párrafo tercero del artículo 1.844 en los supuestos de pago por el cofiador solidario que a todos beneficie, sólo en aquellos en que el pago entero y espontáneo del cofiador se produzcan por móviles torcidos, buscando propio beneficio o en perjuicio de los demás fiadores (SSTS de 27 de febrero, 18 de septiembre y 29 de noviembre de 1997, 4 de mayo de 1993, 2 de diciembre de 1988, 16 de julio de 1999 y 20 de marzo de 2001). No es absolutamente indispensable para repetir contra los fiadores que se le haya demandado judicialmente al cofiador que pagó si el pago es beneficioso para todos (SSTS de 24 de mayo de 1994 y 29 de noviembre de 1977). Y es que el artículo 1.844 del Código Civil excluye la fianza múltiple, esto es, la de tantas fianzas y fiadores como porciones concretas de la demanda garantizada (STS de 4 de mayo de 1993, y además la acción de regreso del dicho precepto no procede respecto del cofiador que deja de serlo por haber asumido la deuda garantizada (STS de 27 de febrero de 1990). Si uno de los cofiadores solidarios afectó con hipoteca un bien, sobre el cual el acreedor se satisfizo, está legitimado para accionar de regreso en base al artículo 1.145 del Código Civil en relación con el artículo 1.822, párrafo segundo (STS de 29 de noviembre de 1997).

VII. EXTINCIÓN

La regla general se recoge en el artículo 1.847 del Código Civil, que dispone que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que las del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones, sin embargo, se establecen reglas particulares de extinción de la fianza en artículos posteriores:

- Cuando por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados los fiadores en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo (art. 1.852 del Código Civil). Ha de tratarse de hechos, es decir, de una conducta activa del acreedor. La STS de 25 de octubre de 1999 consideró que el acreedor entregó indebidamente a la sociedad afianzada la cantidad prestada, al pagar un cheque al administrador de ésta que carecía de poderes suficientes para cobrarlo.
- Cuando el acreedor concede una prórroga al deudor principal sin el consentimiento del fiador (art. 1.851 del Código Civil) o, lo que es lo mismo, cuando transcurre el plazo pactado de vigencia de la fianza.

Cabe que el fiador se comprometa sin sujetarse a un plazo determinado, en cuyo caso no es aplicable esta causa de extinción, así lo establecen SSTs de 30 de diciembre de 1997 y de 13 de febrero de 1998. Y es que el plazo indefinido no significa que sea ilimitado en el tiempo, la STS de 3 de julio de 1999, referida a un aval, entendió que la garantía se extinguió cuando la sociedad afianzada se fusionó con otra.

- Cuando el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda aunque después los pierda por evicción (art. 1.849 del Código Civil). Se trata, en realidad, ahora de una alteración objetiva convencional que precede a la dación en pago. Efectuada la entrega se produce la extinción de la obligación y de la fianza que es accesoria. La STS de 25 de mayo de 1999 aclaró que el precepto se refiere a entrega de efectos librados contra terceros, lo que no produce el efecto suspensivo previsto en el artículo 1.170 del Código Civil, pues este precepto se refiere a la entrega de efectos pagaderos por el propio deudor. Y es que la extinción de la fianza por resolución de la obligación principal no queda impedida por las acciones ejercitadas en el pleito derivadas de esa resolución y que afecta a la devolución de las prestaciones efectuadas, que en modo alguno puede verse garantizada por la finca (STS de 28 de febrero de 1991). En materia de préstamos usurarios, la nulidad del contrato no afecta a la fianza constituida para la devolución de lo prestado, si bien queda reducida a lo que según la Ley tenga que restituir el préstamo afianzado (STS de 14 de junio de 1984). En contra la STS de 20 de junio de 2001.

La *cessio pro solvendo* por parte de la deudora en suspensión de pagos, en el convenio acordado con sus acreedores dentro de ella no entraña la extinción de la fianza, ni la renuncia de dichos acreedores a la diferencia entre el nominal de sus créditos y lo percibido en la liquidación, pues no se trata propiamente de una condonación de deuda, además de que la renuncia sólo podría ser efectiva cuando, por haberse cumplido en pago la liquidación exista verdaderamente la diferencia (STS de 14 de septiembre de 1987).

La reducción de la cuantía de la deuda afianzada no implica novación (STS de 8 de octubre de 1986).

Ni la suspensión de pagos ni el concurso ni la quiebra del deudor principal extingue la fianza (STS de 19 de diciembre de 1989).

El convenio en una suspensión de pagos entre el deudor y sus acreedores no impide al afianzado proceder contra los fiadores, sin que éstos puedan aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al deudor, salvo que el acreedor hubiese renunciado expresamente a su garantía, en cuyo caso no podrá proceder contra los fiadores (STS de 16 de noviembre de 1991).

La jurisprudencia se inclina por el criterio de que en los supuestos de concurso de acreedores, quiebra y suspensión de pagos subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada, tanto por persistir el interés del acreedor en la finalidad de garantía propia de la fianza como por no ser incardinable el convenio de suspensión de pagos en el concepto de transacción según el sentido del artículo 1.835 del Código Civil, ya que el convenio se impone por una determinada mayoría del acreedores, y no tiene por qué eliminar la garantía adicional de la fianza para el acreedor que, pese a quedar vinculado por el convenio frente al deudor común, no renuncie expresamente a dicha garantía (STS de 22 de julio de 2000).

VIII. CONCLUSIONES

Analizada la figura de la fianza hemos de concluir diciendo que el fiador debe pagar o cumplir por el deudor en caso de que éste no lo haga, por tanto, no es sólo un responsable sino también un deudor; su obligación es subsidiaria, no condicional; no nace cuando el deudor no cumpla sino desde que se obliga por el afianzamiento, la subsidiariedad indica que el acreedor debe exigir al fiador después que al deudor en defecto de obtener satisfacción del mismo, la subsidiariedad representa el beneficio de excusión o de orden concedido al fiador, y además de la subsidiariedad la otra característica que delinea la fianza es la accesoriedad, es un accesorio del crédito que garantiza por lo que se transmite y extingue con el mismo, pero en sí misma tiene vida jurídica propia, y es que la fianza puede ser un contrato pactado entre el garante y el acreedor que es el contrato típico del que nace la obligación fideusoria disciplinada en el Código Civil, según hemos visto, pero también puede ser una descripción de dicha obligación fideusoria del garante, cuya fuente no se halla en el contrato típico de fianza, como sucede en la solidaridad pasiva, en el mandato de crédito, en el seguro de caución, en la comisión de garantía o en el endoso. Por otro lado, dentro de esta alusión a la fianza, son dos los conceptos que debemos distinguir para poder completar el estudio de la misma: cofianza, que se produce cuando por una misma obligación hay dos o más fiadores que están en el mismo plano o nivel y a este respecto podemos citar la STS de 14 de octubre de 1996, que estimó que no estaba aún perfeccionado un contrato de fianza, pues en la póliza de afianzamiento mercantil sólo habían firmado dos de las siete personas que figuraban como fiadores y la subfianza, que es la denominación que recibe la garantía de la solvencia del fiador y se produce cuando por una misma obligación hay dos o más fiadores que no están en el mismo plano o nivel, actuando unos en calidad de fiadores del fiador o cofiadores. Es en este lugar dónde podríamos preguntarnos por qué el fiador se constituye como garante, pues puede ocurrir que obre espontáneamente en beneficio del deudor, y también puede que lo haga para cumplir obligaciones que con él haya contraído, es decir, que se haya obligado a afianzarlo y si así sucediese, las vicisitudes de las relaciones entre ambos no pueden serles opuestas al acreedor pues no son derivadas de las relaciones acreedor-deudor, por eso es común el que afirmemos el carácter abstracto de la fianza pero entendida en aquel sentido, no en que el contrato carezca de causa, pues siempre la tiene y es el de garantizar la satisfacción del acreedor. La fianza puede nacer también de un convenio entre acreedor y tercero por el que éste se constituya en garante de deuda ajena; además, el fiador puede constituirse en esa condición como consecuencia de un pacto entre acreedor y deudor por el que éste se obliga a darle un fiador. Finalmente, concluir diciendo que el fiador es un verdadero obligado, no un simple responsable por deuda ajena y esa obligación del fiador es susceptible de subordinarse en cuanto a su existencia y efectividad al cumplimiento de una condición.

RESUMEN

FIANZA

La fianza puede ser un contrato pactado entre el garante y el acreedor

ABSTRACT

THE DEPOSIT

A deposit can be a contract between the guarantor and the lender (the type

—contrato típico del que nace la obligación fideusoria disciplinada en el Código Civil—, pero también puede ser una descripción de la obligación fideusoria del garante, cuya fuente no se halla en el contrato típico de fianza, como sucede en la solidaridad pasiva, en el mandato de crédito, en el seguro de caución, en la comisión de garantía o en el endoso.

of contract which gives rise to the deposit obligations addressed in the Civil Code), but a deposit can also be a description of the guarantor's deposit obligation, whose source does not lie in a deposit contract. This happens in several liability, orders for credit, surety bonds, guarantee commissions and endorsements.

ESTUDIO DEL LEASING FINANCIERO Y DEL LEASE-BACK A PROPÓSITO DE LA RDGRN DE 29-1-2005 Y DE LA SENTENCIA DEL TS DE 2-2-2006.

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

El denominado leasing financiero es un contrato de procedencia anglosajona a través del cual se ofrecía a los empresarios la posibilidad de disponer de los bienes que necesitaban para el ejercicio de su actividad económica, sin necesidad de proceder a su adquisición durante un determinado período de tiempo; transcurrido el cual el usuario podía adquirir los bienes por un precio residual, devolverlos o renovar el contrato por un nuevo plazo. En un primer momento, esta nueva técnica de financiación se entendió exclusivamente aplicable a bienes muebles y más específicamente a aquellos de uso empresarial o profesional, pero posteriormente se consagra expresamente su aplicabilidad tanto a muebles como a inmuebles.

La diferencia objetiva entre ambos repercute en su significación jurídica, como señala COILLOT en frase muy gráfica, en el leasing de bienes muebles, el uso aventaja a la propiedad, mientras que en el de bienes inmuebles, la propiedad vence siempre al uso.

Se consolida el contrato de leasing financiero desde el momento en que los empresarios, tradicionalmente apegados al dominio de los bienes de producción, descubren que lo importante no es el capital sino el valor en uso.

El contrato de leasing, en un principio carecía de regulación en nuestro ordenamiento jurídico y se admitía al amparo del principio de autonomía de la voluntad tipificado en el artículo 1.255 del Código Civil, idea también recogida con criterio jurisprudencial en sentencia del TS de 10-4-1981.

La primera normativa reguladora del leasing reviste carácter fiscal; en la actualidad se encuentra regulado en:

- La Disposición Adicional 7.^a de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, define los contratos de arrendamiento financiero como aquellos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según

especificaciones del usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario.

- La Ley de 13 de julio de 1998, sobre venta a plazos de bienes muebles, dice en su Disposición Adicional 1.^a que los contratos de arrendamiento de financiero regulados en la Ley de 29-7-1998, que se refieran a bienes muebles corporales no consumibles o identificables podrán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles creado por Real Decreto de 13-12-1999. Es importante el acceso de los bienes muebles al RP para que así puedan gozar de todas las ventajas inherentes a la publicidad registral. También la mencionada ley regula el procedimiento para que el arrendador financiero pueda recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de arrendamiento financiero, mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución conforme a la LEC.

Al ser el leasing un contrato habitualmente de adhesión, es frecuente la inserción en los contratos de cláusulas de condiciones generales dictadas por la entidad financiera e impuestas al usuario. Hay que tener en cuenta la normativa tuitiva del usuario contenida en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, en particular las definidas como cláusulas abusivas a que se refieren los artículos 10 bis y Disposición Adicional de dicha ley.

II. CLASES

Destacamos dos tipos:

1. El leasing financiero, que puede ser inmobiliario y de bienes de equipo y utillaje.
2. El leasing operativo, que no presenta grandes dificultades, ya que equivale a un contrato de arrendamiento de cosas, configurándose como un instrumento contractual a través del cual los fabricantes pueden colocar sus bienes en el mercado.

III. EL LEASING FINANCIERO: SU NATURALEZA JURÍDICA

1. CONCEPTO

Contrato por el que la sociedad de leasing cede por cierto tiempo y con carácter irrevocable el uso de un bien, que ha adquirido de un tercero, según especificaciones del usuario y cuya propiedad conserva, a cambio del pago de un canon periódico, pudiendo el usuario, al término del contrato, ejercitar la opción de compra ínsita en el contrato realizado.

Su funcionamiento suele ser el siguiente: una persona necesita un determinado bien, que puede ser un bien de equipo o un bien inmueble —en este

caso el leasing inmobiliario puede recaer sobre inmuebles rústicos o urbanos, pero sólo cabe respecto de inmuebles por naturaleza, también puede recaer sobre establecimientos industriales y la doctrina mayoritaria admite el leasing sobre inmuebles en proyecto o en construcción— y acude a una sociedad financiera dedicada a esta actividad para que adquiera el bien y se lo ceda en uso, a cambio del pago de un canon periódico.

Al final de la relación contractual el usuario puede:

- Adquirir el bien por un precio residual. Se plantea el problema de cuál es la entidad cuantitativa que debe alcanzar éste para no desnaturalizar la opción de compra que corresponde al usuario; en sentencia de 28-5-1990, el TS entendió que si el precio de adquisición es insignificante, no cumple la función de precio autónomo y se desnaturaliza el contrato convirtiéndose en una compraventa a plazos, no obstante el criterio jurisprudencial no es unánime y en otras sentencias como la de 21-12-2001 y 12-3-2003 se interpreta que la insignificancia del valor residual no es suficiente para desnaturalizar el contrato, salvo que existan otras circunstancias que confirmen la inexistencia de una verdadera opción de compra.
- Devolverlo a la sociedad de leasing.
- Renovar el contrato por un nuevo plazo y por canon inferior.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL LEASING FINANCIERO

Vamos a destacar diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales que contribuyen a perfilar esta figura jurídica:

1. El leasing como préstamo de dinero (1).

Los partidarios de esta tesis consideran que la sociedad de leasing se limita a entregar la suma prestada al suministrador designado por el usuario, en virtud de un mandato recibido de éste. El usuario adquiere la propiedad de los bienes y simultáneamente los vende en garantía a la sociedad, la cual se convierte en propietaria fiduciaria hasta la devolución del dinero prestado. Es la tesis clásica de GIOVANELLI, representada en nuestro derecho por DE LA CUESTA RUTE.

2. El leasing como negocio fiduciario.

El leasing produce efectos reales oponibles *erga omnes* —ya que la sociedad de leasing como propietaria fiduciaria de los bienes puede oponer su derecho de propiedad *erga omnes*— y efectos personales —entre el usuario y la sociedad de leasing—. La tesis del doble efecto característico del negocio fiduciario va perdiendo fuerza, como ya puso de relieve DE CASTRO. Los autores partidarios de esta teoría asemejan el leasing a la fiducia *cum creditore* basándose en la desproporción existente entre el medio jurídico formalmente empleado y el fin económico pretendido. Su posibilidad de acceso al Registro se articula a través del artículo 2.3 LH.

(1) Véase el trabajo de Antonio CABANILLAS sobre «la naturaleza jurídica del leasing y el control de las condiciones generales», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1982, págs 53 y sigs.

3. El leasing como arrendamiento.
Su configuración, dentro del molde arrendaticio, ha sido defendida por SEGURADO LLORENTE, considerándolo como arrendamiento especial por su finalidad financiera, pero incluíble dentro del arrendamiento de cosas tipificado en el artículo 1.543 del Código Civil (2).
4. El leasing como compraventa con precio aplazado.
Es la postura que sigue ZUMALACÁRREGUI, por entender que se produce de hecho la transmisión del dominio de la mayor parte de la utilidad del inmueble, con facultad además de adquirir discrecionalmente el bien desvalorizado, sin que esa condición suspensiva de compra del valor residual desnaturalice su esencia.
5. Su consideración como compraventa con precio aplazado y reserva de dominio.
Ha sido defendida por AMORÓS GUARDIOLA con base en estos argumentos:
 - A) A diferencia de lo que ocurre con los bienes muebles, en el leasing de bienes inmuebles lo prolongado de la vida útil del bien, unido a la generalizada plusvalía, hace que la operación desemboque en la mayoría de los casos en el ejercicio de opción de compra por el usuario que además lo será por el valor residual.
 - B) No existe en el leasing verdadero arrendamiento porque lo que se paga en plazos sucesivos no es el valor temporal de cada período de uso arrendaticio, sino el valor total de la finca repartido en tantos plazos como dura el arrendamiento más uno, que es el valor residual a satisfacer por la opción de compra.
6. La tesis del negocio jurídico complejo que incluye compraventa, cesión de uso y opción de compra.
7. La tesis del contrato mixto en que la opción de compra y la cesión de uso se funden con causa única, que parece ser la tesis hoy predominante en la doctrina.

3. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

El TS, en un primer momento, en sentencia de 28-3-1978 aceptó la calificación de venta con precio aplazado, pero posteriormente rectificó su criterio. Así en sentencias de 10-4-1981 y 28-5-1990 niega la identidad entre ambas figuras y estima que ya se considere el leasing como negocio mixto ya como un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a una unidad sustancial o esencial, se trata de un contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme. El mismo criterio se sigue en sentencias de 19-7-1999 y 20-7-2000.

La jurisprudencia en general no ha venido reconociendo trascendencia jurídica a la conexión contractual que tiene lugar en el leasing financiero, pero

(2) Esta tesis ha sido rebatida por AMORÓS GUARDIOLA: «El leasing inmobiliario y su inscripción registral», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, CER, Madrid, 1985, págs. 800 y sigs.

se advierte un giro en la jurisprudencia más reciente tendente a reconocer relevancia jurídica a la misma. Destacamos en este sentido la sentencia del TS de 26-2-1996, la cual considera que el leasing jurídicamente no es un contrato tripartito, sino que se articula a través de dos contratos conexos y dependientes entre sí: un contrato de compraventa y un arrendamiento con opción de compra, destacándose la interconexión funcional existente entre ambos.

La DGRN en Resoluciones de 12 de mayo y de 21 de junio de 1994 señala que: «La relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca esta figura con contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va ínsita una facultad potestativa de adquisición».

La RDGRN de 29-1-2005 también se pronuncia sobre esta materia; se debate sobre la inscripción del objeto de una sociedad de responsabilidad limitada, cuya actividad estatutariamente definida consiste, con carácter genérico, en el arrendamiento de inmuebles, sin excluir expresamente el leasing; entiende la calificación registral que con ello queda incluido el leasing, sin reunir la sociedad los requisitos exigidos por Ley de 29-7-1988 y Real Decreto de 23-4-1999.

La DGRN revoca la nota de calificación basándose en la distinta naturaleza jurídica del leasing y del arrendamiento genérico. Con esta Resolución se pone fin a una larga tradición consistente en exigir que cuando las sociedades tenían como objeto social el arrendamiento se excluyera expresamente el arrendamiento financiero por entender que el género comprende la especie y que era el criterio seguido por la DGRN en Resoluciones de 15-3-1988, 18-2-1991 y 15-12-1993, entre otras.

Esta Resolución establece que la naturaleza jurídica del leasing es la de ser un contrato complejo de contenido no uniforme cuya causa es la financiación empresarial y que por tanto el arrendamiento financiero debe incluirse en la categoría de los contratos de financiación distintos de aquellos que tienen por causa la mera cesión del uso. «La causa del leasing no es otra que la financiación empresarial; en ello —intermediación financiera— radica la función económico-social del leasing, en el cual se retribuye no sólo la cesión del uso del bien, sino también la financiación de su futura adquisición cuando se ejerce la opción de compra, frente a otras figuras como el leasing operativo y el arrendamiento empresarial o renting, estos últimos puros contratos de arrendamiento de cosas donde lo que se retribuye es la mera cesión de uso y el servicio de mantenimiento».

En mi opinión es muy acertada la doctrina de la DGRN, ya que son diferentes los contratos de arrendamiento clásico y los de leasing, siendo estos últimos importantes instrumentos de financiación, por ende, era difícil seguir manteniendo la postura clásica de exigir la exclusión del arrendamiento financiero en los objetos sociales dedicados al arrendamiento.

