

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXI • Julio-Agosto 2005 • Núm. 690

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Álvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Ángel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Celestino Pardo Núñez.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

Dirección: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62

revista.critica@corpme.es

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

© 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

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.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

- «Un apunte sobre la naturaleza de la función registral y de los procedimientos a través de los que desarrolla. La conveniencia de un debate», por CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ 1195
- «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico», por ANTONIO ORTI VALLEJO y M.^a DEL CARMEN GARCÍA GARNICA 1221
- «El recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General: Análisis y crítica», por CELESTINO PARDO NÚÑEZ 1269
- «Hipoteca de constitución unilateral», por BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO 1321

DICTÁMENES Y NOTAS

- «Novación de la obligación accesoria de intereses y modificación de la cobertura hipotecaria», por FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO 1359

DERECHO COMPARADO

- «La hipoteca y sus requisitos de validez: A propósito del artículo 1.099 del Código Civil de 1984», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA 1375

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 1387

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Derecho a la imagen. Menores: Intromisión ilegítima por inexistencia de consentimiento, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1407

1.2. Derecho de familia:

- Privación de la patria potestad. Incumplimiento de los deberes familiares, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1433

1.3. Derechos reales:

- Propiedad. Acceso invertida: Revisión doctrinal y jurisprudencial de sus principios, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1440
- Hipoteca. Prescripción de la acción hipotecaria: Extinción de la obligación garantizada y subsistencia de la hipoteca, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA .. 1447

1.4. Sucesiones:

- La desheredación. Estudio de diversas sentencias del Tribunal Supremo sobre desheredación, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 1456

1.5. Obligaciones y contratos:

- Compraventa. Objeto y determinación del contrato, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1460
- Ejecución de obra: Por ajuste o precio alzado. Responsabilidad decenal por ruina, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1463

1.6. Responsabilidad civil:

- Responsabilidad aquiliana. Responsabilidad solidaria del operario y del arquitecto técnico. Exoneración de responsabilidad de la empresa propietaria del inmueble, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 1465

2. DERECHO MERCANTIL, coordinado por M. ^a JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ.	
— Marcas tridimensionales. Prohibición absoluta de registrar como marca las formas que vengan impuestas por razones de orden técnico o por la propia naturaleza de los valores que afecten a su valor intrínseco, por JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ.	1471
— Contrato estimatorio. Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa. Consecuencias, por EVA M. ^a DOMÍNGUEZ PÉREZ	1478
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— El derecho de reversión en el Registro de la Propiedad. Comentarios a la Resolución de 29 de junio de 2001, por LORENZO GÓMEZ PARRA	1487

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	1501
--	------

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

BIBLIOGRAFÍA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES	1515
--	------

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo», de SUSANA DE LA SIERRA, por GABRIEL GARCÍA CANTERO	1517
«Manuales de metodología jurídica. III. De la determinación del Derecho», de JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, por GUILLERMO HIERREZUELO CONDE	1519
«Manuales de metodología jurídica. IV. Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho», de JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, por GUILLERMO HIERREZUELO CONDE	1524

REVISTA DE REVISTAS	1531
---------------------------	------

ESTUDIOS

Un apunte sobre la naturaleza de la función registral y de los procedimientos a través de los que desarrolla. La conveniencia de un debate

SUMARIO: I. EL POR QUÉ DE UN NECESARIO DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL.—II. LA SIEMPRE DISCUTIDA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL. LAS DIFERENTES DOCTRINAS EXISTENTES.—III. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CALIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN REGISTRAL COMO FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y, POR CONSECUENCIA, DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL COMO PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.—IV. LA FUNCIÓN REGISTRAL, ¿UN SUPUESTO DE EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES?: 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE UNA CATEGORÍA DE DIFÍCIL PRECISIÓN. 2. LA POSIBLE INCARDINACIÓN DE LA FUNCIÓN REGISTRAL EN ESTA CATEGORÍA JURÍDICA: 2.1. *Introducción*. 2.2. *Los Registradores de la Propiedad no pueden ser considerados funcionarios públicos a pesar de su expresa calificación como tales en la LH*. 2.3. *Contenido y naturaleza de la función registral*. 2.4. *Conclusión*.—V. LAS CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN PROPUESTA EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO.—VI. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. EL POR QUÉ DE UN NECESARIO DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL

Hace ya más de cincuenta años que J. GONZÁLEZ PÉREZ en un lúcido artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* bajo el título «Naturaleza del procedimiento» (1), defendió, en contra de las doctrinas im-

(1) *RCDI*, núm. 256, 1949.

perantes en la época, la naturaleza administrativa del procedimiento seguido para las inscripciones registrales. Su tesis, que entonces pasó prácticamente inadvertida, renace con fuerza tras la promulgación de la Constitución de 1978, cuando despierta el interés de los autores y muy especialmente de los propios Registradores de la Propiedad por la forma de tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen para las inscripciones registrales. Un debate propiciado por la preocupación de que su actual regulación en la LH y en su Reglamento de desarrollo pudiera no cumplir con las nuevas reglas y principios constitucionales.