4. EL LEASING COMO GARANTÍA A LA LUZ DE LA NUEVA LEY CONCURSAL

La Ley Concursal de 9 de julio de 2003 configura el leasing como una garantía real al afirmar, en su artículo 90 apartado 1-4.º, que el crédito que

ostenta la entidad de leasing por las cuotas del arrendamiento es privilegio especial sobre el bien arrendado, equiparándolo al que ostenta el vendedor por los plazos de la compraventa en el supuesto de venta a plazos con reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria sobre los bienes vendidos. El artículo 90 en su apartado 2.º señala, con carácter general, que tales créditos han de constituirse con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad frente a terceros.

IV. POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES INTERVINIENTES

Las discusiones acerca de la función y naturaleza del leasing financiero tienen reflejo en la configuración de la posición jurídica de las partes intervinientes en el contrato.

1. Posición jurídica de la entidad de leasing.
Tiene la obligación de adquirir el bien objeto del contrato con sujeción a las indicaciones del usuario y cederle el uso del mismo, así como la posibilidad de hacer valer las acciones judiciales y extrajudiciales frente al proveedor en relación con la entrega y reclamaciones sobre los vicios de la cosa.
En el plano obligacional, la posición jurídica de la entidad de leasing se concreta en la titularidad de un derecho de crédito frente al usuario, cuyo objeto es el reembolso de la cantidad invertida en la adquisición del bien, incrementada por la tasa de interés que remunera su prestación.
En el plano jurídico real, la entidad financiera parece ostentar el dominio de los bienes cedidos en leasing como garantía de posibles incumplimientos contractuales.
2. Posición jurídica del usuario.
Tiene las siguientes obligaciones: recibir la cosa, lo que comporta en ocasiones la obligación de retirada y la de comprobar la exactitud de la prestación de entrega; pagar las cuotas correspondientes; afectar el bien a su actividad económica y cuidar diligentemente los bienes cedidos; restituirlos al fin del contrato, a menos que el usuario opte por su adquisición definitiva, pagando el precio residual pactado.
Su derecho es que podrá ejercitar al término del contrato, la opción de compra que necesariamente debe acompañar a éste.

V. EL LEASING DE RETORNO O LEASE-BACK

Se conoce como lease-back (sale and lease-back), el contrato por cuya virtud el propietario de un bien generalmente inmueble, lo vende a otra persona o entidad (sociedad de leasing) la cual en el mismo acto se lo cede a aquél en arrendamiento, concediéndole además un derecho de opción de compra sobre el mismo.

Sigue las líneas generales del contrato de leasing, pero tiene una particularidad, que es la concurrencia en una misma persona de las posiciones jurídicas de vendedor y usuario. Éste enajena a la entidad de leasing un bien de su patrimonio, pero mantiene su disponibilidad en base a un título jurídico

distinto y conserva la posibilidad de recobrar la propiedad del bien al término del contrato.

A través de esta figura jurídica el usuario persigue obtener liquidez sin perder disponibilidad.

Como principales diferencias con el leasing financiero destacamos las siguientes:

Trilateralidad *versus* bilateralidad. El lease-back es bilateral por la coincidencia en una misma persona de la condición de vendedor y usuario, mientras que el leasing financiero se dice que es trilateral, si bien esta afirmación es necesario matizarla, ya que la trilateralidad es una nota natural y no esencial, como señala GARCÍA GARNICA (3): «la ley se limita a exigir que la ejecución del contrato tenga lugar a través de la adquisición por la entidad de leasing del bien indicado por el futuro usuario, con la finalidad de cedérselo en leasing, sin imponer ninguna exigencia o limitación relativa a la entidad del transmitente, ni exigir que se trate de un tercero».

El efecto inmediato del lease-back no es atribuir la posesión de un determinado bien, como es propio del leasing financiero, sino aumentar la liquidez del usuario a través de la movilización de un elemento de su patrimonio.

No obstante, ambos responden a una misma estructura y a una misma razón de ser, siendo considerado el lease-back como una modalidad del leasing financiero; este es el criterio que sigue el TS en sentencias de 20 de noviembre y 1 de febrero de 1999 y de 10 de febrero de 2005.

El hecho de que los bienes pertenezcan en propiedad al usuario, puede abrir una vía para su utilización fraudulenta, planteándose la cuestión de si el lease-back implica una vulneración de la prohibición del pacto comisorio (4).

La RDGRN de 15 de junio de 1998 advierte el posible conflicto que puede plantearse entre la prohibición en nuestro ordenamiento del pacto comisorio y este contrato, si bien no se pronuncia sobre ello porque en el caso concreto planteado el contrato estaba inscrito en el RP y por tanto bajo la salvaguardia de los Tribunales.

El TS en sentencia de 10 de febrero de 2005 establece las diferencias existentes entre el leasing y el préstamo de dinero, afirmando que la primera de dichas figuras trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en uso, reservándose la facultad de acceder a la propiedad mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza el préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste y la transmisión de su dominio al prestatario que se obliga a devolver el *tatumdem*. En tanto que el préstamo tiende a la financiación del prestatario, en el leasing se financia la futura adquisición de un objeto.

El TS considera que la relación contractual establecida tenía como específica finalidad garantizar a una de las partes la devolución de la suma pres-

(3) GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, ed. Aranzadi, 2001, pág. 148.

(4) DURÁN RIVACOBA, Ramón, «El lease-back ha sido entendido por la doctrina italiana, que le ha dedicado una atención desmedida, como una compraventa en garantía y por tanto comprendida dentro de la prohibición general del pacto comisorio, aunque otros autores entienden que debe analizarse *ad casum* su equivalencia de prestaciones», en *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 63.

tada a la otra; y con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil, las partes acuden al artificio de simular una venta, conservando el poseedor la posesión inmediata del bien vendido como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un supuesto de fraude de ley que determinaría la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y por tanto de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados.

En mi opinión, hay que atender a las circunstancias del caso concreto para ver si realmente hay una actividad fraudulenta y no considerar como fraude lo que verdaderamente es un *constitutum possessorium*, es decir, que el transmitente continúe en la posesión de la cosa pero en virtud de un título jurídico distinto, lo cual implica una modalidad de *traditio ficta*.

La sentencia del TS, de 2 de febrero de 2006, también ha incidido en esta materia.

Esta sentencia expone el concepto, la proyección legislativa del contrato de leasing, considerando que si bien es un contrato atípico, no por ello puede decirse que es un contrato innominado.

Frente a las posiciones doctrinales que consideran asimilable la naturaleza de este contrato a un préstamo, partiendo de su carácter financiero y que ven en él un negocio fiduciario en virtud del cual la transmisión de la propiedad sería puramente formal y limitada a los efectos propios de garantía, la jurisprudencia ha venido reconociendo la autonomía del contrato de leasing en cuanto responde a una finalidad económico-social propia, tanto desde el punto de vista fiscal como desde el punto de vista mercantil, por lo que con carácter general se reconoce la virtualidad del mismo para la transmisión efectiva de la propiedad de los bienes objeto del mismo.

Centrándose en el lease-back, la sentencia señala que la jurisprudencia ha contemplado este tipo de operaciones desde una triple perspectiva:

1. La de su posible carácter de negocio fiduciario sin posibilidad de legitimar el ejercicio de acciones declarativas o de tercería de dominio. Así destacamos las sentencias de 20-11-99 y 17-7-2001.
2. La del posible incumplimiento de la Ley de Represión de Usura como consecuencia de la desproporción entre los intereses y el volumen económico del préstamo. Así en sentencias de 17-3-98 y de 21-2-2003.
3. La del posible incumplimiento de la prohibición del pacto comisorio contemplado en sentencias de 16-5-2000, 22-6-2001 y 10-6-2005.

Como vemos, la jurisprudencia ha respondido teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y en general ha considerado que se estará ante un contrato de lease-back, si se mantienen las características y la finalidad económico-social propia del contrato de arrendamiento financiero. Para ello, señala los elementos (5) que han de concurrir para determinar si nos encontramos ante un contrato de este tipo, a la luz de los cuales se concluye que la calificación del contrato litigioso es de lease-back y no de préstamo.

(5) Elementos que hemos expuesto a lo largo de este trabajo como delimitadores de la figura de lease-back.

VI. ASPECTOS REGISTRALES DEL LEASING

1. LEASING INMOBILIARIO

Su acceso al Registro viene determinado por aplicación analógica de los artículos 2.5 LH y 14 RH, junto con el amparo que le proporciona el sistema de *numerus apertus* que rige en nuestro sistema registral y que se consagra en los artículos 2 LH y 7 RH.

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se han ido perfilando los requisitos para la constatación registral del leasing inmobiliario.

Diferentes autores entendieron desde un primer momento que el acceso al Registro no debía referirse al arrendamiento y a la opción de compra separadamente, sino que podía inscribirse el leasing como un todo, ya que crea un derecho específico de carácter real: derecho que produce efectos jurídicos reales por razón de la función económico-social que cumple y que debe estar dotado de oponibilidad *erga omnes* mediante la publicidad registral (6).

Es la línea que sigue la DGRN en Resoluciones de 12 de mayo y de 21 de junio de 1994: «La relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios y no puede haber entre ellos posible separación».

Estas Resoluciones abordan también la cuestión de si es necesaria la inscripción previa del leasing para poder inscribir la compraventa derivada del ejercicio de opción de compra ínsita en el mismo, y la Dirección señaló que no es necesaria dicha previa inscripción, poniendo como ejemplo los retractos legales y convencionales donde la inscripción no se practica, añadiendo que el principio de tracto sucesivo se cumple con la inscripción directa de la compraventa, sin necesidad de inscribir el arrendamiento; es decir, considera que la venta es independiente del arrendamiento financiero, sin caer en la cuenta de que nos encontramos ante lo que CARIOTTA FERRARA denomina «ligamen de negocios».

Estas Resoluciones han sido muy criticadas (7), ya que al permitir la inscripción del ejercicio de opción de compra derivado del leasing con la sola presentación de la escritura de compra, sin necesidad de aportar ni de calificar el contrato previo de leasing ni de reflejarlo en la inscripción, suponen una total vulneración de los principios fundamentales de nuestra legislación hipotecaria: el de negocio causal, especialidad, tracto sucesivo y el de calificación registral.

La RDGRN de 26 de octubre de 1998 declara de forma expresa la naturaleza real del derecho de leasing y su hipotecabilidad. En el caso debatido la hipoteca se concedió a favor de la propia entidad de leasing y por tanto con su consentimiento. La Dirección General en esta Resolución da a entender que si figurara inscrita la cláusula que impide la transmisión o gravamen del derecho del arrendatario sin consentimiento del arrendador y «sin entrar a

(6) Posición que comparto, dada la conexión funcional entre ambos contratos, que lleva a la inscripción del negocio complejo como tal sin que quepa una desmembración de sus elementos negociales.

(7) Ver los comentarios a estas Resoluciones por GARCÍA GARCÍA, J. M., «El deterioro del sistema inmobiliario registral: la RDGRN de 12-5-1994», en *RCDI*, núm. 623, pág. 1645, y por GÓMEZ GÁLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria*, Marcial Pons, 1995, págs. 100 y sigs.

valorar la validez de dicha cláusula» conforme al artículo 26 LH, al gozar la inscripción de la presunción legal de exactitud y validez, la hipoteca exigiría el consentimiento del arrendador.

Lo que no cabe es la hipoteca recayente sólo sobre la opción de compra derivada de un leasing, pues ello supondría fraccionar un derecho unitario inscrito como tal.

2. LEASING MOBILIARIO

La ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, como ya hemos visto, permite la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de los contratos de arrendamiento financiero que recaigan sobre bienes muebles corporales no consumibles e identificables, permitiendo también la práctica de anotación preventiva de embargo o en su caso de demanda de la propiedad.

3. LEASE-BACK

La concurrencia en un mismo sujeto de las posiciones jurídicas de transmitente y usuario no entraña peculiaridades a efectos registrales. Únicamente destacamos la conveniencia de la inscripción unitaria de los contratos que convergen, a fin de posibilitar un adecuado control registral, evitando que una operación fraudulenta pudiera resultar amparada por las ventajas inherentes a la publicidad registral.

RESUMEN

LEASING

En este trabajo hemos estudiado el leasing financiero y el lease-back, atendiendo a su naturaleza jurídica, destacando su consideración como instrumento de financiación, sus aspectos registrales y su tratamiento jurisprudencial tanto por el TS como por la DGRN.

ABSTRACT

LEASING

In this paper we have looked at financial leasing agreements and lease-back agreements, focusing on their legal nature and stressing their classification as an instrument of financing, their registration-related aspects and their handling in case law by both the Supreme Court and the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs.

1.6. Responsabilidad Civil

EL CONSTRUCTOR, UNO DE LOS AGENTES DEL PROCESO CONSTRUCTIVO CON MAYOR RESPONSABILIDAD.

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA FIGURA DEL CONSTRUCTOR EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN:
 - 1. OBLIGACIONES.
- III. RESPONSABILIDAD.
- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del constructor ha estado contemplada en todo tiempo en el ámbito civil, de hecho, junto con el arquitecto, han sido los dos agentes del proceso constructivo que han tenido delimitada su responsabilidad en todo momento, el Código Civil así lo estableció en el artículo 1.591 en su redacción originaria.

Sin embargo, como en tantas otras figuras, no se marcó el contenido de su obligación, aunque como se ha señalado anteriormente, su responsabilidad respondía durante diez años por ruina del edificio (1).

La forma habitual de iniciar una relación entre el dueño de la obra y el constructor o contratista era y sigue siendo a través de un contrato de arrendamiento de obras y servicios, a través del cual, el dueño de la obra contrata la ejecución de la misma a cambio de un precio (2), por lo que la obligación del constructor es la ejecución, la realización de la obra. Pero un arrendamiento de obra complejo, pues el constructor es el encargado de los trabajos a realizar y generalmente de suministrar los materiales necesarios para llevar a cabo el proceso constructivo. Esto hace que el tema se complique en la práctica, ya que generalmente el constructor no tiene en su empresa a todos y cada uno de los profesionales que intervienen en la construcción de una obra o edificio, por ello, gran parte de los trabajos a realizar tienen que ser subcontratados. Como en otras ocasiones, la jurisprudencia ha ido perfilando las obligaciones y ampliando las mismas, a tenor de los avances en la materia, como señala ROUANET MOTA, el constructor, no sólo debe proceder a la ejecución de la obra, sino que lo tiene que hacer ajustándose a las pautas y directrices que le indique la dirección técnica, siempre conforme a las buenas

(1) Tampoco se señaló qué se entendía por ruina del edificio.

(2) Artículos 1.544 y 1.588 del Código Civil.

normas de la edificación, es decir, a su *lex artis* (3). En este sentido es significativa la STS de 8 de febrero de 1994, en la que manifiesta la Sala la obligación del constructor de actuar conforme a las buenas normas de la edificación, al indicar:

«...el contratista, como profesional que es en el ramo para el que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de una obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos, porque lo que no puede es escudarse en la simple y socorrida excusa de que hace lo que mandan, pues de lo contrario, sobraría su mención entre los responsables que enumera el artículo 1.591; siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos. También ha dicho esta Sala —sentencia de 22 de septiembre de 1986— que el constructor, por su carácter técnico, debió o no realizar la obra, no aceptarla, o bien advertir de las consecuencias que tendría hacerla de la manera proyectada».

Observamos cómo se exige al constructor, no sólo la ejecución de la obra, ni el cumplimiento de las órdenes emanadas de los técnicos, sino también el actuar conforme a las normas intrínsecas de su profesión.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación (4), el panorama ha variado. En primer lugar hay una delimitación de las obligaciones del constructor, de tal manera que ya se está haciendo una previsión del contenido de su trabajo.

II. LA FIGURA DEL CONSTRUCTOR EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

La LOE ha contribuido a perfilar y aclarar la figura del constructor, ya que, como se ha señalado anteriormente, aunque estaba delimitada perfectamente su responsabilidad, no lo estaban sus obligaciones ni su área de actuación. El primer avance lo encontramos al hacer una definición de quién es el constructor como:

El agente que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (5).

Como afirma SAN SEGUNDO MANUEL, es la persona encargada de realizar la obra, de producir un resultado (6).

(3) ROUANET MOTA, E., «Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruinoso», en *Revista de Derecho Privado*, 2002, pág. 492.

(4) Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. BOE núm. 266 de 6 de noviembre. Ha sido modificada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(5) Artículo 11.1 LOE.

(6) SAN SEGUNDO MANUEL, T., *La recepción del contrato de obra*, CISS, Valencia, 2002, pág. 38.

1. OBLIGACIONES

El apartado segundo del artículo 11 señala las siguientes obligaciones del constructor:

- a) *Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto.* Como se decía anteriormente, la función del constructor es compleja. Tiene que actuar atendiendo a varios criterios, a un proyecto ya existente, a la legislación aplicable, principalmente normas de carácter administrativo, que no son iguales en todas las localidades de actuación; a las indicaciones del director de obra, que no tiene por qué ser la persona que ha ejecutado el proyecto, y del director de la ejecución de la obra, que normalmente es un arquitecto técnico o aparejador. La STS de 5 de abril de 2006, indica expresamente estas directrices, al reproducir los fundamentos de la sentencia de instancia en la que se manifiesta la responsabilidad del constructor «por no haberse ajustado a las prescripciones del proyecto técnico redactado».
- b) *Tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor.* La ley exige (7) tener titulación, o en su defecto, se entiende, estar capacitado profesionalmente para poder actuar como constructor. Pero, ¿a qué se está refiriendo el legislador con esto? Como afirma MUÑOZ DE DIOS, «la cualidad de contratista no requiere ninguna titulación administrativa, ni tampoco el cumplimiento de requisito previo para su ejercicio» (8). Aunque estas palabras se publicaban antes de la entrada en vigor de la LOE, se pueden trasladar al momento actual perfectamente, pues la propia ley deja sin determinar a qué tipo de titulación está haciendo referencia. Por otro lado, la capacidad profesional tan sólo puede establecerse: por un lado, a través del cumplimiento de todos los requisitos que los distintos organismos oficiales exigen para poder actuar en el tráfico, como pueden ser la documentación necesaria para estar dado de alta en el Registro Industrial, en el Registro Mercantil, el pago de impuestos, Seguridad Social, etc. Por otro lado, la capacidad profesional se pone de manifiesto con la propia trayectoria de trabajo, existiendo una regulación específica en el ámbito administrativo para garantizar la ejecución de las obras, cuando el comitente o promotor es la propia Administración, y existiendo esa laguna cuando el ámbito de actuación se circunscribe en la esfera privada, ya sea el dueño de la obra una persona particular o una empresa, cuya actividad es la promoción y venta de viviendas (9).

(7) Al establecerlo como una obligación del constructor.

(8) MUÑOZ DE DIOS, G., «Artículo 1.591 del Código Civil: Ruina en la construcción. Responsabilidad y legitimación activa para exigirla», en *La Ley*, 1990-I, pág. 1083.

(9) El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, establece en el artículo 17 cuáles son los criterios que determinan la solvencia técnica de una empresa y señala: *En los contratos de obras, la solvencia técnica del empresario podrá ser justificada por uno o varios de los medios siguientes: a) Títulos académicos y experiencias del empresario y de los cuadros de la empresa y, en particular, del o de los*

- c) *Designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra.* Se vuelve a señalar de manera indeterminada cuáles son los requisitos para ser jefe de obra, en la práctica es la persona encargada de la misma. En este supuesto puede asumir estas funciones un arquitecto técnico, se justifica por ello la exigencia de titulación, o aquella persona que por su experiencia pueda llevar a cabo la supervisión de los trabajos a realizar.
- d) *Asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera.* Esto entraría dentro de la propia *lex artis* del constructor, emplear los medios necesarios para la ejecución.
- e) *Formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato.*
- f) *Firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de obra.*
- g) *Facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada.*
- h) *Suscribir las garantías previstas en el artículo 19.*

Los apartados f) a h) incluyen obligaciones encaminadas a facilitar toda la información sobre el inicio, desarrollo y ejecución de la obra, y por tanto los datos que posteriormente nos ayudarán a delimitar, en su caso, las posibles responsabilidades.