Aunque significados autores procedentes tanto del ámbito del Derecho Hipotecario como de la doctrina administrativista alzan hoy su voz en defensa del carácter administrativo de los procedimientos registrales en el intento, justamente, de dotarlos del conjunto de garantías propias de los procedimientos administrativos, esta tesis no puede, sin embargo, asumirse pacíficamente. Es obligado reflexionar, de nuevo, sobre la naturaleza de la función registral a partir de los propios datos que el Derecho positivo nos ofrece porque sólo sobre su base podrá llegarse a una definición precisa de la naturaleza de los procedimientos a través de los que se desarrolla y, en consecuencia, a la determinación del régimen jurídico al que han de quedar sujetos.

Las diferentes doctrinas existentes en la materia demuestran que nos hallamos ante una cuestión compleja. Las consideraciones que aquí se hacen tan sólo pretenden contribuir modestamente a un debate que estimo necesario y en el que debería deslindarse con absoluta precisión entre la solución que hoy consagran nuestros textos positivos y la que de *lege ferenda* pueda postularse. El análisis se sitúa en el primero de esos planos, pretende ofrecer una definición de la naturaleza de la función registral acorde con su actual regulación legal y con un objetivo, además, definido: determinar el carácter de los procedimientos a través de los que se ejerce y, en definitiva, decidir con fundamento sobre su posible sujeción a las normas comunes sobre procedimiento administrativo establecidas en la LRJ-PAC que es lo que, en definitiva, subyace en el actual debate existente en la materia.

II. LA SIEMPRE DISCUTIDA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL. LAS DIFERENTES DOCTRINAS EXISTENTES

La naturaleza de la función registral ha sido siempre y continúa siendo una cuestión controvertida, como lo demuestra el hecho de que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado se haya referido, en numerosas ocasiones, a su «naturaleza especial», por cuanto «no encaja en la judicial ni mucho menos en la administrativa al versar sobre cuestiones civi-

les» (2). La función registral se ha definido por la doctrina como «función cuasi jurisdiccional» (3), se la ha incardinado, en la que, sin duda, constituye la tesis tradicional más extendida, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, tesis suscrita, entre otros, por JERÓNIMO GONZÁLEZ (4), J. L. LACRUZ BERDEJO (5) o R. M. ROCA SASTRE (6) y (7), se la ha calificado como función atípica (8) o especial, un acto mixto, en expresión de J. M. GARCÍA GARCÍA, «de jurisdicción voluntaria y de acto de la Administración Pública de carácter *sui generis*» (9), y se ha defendido también su naturaleza administrativa

(2) Así se expresa en sus Resoluciones, entre otras, de 6 de junio de 1991 (RJ 4650), 10 de enero de 2000 (RJ 145), 19 de mayo de 2000 (RJ 5847), 25 de mayo de 2000 (RJ 5851) y 8 de noviembre de 2000 (RJ 860/2001).

(3) Así lo hace M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que considera que «es una función pública cuasijurisdiccional porque podría encajarse en la función jurisdiccional en sentido material. Aunque en sentido estricto o formal no es función jurisdiccional, es, en todo caso, una función pública muy distinta de la típica administración del Estado» (*Derechos reales. Derechos hipotecarios*, T. II, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 484). También J. LÓPEZ MEDEL en su obra *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, afirma que «la naturaleza del servicio público es de carácter eminentemente jurisdiccional, aunque especial, por la propia índole del objeto mismo del servicio, al referirse a derechos que son jurídico-privados, pero cuya publicidad interesada por la sociedad, como destinataria de la seguridad jurídica general, precisa una legalidad, una clarividencia de existencia y de legitimidad a la que atiende la función calificadora del Registrador» (Ed. Colegio de Registradores y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, págs. 200 y 228-233). Con todo, la defensa de esta tesis es residual en nuestra doctrina, teniendo su representante más destacado, como ya señalara J. GONZÁLEZ PÉREZ en 1949, en ROMANÍ CALDERÓN («Naturaleza del procedimiento», *op. cit.*, págs. 578-581).

(4) *Principios hipotecarios* (Madrid, 1931, págs. 273-275).

(5) «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador» (RCDI, núm. 530, 1979, págs. 77-180). Este estudio puede también consultarse en la actualidad en la obra *La calificación registral*, T. I. Edición a cargo de F. J. GÓMEZ GÁLLIGO (Ed. Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Civitas, Madrid, 1996, págs. 437-531). En el mismo sentido, J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA (*Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 12). Existe una nueva edición de esta obra revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA y J. RAMS ALBESA, publicada por la Editorial Dykinson en 2001. Las citas que aquí se hacen corresponden a la segunda edición citada.

(6) *Derecho Hipotecario*, T. II, 6.ª ed. (Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 243-250).

(7) Esta es también la calificación que le han otorgado otros autores como F. J. GÓMEZ GÁLLIGO y P. DEL POZO CARRASCOSA (*Lecciones de Derecho Hipotecario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 69).

(8) Así J. M. CHICO ORTIZ señala que el problema de la naturaleza de la actividad calificadora no existiría «si, valientemente y desde su primer momento, hubiésemos afrontado serenamente la «aticipidad» de la función, sin tratar de encuadrarla con el módulo que ofrece el «método dogmático de inversión» en alguna de las categorías que el Derecho brinda». Es una función que, de una parte, «se asemeja a la actuación judicial; de otra, tiene rasgos administrativos, y, por último, guarda cierta semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria» (*Estudios de Derecho Hipotecario*, T. I, 3.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 594 y 599-602).

(9) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. III. «Calificación, tracto, especialidad y otros principios» (Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 414 y sigs.).

y el consiguiente carácter administrativo de los procedimientos a través de los que se ejerce. Esta es la solución que ya en 1949 suscribió J. GONZÁLEZ PÉREZ quien afirmaba con rotundidad que «la función registral es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública» (10) y a la que, más recientemente, se han sumado con mayor o menor entusiasmo otros autores. La naturaleza administrativa de la calificación registral y de los procedimientos a través de los que se desarrolla es hoy acogida, entre otros, por C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (11), P. MENÉNDEZ (12), A. MENÉNDEZ REXACH (13) o I. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ y F. GASCÓN INCHAUSTI (14). Puesto que esta última parece ser la doctrina que prima en la actualidad, auspiciada, sin duda, por el nuevo sistema de impugnación de las calificaciones registrales diseñado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, centramos, de entrada, nuestra atención en la validez de esta afirmación; esto es, en el análisis de si efectivamente puede defenderse que el procedimiento para la inscripción registral sea un auténtico procedimiento administrativo.

III. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CALIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN REGISTRAL COMO FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y, POR CONSECUENCIA, DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL COMO PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La defensa de la naturaleza administrativa de la función registral y, por consiguiente, de los procedimientos previstos para su ejercicio, supone, y en ello están de acuerdo todos los autores que suscriben esta tesis, el sometimiento de los procedimientos para las inscripciones registrales a las normas

(10) «Naturaleza del procedimiento» (*op. cit.*, pág. 583). Recientemente el autor se ha reafirmado en esta posición en su estudio «Introducción. Naturaleza y trámites del procedimiento» (*El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*, T. I, J. GONZÁLEZ PÉREZ (Dir.), Ed. Centro de Estudios. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 15-43).

(11) «El actual recurso gubernativo en el sistema registral español (A propósito de la modificación de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social» (*RAP*, núm. 160, 2003, pág. 55).

(12) «El procedimiento de calificación y los medios para realizarla» («El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil», T. I, *op. cit.*, págs. 363-9).

(13) *Informe sobre las garantías básicas del procedimiento administrativo según la legislación administrativa general y la jurisprudencia constitucional*, Copia mecanografiada.

(14) «La revisión plenaria de la calificación registral y sus efectos» (*El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*, T. II, *op. cit.*, pág. 301).

previstas en la LRJ-PAC, sin perjuicio, en términos de A. MENÉNDEZ REXACH, «de que se mantengan las especialidades que le son propias, en la medida en que sean compatibles con aquélla» (15), especialidades que, desde luego, nunca podrán suponer «una disminución o limitación de las garantías comunes establecidas en la LRJ-PAC» (16).

La asunción de esta doctrina plantea, sin embargo, una duda y, a su vez, un reto importante: el de determinar cómo se insertan en la actual estructura de los procedimientos registrales ese conjunto de trámites con los que ha de cumplir todo procedimiento administrativo en aplicación de la LRJ-PAC, interrogante para el que aún no se ha alcanzado una respuesta satisfactoria. Es más, el propio J. GONZÁLEZ PÉREZ, uno de los más antiguos y destacados defensores de la naturaleza administrativa de los procedimientos hipotecarios, realizaba ya en 1976 un considerable esfuerzo de fijación de las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, trasladables a los procedimientos hipotecarios sobre la base de que el ordenamiento jurídico-administrativo no es de «aplicación incuestionable en todo aquello que no se regule especialmente por la ordenación específica del Registro de la Propiedad», aunque «sí que puede serlo sin forzar tanto las cosas como lo sería aplicar la Ley de Enjuiciamiento Civil» (17). Con todo, hay que destacar que la generalidad de los autores que suscriben la naturaleza administrativa de los procedimientos registrales no llegan a pronunciarse expresamente sobre cómo se ha de producir la inserción de los trámites establecidos en la LRJ-PAC con la condición de normas comunes del procedimiento administrativo en estos concretos procedimientos y, lo que es más importante, si ésta es una operación que pueda hacerse sin una reforma de su actual regulación contenida en la LH y en su Reglamento de desarrollo. No le falta, desde luego, razón a P. MENÉNDEZ cuando, estudiando el procedimiento para la calificación registral, afirma que el carácter contradictorio del procedimiento exige «que en la fase de instrucción tenga lugar una participación activa de los interesados» (18), ahora bien, lo verdaderamente determinante será definir, lo que el autor no hace, cómo se produce esa participación. También pueden, por supuesto, suscribirse sus consideraciones sobre los necesarios poderes del Registrador en la averiguación de los hechos que justifican una inscripción, pero, de igual modo, será obligado interrogarse por su exacto alcance y la

(15) «Informe sobre las garantías básicas del procedimiento administrativo según la legislación administrativa general y la jurisprudencia constitucional» (*op. cit.*, pág. 4).

(16) «Informe sobre las garantías básicas del procedimiento administrativo según la legislación administrativa general y la jurisprudencia constitucional» (*op. cit.*, pág. 13).

(17) «El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad» (*RCDI*, núm. 516, 1976, págs. 1029-33).