III. RESPONSABILIDAD

Comentábamos en las líneas introductorias que antes de la entrada en vigor de la LOE, el Código Civil preveía la responsabilidad del constructor en la llamada responsabilidad decenal. Al igual que ocurre con el resto de los agentes que intervienen en el proceso de construcción, no aparecen en la LOE especificados explícitamente los criterios de imputación de la responsabilidad del constructor (10).

El artículo 17 de la LOE, dedicado a establecer la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, señala, en el apartado primero, con carácter general, la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso y atendiendo al tipo de daños que se puedan ocasionar, marca unos plazos u otros. Se establece, con independencia de la responsabilidad contractual en la que pueda incurrir cada uno, una responsabilidad atendiendo a los daños ocasionados, frente a los propietarios o a los terceros

responsables de las obras; b) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, acompañadas del certificado de buena ejecución para las más importantes; c) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico de que dispondrá el empresario para la ejecución de las obras; d) Declaración de los efectivos personales medios anuales de la empresa, indicando, en su caso, grado de estabilidad en el empleo de los mismos y la importancia de sus equipos técnicos durante los tres últimos años; y e) Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de los que ésta disponga para la ejecución de las obras.

(10) RUIZ RICO RUIZ, J. M. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (Coord.), *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, 2002, pág. 157.

adquirentes. En relación con el constructor, el último párrafo del artículo 17 apunta lo siguiente:

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

Es decir, que aparte de esa responsabilidad general, el propio constructor responde de los defectos de terminación o acabado. Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en numerosas ocasiones, como en la STS de 27 de febrero de 2003, al señalar:

«En efecto, la ejecución de un proyecto y la actuación profesional del arquitecto y del arquitecto técnico no eximen al constructor de la responsabilidad por la mala realización efectiva de la obra y, así, en el presente caso, en que el alcatado y el suelo presentan evidentes vicios que atentan a las mínimas normas de una buena construcción, no puede el constructor escudarse en la intervención de técnicos para amparar su actuación que ha producido vicios ruinosos por vicios de construcción, como dice el artículo 1.591».

Y haciendo alusión a la *lex artis* que debe emplear el constructor en la ejecución de la obra, es significativa la afirmación que hace el Tribunal Supremo en la sentencia 24 de noviembre de 2005, al afirmar:

«...que fueron los constructores posteriores los que realizaron el 55 por 100 de la obra restante, que finalizaron la edificación, y también desconocieron los cuidados más elementales sobre la colocación de bovedillas, empleo de los materiales más elementales en la construcción como los áridos y, finalmente, en el cierre del que tampoco se acomodó a un juicio de buena construcción, como ha puesto de relieve el perito informante».

Además el apartado 6 añade varios criterios de imputación de responsabilidad, diferentes a los referidos anteriormente:

- El derivado de los hechos cometidos por las personas, tanto físicas como jurídicas, que de él dependan.
- El derivado de los daños ocasionados por las empresas o personas que ha subcontratado.
- El derivado de los materiales empleados en la obra y adquiridos por él.

Se observa de todo ello, el amplio espectro de situaciones por las que el constructor debe responder, que están directamente relacionadas con las obligaciones que se le atribuyen en el artículo 11, independientemente de las acciones de regreso que pueda tener en alguno de los supuestos.

Sin embargo, hay que matizar que, a veces, cuando está clara la delimitación de las actuaciones que han producido los daños, puede exonerarse de responsabilidad a los agentes que no han intervenido en el resultado. Una prueba de ello es la STS de 9 de febrero de 2006, que separa y delimita perfectamente la causa de los daños producidos, afirmando: *«...la cuestión fáctica es inamovible en casación y han declarado categóricamente, valorando la prueba practicada las sentencias de instancia, que la ruina parcial que ha sufrido la construcción objeto del contrato de obra, no es imputable al contratista demandado».*

IV. CONCLUSIONES

Es evidente la importancia que adquiere el constructor en todo el proceso constructivo, ya que es el encargado de acometer el mayor número de tareas, como así se desprende de lo establecido en el artículo 11.

Sus funciones están delimitadas en la propia ley, y debido a la amplitud de las mismas y a las directrices a seguir, tiene que combinar varios extremos, como la ejecución de una obra, cuyas bases vienen marcadas por un proyecto que ha de seguir, con indicaciones técnicas que en todas las ocasiones no son correctas o ajustadas a la normativa.

En el ámbito de la construcción y tras la Ley de Ordenación de la Edificación, se perfila con mayor exactitud la responsabilidad de cada uno de los agentes que intervienen en el proceso, entre ellos el del constructor; sin embargo, en ocasiones, cuando no es posible establecer la causa que ocasionó el daño o la ruina de un edificio, el principio que prima es el de solidaridad.

En definitiva, el constructor responde como el resto de los agentes de los daños ocasionados o ruina de un edificio, si no se puede establecer la causa que lo ocasionó. Además responde de las deficiencias de los productos de construcción adquiridos por él. Y responde de la falta de capacidad profesional, impericia, negligencia o incumplimiento de las obligaciones de todas las personas a su cargo. Y, por último, por incumplimiento o negligencia de lo efectuado por las empresas o personas subcontratadas por él. Es, junto con el promotor, el agente con mayor responsabilidad en todo el proceso constructivo.

BIBLIOGRAFÍA

- DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la Construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, Comares, Granada, 1993.
- MUÑOZ DE DIOS, G., «Artículo 1.591 del Código Civil: Ruina en la construcción. Responsabilidad y legitimación activa para exigirla», en *La Ley*, 1990-I, págs. 1081-1089.
- ROUANET MOTA, E., «Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruinoso», en *Revista de Derecho Privado*, 2002.
- RUIZ RICO RUIZ, J. M. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (Coord.), *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, 2002.
- SAN SEGUNDO MANUEL, T., *La recepción del contrato de obra*, CISS, Valencia, 2002.

RESUMEN

CONSTRUCTOR INMOBILIARIO

El constructor es, junto con el promotor inmobiliario, el agente con mayor responsabilidad en el proceso constructivo. Existe una relación de correspondencia con las obligaciones que la Ley de Ordenación de la Edificación le ha atribuido.

ABSTRACT

REAL-ESTATE BUILDER

The builder and the real-estate developer are the agents who bear the most liability in the building process. There is a correspondence relationship with the obligations that the Building Planning Act assigns to the builder.

3. URBANISMO

RÉGIMEN DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES INTEGRANTES DEL DENOMINADO PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO (Resolución de 18 de mayo de 2005).

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

e

ILLANA ATIENZA NAVIA-OSORIO

Abogados

I. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

En diversas Resoluciones de fechas coincidentes sustancialmente, la Dirección General de los Registros y respecto de bienes pertenecientes a Ayuntamientos situados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, pero citándose también preceptos del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986, los artículos 155.2 y 276 a 286 del Texto Refundido de la Ley del Suelo del Estado, de 26 de junio de 1992, y su adaptación a Andalucía por la Ley Autonómica de 18 de junio de 1997; la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, de 29 de septiembre de 1999, y su Ley de Ordenación Urbanística, de 17 de diciembre de 2002, ha sentado una novedosa y singular doctrina en relación con los actos de disposición del denominado Patrimonio Municipal del Suelo.

Nos ha parecido que por su interés resultaba conveniente reproducir los Fundamentos de Derecho más relevantes, los cuales se recogen a continuación:

«1. Se debate en el presente recurso sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura por la que un Ayuntamiento, a través de la Gerencia de Urbanismo, transmite una cuota indivisa de una parcela de uso residencial, a una Junta de Compensación de la que forma parte, en pago de la derrama girada por ésta para atender el pago del precio en especie por los servicios que una Sociedad Mercantil ha prestado a la Junta y que deben considerarse como gastos de urbanización.

La Registradora, junto a otro defecto que no se recurre (necesidad de valoración técnica del bien transmitido, y de la preceptiva autorización o comunicación a la Consejería de Gobernación de la Comunidad Autónoma) deniega la inscripción por falta de cumplimiento del requisito de enajenación mediante subasta pública que exigen el artículo 80 del Texto Refundido, de 18 de abril de 1986, el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y el artículo 20 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, defecto calificado como insubsanable...

3. La cuestión fundamental a resolver es la de la legislación aplicable con carácter preferente: la Urbanística o la reguladora de los bienes de las entidades locales, y como consecuencia de ello el régimen jurídico.

La aplicación prioritaria de la legislación urbanística se deduce de todo el conjunto normativo que afecta a esta materia, así como de las características especiales del denominado Patrimonio Municipal del Suelo. En este sentido cabe indicar:

- a) *La Ley 1/1997, de 18 de junio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de Régimen del suelo y Ordenación Urbana, recupera como texto legislativo propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía la parte anulada por sentencia del Tribunal Constitucional del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.*
- b) *La consideración del Patrimonio Municipal del Suelo, integrado por un conjunto de bienes y derechos, con unas características especiales, y afectos a unos fines específicos que se apartan del régimen general del resto de los bienes municipales. Hay que tener en cuenta el artículo 276.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que fue declarado vigente por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo.*
- c) *El comportamiento y régimen jurídico de los bienes indicados en el apartado anterior tiene un tratamiento especial y diferenciado del resto de los bienes municipales, y a tales efectos es claro, entre otros, el artículo 1 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía. Asimismo el artículo 17, que regula la enajenación de bienes y derechos integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, que deja a salvo lo dispuesto en la legislación urbanística aplicable estableciendo un régimen de enajenación distinto del aplicable a otros bienes y derechos no integrados en el Patrimonio Municipal del Suelo. Del mismo modo las finalidades concretas a las que está afecto el Patrimonio Municipal del Suelo, que determinan un apartamiento del régimen jurídico ordinario del resto de los bienes municipales, se concretan en el artículo 69 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y, anteriormente en los artículos 276.1 y 280.1 de la Ley del Suelo de 1992 (vigentes como legislación básica tras la citada sentencia del Tribunal Constitucional). En estos casos habrá que acudir a la legislación urbanística vigente en cada momento para apreciar la adecuación del acto concreto que se haya realizado con esos bienes. Hay que tener en cuenta que el Patrimonio Municipal del Suelo puede destinarse únicamente a los fines establecidos, fines recogidos en el artículo 69 de la LOUA, así como en los artículos 276.1 y 280 de la Ley del Suelo de 1992. Una de las finalidades de este patrimonio es la de facilitar la ejecución del planeamiento, conforme a lo establecido en el artículo 69.1.b) de la LOUA, 279.1 in fine de la Ley del Suelo de 1992. Por otra parte, en el caso que nos ocupa, el artículo 282.2 de la Ley del Suelo de 1992, vigente en el momento de la adopción del acuerdo por parte de la Gerencia de asumir sus cargas de urbanización mediante la entrega de parte de su Patrimonio Municipal del Suelo, prevé la posibilidad de la cesión de dichos terrenos para el cumplimiento de los fines, entre los que se encuentra el de facilitar la ejecución del planeamiento.*
- d) *En el caso objeto del recurso, la Junta de Compensación SUP-GU-4 (Bermejales Sur) quedó constituida mediante escritura de fecha 9 de marzo de 1999 ante el Notario de Sevilla, don Manuel Aguilar García, número protocolar 490 e inscrita en el Registro de Entidades Urbanísticas colaboradoras de la Consejería de Obras Públicas y Transportes bajo el número de expediente SE/196/99, formando parte de ella la Gerencia de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.*

Por lo tanto, la Gerencia de Urbanismo, como titular de los bienes integrados en el Patrimonio Municipal del Suelo, quedaba incluida en la Junta de Compensación como un propietario más y en proporción a los terrenos de que era titular en dicha Junta. Así el artículo 163.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, aplicable como Derecho supletorio, prevé que las entidades públicas titulares de bienes incluidos en el Polígono o Unidad de Actuación, ya tengan carácter demanial o patrimonial, cuentan como un propietario más.

Hay que tener en cuenta el artículo 155.2 del Texto Refundido de 1992, vigente en el momento del acuerdo por la Gerencia, que al regular los gastos de urbanización, disponía que “el pago de estos gastos podrá realizarse, previo acuerdo con los propietarios interesados, cediendo estos, gratuitamente y libres de cargas, terrenos edificables en la proporción que se estime suficiente para compensarlos”. Con la misma finalidad y sentido, el artículo 130.2.A.a) de la LOUA.

El mismo criterio siguen los artículos 62 y 127.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, que permiten, con carácter general y sin especificaciones, el pago de los gastos de urbanización mediante cesión de terrenos.

Debe entenderse que es posible, si así conviene a los intereses municipales, el pago en terrenos. En este caso no estaríamos ante una adjudicación directa, sino ante una cesión legalmente configurada, calificable como “dación en pago”.

4. Teniendo en cuenta lo indicado en los apartados anteriores debe concluirse, de un lado, el régimen jurídico especial de los bienes integrantes del denominado Patrimonio Municipal del Suelo, con la aplicación prioritaria de la legislación urbanística vigente en cada momento, y por lo tanto la no sujeción de aquel Patrimonio al régimen jurídico-patrimonial ordinario».

II. LA SIGNIFICACIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA RECOGIDA EN LA RESOLUCIÓN

Un reciente trabajo publicado en el Boletín del Colegio de Registradores del año 2006 (1), suscrito por Juan Manuel DÍAZ FRAILE, se hace eco de una cierta tendencia flexibilizadora sobre esta cuestión en la jurisprudencia registral manifestada en la Resolución de 14 de abril de 1998, en la que se reconoce que existen casos en los que no es precisa la subasta pública para la enajenación de bienes patrimoniales, pero reconoce que «esta tendencia supone ciertos riesgos para la integridad de los patrimonios públicos, pero responde al interés público de asegurar también la agilidad y rapidez de estos procedimientos».

Sin que sea esta la oportunidad de hacer un estudio en profundidad del tema aquí planteado (2), lo cierto es que su interés es relevante y abre un camino que además de encerrar un riesgo cierto, supone romper el modelo usual de las Administraciones Públicas seguido hasta la fecha y, con ello, deja abandonado un cauce de control tan eficaz como es el registral en momentos tan propicios al fraude como los que se están poniendo de relieve recientemente.

(1) *Influencia del Derecho Público en el Registro de la Propiedad*, del que es autor Juan Manuel DÍAZ FRAILE, núm. 123, pág. 725 y sigs., año 2006.

(2) El alcance del tema exigiría un mayor detenimiento en su exposición, abordada con urgencia gracias a la colaboración prestada y la ayuda de la señorita Gema FUENSANTA GARCÍA.

Por otro lado, las tendencias legislativa y jurisprudencial modernas es justamente la contraria a la resultante de la Resolución comentada, en las que se refuerzan los mecanismos de control ante la irresistible tentación de la que se ha llamado «huida al Derecho Privado», a la que tienden los múltiples entes públicos intervinientes en el sector, tendencias puestas de manifiesto tanto en la generalización de los principios de publicidad y concurrencia de ofertas en la contratación de las Administraciones Públicas, existiendo una tendencia dirigida incluso a extenderse, sin demasiada justificación, a las Juntas de Compensación, con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que especialmente se refleja en la doctrina de los actos separables, aplicable también a los contratos privados, según el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000.

Naturalmente que existen, desde las leyes, excepciones a la publicidad y concurrencia, pero ello no hace más que reforzar la regla general de la subasta, como lo reconoce la propia legislación andaluza en la Ley de Bienes de las Entidades Locales, de 29 de septiembre de 1999, según su artículo 20, lo mismo que hace la Ley del Patrimonio de Cataluña, de 24 de diciembre de 2002, y la vigente Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, de 21 de junio de 2001, conforme a su artículo 49, o en las restantes leyes autonómicas.

Todo lo cual ocurre precisamente porque esta materia forma parte de la legislación básica del Estado en la que se reitera solemnemente el mismo principio aplicable incluso a los actos separables de los contratos privados, tanto en la Ley de Contratación ya citada, como en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de 3 de noviembre de 2003, vigente en la fecha que se otorgó la escritura calificada, que ni siquiera se cita en la Resolución comentada y cuyo artículo 137 señala que los procedimientos ordinarios de enajenación son el concurso o la subasta.

La condición de las leyes estatales citadas, refrendadas en la legislación autonómica, no permiten excepciones por su carácter básico en su aplicación al ámbito urbanístico más allá de las inherentes al proceso urbanístico en sentido estricto que, desde luego, no abarca la mera enajenación o dación en pago de deudas en una Junta de Compensación respecto de cuotas no abonadas para las que cualquier Ayuntamiento siempre tiene fondos suficientes con los que responder y sin que el pago de deudas contribuya a cumplir las finalidades de los Patrimonios de Suelo. En este sentido no debe olvidarse que la tentación habitual e irresistible del urbanismo, puesta de manifiesto demasiadas veces, ha sido la de situarse en zonas limítrofes a la desviación de poder.

Por tanto desde la legislación básica no hay otro criterio para la enajenación que la publicidad y concurrencia y éste es, además, el predominante en la práctica y más ante un ámbito que puede ser tan flexibilizado como el de incluir en el inventario de los Patrimonios de Suelo bienes de muy distinto carácter. Precisamente este criterio ha sido el seguido en la enajenación de cuotas indivisas en las que existía retracto de comuneros, incluso en situaciones de condominio nacidas de convenios expropiatorios en las que se admitía el retracto pero sobre el precio de la subasta.

III. LAS PECULIARIDADES DEL SISTEMA URBANÍSTICO

En el sistema urbanístico no hay excepciones en sentido propio a este principio y las que hay o son de carácter subjetivo, como a favor de entidades

públicas, lo que ocurre en la propia Ley andaluza en su artículo 26 y en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001, o para finalidades típicamente sociales que autorizan las cesiones gratuitas o por precio inferior al de coste, como ha sido tradicional desde la primera Ley del Suelo del Estado de 1956.

Así se ha recogido de forma generalizada la monetarización del aprovechamiento urbanístico correspondiente a los Ayuntamientos por su participación legal, pero ello ocurre necesariamente antes de la aprobación de los procesos de equidistribución porque después de su inscripción ya ha ingresado en el patrimonio municipal, lo que excluye por ello el devengo del IVA.

Se admite igualmente la permuta en pago de expropiación sin los límites del Reglamento de Bienes, pero siempre sobre una expropiación en trámite.

Incluso, respecto del aprovechamiento urbanístico, como dejamos constancia en su día (3), sólo se exceptuaba la disposición con concurrencia de ofertas en el modelo del aprovechamiento tipo con ocasión de las transferencias dentro de un mismo Área de Reparto a favor de los destinatarios predeterminados por su situación de inferioridad en el aprovechamiento materializable del mismo área.

También en base al concepto de la desmaterialización del derecho de propiedad por el proceso urbanístico, según expresión del Tribunal Supremo, la sentencia de 30 de octubre de 1989 ha admitido la enajenación fiduciaria por la Junta, de modo directo, de un bien patrimonial del Ayuntamiento, pero no es este el supuesto de la Resolución contemplada porque cuando se ejercita la facultad fiduciaria no se disminuye la cuota de participación del titular del bien enajenado en el ámbito, como hemos probado en el comentario a la sentencia publicado en esta Revista (4).

Si, a su vez, teniendo en cuenta que el motivo en que se apoya la Resolución es la contribución a las cargas de urbanización, nos atenemos a él, no se puede confundir su participación con la entrada de empresa urbanizadora con el pago de cuotas o entrega de bienes en pago de deudas. En el caso de la incorporación de una Empresa Urbanizadora a una Junta de Compensación se genera un régimen propio y característico mediante el cual, producida la incorporación, aquélla se integra de una manera estable en la estructura subjetiva de la Junta, ya que formadas éstas sólo por los propietarios del ámbito, a partir de la incorporación y junto a ellos, la Empresa Urbanizadora participa en un marco estable de igualdad sólo diferenciado por la circunstancia de que su haber en la Junta está constituido por el importe de la obra proyectada, desapareciendo la especialidad en la fase de distribución de las parcelas resultantes en la que recibirán, por subrogación de la obra ejecutada, las parcelas de reemplazo, si bien, como otra característica también singular, como adquisición originaria no ligada a las cargas que pesaran físicamente sobre el suelo material de origen. Por ello no hay propiamente una entrega de bienes sino la percepción del importe de la obra en suelo, relevando a los propietarios de su ejecución al finalizar el proceso y a través de un procedimiento normalizado conforme a las Bases y Estatutos aprobados.