(18) *El procedimiento de calificación y los medios para realizarla* («El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil», T. I, *op. cit.*, pág. 392).

forma de su ejercicio (19). No bastará, de otra parte, con afirmar, como hace, por ejemplo, O. SAENZ DE SANTAMARÍA a propósito de las notificaciones a practicar por el Registrador, que su régimen actual «se decanta, si bien con matices, por lo administrativo» (20), pues han de determinarse paralelamente cuáles son esos «matices» y, lo que es más importante, si son de tal calado que suponen una sustracción del régimen general previsto en la LRJ-PAC. Podrán, en fin, suscribirse las consideraciones de J. M. GARCÍA GARCÍA en el sentido de que la calificación registral «es un acto que se inserta dentro del procedimiento registral que, como todo procedimiento no judicial, y prescindiendo de sus especialidades, está sujeto a los principios generales de todo procedimiento tramitado ante órganos de la Administración Pública» (21), siempre que, al propio tiempo, se expliciten cuáles son exactamente esos principios generales y se precisen las especialidades admisibles en el ámbito de los procedimientos registrales. En definitiva, puede aceptarse que el procedimiento registral sea un procedimiento administrativo, pero esta afirmación no basta; es obligado determinar, entonces, cómo se integran sus garantías propias, las hoy establecidas en la LRJ-PAC, en los procedimientos seguidos ante los Registradores de la Propiedad, teniendo en cuenta, como gráficamente señala J. M. CHICO Y ORTIZ, que en nada se parecen los procedimientos administrativos y los procedimientos registrales (22).

Ahora bien, más que seguir abundando en la viabilidad de un eventual trasvase de las normas comunes del procedimiento administrativo a los procedimientos registrales, ha de cuestionarse la premisa mayor; esto es, si, en verdad, la función registral es una función administrativa y el procedimiento registral un verdadero procedimiento administrativo, pues de llegarse a una conclusión afirmativa lo que habría realmente que defender sería la sujeción de los procedimientos hipotecarios a la LRJ-PAC.

(19) *El procedimiento de calificación y los medios para realizarla* («El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil», T. I, *op. cit.*, pág. 392).

(20) *Notificaciones a practicar por el Registro: Supuestos y régimen de las mismas* («El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil», T. I, *op. cit.*, págs. 411-12).

(21) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. T. III. «Calificación, tracto, especialidad y otros principios» (*op. cit.*, pág. 534).

(22) *Estudios de Derecho Hipotecario*, T. I, 3.ª ed. (*op. cit.*, pág. 597).

IV. LA FUNCIÓN REGISTRAL, ¿UN SUPUESTO DE EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES?

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE UNA CATEGORÍA DE DIFÍCIL PRECISIÓN

Se debe a T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (23) y a F. SÁINZ MORENO (24) en tiempos más antiguos, y más recientemente a J. ESTEVE PARDO (25), J. A. CARRILLO DONAIRE (26) y D. CANALS I AMETLLER (27), el estudio de una categoría jurídica que se sitúa en el núcleo mismo de la definición de la Administración Pública y del propio Derecho Administrativo y que, desde luego, se encuentra en auge en el Derecho de nuestros días como ha demostrado con brillantez J. A. CARRILLO DONAIRE en su obra «El Derecho de la seguridad y la calidad industrial» (28).

T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ explicaba el fenómeno de la «colaboración o participación de los administrados en la actividad administrativa», cuestión que en el año 1972 calificaba premonitoriamente de «capital, puesto que «por aquí circula una de las líneas de desenvolvimiento más claras del Derecho Administrativo de todos los países»» (29), desde la técnica de la delegación. Sostenía, en efecto, que «la explicación de la actividad administrativa de organizaciones de base privada» es «independiente de la personalidad jurídico-pública», perspectiva desde la que, en modo alguno, puede comprenderse el fenómeno «con toda su riqueza de matices», y defendía que estamos, con independencia de cómo se las califique, ante organizaciones de base privada «a cuyo favor se realiza por la Administración Pública a efectos de autoadministración una transferencia de funciones administrativas que las convierte, además, en agentes o delegados suyos en el ámbito estricto de las funciones transferidas» (30). Por su parte, F. SÁINZ MORENO, en su ya clásico estudio

(23) *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración* (Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972).

(24) «Ejercicio privado de funciones públicas» (*RAP*, núm. 100-102, 1983, págs. 1699-1783).

(25) *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental* (Ed. Ariel, Barcelona, 1999) y *Autorregulación. Génesis y efectos* (Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002).

(26) *El Derecho de la Seguridad y de la Calidad Industrial* (Ed. Marcial Pons-Instituto García Oviedo, Madrid, 2000).

(27) *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación* (Ed. Comares, Granada, 2003).

(28) «El Derecho de la Seguridad y de la calidad industrial» (*op. cit.*).

(29) «Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración» (*op. cit.*, pág. 28).

(30) «Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración» (*op. cit.*, págs. 64, 124-5). En las páginas 127-131 el autor justifica por qué se emplean las expresiones «delegados» o «agentes descentralizadores» para comprender «la actividad material y formalmente administrativa que realizan» determinadas organizaciones.