(3) LASO MARTÍNEZ, José Luis, y LASO BAEZA, Vicente, en *El Aprovechamiento Urbanístico*, Marcial Pons, 1995.

(4) «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1989», en esta Revista, núm. 689, año 2005, pág. 1103, bajo el título *Facultades y titularidades fiduciarias de las Juntas de Compensación*.

En cuanto a la atribución por la ley a los propietarios constituidos en Junta de Compensación de la ejecución de la urbanización como expresión de la función social que el dominio ha de cumplir para que mantenga también su cualidad de derecho subjetivo, no agota sin embargo en la ejecución de las obras de urbanización el conjunto de obligaciones económicas que los propietarios han de cumplir a menos que, excepcionalmente, las Bases hayan dado a este concepto la extensión omnicomprendensiva que se deduciría de la integración en el concepto de obras también de los gastos de planeamiento y proyectos, indemnizaciones y extinción de derechos, como asimila el Reglamento de Gestión Urbanística.

Aunque ello fuera así, así como respecto de los terceros subrogados (5), la afección de las parcelas resultantes no puede exceder de las obras en sentido estricto, tampoco puede entenderse que las Juntas, por el mero hecho de incorporar empresas urbanizadoras, lleguen a alcanzar un estado de exención de todo género de obligaciones entre sus miembros.

Quiere decirse por lo tanto que una entidad corporativa, por definición, tiene que contemplar el modo de sufragar sus obligaciones los miembros de ella, lo que no excluye el caso de que uno de los propietarios sea un Ayuntamiento cuando, además, lo usual es que no se transmita el dominio de los bienes a la Junta, a lo que responde precisamente el artículo 130.2.A.a) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, citada en la Resolución, pero sin que ello altere el régimen jurídico de disposición de los bienes de que se trate.

Por fin cabe realizar también una aproximación al tema desde el Derecho Civil y la modalidad del derecho de obligaciones aplicada a la funcionalidad de las Juntas.

Así se contempla usualmente el régimen aplicable para el período de funcionamiento de las Juntas, del que no puede excluirse a ninguna Administración integrada en ellas con bienes patrimoniales, respecto de la posición de sus miembros ante las obligaciones que se han de cumplir.

Ni siquiera con la incorporación de la Empresa Urbanizadora se altera esta estructura porque la novación subjetiva por cambio del deudor exige, para ser extintiva, del consentimiento del acreedor según el Código Civil por lo que éste, en caso de incumplimiento, puede acudir contra el urbanizador o cualquiera de los miembros de la Junta. Sin embargo en vía de regreso, y sin perjuicio de las garantías que habrá tomado la Junta ante el incumplimiento del urbanizador, los restantes miembros de ella sólo pueden dirigirse frente a éste, y no frente a los demás, mientras tenga bienes que cubran la deuda.

Partiendo de esta premisa, lo cierto es que con ello lo que se hace es preparar el desenvolvimiento del funcionamiento de la Junta porque éste aún no ha llegado y por definición no hay todavía deudas de urbanización pendientes.

Excluido el pago en metálico si el deudor compromete sus propios bienes no puede hacerlo en pago de asunción de deudas porque si es propietario ya es deudor y si no lo es no cabe que la Junta incorpore al círculo de los obligados a un tercero al tratarse de obligaciones *propter rem*.

(5) LASO MARTÍNEZ, José Luis, *Afecciones Registrales. Aplicaciones Tributarias y Urbanísticas*, Colegio de Registradores, 2006.

Con ello quiere decir que sólo cabe la cesión en pago de deudas o para pago de ellas. La primera exige constitutivamente la simultaneidad e igualdad entre crédito y bienes cedidos porque es una *datio pro soluto*; la segunda es una entrega global de bienes para que cuando se paguen los créditos se devuelva el sobrante, si lo hubiera.

De estas dos la primera exige que cronológicamente la deuda exista ya, mientras que la segunda puede ser preventiva o por el estado general de incumplimientos de pagos. En todo caso una y otra, por naturaleza, operan sobre una situación de crisis, porque difícilmente se puede pensar que al constituirse la Junta haya deudas ya de tal entidad que lleven al deudor a desposeerse de sus bienes a favor de la Junta, salvo casos extremos.

Quiere decirse que la identificación del momento de que se trate comporta también una regulación congruente con él. Por ello es incomprensible que un Ayuntamiento que se incorpora a una Junta, desde el momento en que ésta se constituye y durante el normalmente largo proceso de funcionamiento hasta que haya de desembolsar las cuotas cuya derrama acuerde la Junta, no haya previsto que debe realizar el pago con las consiguientes consignaciones presupuestarias en vez de acudir a la dación en pago.

Por otro lado, curiosamente la cuota indivisa transmitida opera sobre la finca de reemplazo adjudicada al Ayuntamiento, es decir, cuando ya había culminado el proceso de adjudicación de bienes, teniendo el Ayuntamiento todos sus bienes en situación de poder abonar las cuotas debidas y efectuándose la dación, aunque nominalmente en favor de la Junta bajo el sustrato de estar formada ésta tan sólo por la Corporación y una sola entidad mercantil que es la que sería en definitiva beneficiaria de la entrega.

A su vez, en cuanto a la justificación de la pertenencia al Patrimonio de Suelo, cabe reproducir la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la sentencia de 21 de febrero del 2006, cuando dice:

«Las fuentes normativas del Patrimonio Municipal del Suelo, aunque dispersas, se encuentran en la Ley del Suelo de 1976 (arts. 89 a 93 y 165 y sigs.) y en la Ley del Suelo de 1992 (arts. 276 y 280.1, no declarados inconstitucionales por la sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional) y diversas normas de la Comunidad de Madrid, especialmente la Ley 5/1995 (arts. 112 y 113) y Ley 20/1997 (art. 4).

De dicha normativa se deduce claramente la adscripción de las parcelas antes referidas al Patrimonio Municipal del Suelo, rigiéndose tales bienes y el producto de los mismos por las referidas disposiciones, no pudiendo darles a unos y otros otro destino que el previsto en los artículos 276.2 y 280 citados; y sobre ello, la Jurisprudencia, cuando ha tenido que pronunciarse, en torno al producto de las enajenaciones de bienes o terrenos del Patrimonio Municipal del Suelo ha precisado dicha cuestión de una manera clara y rotunda. Así cabe destacar la de 2 de noviembre de 2001, en la que después de referirse a la regulación del Patrimonio Municipal del suelo señala que “la ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las Corporaciones Locales han de perseguir según la legislación del Régimen Local (arts. 25 y 26 de la Ley 7/1985), sino el específico y concreto de “prevenir, encauzar y desarrollar, técnica y económicamente, la expansión de las poblaciones (art. 89.2.º de la

Ley del Suelo de 1976) y ha querido y quiere expresamente, con claridad elogia-ble, que el producto de las enajenaciones de terrenos del patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo, ante tanta claridad, sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los Patrimonios Municipales del Suelo abandonando su origen, su caracterización y finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas finalidades presupuestarias municipales...’ ”

Por tanto, los fines son más amplios que los previstos en el artículo 276, apartado 2.º, cuando establecía que los Bienes del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un patrimonio separado de los restantes bienes municipales y los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos o sustitución del aprovechamiento correspondiente a la administración por su equivalente metálico se destinarán a la conservación y aplicación del mismo, pero dicha normativa no es aplicable en virtud de la fecha en la que se adoptó el acuerdo recurrido».

Es decir, no hay una vinculación directa de los bienes del patrimonio a una finalidad única, sino a un destino global que cuando opera mediante la sustitución del valor, en cambio ha de partir del mayor valor obtenido en el mercado para permitir su reinversión con la mayor ventaja en beneficio de la comunidad, tal y como se prevé en la Constitución por lo que, de no hallarse ante los supuestos tasados o los inherentes al proceso urbanizador, debe aplicarse el principio general contenido en las leyes básicas del Estado de publicidad y concurrencia de ofertas y no a la enajenación directa, no constando, por otra parte, si el Ayuntamiento tenía o no en el mismo ámbito más suelos patrimoniales que se beneficiarían de los gastos realizados.

Partiendo la Resolución de la mayor flexibilidad de los Patrimonios del Suelo, se citan en ella los artículos 155.2, 282.2 de la Ley del Suelo del Estado, no vigentes ya en el momento de otorgamiento de la escritura, y el artículo 130.2.A.a) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

La remisión no parece muy afortunada. En efecto:

- a) El artículo 155.2 se limita a expresar la extensión del concepto de gastos de urbanización en congruencia con el Reglamento de Gestión Urbanística.
- b) El artículo 282.2 describe la configuración de los Patrimonios del Suelo; el 276.2, al que se remite, alude a los «ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos», y en el artículo 280.1, al que también se remite, se limita a recoger la vinculación global de su destino, es decir, los bienes mismos o el producto de su enajenación.
- c) En ningún momento estos preceptos aluden a la enajenación directa sino que, por el contrario, el artículo 284, cuya cita omite la Resolución, lo que dice es que: «los terrenos pertenecientes al Patrimonio del Suelo sólo podrán ser enajenados en virtud de concurso».
- d) Por fin, la remisión al artículo 130.2.A.a) lo que hace es referirse, con carácter general, a las previsiones de los Estatutos, pero sin que ello pueda entenderse que altera el régimen jurídico de disposición de los bienes respectivamente afectados.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

De proseguir la Dirección en la doctrina expuesta, entendemos que se abre una vía sumamente peligrosa en la que el Registrador, a pesar del respaldo de la supuesta obligatoriedad de su contenido, podrá verse avocado a una responsabilidad directa al no contar con una base legal suficiente sino, más bien, contradictoria, involucrando en el riesgo la confianza en la institución.

Cuando todos los indicadores sociales tienden a incrementar el control de los actos de las Administraciones, no se entiende que la Dirección dé un paso atrás en la doctrina tradicional.

La complejidad del sistema normativo español exige la aplicación de criterios interpretativos resultantes de una aplicación integradora de todo el sistema, guiada por la especificidad de las competencias de las Comunidades y su inserción en el modelo legislativo en el que no predomina sólo la aplicación sucesiva en el tiempo de una pluralidad de normas, sino de su posición en la estructura normativa del Estado.

En este sentido, si fuera acertado el criterio expuesto, ¿se puede situar el Registrador amparado en la Dirección por la obligatoriedad de las Resoluciones por encima del principio de legalidad? En este sentido se puede apreciar la incoherencia de mantener la responsabilidad personal del Registrador y dejarle vinculado a aplicar una doctrina que, salvo infalibilidad de la Dirección, le dejaría desprotegido y forzado a exigir de regreso la responsabilidad de la Administración si judicialmente se declarase infundada.

Como colofón de cuanto se ha expuesto, qué grado de vinculación es mayor, el de la Resolución que comentamos o el resultante de la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2005 (A.7136) la cual admite el ejercicio de la acción pública contra el acuerdo de aprobación de un convenio urbanístico que contenía la enajenación directa de una parcela de propiedad municipal cuando ya estaba inscrito el proyecto de compensación, es decir, cuando ya no podía tener lugar la monetarización. El Tribunal Supremo declara que «se apartó el Ayuntamiento recurrente al utilizar un convenio urbanístico con el fin de aprobar una modificación de un proyecto de compensación, sustituyendo la entrega de una concreta parcela por una determinada compensación económica, a pesar de que aquélla, una vez aprobado definitivamente el proyecto de compensación, formaba parte del patrimonio municipal del suelo, cuya enajenación sólo podía llevarse a cabo mediante concurso».

La doctrina es justamente la contraria de la que dimana de la Resolución.

Por otro lado, ¿es justificable que la propia Dirección haya rechazado la aplicación de preceptos reglamentarios por supuesta falta de cobertura legal, cuando por su inserción en la estructura del Estado tiene el deber de cumplir los actos normativos del Consejo de Ministros dictados con informe favorable del Consejo de Estado y aquí, en cambio, hacer caso omiso, sin ni siquiera citarla, de una Ley Básica del Estado, la del Patrimonio de las Administraciones, que obliga a todos los Ayuntamientos también? (6).

(6) A tal respecto, véanse los *Comentarios a la Resolución de 16 de enero de 2002*, suscritos por Gabriel SORIA en esta Revista 678, págs. 2452-7 y sigs.

RESUMEN

ENAJENACIÓN DE BIENES
MUNICIPALES

En este trabajo se analiza la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 2005, que supone una quiebra de la doctrina tradicional sobre la enajenación de bienes patrimoniales de los Ayuntamientos, ya que acepta la enajenación directa de una parcela de reemplazo de un proyecto de reparcelación sin necesidad de subasta pública, en contra del principio de publicidad y concurrencia resultante tanto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la legislación de régimen local y la Ley de Patrimonio de aquéllas.

ABSTRACT

DISPOSAL MUNICIPAL ASSETS

This paper analyses the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' Decision of 18 May 2005, which breaks with traditional wisdom on the disposal of assets belonging to city and town governments, inasmuch as the decision accepts the direct disposal of a replacement parcel from a parcel redistribution project without the need to conduct a public auction, in defiance of the rule of publicity and competition instituted under the Public Administration Contract Act, local legislation and the Act on Public Administration Land.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

- Ley Orgánica 2/2006. 3-5-2006. Educación.
- Ley Orgánica 3/2006. 26-5-2006. Reforma de la Ley Orgánica 5/2001, de 13-12-2001, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.
- Ley Orgánica 4/2006. 26-5-2006. Modificación de la Ley Orgánica 3/1984, de 26-3-1984, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular.
- Ley 6/2006. 24-4-2006. Modificación de la Ley 37/1992, de 28-12-1992, del IVA, para la clarificación del concepto de vehículo destinado al transporte de personas con minusvalía contenido en la misma ley.
- Ley 7/2006. 24-4-2006. Modifica el TR de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22-12-1989.
- Ley 9/2006. 28-4-2006. Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.
- Ley 10/2006, de 28-4-2006. Modifica la Ley 43/2003, de 21-11-2003, de Montes.
- Ley 11/2006. 16-5-2006. Adaptación de la legislación española al Régimen de Actividades Transfronterizas regulado en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3-6-2003, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo.
- Ley 12/2006. 16-5-2006. Modifica el TR del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29-10-2004, y la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores.
- Ley 13/2006. 26-5-2006. Deroga el régimen de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas establecido por la Ley 5/1995, de 23-3-1995, y sus disposiciones de desarrollo y ejecución.

— Ley 14/2006. 6-5-2006. Sobre técnicas de reproducción humana asistida.

— Ley 15/2006. 26-5-2006. Reforma de la Ley 18/2001, de 12-12-2001, General de Estabilidad Presupuestaria.

— Ley 16/2006. 26-5-2006. Regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la UE.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 522/2006. 28-4-2006. Suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes.

— Real Decreto 523/2006. 28-4-2006. Suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes.

— Orden 1501/2006. 16-5-2006. Aprueba los modelos de los impresos para la liquidación de las tasas establecidas en la Ley 32/2003, de 3-11-2003, General de Telecomunicaciones, gestionadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 467/2006. 21-4-2006. Regula los depósitos y consignaciones judiciales en metálico de efectos o valores.

— Orden 976/2006. 17-3-2006. Dispone que no estarán abiertas al público las oficinas de los Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles el día siguiente a Viernes Santo, a todos los efectos.

— Instrucción 20-3-2006. DGRN. Prevención del fraude documental en materia de estado civil.

— Resolución de 22-3-2006. DGRN. Hace públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles en resolución de concurso número 270.

— Resolución de 21-4-2006. DGRN. Anuncia Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, para su provisión en concurso ordinario número 271.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 417/2006. 7-4-2006. Desarrolla el TR de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5-3-2004.

— Real Decreto 602/2006. 19-5-2006. Aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad.

— Orden 1199/2006. 25-4-2006. Desarrolla las disposiciones del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4-11-2003, reguladora de las instituciones de inversión colectiva, relativas a las instituciones de inversión colectiva de inversión libre y las instituciones de inversión colectiva de instituciones de inversión colectiva de inversión libre y por la que se habilita a la CNMV para dictar diversas disposiciones.

— Orden 1371/2006. 4-5-2006. Aprueba los modelos de declaración del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los períodos impositivos iniciados entre el 1-1-2005 y el 31-12-2005, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso, se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se modifican determinadas normas relativas a los pagos fraccionados de los citados impuestos.

— Orden 1439/2006. 3-5-2006. Reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

— Orden 1543/2006. 19-5-2006. Reduce para el período impositivo 2005, los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 1/2006. 3-5-2006. Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 18-4-2005. Mensualmente hace públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE VIVIENDA

— Orden 1266/2006. 31-3-2006. Declara para 2006 los ámbitos territoriales de precio máximo superior a los efectos del Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

— Resolución de 10-5-2006. Fija el tipo de interés efectivo anual aplicable a los préstamos convenidos que se concedan en el ámbito del Plan Estatal de Vivienda 2005-2008.

— Resolución de 10-5-2006. Revisa y modifica los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados concedidos en el marco de los programas 1997 (Plan de Vivienda 1996-1999), Plan de Vivienda 1998-2001 y Plan de Vivienda 2002-2005.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 393/2006. 31-3-2006. Prorroga para el año 2006 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, regulado por el Real Decreto 205/2005, de 25-2-2005.

— Real Decreto 604/2006. 19-5-2006. Modifica el Real Decreto 39/1997, de 17-1-1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, y el Real Decreto 1627/1997, de 24-10-1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

— Resolución de 23-3-2006. Establece un plazo especial para la presentación de la fe de vida y declaración de ingresos para los beneficiarios de pensiones asistenciales por ancianidad en España.

— Resolución de 27-3-2006. Dicta instrucciones sobre recaudación del importe de capitales coste de pensiones y de otras prestaciones a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

— Resolución de 11-4-2006. Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Acuerdo Euromediterráneo. Establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argentina Democrática y Popular, por otra, hecho en Valencia el 22-4-2002.

— Acuerdo. Sobre la participación de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca en el Espacio Económico Europeo, hecho en Luxemburgo el 14-10-2003.

— Convenio de asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Madrid el 24-2-2005.

— Convenio entre el Reino de España y la República de Croacia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de IRPF e IP, hecho en Zagreb el 19-5-2005.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Resolución de 7-4-2006. Corrigen errores de la Resolución de 27-2-2006, por la que se actualizan las restricciones de circulación contenidas en los anexos de la Resolución de 4-3-2005, para ser aplicadas en el año 2006.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 421/2006. 7-4-2006. Dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN

— Real Decreto 520/2006. 28-4-2006. Regula las entidades que presten servicio de asesoramiento a las explotaciones agrarias y la concesión de ayudas a su creación, adaptación y utilización.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 419/2006. 7-4-2006. Modifica el Real Decreto 2485/1998 de 13-11-1998, relativo a la regulación del régimen de franquicia y el registro de franquiciadores.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS 1-3-2006. Por la que, sin que afecte a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia 89/2005, de 23-2-2005, dictada en el recurso

contencioso-administrativo número 356/2004, se declara la nulidad de pleno derecho del inciso «previo a la solicitud del permiso de trabajo», que se contiene en el párrafo 3.º del apartado 1.1 B del artículo 70 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20-7-2001.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 1/2006. 16-5-2006. Modificación de la Ley 7/2002, de 17-12-2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía; de la Ley 1/1996, de 10-1-1996, de Comercio Interior de Andalucía, y de la Ley 13/2005, de 11-11-2005, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo.

— Ley 2/2006. 16-5-2006. Creación de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

— Decreto 2/2006. 10-1-2006. Aprueba el Programa Estadístico de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2006.

— Orden 10-3-2006. Desarrollo y tramitación de las actuaciones en materia de vivienda y suelo del plan andaluz de vivienda y suelo 2003-2007.

— Corrección de Errores. Decreto 218/2005. 11-10-2005. Aprueba el Reglamento de Información al Consumidor en la Compraventa y Arrendamiento de Viviendas en Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 2/2006. 6-4-2006. Medidas en relación con la Exposición Internacional de Zaragoza de 2008.

ASTURIAS

— Ley 4/2006. 5-5-2006. Cooperación al Desarrollo.

— Decreto 26/2006. 15-3-2006. Sustituye para el año 2007 una de las fiestas de ámbito nacional por la fiesta regional del 8 de septiembre, Día de Asturias.

BALEARES

— Ley 3/2006. 30-3-2006. Gestión de emergencias de las Illes Balears.

- Ley 4/2006. 30-3-2006. Educación y formación permanentes de personas adultas de las Illes Balears.
- Ley 6/2006. 12-4-2006. Balear de caza y pesca fluvial.
- Decreto 40/2006. 21-4-2006. Regula los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad.

CANARIAS

- Ley 1/2006. 7-2-2006. Modifica la Ley 2/2003, de 30-1-2003, de Vivienda de Canarias.
- Ley 9/2005. 27-12-2005. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2006.
- Orden 23-3-2006. Modifica el Modelo 650 «Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Autoliquidación sucesiones».
- Orden 17-4-2006. Modifica la Orden de 22-9-2005, que determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2006.
- Orden 11-5-2006. Crea las OO.LL. Comarcales Tenerife 1 y Gran Canaria 2.

CANTABRIA

- Ley 2/2006. 20-3-2006. Modifica la Ley de Cantabria 5/2005, de 26-12-2005, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2006.
- Ley 3/2006. 18-4-2006. Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- Orden 12/2006. 3-5-2006. Aprueba los modelos de los documentos de ingreso 521, 522, 523 y 525 para la liquidación de tributos locales.

CASTILLA-LA MANCHA

- Decreto 38/2006. 11-4-2006. Regula, en el ámbito de Castilla-La Mancha, el Plan Estatal de Vivienda 2005-2008, y se desarrolla el IV Plan Regional de Vivienda y Suelo de Castilla-La Mancha Horizonte 2010.
- Resolución de 30-3-2006. Modifican los anexos I y IV de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 23-5-2001, sobre regulación de las condiciones de prestación del servicio de caja y de colaboración en la recaudación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

- Ley 1/2006. 6-4-2006. Mediación Familiar de Castilla y León.
- Ley 2/2006. 3-5-2006. De Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León.
- Orden 547/2006. 31-3-2006. Establece el procedimiento para el pago telemático de tasas, sanciones y otros ingresos de derecho público de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.
- Orden 718/2006. 25-4-2006. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

CATALUÑA

- Ley 3/2006. 17-3-2006. Creación del Fondo de Acción Territorial de la Educación Superior.
- Ley 4/2006. 31-3-2006. Ferroviaria.
- Ley 5/2006. 10-5-2006. Del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales.
- Decreto 75/2006. 11-4-2006. Desarrollo de la Ley 8/1995, de 27-7-1995, de atención y protección de los niños y los adolescentes en el ámbito sancionador.

LA RIOJA

- Ley 6/2006. 2-5-2006. Defensor del Pueblo Riojano.

MADRID

- Orden 1369/2006. 21-4-2006. Aprueba los criterios para obtener la consideración de Vivienda con Protección Pública de carácter sostenible.

MURCIA

- Ley 2/2006. 10-4-2006. Modificaciones de la Ley 4/2005, de 14-6-2005, del ente público del agua.

NAVARRA

— Ley Foral 3/2006. 17-3-2006. Plan Especial en materia de Infraestructuras Locales para el período 2006-2008.

— Ley Foral 4/2006. 4-4-2006. Modifica parcialmente la Ley Foral 2/1998, de 27-3-1998, del Voluntariado.

— Ley Foral 5/2006. 11-4-2006. Modificación de la Ley Foral 12/1996, de 2-7-1996, de Cooperativas de Navarra, para la adición de la regulación de las cooperativas de iniciativa social.

— Real Decreto 353/2006. 24-3-2006. Aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral prevista en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 15/2006. 3-4-2006. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999, estableciendo obligaciones de información respecto de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en otros Estados miembros de la UE y respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda.

— Decreto Foral Legislativo 2/2006. 2-5-2006. Armonización Tributaria por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Orden Foral 76/2006. 24-3-2006. Dicta las normas para la presentación de las declaraciones del IRPF y del IP correspondientes al año.

— Orden Foral 77/2006. 24-3-2006. Aprueban los modelos de declaración correspondientes a los IRPF e IP del ejercicio 2005.

— Orden Foral 123/2006. 5-5-2006. Regula la presentación telemática de declaraciones del IRPF y del IP para el período impositivo 2005.

— Corrección de Errores. Ley Foral 14/2005. 22-11-2005. Patrimonio Cultural de Navarra.

VALENCIA

— Ley Orgánica 1/2006. 10-4-2006. Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1-7-1982, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

— Ley 2/2006. 5-5-2006. Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental.

— Ley 3/2006. 12-5-2006. Creación del Consell Valencià de l'Esport.

— Ley 4/2006. 19-5-2006. Patrimonio Arbóreo Monumental de la Comunitat Valenciana.

— Decreto 67/2006. 12-5-2006. Aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística.

II. Información de actividades

Aragón

El día 12 de mayo tuvo lugar la JORNADA SOBRE *EUROPA COMO NECESIDAD*, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad, la Asociación de Exparlamentarios de las Cortes de Aragón y las citadas Cortes. Patrocinada por CAI e Ibercaja.

Los días 15 al 17 de mayo, organizado por el Ayuntamiento de Zaragoza, se celebró INNÓVATE EUROPA 06.

El día 18, a cargo de don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del TSJ de Aragón, tuvo lugar la CONFERENCIA TITULADA *LA CIENCIA MÉDICA, COLABORADORA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, organizada por la Real Academia de Medicina de Zaragoza.

El día 1 de junio, organizada, entre otros, por el Ayuntamiento de Zaragoza, tuvo lugar la CONFERENCIA *DESARROLLO URBANO Y TECNOLOGÍAS DE COMUNICACIÓN*, a cargo del Profesor Manuel CASTELLO, Catedrático de Sociología y Catedrático de Urbanismo en la Universidad de Berkeley (California) y Director del IN3 en la Universidad Oberta de Cataluña.

Los días 4, 5 y 6 de junio tuvo lugar el CONGRESO IBEROAMERICANO BITÁCORAS Y DERECHO, patrocinado, entre otros, por la Cámara de Comercio de Zaragoza, el Ayuntamiento, la Universidad y el Gobierno de Aragón.

El día 7 de junio, organizada por el Colegio de Abogados de Zaragoza y la Asociación Aragonesa de Mujeres Profesionales del Derecho, tuvo lugar la CONFERENCIA-COLOQUIO *LA SITUACIÓN ACTUAL LEGISLATIVA SOBRE INCAPACIDAD Y DEPENDENCIA*, impartida por don Miguel FERRER, Consejero de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón; don Carmelo QUINTANA, Teniente Fiscal del TSJA, y don José Luis MERINO, Notario de Zaragoza.

Madrid

De diciembre a junio se impartirá un CURSO DE EXPERTO UNIVERSITARIO EN MALOS TRATOS Y VIOLENCIA DE GÉNERO, organizado por la Fundación Uned y la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas. Número de créditos: 20 (200 horas lectivas).

Presentación:

El curso tiene como objetivo capacitar a los alumnos proporcionándoles un conocimiento sobre la violencia de género, dándoles las

claves necesarias para identificar las situaciones en que se produce. Se estudian las medidas eficaces para la protección y rehabilitación de las víctimas, así como los instrumentos necesarios para su prevención.

La materia se estudia de forma integral con un equipo multidisciplinar, abordándola desde muy variados campos: educativo, sociológico, psicológico, médico, en los medios de comunicación, en la asistencia social, en el mundo del Derecho.

Objetivo:

El curso tiene como objetivo básico prioritario formar profesionales especializados en violencia de género, cubriendo la laguna que hay en este ámbito al no existir, por el momento, enseñanzas regladas.

Destinatarios:

Resulta especialmente atractivo para todos aquellos que precisan una formación en malos tratos por la labor que desempeñan: profesores, logopedas, educadores de calle, sociólogos, psicólogos, periodistas, trabajadores sociales, juristas, personal al servicio de la Administración de Justicia, policía, médicos y diplomados en enfermería y para todo el que esté interesado en adquirir un conocimiento profundo y riguroso en esta materia.

Programa:

1. Origen y transmisión de la violencia de género.
2. Causas y razones científicas de la perdurabilidad de la mujer en la violencia de género.
3. La desigualdad entre el hombre y la mujer: consecuencia biológica o discriminación ideológica.
4. Los hijos: víctimas directas de la violencia de género.
5. Teoría feminista en la lucha de la mujer por su liberación.
6. La intervención de la medicina legal en la violencia de género.
7. El lenguaje como instrumento de opresión.
8. El Derecho y su responsabilidad histórica en la violencia de género.
9. Respuestas de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género a las actitudes de hostigamiento del maltratador.
10. Estudio de los medios adecuados para la recuperación de las víctimas.

11. Análisis de la responsabilidad de los medios de comunicación: una correcta información es prevención.
12. Las leyes civiles ante el maltrato: Beneficios y perjuicios de la guarda y custodia compartida.

Metodología:

La metodología es la propia de la enseñanza a distancia, de acuerdo con el sistema seguido por la UNED, facilitando al alumno el material necesario para su preparación, de modo que las actividades se realizan, fundamentalmente, a distancia. Tiene un carácter teórico-práctico.

Todas las actividades son voluntarias, excepto la asistencia a la jornada de carácter práctico (ver Evaluación-Sesión práctica). El equipo docente está a disposición de los alumnos, dando pautas, orientaciones y cuantas explicaciones necesiten a lo largo del curso a través de las tutorías.

Actividades:

Tutorías telefónicas, presenciales, electrónicas o por correo postal.

Emisiones radiofónicas (Radio Nacional FM).

Videoconferencias.

Conferencias y Mesas Redondas.

Foro de debates mensual. Para aquellos alumnos que dispongan de correo electrónico se abrirá un foro de debate mensual con un tema monográfico en el que participará el equipo docente.

Jornada de Trabajo en el Centro de Recuperación y Reinserción de Mujeres Maltratadas. Consta de dos sesiones: 1.^a Reunión multidisciplinar con el equipo de facultativos del Centro. Exposición y debate. 2.^a Reunión con las mujeres ingresadas en el Centro. Exposición y debate.

Equipo docente:

Dirección: Doña Teresa SAN SEGUNDO MANUEL, Profesora Titular de Derecho Civil, UNED. Especialista en violencia de género.

Profesores: Doña Ana M.^a PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Directora del programa de prácticas. Vocal del Observatorio Nacional de Violencia de Género. Coordinadora del Servicio de Mediación Familiar. Directora del Centro de Recuperación y Reinserción de Mujeres Maltratadas.

Doña Lola AGUILAR, Pediatra especializada en maltrato infantil.

Doña Celia AMORÓS, Catedrática de Filosofía Moral y Política. UNED.

Doña Ana BALSEIRO, Periodista, especializada en violencia de género.
Doña Pilar CAREAGA, Lingüista, especializada en violencia de género.
Doña M.^a José DÍAZ GAITÁN, Abogada asesora en violencia de género.
Don Antonio ESCUDERO, Psiquiatra. Tesis doctoral sobre violencia de género.

Doña Begoña FLORES, Profesora Ayudante. UNED.

Don Miguel LORENTE, Médico Forense. Profesor Asociado de Medicina Legal de Granada. Coordinador General de los Institutos de Medicina Legal de Andalucía.

Doña Raimunda DE PEÑAFORT, Magistrada, Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Madrid.

Doña M.^a José VARELA, Psicóloga y Abogada, experta en la aplicación de las leyes con perspectiva de género.

Evaluación:

Pruebas periódicas de evaluación a distancia. Es obligatorio realizar las pruebas correspondientes a cada tema y enviarlas (preferiblemente a través del correo electrónico) en las fechas señaladas en el calendario del curso.

Sesión práctica. La asistencia a la sesión práctica es obligatoria (podrá ser sustituida por pruebas a distancia, previa autorización de la Directora del curso).

Titulación:

La Universidad Nacional de Educación a Distancia expedirá a los alumnos que superen el curso un Título propio que le acredita como: «Experto Universitario en malos tratos y violencia de género».

Admisión:

La admisión al curso se realizará por estricto orden de llegada de la solicitud a la Secretaría de los cursos.

Nivel del curso:

El alumno obtiene con este curso una sólida formación como profesional especializado en malos tratos y violencia de género, si bien no es necesario que tenga conocimientos previos sobre estos temas. Tiene a su disposición medios materiales suficientes y cuenta con un equipo de profesores integrado por relevantes especialistas en violencia de género que le ayudarán a afrontar el contenido del curso sin dificultad.

Tasas:

El coste total del Curso de Experto Universitario es de 600 euros, más 60 euros por el material didáctico. Dicho importe podrá abonarse de una sola vez al formalizar la matrícula o en dos plazos.

Ayudas al estudio:

El curso concederá un número limitado de ayudas al estudio entre aquellos alumnos que lo soliciten, atendiendo a circunstancias académicas, económicas y otros méritos de los candidatos. Para poder optar a una ayuda al estudio tendrá que enviar, junto con la solicitud de impresos de matrícula, los siguientes documentos: carta de solicitud de ayuda al estudio (no existe modelo oficial), curriculum vitae, nómina (si trabaja), fotocopia de la declaración de la renta del interesado o de la unidad familiar o certificado de exención en caso de no estar obligado a declaración por IRPF, fotocopia de la tarjeta de demanda de empleo en caso de encontrarse en paro y cualquier otro documento acreditativo que considere oportuno. No son compatibles entre sí varias reducciones. En todo caso deberá abonar el importe del material didáctico.

Reducción de tasas:

Tienen reducción del 90 por 100 del precio de tasas académicas y de docencia en la primera matrícula de estudios de Formación Continua todas aquellas personas que estén en los siguientes supuestos:

- Personas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100.
- Personas que tengan reconocida oficialmente la condición de víctimas del terrorismo.
- Personas que sean beneficiarios de familia numerosa de categoría especial.

Para poder ser beneficiario de la reducción, el interesado debe acreditar oficialmente cualquiera de los tres supuestos, adjuntando fotocopia del documento acreditativo a la solicitud de impresos de matrícula.

El número máximo de cursos por convocatoria, al que podrá aplicar un mismo estudiante la exención, es el siguiente:

- Bien un curso del Programa de Especialización (Master, Especialista Universitario y Experto Universitario).
- O bien dos cursos del Programa de Desarrollo Profesional.

Quienes se acojan a la citada exención no podrán concurrir en el mismo curso académico a las ayudas al estudio. En el caso de que el estudiante que reúna las condiciones antes señaladas deba matricularse por segunda vez de una misma actividad formativa, deberá abonar el 50 por 100 de las tasas académicas y de docencia. Para la tercera matrícula y sucesivas no se contempla la exención de tasas.

Información:

Los interesados en el Curso deberán enviar la solicitud de impresos de matrícula hasta el 20 de octubre de 2006 a la secretaría del mismo:

Fundación General de la UNED.
Secretaría de Cursos Francisco de Rojas 2, 22 Derecha
28010 Madrid.
Teléfonos: (+ 34) 91 386 72 75/91 380 15 92.
Fax: (+ 34) 91 386 72 79
<http://www.fundacion.uned.es>

- Información Académica:
Teresa San Segundo
Teléfono: 649 278 111 y 91 398 61 42
e-mail: tsansegundo@der.uned.es

No se admitirán más de dos solicitudes de matrícula por persona.

Formalización de matrícula:

Una vez comunicada al solicitante la admisión al curso, podrá proceder a formalizar su matrícula en los impresos oficiales que, a tal efecto, se le enviarán desde la secretaría del curso.

- El plazo de formalización de la matrícula termina el 31 de octubre de 2006.
- El comienzo oficial del curso tendrá lugar en diciembre de 2006.

Valencia

En el mes de febrero se ha iniciado el segundo semestre y por lo tanto el CURSO también de libre opción relativo al *PROCEDIMIENTO REGISTRAL*. Es un grupo aproximadamente de 30 personas, muchos de ellos han participado en otros cursos de la Cátedra Bienvenido Oliver en años pasados, lo que permite tratar los temas con un cierto nivel, dado el mayor conoci-

miento medio del alumnado. Como en años anteriores las clases son impartidas por el encargado de la Cátedra y por el Registrador de la Propiedad de Benaguacil, señor don José LOSADA, que han finalizado con el ejercicio final de curso en donde se han presentado 27 alumnos y han expresado su satisfacción por las enseñanzas recibidas.

En la Universidad Cardenal Herrera CEU San Pablo, se ha iniciado, en este segundo semestre, la asignatura de libre opción: *Derecho Inmobiliario Registral*. El número de alumnos es de 21, lo que se mantiene respecto de años anteriores. Las clases son una parte teóricas (30 horas), otras prácticas en un Registro de la Propiedad (20 horas), y otra parte asistiendo al seminario organizado por la Cátedra en la Universidad (10 horas), lo que hace un total de 60 horas lectivas, equivalentes a los seis créditos que tiene la asignatura. Las clases se han impartido por el encargado de la Cátedra y por los profesores de la Facultad, doña Esperanza FERRANDO y don Carlos CARRAMOLINO. Ha finalizado con el ejercicio final de Curso y se han presentado 14 alumnos. En este curso las prácticas se hicieron en el Registro de la Propiedad de Llíria, fueron de una alta participación por parte de los alumnos.

El día 1 de abril de 2006 se celebró una CONFERENCIA organizada por el Grupo Valenciano del Capítulo Español del Club de Roma titulada *CÓMO AFECTARÁ EL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL AGOTAMIENTO DEL PETRÓLEO AL FUTURO DE LA EUROPA AMPLIADA: DESARROLLO HUMANO, MULTICULTURALISMO Y SOSTENIBILIDAD*, pronunciada por don Dermis MEADOWS.

El día 4 de abril de 2006, don Vicente GARRIDO MAYOL pronunció una CONFERENCIA bajo el título *EVOLUCIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO Y REFORMA DE LOS ESTATUTOS*. Asistió la Directora del CER.

El día 6 de abril de 2006 se celebró una MESA REDONDA compuesta por Jueces, Notarios y Registradores sobre *EL TÍTULO HÁBIL PARA LA INSCRIPCIÓN. EL ARTÍCULO 708 DE LA LEC*. José Ramón FRAGUAS intervino en la misma en representación de los Registradores.

El día 12 de abril de 2006 se hizo la Presentación de la Campaña Promocional del uso del valenciano en las Oficinas Registrales: *AL REGISTRE TAMBÉ PARLEM VALENCIÀ*. Presidió el acto el Conseller de Cultura, Educación y Deporte, Honorable señor don Alejandro FONT DE MORA TURÓN, y contó con la presencia del Secretario Autonómico de Política Lingüística, Ilmo. señor don Vicent SATORRE CALABUIG.

Los días 4 y 5 de mayo de 2006, Carlos COLOMER y José Miguel SORIANO pronunciaron una CONFERENCIA en el Salón de Actos del Decanato, organizada conjuntamente con la librería Foro Jurídico.

El día 6 de junio de 2006, don Antonio BERNABÉ, Delegado de Gobierno de la Comunidad Valenciana, pronunció una CONFERENCIA en el Club de encuentro Manuel BROSETA bajo el título *LA ACCIÓN DEL GOBIERNO DE*

ESPAÑA. CLAVES PARA EL DESARROLLO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA. Asistió el Vicedecano 1.º

El mismo día se ha celebrado la III JORNADA SOBRE OFICINAS LIQUIDADORAS. El acto fue presidido por la Ilma. señora Directora General de Tributos de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Ocupació de la Generalitat Valenciana, doña Araceli MUÑOZ MALO y el Ilmo. señor Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles en la Comunidad Valenciana, don Vicente CARBONELL.

La primera conferencia estuvo a cargo de la Directora General de Tributos y don Joaquín FORÉS MARZÁ, Jefe de Servicio de Inspección Tributaria de la Dirección General de Tributos de la citada Conselleria acerca de *El impuesto de sucesiones y donaciones en la Comunidad Valenciana*.

La segunda intervención la tuvo don Francisco PARRA BENNITES, Abogado del Estado y Secretario del TEAR, sobre *Procedimientos especiales de revisión; atención especial a las Oficinas Liquidadoras*.