sobre el «Ejercicio privado de funciones públicas» (31), examina «las actividades profesionales que se suelen calificar como de ejercicio privado de funciones públicas, con la finalidad de determinar cuáles son sus características comunes». Incluye entre los profesionales a los «que, en todo o en parte, se les atribuye legalmente la cualidad de ejercer funciones públicas», a los capitanes de buques, comandantes de aeronaves, prácticos de puerto, profesionales de algunos servicios de seguridad, árbitros de Derecho Privado, notarios, agentes de cambio y bolsa y corredores colegiados de comercio; aunque reconoce que la categoría se extiende, con mayor o menor fundamento, a otros supuestos entre los que cita expresamente, en este caso con total justificación a nuestro juicio, a los Registradores de la Propiedad (32). J. A. CARRILLO DONAIRE, sin embargo, discrepa parcialmente de la delimitación de la categoría efectuada por F. SÁINZ MORENO al negar que «el terreno que media entre las profesiones liberales y los funcionarios —en el que se inscriben los supuestos que este autor estudia— constituya el «límite tradicional» de la categoría y, por ende, su único ámbito propio». Para J. A. CARRILLO, de acuerdo con la formulación originaria de la categoría efectuada por ZANOBINI, en ella cabrían junto a las profesiones liberales cuya práctica supone el ejercicio de una función pública (*pubblici ufficiali*), otros fenómenos bien distintos, como el concesionario de servicio público, los llamados «funcionarios de hecho» o los particulares que ejercitan la «acción popular» en defensa objetiva de la legalidad, pues este autor conceptuaba el *esercizio privato* de funciones y servicios «como cualquier forma de actividad de la que derive una actuación de fin público ejercida por un privado». Coincide, no obstante, J. A. CARRILLO con F. SÁINZ MORENO en que, ciertamente, «el ejercicio de funciones públicas como objeto principal o accesorio de una profesión libre es el supuesto más arraigado —aunque no el único— al que la doctrina, la jurisprudencia, e incluso la legislación, vienen refiriendo la categoría del ejercicio privado de funciones públicas», añadiendo, a los supuestos aislados por F. SÁINZ MORENO, «otras manifestaciones del mismo fenómeno como, por ejemplo, los vigilantes de seguridad privada o los médicos de Centros privados que certifican la aptitud de los conductores con carácter previo y preceptivo a la obtención o renovación administrativa del permiso de conducir» (33). El ejercicio de funciones públicas por particulares tiene, también, otras expresiones en nuestro Derecho que igualmente recoge J. A. CARRILLO y que resultan ilustrativas para nuestro análisis. Así, el caso de las Federaciones Deportivas, integradas por clubes deportivos, deportistas, técni-

(31) *Op. cit.* (págs. 1699 y sigs.).

(32) *Op. cit.* (págs. 1699-1672). En las páginas siguientes se incluye un estudio detallado de cada uno de esos supuestos.

(33) «El Derecho de la Seguridad y de la calidad industrial» (*op. cit.*, págs. 558-9).

cos, jueces y árbitros, ligas profesionales, si las hubiere, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte, y a las que tanto el Derecho estatal (34) como autonómico (35) definen como Entidades privadas con personalidad jurídica propia, sin ánimo de lucro (36) en las que el Derecho delega, en expresión de las normas que la

(34) El artículo 30.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, las define como «entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones Deportivas de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte», añadiendo en el apartado segundo que «las Federaciones Deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública». Su mismo Preámbulo resalta que «por primera vez se reconoce en la legislación la naturaleza jurídico-privada de las federaciones, al tiempo que se les atribuyen funciones públicas de carácter administrativo», dimensión «en la que se sustentan las diferentes reglas de tutela y control que la Administración del Estado puede ejercer sobre las federaciones y que la Ley, cautelarmente, ha establecido con un absoluto y exquisito respeto de los principios de autoorganización que resultan compatibles con la vigilancia y protección de los intereses públicos en presencia».

El artículo 3 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, excluye a las Federaciones Deportivas de su ámbito de aplicación remitiéndolas a lo que disponga su Legislación específica.

(35) En este sentido se expresan, en términos más o menos similares, los artículos 24 de la Ley 4/1993, de 16 de marzo, del Deporte de Aragón; 34 de la Ley 4/1993, de 20 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Valencia; 33 de la Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid; 39 de la Ley 2/1994, de 29 de diciembre, del Deporte del Principado de Asturias; 36 y 57 de la Ley 3/1995, de 21 de febrero, del Deporte balear; 11 y 12 de la Ley 1/1995, de 2 de marzo, del Deporte en Castilla-La Mancha; 22 de la Ley 2/1995, de 6 de abril, del Deporte de Extremadura; 32 de la Ley 8/1995, de 2 de mayo, del Deporte de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 42 y 43 de la Ley 8/1997, de 9 de julio, del Deporte, de Canarias; 28 de la Ley 11/1997, de 22 de agosto, General del Deporte de Galicia; 15 de la Ley 14/1998, de 11 de junio, del Deporte del País Vasco; 19 de la Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte de Andalucía; 20 de la Ley 2/2000, de 3 de julio, del Deporte de Cantabria; 38 de la Ley 2/2000, de 12 de julio, del Deporte de la Región de Murcia; 17 del Decreto Legislativo 1/2000, de 31 de julio, de Cataluña, por que el que se aprueba el Texto Único de la Ley del Deporte; 42 de la Ley Foral 15/2001, de 5 de julio, del Deporte de Navarra, y 13 de la Ley 27/2003, de 28 de marzo, del Deporte de Castilla-León.