La tercera conferencia estuvo a cargo de don Carlos COLOMER FERRANDIZ, Inspector de Hacienda y vocal del TEAR, que trató de *La Oficina Liquidadora y la reclamación económico-administrativa*.

Hubo una nutrida asistencia de Registradores de la Comunidad Valenciana y del personal de los Registros adscritos a la Oficina Liquidadora. Asimismo asistieron al acto diversas autoridades del TEAR y del Servicio Territorial de la Consellería. El desarrollo del acto fue muy positivo, tanto en cuanto al contenido de las Conferencias como el intercambio de experiencias de las Oficinas Liquidadoras entre los presentes.

Los días 22 y 23 de junio de 2006 se celebraron las JORNADAS SOBRE EL URBANISMO VALENCIANO, organizadas en colaboración con la Generalitat Valenciana y con la Escuela Jurídica de Denia, Lex Fórum. Participaron como ponentes don Vicente COLLADO CAPILLA, Jefe de Área de la Dirección General de Planificación y Ordenación del Territorio de la Generalitat Valenciana; don Vicente DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Registrador de la Propiedad; don Juan FRASES JUAN, Arquitecto Gerente de Urbanismo del Ayuntamiento de Denia; don José DÍAZ DELGADO, Magistrado del Tribunal Supremo, y don Ramón MARTÍN MATEO, Catedrático Emérito de la Universidad de Alicante. El día 22, tras las intervenciones de los ponentes, se celebró una mesa redonda con el título *EL URBANISMO DEL SIGLO XXI*.

Se están organizando, por la Cátedra Bienvenido Oliver, distintas JORNADAS como la de *DERECHO CONCURSAL* en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Se han presentado en el ADEIT el proyecto de un *CURSO SOBRE DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL* y al Colegio de Abogados otro *CURSO SOBRE GARANTÍAS DEL CRÉDITO*. Ambos han sido admitidos y se está a la espera de su confirmación para el último trimestre de este año 2006.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

HERRERO OVIEDO, Margarita: *Del documento público al título inscribible*. Editorial Iustel.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Consejero-Secretario de la RCDI

Margarita HERRERO OVIEDO, Doctora en Derecho, realiza en esta obra un estudio muy interesante sobre el concepto de documento público, sus clases (incluyendo el documento administrativo y el judicial y no sólo por tanto el instrumento público notarial), y sus diferencias con conceptos afines, como el documento auténtico, documento fehaciente y título inscribible. El propio título ya es sugerente, pues pone de manifiesto que no es lo mismo un documento público que un título inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque la regla general sea aquélla. De hecho en el trabajo se recogen algunos de los supuestos excepcionales de documentos privados inscribibles.

A juicio de la autora, el documento público tiene una principal función probatoria, aunque también sirve para otras funciones, como la perfección de determinados negocios jurídicos (teniendo entonces un carácter constitutivo), ser vehículo de entrada de los actos o negocios jurídicos en el Registro de la Propiedad o actuar de medio de legitimación. Quizá éste sea uno de los temas más polémicos que la autora aborda con gran neutralidad, pues no cabe duda —a mi juicio— que es el Registro el que definitivamente atribuye eficacia legitimadora en el tráfico al instrumento público (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria). Es el título inscrito el que goza de plena legitimación en el tráfico. En la misma línea HERRERO OVIEDO considera, al analizar las diferentes perspectivas de la doctrina notarial y registral, que no es incompatible la existencia de una legitimación notarial con la legitimación registral.

En efecto, a ninguna entidad financiera se le ocurriría conceder crédito en base exclusivamente a lo consignado en una escritura pública: siempre exigirá que la titularidad que sirve de garantía al préstamo, esto es, que la propiedad o derecho real que surge del título esté inscrita —y la titularidad vigente— en el Registro. Por eso, en realidad cuando se habla de eficacia legitimadora del instrumento público, lógicamente debe referirse al título público inscrito en el Registro. La autora prefiere hablar de documento inscribible más que de título inscribible, pues entiende que a pesar de que el título puede usarse en su acepción formal, es posible que se confunda con la otra acepción (documento acreditativo de la adquisición de un derecho) y no todos los documentos de los que se toma razón en el Registro han de tener la cualidad de título entendido como idóneo para otorgar a una persona la condición de titular de un derecho.

Especial estudio en esta obra se hace del documento notarial, tanto de las escrituras públicas como de las actas, en sus diversas tipologías; así como del concepto de copia, y como sólo la primera copia tiene carácter ejecutivo. Sólo la copia autorizada y no la copia simple es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. En cuanto a la eficacia de la fe pública notarial, la autora entiende que el artículo 1.218 del Código Civil, cuando atribuye el valor de hacer prueba contra tercero al hecho del otorgamiento de la escritura pública, no se refiere a la eficacia procesal del documento público sino a su eficacia legitimadora. Así afirma que la eficacia del documento no es una eficacia en bloque, pues hay partes que no pueden ser comprobadas por el notario, como es la ausencia de intimidación o el contenido de las declaraciones de voluntad. Aquí sólo se generan presunciones *iuris tantum*. Por eso, en cuanto al alcance de la interpretación del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, entiende que no se pretende una eficacia procesal, sino que forma parte de la eficacia jurídica del instrumento público en el tráfico jurídico, pero cuando el documento se convierte en elemento de un proceso en tal momento la fe pública deberá matizarse y desglosarse. Quizá faltara analizar que cuando un título queda inscrito en el Registro va a servir de base a unas consecuencias procesales sumarias (acción real registral, procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, tercerías registrales) que aconsejan una calificación registral íntegra de aquél. En cualquier caso se trata de un libro interesante, digno de lectura, muy documentado (especial referencia merece la amplia bibliografía estudiada y las notas a pie de página) y de gran interés en el ámbito notarial y registral.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Número 57 (Enero-Marzo 2006)

«Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», por Leonor AGUILAR RUIZ y César HORNERO MÉNDEZ, pág. 9.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL ALCANCE DE LA DISPONIBILIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—II. LÍMITES AL PODER DE AUTORREGULACIÓN DE LOS CÓNYUGES: 1. LÍMITES GENÉRICOS A LA AUTONOMÍA PRIVADA: ARTÍCULO 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LÍMITES DE CONTENIDO DERIVADOS DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE: 2.1. *Acuerdos contrarios al principio de igualdad entre los cónyuges*. 2.2. *El posible perjuicio a terceros del pacto de renuncia*. 3. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL PACTO DE RENUNCIA: 3.1. *El control judicial sobre los elementos esenciales del acuerdo matrimonial*. 3.2. *La aplicación de la teoría del negocio jurídico: alteración de las bases del acuerdo de renuncia y función reequilibradora del juez*.—III. CONCLUSIÓN: EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LOS PACTOS DE RENUNCIA.

«La responsabilidad legal de los administradores de las sociedades de capital, ¿un supuesto de sanción privada?», por Belén CASADO CASADO, pág. 45.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—A) LA RESPONSABILIDAD EX ARTÍCULO 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL: 1. PRECEPTO SIN NINGÚN TIPO DE PARAGÓN HISTÓRICO. ANÁLISIS DE LA ANTERIOR LEY DE 1951 DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. 2. OPINIÓN DOCTRINAL SOBRE ESTA MEDIDA. 3. SIMILITUD, DIFERENCIAS Y CONJUNCIÓN CON LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.—B) EL ELEMENTO OBJETIVO. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL: 1. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DEL ARTÍCULO 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL. 2. OBLIGACIONES LEGALES DEL ADMINISTRADOR Y SU INCUMPLIMIENTO. ASPECTO GENERAL.—C) EL ELEMENTO SUBJETIVO: LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: 1. EL CARGO DE ADMINISTRADOR. 2. OTROS CARGOS CON POSIBLE VINCULACIÓN A LA RESPONSABILIDAD LEGAL.—D) EL DAÑO. ELEMENTO REAL, POTENCIAL O ELEMENTO INNECESARIO EN ESTA RESPONSABILIDAD LEGAL: 1. EL DAÑO Y OTROS ELEMENTOS EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. 2. EL DAÑO EN LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EX ARTÍCULO 262.5 TRLSA Y ARTÍCULO 105.5 LSRL.—E) LA NUEVA LEY CONCURSAL. EL CONCURSO CULPABLE, LA NUEVA REDACCIÓN DADA A LOS ARTÍCULO

LOS 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL Y OTRAS SANCIONES PRIVADAS IMPUESTAS EN LA NUEVA LEY: 1. EL CONCURSO CULPABLE. 2. LA NUEVA REDACCIÓN DADA A LOS ARTÍCULOS 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL. 3. LAS SANCIONES PRIVADAS IMPUESTAS POR LA NUEVA LEY CONCURSAL.—F) LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y EL DERECHO COMPARADO: 1. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO. 2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.—G) LA SANCIÓN EN EL DERECHO PRIVADO Y LA CONFIGURACIÓN COMO TAL DE LA RESPONSABILIDAD LEGAL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES RECOGIDA EN LOS ARTÍCULOS 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL: INTRODUCCIÓN. 1. EL CONCEPTO DE SANCIÓN ENTENDIDO EN SENTIDO AMPLIO O ENTENDIDO EN SENTIDO RESTRINGIDO. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN PRIVADA. 2. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES: a) *Antijuridicidad*; b) *Culpabilidad*; c) *Principio de tipicidad y función preventivo-punitiva*; d) *Presunción de inocencia y otros principios rectores*. 3. LA RESPONSABILIDAD LEGAL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES DESDE NUESTRA CONSIDERACIÓN DE LA SANCIÓN PRIVADA. 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA IMPUESTA EN LOS ARTÍCULOS 262.5 TRLSA Y 105.5 LSRL.—CONCLUSIONES.—ADDENDA.—BIBLIOGRAFÍA.

«Competencia leal y desleal», por Francisco CUENCA ANAYA, pág. 127 (sin sumario).

«La adopción internacional. Especial referencia a la adopción en China», por Juan Manuel FERNÁNDEZ APARICIO, pág. 143.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. REQUISITOS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. LA DENOMINADA «FASE NACIONAL».—3. REQUISITOS EN EL PAÍS A ADOPTAR. LA DENOMINADA «FASE INTERNACIONAL».—4. LA ADOPCIÓN EN CHINA.

«Lo que el Registro publica, ¿para qué lo publica?», por Domingo IRURZUN GOICOA, pág. 157.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL OBJETO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. LOS DERECHOS REALES INSCRIBIBLES. 2. LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES. 3. RESUMEN CRÍTICO: NECESIDAD DE RENOVACIÓN.—II. LA SITUACIÓN JURÍDICA EN SÍ MISMA: PREÁMBULO. 1. CONCEPTO DE SITUACIÓN JURÍDICA. 2. CARACTERES: A) *Es un conjunto*. B) *Es estática*. C) *Es modificable*. D) *La modificación y el título*. 3. CLASES: A) *La situación primaria y las secundarias*. B) *Las situaciones estables y las inestables*. 4. COMPOSICIÓN: A) *Estructura*. B) *Contenido*. C) *Circunstancias temporales y espaciales*.—III. LA SITUACIÓN JURÍDICA ANTE LA SOCIEDAD: 1. LA SITUACIÓN JURÍDICA NO PUEDE SER CONOCIDA. 2. EL TÍTULO FORMAL ES INOPERANTE EN LA CONTRATACIÓN. 3. ES NECESARIA UNA INFORMACIÓN PÚBLICA.—IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA EN EL REGISTRO: 1. EL REGISTRO, INSTRUMENTO DE INFORMACIÓN: A) *La información ha de adquirirse*. B) *La información adquirida ha de publicarse*. C) *La información publicada ha de ser cognoscible*. 2. INGRESO DE LA SITUACIÓN EN EL REGISTRO: A) *El procedimiento de inmatriculación*. B) *Los títulos inmatriculadores*. C) *El asiento registral de inmatriculación*. 3. LA SITUACIÓN REGISTRADA Y SU SIGNIFICADO: A) *Lo que el Registro da a la situación jurídica*: a) *Le da la presunción de veraci-*

dad; b) Le da una especial protección. B) *Lo que debe dársele al Registro: concordancia*: a) La idea de concordancia. Su antónimo; b) Tensión entre concordancia y desacuerdo; c) Las causas del desacuerdo y sus peligros; d) El asiento registral que restaura la concordancia.—V. CAMBIOS EN LA SITUACIÓN REGISTRADA: 1. NOCIÓN PROVISIONAL DEL CAMBIO. 2. EL TÍTULO, CAUSA U ORIGEN DEL CAMBIO. 3. CLASES DE CAMBIO. 4. LA EFICACIA DEL CAMBIO REGISTRABLE. 5. EL ASIENTO REGISTRAL QUE REFLEJA EL CAMBIO. 6. EFECTOS DEL CAMBIO REGISTRADO.—VI. ASPECTOS BÁSICOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: 1. EL CONTENIDO DE LO QUE SE PUBLICA. 2. SU DESTINATARIO. 3. SUS FINES. 4. RECAPITULACIÓN.—VII. LOS FINES DEL REGISTRO Y SU TRASCENDENCIA: 1. ENUMERACIÓN: A) *La seguridad jurídica*. B) *La protección ante la contratación*: a) Momento de la protección; b) Se protege a la contratación civil; c) La buena fe en la contratación civil; d) El contratante civil y el artículo 34 LH. C) *El fomento del crédito territorial*. 2. SU TRASCENDENCIA. 3. ¿PARA QUÉ PUBLICA EL REGISTRO LO QUE PUBLICA?

«El nuevo artículo 831 del Código Civil. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica», por Juan ROMERO-GIRÓN DELEITO, pág. 221 (sin sumario).

«Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)», por M.^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, pág. 233.

SUMARIO: I. UNA REFLEXIÓN PREVIA.—II. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA REFORMA: 1. LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL ANTES DE LA REFORMA. 2. INSUFICIENCIAS DEL SISTEMA PREESTABLECIDO: 2.1. *Configuración del derecho a la pensión compensatoria*. 2.2. *Duración del derecho a la percepción de pensión compensatoria*. 2.3. *Posibilidad de una renuncia tácita a la pensión compensatoria*. 2.4. *Subsistencia de la pensión compensatoria tras la muerte del obligado*. 2.5. *Impago de las pensiones*.—III. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR: 1. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: 1.1. *Los cambios que podían haber sido: el iter parlamentario*. 1.2. *Pensiones temporales: una reforma anunciada*. 1.3. *Los acuerdos de los cónyuges*. 2. EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIONES: 2.1. *La Disposición Adicional Única de la Ley 15/2005*. 2.2. *Futuro desarrollo normativo*. 2.3. *Valoración crítica*.—IV. CONCLUSIONES.

«La querrela por alzamiento de bienes o la acción pauliana revestida de amenaza», por Mariano YZQUIERDO TOLSADA, pág. 265.

SUMARIO: 1. PROPÓSITO.—2. ¿PUEDE SER EL JUEZ PENAL QUIEN DECLARE LA INEFICACIA DEL CONTRATO FRAUDULENTO?: 2.1. LA COMPETENCIA CIVIL ADHESIVA DEL JUEZ PENAL. 2.2. LA DECLARACIÓN DE INEFICACIA DE UN CONTRATO EFECTUADA POR EL JUEZ PENAL Y SU EVENTUAL EFECTO DE COSA JUZGADA. 2.3. INEFICACIA, SÍ, PERO ¿DE QUÉ TIPO? 2.4. EL PROCEDIMIENTO PENAL Y LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS.—3. LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES AL PATRIMONIO DEL DEUDOR, UNA IMPROPIAMENTE LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL.—4. FINALIDAD ÚNICA DE ESTA SEDICENTE ACCIÓN PAULIANA.—5. LAS DISFUNCIONES DE UN DELITO PERSEGUIBLE DE OFICIO.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 226 (Junio 2006)

«La innovación del planeamiento en la Ley de Castilla-La Mancha», por Antonio LÓPEZ ABARCA, pág. 13.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REGULACIÓN JURÍDICA.—III. ÁMBITO MATERIAL Y SUBJETIVO.—IV. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MATERIA: 1. LA VIGENCIA Y EJECUTIVIDAD DEL PLAN. 2. EL IUS VARIANDI. 3. LA JERARQUÍA DEL PLANEAMIENTO. 4. LA PROHIBICIÓN DE RESERVAS DE DISPENSACIÓN. 5. LA RESERVA DEL PROCEDIMIENTO. 6. LA GARANTÍA DE PROPORCIÓN Y CALIDAD DE LAS DOTACIONES PÚBLICAS.—V. LA REVISIÓN DEL PLAN: 1. CONCEPTO. 2. CLASES: A) *Por las causas*: a) Ordinaria; b) Extraordinaria. B) *Por los objetivos*: a) Total; b) Parcial. 3. ÁMBITO. 4. CONTENIDO: A) *Sustantivo*. B) *Documental*. 5. PROCEDIMIENTO. 6. COMPETENCIA.—VI. LA MODIFICACIÓN DEL PLANEAMIENTO: 1. CONCEPTO. 2. FUNDAMENTO. 3. CLASES: A) *Por el plan que la propone*. B) *Por el plan que se modifica*. C) *Por el contenido de la modificación*. D) *Otros supuestos*. 4. CONTENIDO: A) *Sustantivo*. B) *Documental*. 5. PROCEDIMIENTO: A) *Modificación vía Plan de Ordenación Municipal*. B) *Modificación vía Plan Especial*. C) *Modificación vía Plan Parcial y Plan Especial de Reforma Interior*. 6. COMPETENCIA: A) *Plan de Ordenación Municipal*. B) *Planes Especiales*. C) *Planes Parciales y Especiales de Reforma Interior*: a) *Afectando a la ordenación estructural*; b) *Afectando a la ordenación de detalle*.—VII. LA PUBLICACIÓN DE LOS ACUERDOS DE APROBACIÓN Y DE LAS NORMAS URBANÍSTICAS.—VIII. EFECTOS DE LA REVISIÓN/MODIFICACIÓN: 1. EFECTOS RESPECTO DE PLANES ANTERIORES. 2. EFECTOS SOBRE LAS SITUACIONES JURÍDICAS ANTERIORES: A) *Sobre la ordenación urbanística anterior*. B) *Sobre las licencias*: a) *Licencias solicitadas con anterioridad a la entrada en vigor*; b) *Licencias ya otorgadas*.—IX. CONTROL JUDICIAL.

«El poder en el urbanismo. Los conflictos permanentes de las Comunidades Autónomas, los municipios y los particulares», por Fernando FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, pág. 77.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONCEPTO DE PODER Y SU ENFOQUE.—3. LA PUGNA POR EL PODER LEGAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 3.1. LA UTILIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL ESTATAL PARA MANTENER EL PODER: 3.1.1. *La concesión de obra pública como caso paradigmático*. 3.1.2. *El abuso del Estado a través de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*.—4. LA PUGNA DE LOS ENTES LOCALES POR DEFENDERSE DEL PODER LEGAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 4.1. STC 159/2001, DE 5 DE JULIO. 4.2. STC 148/1991, DE 4 DE JULIO. 4.3. STC 51/2004, DE 13 DE ABRIL.—5. LA PERMANENTE CRISPACIÓN DE LOS PARTICULARES HACIA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS TEMAS URBANÍSTICOS.

«Conservación, mejoras y rehabilitación urbanística», por Luis ARROYO JIMÉNEZ, pág. 107.

SUMARIO: 1. EL DEBER DE CONSERVACIÓN: a) CONCEPTO; b) FUNDAMENTO; c) NATURALEZA JURÍDICA; d) CONTENIDO.—2. ALCANCE Y LÍMITES: APROXIMACIÓN CUALITATIVA: a) LOS INTERESES PÚBLICOS EN PRESENCIA: SEGURIDAD, SALUBRIDAD Y ORNATO; b) ESTÁTICA Y DINÁMICA DE LA CONSERVACIÓN: LAS «CONDICIONES ADECUADAS»; c) CONSERVACIÓN FRENTE A MEJORAS DE INTERÉS GENERAL.—3. ALCANCE Y LÍMITES: APROXIMACIÓN CUANTITATIVA: a) EL DEBER DE CONSERVACIÓN EN POSITIVO; b) LAS OBRAS QUE EXCEDEN LOS LÍMITES DEL DEBER DE CONSERVACIÓN; c) CONSERVACIÓN FRENTE A REHABILITACIÓN.—4. LAS INSPECCIONES PERIÓDICAS OBLIGATORIAS.

«Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actuar localmente», por Juan-Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 139.

SUMARIO: 1. LA ÉTICA AMBIENTAL: DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A LA SOSTENIBILIDAD: 1.1. CONCEPCIÓN DE LA ÉTICA AMBIENTAL. 1.2. ECO-DESARROLLO Y DESARROLLO SOSTENIBLE. 1.3. SOSTENIBILIDAD.—2. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.—3. CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DEL PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE: 3.1. CONFERENCIA DE ESTOCOLMO. 3.2. CONFERENCIA DE RÍO DE JANEIRO. 3.3. PRINCIPIOS INTERNACIONALES SOBRE LA SOSTENIBILIDAD. 3.4. LA CUMBRE DE JOHANNESBURGO. 3.5. UNA ÉTICA AMBIENTAL GLOBAL. 3.6. EL COMPROMISO AMBIENTAL EUROPEO. 3.7. LA CARTA DE LA TIERRA.—4. GLOBALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DEL MEDIOAMBIENTE: 4.1. NEOLIBERALISMO Y ANTIGLOBALIZACIÓN. 4.2. LAS FORMAS DE LA SOSTENIBILIDAD.—5. VISIÓN GLOBAL Y ACCIÓN LOCAL.—6. CONCLUSIÓN.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 8 (2006)

«Título nobiliario: principio de varonía; su consideración actual», por Vanesa Eugenia GIL RODRÍGUEZ DE CLARA.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CARÁCTER VINCULAR Y GRACIABLE DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS.—III. SUCESIÓN NOBILIARIA: 1. APERTURA DE LA ADQUISICIÓN *MORTIS CAUSA*. 2. VOCACIÓN A LA ADQUISICIÓN *MORTIS CAUSA*. 3. DELACIÓN DE LA POSESIÓN NOBILIARIA. 4. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN NOBILIARIA. 5. ORDEN SUCESORIO. 6. PRINCIPIO DE VARONÍA EN EL DERECHO SUCESORIO NOBILIARIO.—IV. CONSIDERACIÓN ACTUAL: PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN DE SUCESIÓN DE TÍTULOS NOBILIARIOS.

«La casación en las Comunidades Autónomas: la Ley 5/2005, de 25 de abril, del recurso de casación en materia de Derecho Civil de Galicia», por José Ricardo PARDO GATO.

SUMARIO: I. REFLEXIÓN PRELIMINAR: EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA EN MATERIA

DE DERECHO CIVIL ESPECIAL.—II. EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL: 1. EL NUEVO ENFOQUE APORTADO POR LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 2. REGULACIÓN Y REQUISITOS. 3. LA ATRIBUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN FUNDADO EN NORMAS DE DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL A LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—III. EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE GALICIA: LA PRIMERA NORMATIVA AUTONÓMICA AL RESPECTO.—IV. STC 47/2004, DE 25 DE MARZO: 1. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 3141/1993 Y SU SUSPENSIÓN CAUTELAR. 2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA PROCESAL. 3. BREVE ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS. 4. VOTOS PARTICULARES A LA SENTENCIA.—V. LA APROBACIÓN DE LA LEY 5/2005, DE 25 DE ABRIL.—VI. REFLEXIÓN FINAL: LA VIGENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL GALLEGO.—VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Número 9 (2006)

«El régimen económico-matrimonial de separación de bienes en Cataluña», por Concepción FERNÁNDEZ SOTO.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: PREVISIÓN LEGAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL CÓDIGO CIVIL.—II. EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES.—III. EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN EL DERECHO FAMILIAR CATALÁN.—IV. LA GESTIÓN DE LOS PATRIMONIOS EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.—V. DETERMINACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS.—VI. LAS TITULARIDADES CONJUNTAS.—VII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS REALIZADAS POR UNO DE LOS CÓNYUGES CON CARGO A BIENES QUE PROCEDAN DE SU CONSORTE: 1. PRESUNCIÓN DE TITULARIDAD PRIVATIVA DE LA CONTRAPRESTACIÓN. 2. PRESUNCIÓN DE DONACIÓN.—VIII. LA NORMA DE CIERRE EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES: 1. REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES PERSONALES.—IX. LA COMPENSACIÓN PATRIMONIAL EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES: 1. EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN. 2. CASOS EN LOS QUE NO CABE LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CÓDIGO DE FAMILIA. 3. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN.—X. LA LIQUIDACIÓN PATRIMONIAL DE LOS BIENES COMUNES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Número 10 (2006)

«La discapacidad e incapacitación judicial», por Iciar CORDERO CUTILLAS.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL: 1. IDEAS PREVIAS. 2. INCAPACES O DISCAPACITADOS.—III. CONCLUSIONES.—IV. JURISPRUDENCIA APLICADA.—V. BIBLIOGRAFÍA.

Número 11 (2006)

«De la codificación civil y la prohibición de la sucesión contractual», por José CERDÁ GIMENO.

SUMARIO: I. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. PANORÁMICA GENERAL DEL SIGLO XIX.—III. LA PERSPECTIVA COMPARATISTA EUROPEA. EL DENOMINADO «CANON COMPARATIVO» DE INTERPRETACIÓN: 1. CODE CIVIL FRANCÉS DE 1804. 2. CODICE CIVILE ITALIANO DE 1865.—IV. DE LA CODIFICACIÓN CIVIL EN ESPAÑA. EL DENOMINADO «CANON GENÉTICO» DE INTERPRETACIÓN: 1. IDEAS PREVIAS. 2. EL DENOMINADO «CANON GENÉTICO» DE INTERPRETACIÓN. 3. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. 4. LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN EL SIGLO XIX. 5. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1882. 6. LA LEY DE BASES DE 11 DE MAYO DE 1888. 7. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889.—V. APOSTILLAS SOBRE ESTE CONCRETO PUNTO DE NUESTRA CODIFICACIÓN CIVIL.—VI. UNAS REFLEXIONES FINALES.

Número 12 (2006)

«Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos», por Concepción RODRÍGUEZ MARÍN.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL: NORMATIVA REGULADORA Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA CONTRATACIÓN CON DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS.—III. LA OFERTA: 1. LA PROTECCIÓN DE LA OFERTA. 2. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y DE LA OFERTA EN LAS OBLIGACIONES PREVIAS A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.—IV. LA ACEPTACIÓN: 1. REQUISITOS Y CONFIRMACIÓN DE LA ACEPTACIÓN. 2. LA ACEPTACIÓN EN CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES.—V. LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO: 1. MOMENTO DE LA PERFECCIÓN. 2. LUGAR DE LA PERFECCIÓN.

Número 13 (2006)

«Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones», por Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ.

SUMARIO: I. SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DE 1981. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA CADA VEZ MAYOR RELEVANCIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO.—III. EL ARTÍCULO 834 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CULPABILIDAD EN LA SEPARACIÓN.—IV. EL ARTÍCULO 834 EN RELACIÓN CON EL 835 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. EL PERDÓN O LA RECONCILIACIÓN.—VI. EL ARTÍCULO 945 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA SUCESIÓN INTESSTADA. REQUISITOS.—VII. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LOS ARTÍCULOS 834 Y 945 DEL CÓDIGO CIVIL. TOMA DE POSTURA.—VIII. QUÉ OCURRE SI

EL CÓNYUGE SEPARADO FIGURA EN EL TESTAMENTO DEL PRE-MUERTO.—IX. SITUACIÓN TRAS LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

Número 14 (2006)

«La ejecución provisional de la condena en costas», por Pedro ARÉVALO NIETO.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE RECORRIDO POR LA LEC 1/2000: 1. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. 2. PRECEPTOS DE NECESARIA REFERENCIA.—III. LA POSTURA DE LA DOCTRINA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DOCTRINA CIENTÍFICA. 3. CRITERIOS APLICADOS POR LOS TRIBUNALES.—IV. DEFENSA DE LA PROCEDENCIA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE CONDENA EN COSTAS.

«De nuevo sobre la caducidad de las anotaciones preventivas judiciales prorrogadas con anterioridad al 8 de enero de 2001 (Comentario a la Resolución de la DGRN, de 30 de noviembre de 2005)», por Fernando DÍAZ VALES.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. SU TRATAMIENTO NORMATIVO.—II. LA CONTRADICTORIA DOCTRINA ANTERIOR DE LA DGRN.—III. DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2005.—IV. CONCLUSIONES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 132 (Abril-Junio 2006)

«La participación política en España: modos y niveles en perspectiva comparada», por Mariano TORCAL, José Ramón MONTERO y Jan TEORELL, pág. 7.

SUMARIO: LAS DEFINICIONES DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.—UN MAPA GENERAL DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA. MODOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA: UNA TIPOLOGÍA.—MODOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA: ALGUNOS RESULTADOS EMPÍRICOS.—NIVELES DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.—RELACIONES ENTRE MODOS DE PARTICIPACIÓN.—CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.

«Los gobiernos autonómicos: grandes definiciones y competencias», por Mariano GARCÍA CANALES, pág. 43.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. ÓRGANO COLEGIADO QUE DIRIGE LA POLÍTICA REGIONAL.—II. LA FUNCIÓN EJECUTIVA, EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL: 1. FUNCIÓN EJECUTIVA. 2. EL GOBIERNO Y LA

ADMINISTRACIÓN DE LA REGIÓN.—III. LA POTESTAD REGLAMENTARIA: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS CONSEJEROS.

«El terrorismo revolucionario: mutación y selección política», por Ignacio SÁNCHEZ-CUENCA, pág. 69.

SUMARIO: RESUMEN.—ABSTRACT.—INTRODUCCIÓN.—1. EL TERRORISMO REVOLUCIONARIO: MUTACIÓN.—2. HIPÓTESIS SOBRE LA SELECCIÓN POLÍTICA.—3. ANÁLISIS: MEDICIÓN DEL IMPACTO DEL TERRORISMO. ANÁLISIS ESTADÍSTICO.—4. DISCUSIÓN.—5. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Genealogías políticas de los tiempos modernos. el monstruo y el todo social», por Jacques GUILHAUMOU, pág. 101.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA CIUDAD Y SUS MONSTRUOS: DE SAN AGUSTÍN A MAQUIAVELO: 1. LA HERENCIA MEDIEVAL. 2. UNA NUEVA «MANERA DE HACER» (MAQUIAVELO) Y SU LÍMITE, LA FURIA POPULAR.—II. MECANIZACIÓN Y MODELIZACIÓN HUMANA DEL MONSTRUO EN SOCIEDAD BAJO LOS AUSPICIOS DEL ARTIFICIO POLÍTICO: 1. EL LEVIATHAN DE HOBBS Y LA PERSONALIZACIÓN DEL MONSTRUO. 2. PASCAL Y LA MONSTRUOSA CONTINGENCIA DEL HOMBRE.—III. EL MONSTRUO EN EL ORDEN SOCIAL DEL SIGLO XVIII: 1. LA «NUEVA CIENCIA» DE LAS CIRCUNSTANCIAS (MONTESQUIEU): LA COHERENCIA PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS CONTRA EL DESORDEN DE LOS MONSTRUOS. 2. EL MOVIMIENTO DE LAS LUCES A DISTANCIA DE LOS MONSTRUOS: a) *De la cohesión social*; b) *Del «monstruo en sociedad» al «monstruo en política»*.

«Vilfredo Pareto y la evolución del pensamiento conservador europeo», por Luis Gonzalo Díez ÁLVAREZ, pág. 133.

SUMARIO: RESUMEN.—ABSTRACT.—1. LA SOCIOLOGÍA COMO MISIÓN.—2. LA COBARDÍA POLÍTICA DE LA BURGUESÍA.—3. EL ERROR SOCIO-LÓGICO DEL LIBERALISMO.—BIBLIOGRAFÍA.

«Sesgo autoritario y dependencia de recursos naturales: un análisis del efecto rentista en los países musulmanes», por Héctor CEBOLLA BOADO, pág. 157.

SUMARIO: RESUMEN.—ABSTRACT.—INTRODUCCIÓN: ISLAM Y DEMOCRACIA.—1. LA RELACIÓN FISCAL ENTRE GOBERNANTES Y CONTRIBUYENTES.—2. EL ESTADO RENTISTA: A) ESCASA EFICIENCIA DE LA ECONOMÍA O EL MAL HOLANDÉS. B) BAJOS NIVELES DE PRESIÓN FISCAL. C) FUERTE PESO DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. D) INTENSA ACTIVIDAD DISTRIBUTIVA DEL ESTADO.—3. COMPROBACIÓN EMPÍRICA DE HIPÓTESIS: 3.1. SESGO AUTORITARIO: ¿ISLAM O RECURSOS NATURALES? 3.2. MECANISMOS CAUSALES DEL SESGO AUTORITARIO: 3.2.1. *Coerción y recursos naturales*. 3.2.2. *La gestión económica*.—4. DISCUSIÓN: MIOPIA DE LOS ACTORES Y AVERSIÓN AL RIESGO.—5. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 40 (Mayo 2006)

«Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador (segunda parte)», por Miguel BELTRÁN DE FELIPE, pág. 9 (sin sumario).

«La prohibición de los espectáculos taurinos: problemas constitucionales», por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, pág. 71.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DISCUTIBLE COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA PROHIBIR LOS ESPECTÁCULOS TAURINOS: 1. LA COMPETENCIA AUTONÓMICA EN MATERIA DE SANIDAD. 2. LA COMPETENCIA AUTONÓMICA EN MATERIA DE ESPECTÁCULOS. 3. EL RESPETO DE LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE FOMENTO DE LA CULTURA.—III. EL LÍMITE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS: A) *La libertad artística. El toreo como arte.* B) *Las libertades profesional y de empresa.* C) *La libertad genérica de actuar.* 2. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD. 3. EL LÍMITE DE LA LLAMADA RESERVA DE CONSTITUCIÓN: A) *La doctrina de la reserva de Constitución: los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos para proteger otros derechos o bienes de rango constitucional.* B) *El rango infraconstitucional del bienestar de los animales.* C) *Crítica de la doctrina de la reserva de Constitución.* 4. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. UTILIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS. EL MAYOR PESO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 5. LA INTERPRETACIÓN *PRO LIBERTATE* DE LAS INDETERMINACIONES LEGALES. EL EJEMPLO FRANCÉS.—IV. ADVERTENCIA FINAL.

«Una aproximación a la figura de la recuperación de la nacionalidad española y a sus problemas», por Jesús FLORES RODRÍGUEZ, pág. 113.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DE LA FIGURA.—II.—CONCEPTO. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN FRENTE A OTRAS FORMAS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD.—III. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—IV. EL PROCEDIMIENTO PARA RECUPERAR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. SUPUESTOS: RÉGIMEN GENERAL Y ESPECIAL: A) RÉGIMEN GENERAL (ART. 26.1.º DEL CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS: 1. *La prueba de haber ostentado la nacionalidad española.* 2. *La residencia legal en España:* 2.1. Excepciones al requisito de residencia legal: a) *Emigrantes e hijos de emigrantes. Especial consideración al sistema permanente asimilado de recuperación de la nacionalidad por la mujer española que contrajo matrimonio con extranjero;* b) *Dispensa de la residencia por el Ministro de Justicia.* 3. *La declaración ante el encargado del Registro Civil.* 4. *La inscripción de la recuperación en el Registro Civil.* B) RÉGIMEN ESPECIAL (ART. 26.2.º DEL CÓDIGO CIVIL). HABILITACIÓN DISCRECIONAL POR EL GOBIERNO.—V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA TRAS LA LEY 36/2002.

«Efectos de la reserva de dominio», por Manuel MONTÁNCHEZ RAMOS, pág. 155 (sin sumario).

«La unidad del ordenamiento jurídico ante los retos medioambientales», por Carlos M.^a RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, pág. 193 (sin sumario).

«El problema de la doble imposición y los métodos para su eliminación en el Impuesto sobre Sociedades español», por Luis María ROMERO FLOR, pág. 217.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCEPTO DE DOBLE IMPOSICIÓN, ELEMENTOS INTEGRANTES Y CAUSAS GENERADORAS.—3. MEDIDAS Y MÉTODOS UTILIZADOS PARA TRATAR DE EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL: 3.1. MEDIDAS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. 3.2. MÉTODOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. 3.3. MÉTODOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES ESPAÑOL.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA Número 2 (2006)

«Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», por Ignacio SANCHO GARGALLO, pág. 9.

SUMARIO: I. LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN EN EL MARCO DEL CONCURSO DE ACREEDORES.—II. EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN: 1. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES: a) *De la acción rescisoria concursal*; b) *De las restantes acciones impugnatorias*. 2. PROCEDIMIENTO PARA LAS ACCIONES IMPUGNATORIAS: EL INCIDENTE CONCURSAL: a) *El incidente concursal*; b) *La sentencia*; c) *Régimen de recursos*; d) *Medidas cautelares*.—III. LEGITIMACIÓN PARA SER PARTE E INTERVENIR EN LOS PROCESOS DE REINTEGRACIÓN: 1. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN: a) *Legitimación originaria de la administración concursal*; b) *Legitimación subsidiaria de los acreedores*; c) *Legitimación activa en caso de aprobación de convenio*. 2. LEGITIMACIÓN PASIVA EN LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN: a) *Quienes hayan sido parte en el acto impugnado*; b) *Tercero adquirente*. 3. INTERVENCIÓN PROCESAL EN EL INCIDENTE DE REINTEGRACIÓN: a) *Naturaleza de la intervención: adhesiva litisconsorcial y simple*; b) *Límites de la intervención adhesiva en las acciones de reintegración*; c) *Efectos de la intervención*; d) *Procedimiento para acordar la intervención*.

«Aporías de la negociación colectiva europea», por Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, pág. 31.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LEGISLACIÓN NEGOCIADA *VERSUS* NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA: 2.1. LA «LEGISLACIÓN SOCIAL EUROPEA NEGOCIADA». 2.2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA «AUTÓNOMA».—3. LA REPRESENTATIVIDAD DE LOS AGENTES SOCIALES EUROPEOS.—4. LA DIFÍCIL INTERACCIÓN CON LOS SISTEMAS NACIONALES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA.

«Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión (II)», por Daniel VÁZQUEZ ALBERT, pág. 57.