(36) Esta nota no figura en la definición que ofrece el artículo 30.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte del Estado, aunque sí en la que se contiene en el artículo 1.1 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas. La sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 1996 (*RJ* 9256), destacó expresamente el valor de esta nota, señalando que aunque el artículo 30 de la Ley «cuando define las Federaciones Deportivas Españolas, no dice nada sobre el ánimo de lucro, no cabe duda que del conjunto de la Ley y fundamentalmente de su artículo 36.2.c) que establece que en ningún caso podrán repartir beneficios entre sus miembros, se desprende la ausencia del ánimo de lucro que expresamente reconoce el artículo 1.º del Real Decreto, sin que ello suponga en absoluto ir en contra de la Ley...».

regulan, el ejercicio de funciones públicas (37). Ya antes de la promulgación de la Ley estatal vigente, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; la STC 67/1985, de 24 de mayo (38), las había calificado como «asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo», lo que «justifica que se exijan determinados requisitos para su constitución» (39), calificación en la que insiste el Tribunal Supremo que destaca su condición de Entidades privadas que ejercen por delegación (40) funciones públicas de carácter administrativo, por lo que, según afirma, «actúan como agentes colaboradores de la Administración» (41). En segundo

Las Federaciones Deportivas también figuran entre las Entidades sin ánimo de lucro a las que es aplicable la Ley 49/2002, de 23 de septiembre, del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (art. 2.e). El Derecho autonómico recoge igualmente esta nota en su definición de las Federaciones. Vid. artículos citados en nota.

(37) Ya el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de abril de 1986 (*RJ* 3564) señaló expresamente que esta «naturaleza impide atribuirles la configuración de órganos de la Administración».

(38) La sentencia resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional contra la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y el Deporte.

(39) Fundamento Jurídico 4.º En ese mismo fundamento y en el anterior, el Tribunal justifica la compatibilidad de las Federaciones con el derecho constitucional de asociación.

(40) Interesa destacar que el Tribunal Supremo insiste, lo hace, por ejemplo, en sus sentencias de 10 de julio de 2003 (*RJ* 6638) y 15 de julio de 2003 (*RJ* 6916), en que estamos ante competencias públicas que las Leyes les atribuyen y no ante «delegación de competencias administrativas en los términos regulados en el artículo 13, apartados 1, 3 y 4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debiendo resaltarse que las Resoluciones de dichas Federaciones son recurribles en alzada ante el Consejo Superior de Deportes».

(41) En este sentido se expresan numerosas sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, recaídas en aplicación, primero, de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y el Deporte y, más tarde, de la vigente Ley 10/1990, del Deporte. Entre otras, sentencias de 25 de mayo de 1993 (*RJ* 5124), 5 de octubre de 1998 (*RJ* 7731), 1 de junio de 2000 (*RJ* 7058), 26 de junio de 2001 (*RJ* 8909), 18 de junio de 2003 (*RJ* 6141), 20 de junio de 2003 (*RJ* 6143), 10 de julio de 2003 (*RJ* 6638), 15 de julio de 2003 (*RJ* 6916), 12 de febrero de 2004 (*RJ* 800) y 2 de marzo de 2004 (*RJ* 2405). Cuando se ejercen funciones públicas, como las propias sentencias demuestran, el control de sus actos corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa; de ahí que se sostenga, *a sensu contrario*, que cuando, en términos, por ejemplo, de la sentencia de 20 de junio de 2003 (*RJ* 6143), «no se ventila una pretensión deducida en relación con un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo», su enjuiciamiento no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El supuesto más común y conflictivo de cuantos se han suscitado ha sido el de la denegación de licencias deportivas por las Federaciones respecto de las que se ha discutido si la competencia para su conocimiento era de la jurisdicción social o de la contencioso-administrativa. El tema ha sido resuelto por el Tribunal Supremo a favor de esta última al entender que, en tales casos, las Federaciones desarrollan una «función pública de carácter administrativo», bajo «la coordinación y tutela del Consejo Superior de De-

término, las Entidades Urbanísticas colaboradoras a las que las normas autonómicas sobre régimen del suelo y ordenación urbanística definen, en el mismo sentido en el que lo hacía el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, del Reglamento de Gestión Urbanística (42) y de acuerdo con una consolidada jurisprudencia (43), como agrupaciones de particulares con personalidad jurídica constituidas para el ejercicio de los derechos, para el cumplimiento de los deberes y para el desarrollo de las funciones de ejecución del planeamiento urbanístico en los términos previstos por las normas; Entidades que se rigen por el Derecho Público en lo relativo a la organización, formación de la voluntad de sus órganos y relaciones con los Ayuntamientos, siendo sus actos susceptibles, en la medida en que se ejerzan funciones públicas, de recurso administrativo y, en su caso, contencioso-administrativo (44). Igualmente las entidades de normalización, certificación y acreditación industrial reguladas en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y en el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (45) que el mismo J. A. CARRILLO, así como D. CANALS estudian en sendas monografías ya citadas a las que me remito. Por último, el de los órganos de gestión, generalmente denominados Consejos Reguladores, de las Denominaciones de Origen, de los que el artículo 25.2 de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino, afirma que «tendrán personalidad jurídica propia, de naturaleza pública o privada, plena capacidad de obrar y funcionarán en régimen de Derecho Público o Privado» y a los que el artículo 26 confiere el ejercicio de importantes competencias públicas, como confirma el apartado 4 del propio precepto al consagrar la posibilidad de recurrir en vía administrativa las decisiones que adopten. El Derecho autonómico más reciente califica a estos órganos de Corporaciones de Derecho Público que ejercen las funciones públicas que las Leyes les encomiendan con sometimiento pleno al

portes». En este sentido se pronuncia el Auto de la Sala de Conflictos de 14 de junio de 2001 (*RJ* 9121).

(42) Vid. artículos 8 y 24 y siguientes.