SUMARIO: 1. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE FABRICANTE Y DISTRIBUIDOR.—2. LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA: 2.1. EL RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA. 2.2. LA POLÉMICA SOBRE LA APLICACIÓN ANALÓGICA AL CONTRATO DE CONCESIÓN. 2.3. LOS PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN. 2.4. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN.—3. LA INDEMNIZACIÓN POR INVERSIONES: 3.1. EL RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA. 3.2. LA APLICACIÓN ANALÓGICA AL CONTRATO DE CONCESIÓN. 3.3. LOS PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN.—4. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: 4.1. LA DENUNCIA UNILATERAL ABUSIVA. 4.2. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. 4.3. EL CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN.—5. LA INDEMNIZACIÓN POR ACTOS DESLEALES: 5.1. LA CAPTACIÓN ILÍCITA DE CLIENTELA AJENA Y EL LISTADO DE CLIENTES. 5.2. LA RUPTURA ABUSIVA DEL CONTRATO COMO ACTO DESLEAL AUTÓNOMO. 5.3. LA INVOCACIÓN DE OTROS ACTOS DESLEALES.—6. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales», por Albert FONTI SEGURA, pág. 79.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL: 1. DELIMITACIÓN DE RÉGIMENES. 2. LA INTERNACIONALIDAD COMO PRESUPUESTO DE APLICACIÓN. 3. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA.—III. PRÓRROGA DE COMPETENCIA: 1. SUMISIÓN TÁCITA. 2. SUMISIÓN EXPRESA.—IV. FORO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO.—V. FORO DE LA SUCURSAL.—VI. FORO CONTRACTUAL: 1. CALIFICACIÓN. 2. CRITERIO ATRIBUTIVO.—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA

Número 40 (Julio-Diciembre 2005)

«Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos (del paradigma de la “prorrogación” de funciones al de la “conversión” orgánica)», por Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MI INTERÉS POR EL TEMA. SISTEMÁTICA QUE VOY A UTILIZAR AQUÍ: 1. UN TEMA QUE ME VIENE INTERESANDO DESDE HACE AÑOS. 2. SISTEMÁTICA QUE UTILIZARÉ.—III. EL GRUPO NORMATIVO: 1. EL GRUPO NORMATIVO ESTATAL. 2. LA REGULACIÓN DEL GOBIERNO EN FUNCIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 2.1. *Estatutos de Autonomía*. 2.2. *Leyes reguladoras del Gobierno y Administración de las Comunidades Autónomas anteriores a la Ley (estatal) 50/1997*. 2.3. *Leyes autonómicas reguladoras del cese del Gobierno y del Gobierno en funciones posteriores a la Ley (estatal) 50/1997*.—IV. UNA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE DECLARA QUE LA DENEGACIÓN DE INDULTO POR UN GOBIERNO EN FUNCIONES NO

EXCEDE DEL DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS:

1. ANTECEDENTES DE HECHO: 1.1. *Acuerdo de 26 de marzo del 2005, del Consejo de Ministros (que había cesado «tras la celebración de elecciones generales» —el 14 de marzo del 2005—) que deniega el indulto solicitado por 149 penados, y que es recurrido por uno de ellos.* 1.2. *El Presidente de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo acuerda que pase al Pleno de la misma el recurso formalizado por el interesado.* 1.3. *La magistrada ponente, disconforme con el parecer de la mayoría, solicita ser sustituida y así se acuerda.* 2. CUESTIÓN QUE SE DEBATE EN ESTE PLEITO Y ARGUMENTOS DE LAS PARTES: 2.1. *El problema de fondo.* 2.2. *Argumentos del condenado que solicita el indulto.* 2.3. *Argumentos del defensor y representante de la Administración del Estado.* 3. DOCTRINA ESTABLECIDA POR LA SENTENCIA DEL PLENO: 3.1. *Datos de los que —según el voto decisorio de la mayoría— hay que partir para interpretar el artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno (i).* La duración de la interinidad puede ser larga: 3.1.1. *El Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo, porque España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas.* 3.1.2. *La interinidad que produce el cese de un Gobierno puede extenderse a lo largo de varias semanas o incluso de varios meses.* 3.2. *Datos de los que —según el voto decisorio de la mayoría— hay que partir para interpretar el artículo 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno (ii).* Lo que puede hacer el Gobierno mientras goza de la confianza del Parlamento y lo que no puede hacer un Gobierno en funciones: 3.2.1. *La función constitucional del Gobierno consiste en dirigir la política interior y exterior del Estado, y en estrecha relación con ella, la defensa del Estado.* 3.2.2. *Exceden del despacho ordinario los actos del Gobierno en funciones que impliquen dirección de la política interior o exterior o que condicionen, comprometan o impidan la que deba establecer el nuevo Gobierno.* 3.3. *Qué debe entenderse —según el voto decisorio de la mayoría— por «despacho ordinario de los asuntos públicos».* 3.4. *Aplicación de lo que antecede al caso analizado:* 3.4.1. *La denegación del indulto solicitado no excede del despacho ordinario de los asuntos públicos porque ese acto se dicta en ejercicio de una potestad sustancialmente gubernamental, se circunscribe a un supuesto específico, y no es idóneo para trazar la dirección política.* 3.4.2. *Que la denegación (o, en su caso, el otorgamiento) del indulto es un acto normal del Consejo de Ministros se confirma cuando se tiene en cuenta el gran número de indultos que se resuelven cada año por el mismo.* 3.5. *De cómo en esta sentencia el Tribunal Supremo introduce una restricción al criterio que había establecido en la sentencia de la sección 6.^a, de 20 de septiembre de 2005 (recurso contencioso-administrativo 123/2004), y así lo declara expresamente.*—V. ANÁLISIS DEL VOTO PARTICULAR CONCURRENTES Y DE LOS VOTOS PARTICULARES: 1. UN VOTO CONCURRENTES QUE, EN REALIDAD, ES DOBLEMENTE DISCREPANTE: 1.1. *El artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, plantea serias dudas de inconstitucionalidad, por lo que el Pleno debió plantear cuestión de inconstitucionalidad.* 1.2. *Teniendo que optar entre aceptar los argumentos de la minoría discrepante o los de la mayoría, el magistrado que formula este voto se adhiere al parecer de ésta.* 2. FUNDAMENTOS QUE, DE FORMA AISLADA O COINCIDENTE CON QUIENES FORMULAN VOTO DISCREPANTE O SE ADHIEREN A UNO DE ELLOS, SE MANEJAN POR LA MINORÍA: 2.1. *Naturaleza del Gobierno en funciones:* 2.1.1. *El Gobierno en funciones carece de representatividad parlamentaria, y ello impone una interpretación restrictiva de la expresión «despacho ordinario de los asuntos».*

2.1.2. Existen supuestos en que el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, y «despacho ordinario de los asuntos» excluye cualquier acto que pueda ser considerado como político. 2.2. *Naturaleza de los actos de un Gobierno en funciones*: 2.2.1. La naturaleza política o administrativa de los mismos no depende de la frecuencia mayor o menor con que se produzcan. 2.3. *Naturaleza del acto de indulto (i). Enseñanzas que proporciona la exposición de motivos de la vieja —que no antigua— Ley de 18 de julio de 1870*. 2.3.1. Prerrogativa de la Corona que, por serlo, excluye la ligereza y la irreflexión en su otorgamiento. 2.3.2. El indulto tiene todos los efectos de una sentencia ejecutoria. 2.4. *Naturaleza del acto del indulto (ii). Acto político que, como tal, no forma parte del haz de competencias de un Gobierno en funciones*: 2.4.1. El indulto es un típico acto político de gracia o perdón de la pena, no de justicia. 2.4.2. En cuanto acto político, el indulto está excluido del haz de competencias del Gobierno en funciones, el cual sólo tiene competencias administrativas, y aun éstas únicamente en lo necesario. 2.5. *Lo que en este pleito se discute no es sólo si el «Gobierno en funciones» es competente para denegar el indulto sino, más ampliamente, si puede o no pronunciarse sobre una petición de indulto, tanto si el contenido de esta petición es positivo (otorgamiento) como negativo (denegación)*. 3. RELACIÓN DE ESTA SENTENCIA CON LA DE LA SECCIÓN 6.^a DE 20 DE SEPTIEMBRE DEL 2005: ¿LA COMPLEMENTA O LA CONTRADICE?—VI. COMPARTO EL PARECER DE LA MINORÍA Y AÑADO UN PAR DE IDEAS CON PRETENSIÓN DE PARADIGMA SUSTITUTORIO DEL QUE —DE FORMA MÁS O MENOS EXPLÍCITA— SE HA MANEJADO EN EL DEBATE: 1. UN DEBATE JUDICIAL DE ALTURA, PRÁCTICAMENTE SILENCIADO EN LA SENTENCIA, Y QUE, AFORTUNADAMENTE, HEMOS PODIDO CONOCER A TRAVÉS DE LOS VOTOS PARTICULARES. 2. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL GOBIERNO EN FUNCIONES: 2.1. *El «por qué» (causa eficiente) y el «para qué» (causa final) de un «Gobierno en funciones»*. 2.2. *El problema de la naturaleza del Gobierno en funciones. Propuesta de un nuevo paradigma*: 2.2.1. El Gobierno en funciones es un órgano —esto es: un centro de competencias— creado *ad hoc* utilizando una técnica análoga a la empleada por el artículo 65 LRJAP-PAC para la conversión de los actos administrativos. 2.2.2. Digresión necesaria sobre las consecuencias del cese del Gobierno. 2.2.3. De cómo el paradigma de la conversión orgánica, que propongo, hace inteligible un mecanismo que el paradigma de la prorrogación no alcanza a explicar. 3. ALGUNOS PRINCIPIOS O REGLAS DOCTRINALES QUE AVALAN LA OPINIÓN DE LA MINORÍA SOBRE LA NECESIDAD DE INTERPRETAR CON UN CRITERIO RESTRICTIVO, LA EXPRESIÓN «DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS». 4. UNA ÚLTIMA REFERENCIA AL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INDULTO.—VII. FINAL: 1. LAS POSICIONES DEFENDIDAS ANTE EL PLENO HAN SIDO TRES. 2. EL PARADIGMA DE LA «CONVERSIÓN» JURÍDICA HACE TODAVÍA MÁS NÍTIDA LA CORRECCIÓN DE LA POSTURA QUE SOSTIENE LA MINORÍA DISCREPANTE Y LA ROBUSTECE.

«Los principios informadores del Derecho urbanístico y su reflejo en la legislación de Navarra», por Francisco Javier ENÉRIZ OLAECHEA, pág. 51.

SUMARIO: I. UNA SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL.—II. EFECTOS DERIVADOS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTI-

CA DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.—III. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO URBANÍSTICO: SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE NAVARRA: 1. EL URBANISMO COMO FUNCIÓN PÚBLICA. 2. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. 3. EL URBANISMO COMO COMPETENCIA ESENCIALMENTE MUNICIPAL. 4. LA CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD URBANA. 5. LA REMISIÓN DE LA LEY AL PLANEAMIENTO. 6. LA IMPROCEDENCIA DE INDEMNIZAR LOS EFECTOS DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA. 7. LA PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD EN LAS PLUSVALÍAS QUE GENERA LA ACCIÓN URBANÍSTICA DE LOS PODERES PÚBLICOS. 8. LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LOS BENEFICIOS Y CARGAS DERIVADOS DEL PLANEAMIENTO. 9. LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN EL URBANISMO. 10. LA UTILIZACIÓN RACIONAL DEL SUELO: EL DESARROLLO URBANÍSTICO SOSTENIBLE.

«El usufructo legal de fidelidad en Navarra: naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo», por Manuel CALDUCH GARGALLO, pág. 75.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN BÁSICA DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD.—II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD: 1. PREÁMBULO. 2. EL REFLEJO DE LA NATURALEZA JURÍDICA EN LA ELECCIÓN DE LA LEY PERSONAL APLICABLE.—III. REQUISITOS DEL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EXCLUSIÓN DEL USUFRUCTO EN LA SEPARACIÓN DE HECHO: 2.1. *La separación de hecho de mutuo acuerdo*. 2.2. *La separación de hecho consentida*. 2.3. *La separación de hecho por infidelidad conyugal*. 2.4. *La separación de hecho por incumplimiento grave de los deberes familiares*. 2.5. *La separación de hecho por atentar contra la vida del otro*. 2.6. *La separación de hecho por período superior a un año en el caso de las parejas estables*. 3. EXCLUSIÓN DEL USUFRUCTO EN LA SEPARACIÓN JUDICIAL: 3.1. *La separación judicial consentida o de mutuo acuerdo*. 3.2. *La separación judicial por abandono del hogar familiar*. 3.3. *La separación judicial por infidelidad conyugal*. 3.4. *La separación judicial por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares*. 3.5. *La separación judicial por atentado contra la vida del cónyuge*. 3.6. *La separación judicial en los supuestos de separación de hecho no consentida por el otro cónyuge*. 3.7. *La separación judicial en los demás supuestos*: 3.7.1. La condena a pena privativa de libertad por tiempo superior a seis años. 3.7.2. El alcoholismo, la toxicomanía y la perturbación mental. 3.7.3. Otras causas: a) *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges*; b) *La condena en sentencia firme por atentar contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge*. 4. LA CONDENA EJECUTORIA POR HABER ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE. 5. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS COMUNES POR SENTENCIA FIRME. 6. LA RENUNCIA ANTICIPADA DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD. 7. LA PRIVACIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD POR VOLUNTAD DEL CÓNYUGE. 8. LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD COMO EXCLUYENTES DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD: 8.1. *El abandono a los hijos, la prostitución de las hijas o el atentado a su pudor*. 8.2. *La condena por atentar contra la vida del cónyuge, de sus descendientes o ascendientes*. 8.3. *La acusación calumniosa contra el cónyuge imputándole un delito castigado con pena no inferior a los tres años*. 8.4. *La ausencia de denuncia a la justicia de la muerte violenta del cónyuge*. 8.5. *La coacción al cónyuge para que otorgue testamento o lo modifi-*

que. 8.6. *La coacción al testador para impedirle testar, forzarle a revocar el testamento o la suplantación, ocultación o alteración del mismo.* 9. LA NO REALIZACIÓN DEL INVENTARIO.—IV. EL PERDÓN Y LA RECONCILIACIÓN DE LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD.—V. OBJETO DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MATIZACIONES GENERALES AL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL USUFRUCTO: 2.1. *Los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria.* 2.2. *Los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal.* 2.3. *Los bienes recibidos a título lucrativo con prohibición de fidelidad.* 2.4. *Los bienes objeto de donación mortis causa.* 2.5. *Los que hubieran sido objeto de legados pios o para entierro y funerales.* 2.6. *Los bienes objeto de legado para dotar a hijos u otros parientes.* 2.7. *Los bienes objeto de legados remuneratorios.* 2.8. *Los bienes excluidos en caso de segundas o ulteriores nupcias:* 2.8.1. *Los bienes reservados a favor de hijos o descendientes del anterior matrimonio.* 2.8.2. *Los bienes que deban dejarse a favor de los hijos y descendientes de matrimonio anterior con preferencia respecto a los del matrimonio posterior.* 2.8.3. *Los bienes que el cónyuge bínubo hubiera adquirido a título lucrativo con llamamiento sucesorio a favor de los hijos o descendientes del anterior matrimonio.*—VI. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA LEY 261: 2.1. *La muerte del usufructuario.* 2.2. *La renuncia.* 2.3. *Las nuevas nupcias.* 3. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA LEY 262: 3.1. *La convivencia marital.* 3.2. *La llevanza de vida notoriamente licenciosa.* 3.3. *La corrupción de los hijos.* 3.4. *La enajenación o gravamen de los bienes.* 3.5. *El incumplimiento de las obligaciones como usufructuario.* 3.6. *El incumplimiento general y negligente de las obligaciones inherentes al usufructo de fidelidad.* 4. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO ORDINARIO: 4.1. *La falta de ejercicio del usufructo.* 4.2. *El vencimiento del término o el cumplimiento de la condición resolutoria.* 4.3. *La consolidación con la nuda propiedad.* 4.4. *La pérdida de la cosa usufructuada.* 5. LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD COMO DETERMINANTES DE LA EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD: 5.1. *El abandono a los hijos, la prostitución de las hijas o el atentado a su pudor.* 5.2. *La condena en juicio por atentar contra la vida del cónyuge, descendientes o ascendientes.* 5.3. *La condena por acusación calumniosa contra el premuerto.* 5.4. *La falta de denuncia de la muerte violenta del cónyuge.* 5.5. *La coacción al cónyuge para que otorgue testamento o lo modifique.* 5.6. *La coacción al testador para impedirle testar, forzarle a revocar el testamento o la suplantación, ocultación o alteración del mismo.* 6. UN SUPUESTO DIFERENTE: LA TRANSFORMACIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

«Las transferencias internacionales de datos de salud», por Manuel HEREDERO HIGUERAS, pág. 147.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DATOS DE SALUD Y TRANSFERENCIA INTERNACIONAL.—III. LAS TRANSFERENCIAS INTRACOMUNITARIAS DE DATOS DE SALUD.—IV. LAS TRANSFERENCIAS EXTRACOMUNITARIAS.

«La ordenación del territorio (algunos datos para la redefinición conceptual y competencial de la materia)», por Mariano LÓPEZ BENÍTEZ y Diego J. VERA JURADO, pág. 163.

SUMARIO: I. CUESTIÓN PREVIA: EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO: 1. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 2. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO: 2.1. *El significado de la «exclusividad» en las competencias autonómicas sobre ordenación del territorio y urbanismo.* 2.2. *La incidencia de los títulos competenciales del Estado sobre la ordenación del territorio y urbanismo. Los «títulos competenciales cruzados».* 3. LÍMITES DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS SOBRE ORDENACIÓN TERRITORIAL: RESERVA DE LEY Y AUTONOMÍA LOCAL. 4. CONCLUSIONES SOBRE EL CARÁCTER «EXCLUSIVO» DE LA COMPETENCIA AUTONÓMICA SOBRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.—II. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS SOBRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. ¿EN QUÉ CONSISTE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO? 2. LA CONCURRENCIA SOBRE UN MISMO ESPACIO FÍSICO DE OTRAS POLÍTICAS SECTORIALES DEL ESTADO Y DE LA PROPIA COMUNIDAD AUTÓNOMA. EL CRITERIO DE LA COMPETENCIA MÁS ESPECÍFICA Y DE LA COMPETENCIA PREVALENTE. 3. LA INCIDENCIA DE OTROS TÍTULOS SECTORIALES SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: 3.1. *El establecimiento de instalaciones militares, policiales y penitenciarias.* 3.2. *Los puertos de interés general.* 3.3. *Las obras públicas de interés general, en especial las carreteras.* 3.4. *La planificación hidrológica.* 3.5. *Los recursos naturales, especialmente los espacios naturales protegidos.* 4. ALGUNAS IDEAS ADICIONALES QUE COMPLEMENTAN LOS ANTERIORES RAZONAMIENTOS: 4.1. *La contemplación «en positivo» de la ordenación del territorio: límites a la disposición sobre competencias estatales en los planes de ordenación territorial.* 4.2. *Un importante elemento de reflexión: la normativa reguladora del contrato de concesión de obra pública:* A) Las determinaciones impuestas por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. B) Síntesis de las técnicas previstas en las Disposiciones Adicionales 3.^a, 4.^a, 5.^a y 6.^a de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.—III. EL CONDICIONAMIENTO DE LA COMPETENCIA AUTONÓMICA SOBRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO POR LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES URBANÍSTICAS: 1. EL CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE URBANISMO: EL BINOMIO CIUDAD-URBANISMO Y EL TÉRMINO MUNICIPAL COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL MUNICIPIO. 2. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL A LA MATERIA URBANÍSTICA: LA DOCTRINA DEL «UMBRAL MÍNIMO». 3. PLANEAMIENTO Y CLASIFICACIÓN DEL SUELO: 3.1. *La problemática de la clasificación del suelo no urbanizable.* 3.2. *El interés suprolocal como límite de la planificación urbanística municipal.* 4. SUBROGACIÓN EN LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA MUNICIPAL Y SUSPENSIÓN DE ACTOS URBANÍSTICOS MUNICIPALES. 5. LA APROBACIÓN DEFINITIVA DE LOS PLANES URBANÍSTICOS POR PARTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y SU VINCULACIÓN CON LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.—IV. UNA NUEVA VISIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.—V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Número 215-216 (Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004)

«El uso del suelo rústico. ¿Prohibición de construir o prohibición de cambiar el destino agrícola?», por Mario PUCHEU MUÑOZ, pág. 7.

- «La reforma del Código de Aguas», por Francisco SEGURA RIVEIRO, pág. 29.
- «El fondo de utilidades tributables (FUT) al término de giro (art. 38 bis)», por Elizabeth EMILFORK SOTO, pág. 49.
- «Sobre el impuesto a la minería (royalty minero)», por Omar MORALES CARRASCO, pág. 73.
- «Regulación legal del acoso sexual. Análisis de la Ley 20.005», por Gabriela LANATA FUENZALIDA, pág. 83.
- «El excesivo rigor formal y otras limitaciones impuestas al recurso de nulidad», por Gonzalo CORTEZ MATCOVICH, pág. 105.
- «El estatus jurídico de la medicina tradicional indígena en Chile», por Hellen PACHECO CORNEJO, pág. 141.
- «Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas», por Jorge WITKER, pág. 167.
- «Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de cumplimiento e indemnizatoria», por Patricio MELLA CABRERA, pág. 185.
- «Algunos supuestos de daños en la responsabilidad médica en la doctrina y jurisprudencia española», por Cristian LARRAÍN PÁEZ, pág. 207.
- «Convención de Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales», por Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, pág. 235.
- «Algunas consideraciones relativas a la prenda sobre el vuelo», por Leopoldo CARRASCO JASHES, pág. 251.
- «La compensación económica en la Ley de Matrimonio Civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?», por Álvaro VIDAL OLIVARES, pág. 265.
- «¿Qué es un atentado contra la competencia? Prácticas de exclusión y efecto anticompetitivo», por Eleanor M. Fox, pág. 289.
- «Ley de responsabilidad penal juvenil. Procedimiento», por Héctor OBERG YÁÑEZ, pág. 339.