(43) Vid., entre otras, las SSTs de 16 de mayo de 1990 (*RJ* 4423), 15 de abril de 1992 (*RJ* 4045) y 25 de mayo de 1993 (*RJ* 3987).

(44) Vid. artículos 67 de la Ley 5/1995, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla-León; 8 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón; 157 de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia; 7 y 119 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación del Territorio y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria; 117.1 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, y 42 y 43 del Decreto 287/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo parcial, 111, 134 y 153 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y 136 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

(45) En el mismo sentido pueden consultarse numerosas disposiciones autonómicas. Vid., por ejemplo, los artículos 25 y siguientes de la Ley 14/2003, de 13 de junio, de Cataluña, sobre la calidad agroalimentaria.

Derecho Administrativo (46). No se desconoce, desde luego, que la incardinación de las Corporaciones profesionales en la categoría del ejercicio de funciones públicas por particulares es discutida por la doctrina (47), pero ello carece de interés para nosotros. Y es que ha de tenerse presente que, aún cuando los Registradores de la Propiedad cuentan con una estructura colegial, quienes ejercen la función pública registral son ellos mismos y no el correspondiente Colegio. Así luce con claridad en el artículo 560 del RH, que define al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España como «una Corporación de Derecho Público, amparada por la ley y reconocida por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad» y que «goza de autonomía para el cumplimiento de sus fines». Es, añade el precepto, la «Corporación encargada de velar por el buen funcionamiento de la función pública registral», función que ejercen los propios Registradores.

En definitiva, nos hallamos ante una categoría carente de una definición precisa y no del todo elaborada pero que se utiliza, en último término, para «explicar un dispar conjunto de supuestos en los que determinados sujetos de naturaleza privada actúan esferas de poder público desde una posición externa al aparato administrativo» (48), supuestos en los que se ejerce una actividad «de la que derive una actuación de fin público ejercida por un sujeto privado, esto es, por una persona física o jurídica que no tenga la cualidad de órgano

(46) Así lo hacen el artículo 8 de la Ley 14/2003, de 13 de junio, de Cataluña, sobre la calidad agroalimentaria, confiriéndole su artículo 9 importantes competencias públicas; los artículos 1 y 2 de la Ley 6/2003, de 12 de noviembre, de los Consejos Reguladores de la Región de Murcia. Esta es también la opción de la más reciente, Ley 5/2004, de 7 de mayo, de Ordenación Vitivinícola del País Vasco (arts 31.1 y 32.2).

Otras normas autonómicas optan, sin embargo, por soluciones distintas. La Ley, por ejemplo, 3/2000, de 24 de julio, por la que se crea el organismo autónomo «Oficina de la Calidad Alimentaria de Cantabria», define a los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen de determinados quesos como órganos de la Oficina adscritos a la Unidad de Apoyo Técnico y que ejercen las competencias que determina el artículo 9. En algunos casos, como en el de la Ley de Galicia 9/1985, de protección de piedras ornamentales, no se fija la naturaleza de los órganos gestores de las denominaciones de origen aunque se le confieren competencias de carácter público (vid. art. 12).

Sobre la naturaleza de los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen, vid., entre otras, la STS de 8 de octubre de 2001 (RJ 3127/2002). En el ámbito doctrinal, puede consultarse la obra de M. LÓPEZ BENÍTEZ (*Las denominaciones de origen*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996).

(47) J. A. CARRILLO DONAIRE resume, en términos a los que me remito, las distintas posiciones existentes en la materia, decantándose, con apoyo en la propia jurisprudencia constitucional, por la incardinación de estos supuestos en el ámbito de la categoría que analiza («El Derecho de la Seguridad y de la Calidad Industrial», *op. cit.*, págs. 552-555). En el mismo sentido se pronunciará más tarde D. CANALS («El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación», *op. cit.*, págs. 276-7).

(48) En términos de J. A. CARRILLO DONAIRE («El Derecho de la Seguridad y de la Calidad Industrial», *op. cit.*, pág. 560).

público» (49). Entre estos supuestos, ciertamente muy heterogéneos (50), quizá pueda incardinarse, como analizamos a continuación, la actuación de los Registradores de la Propiedad en su función de dotar de publicidad a las relaciones inmobiliarias para garantizar así el principio de seguridad jurídica consagrado en la actualidad en el artículo 9.3 de la Constitución.

2. LA POSIBLE INCARDINACIÓN DE LA FUNCIÓN REGISTRAL EN ESTA CATEGORÍA JURÍDICA

2.1. *Introducción*

En la función registral se aprecia con claridad la existencia de una función pública que se ejerce desde una posición externa al aparato administrativo, nota que, de acuerdo con la formulación efectuada por J. A. CARRILLO DONAIRE, define la categoría jurídica que centra nuestro interés (51). Nos hallamos, como ya advirtió F. SÁINZ MORENO para supuestos similares ante una función que «es muy anterior a la actual configuración del Estado y, desde luego, a la acuñación de las categorías que el Derecho Público de nuestros días utiliza para calificar a las personas que realizan actividades públicas o de interés público».

A la conclusión establecida se llega si se analiza, de una parte, el *status* o régimen jurídico de quien realiza la función, el Registrador de la Propiedad y, de otra, la naturaleza y características de su función propia.

(49) D. CANALS («El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación», *op. cit.*, pág. 273).

(50) Todos los autores que se han ocupado del análisis de la categoría han hecho hincapié en este dato. No se considera precisa la exposición aquí del conjunto de sistematizaciones que se han efectuado de los supuestos que en ella se integran. Basta con señalar, en términos de D. CANALS, que la categoría se utiliza en referencia, al menos, a dos clases de supuestos: «de un lado, a algunas actividades que, por haber adquirido un significado público especial, son asumidas por el Estado como funciones públicas e integradas en el conjunto de servicios de los que se hace responsable, aunque manteniendo en gran parte el carácter profesional privado de quien las ejerce; de otro lado, al ejercicio de algunas profesiones que, por las condiciones en que se realizan, exige la utilización de potestades administrativas. Lo que caracteriza estos supuestos es que el ejercicio de una función pública, bien sea como objeto principal de una profesión, bien sea como complemento más o menos indispensable de la misma, no transforma al profesional en funcionario público, si bien le somete a una reglamentación y a una intervención administrativa. El ejerciente privado no se integra en la organización administrativa y sus actos no se imputan a la Administración. Por lo tanto, su responsabilidad no es administrativa sino civil» («El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación», *op. cit.*, pág. 274).

(51) «El Derecho de la Seguridad y de la Calidad Industrial» (*op. cit.*, pág. 560).

2.2. *Los Registradores de la Propiedad no pueden ser considerados funcionarios públicos a pesar de su expresa calificación como tales en la LH*

Los artículos 274 de la LH y 536 del RH declaran que «los Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales y tendrán tratamiento de Señoría en los actos de oficio».

Esta declaración, que tiene su origen en la LH de 1861, no puede, sin embargo, defenderse pacíficamente en el Derecho actual. Basta acudir a la definición de los funcionarios contenida en el artículo 1 del Decreto 3154/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, como «las personas incorporadas a la misma (Administración Pública) por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo» (52), para dudar seriamente de aquella calificación cuando no para rechazarla, como ya han hecho significados autores y el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de enero de 1996 (53), en relación con la calificación de igual contenido que para los Notarios figura en la Ley Orgánica del Notariado de 1862 (54). Concretamente, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y F. SÁINZ MORENO nos recuerdan cómo en la fecha en la que se promulga esta Ley de 1862, un año más tarde que la Ley Hipotecaria, las disposiciones en materia de función pública no definen al funcionario público, cuya naturaleza jurídica y estatuto propio tampoco preocupa, con la excepción destacada de P. SÁINZ DE ANDINO, a los autores más representativos de la época, entre los que cabe citar a A. OLIVÁN, M. ORTIZ DE ZÚÑIGA, P. GONZÁLEZ DE LA SERNA o J. POSADA HERRERA. La calificación de los Notarios como funcionarios, concluyen dichos autores, sencillamente

(52) El Tribunal Supremo, aún reconociendo en las sentencias, por ejemplo, de 19 de diciembre de 1996 (*RJ* 9274) y 7 de marzo de 1997 (*RJ* 1969), que «no es fácil definir en términos de incontestable precisión el concepto de funcionario público», señala, acogiendo la distinción efectuada en tal sentido por la doctrina, que existe una definición amplia de funcionario público que considera como tal a «toda persona que desempeña un destino o empleo público» y una definición estricta conforme a la cual funcionario público «es aquél cuyo *status* viene adornado por las siguientes características: la legalidad de su nombramiento; la permanencia en el servicio, completada con la nota de la inamovilidad y la retribución de sus servicios con cargo a los Presupuestos de la Administración».

(53) *RJ* 775. La sentencia afirma expresamente que la calificación del Notario como funcionario «no responde a la definición del funcionario público contenida en el artículo 1.º de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964».

(54) En realidad, y como ha estudiado J. A. MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, ha de tenerse en cuenta que la definición del Notario como funcionario público es anterior a la Ley de 1861, «en tanto en cuanto la función que desempeñaba era ya y sólo podía ser, como veremos, una función pública» («Estudio de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862», en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1964, pág. 621). En las páginas siguientes puede encontrarse ese régimen jurídico anterior a la Ley del Notariado que justifica su calificación como funcionario público.

no era correcta, «a no ser que se diese al concepto de funcionario público un sentido comprensivo de todas las personas que ejercían alguna función pública» (55). Poco tiempo antes, J. ESTEVE PARDO, en consideraciones efectuadas también a propósito de los Notarios pero de plena validez, de nuevo, para los Registradores de la Propiedad, destacaba que su declaración legal como funcionarios públicos «no parecía tener especial trascendencia por cuanto no suponía, como ya hemos comprobado, integrar al notario en la estructura funcional de la época, ni aplicarle los principios de la regulación de este último ámbito» (56). En síntesis, y en palabras de nuevo de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y F. SÁINZ MORENO, «esa declaración no respondía al contenido de la ley. Los notarios no fueron encuadrados en la Administración como funcionarios, ni fueron sometidos a un principio de obediencia jerárquica, ni fueron retribuidos con cargo a los Presupuestos del Estado. La situación de los notarios era entonces, y lo sigue siendo ahora, sustancialmente diferente a la de los funcionarios públicos en sentido estricto» (57), conclusión a la que igualmente han llegado otros autores que se han ocupado del examen de esta cuestión (58).

También el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las importantes diferencias que separan a los Notarios de los funcionarios públicos propiamente dichos. Así, en su sentencia de 22 de enero de 2001 (59) destaca la especial forma «en la que la función notarial está configurada y estructurada, puesto que, por una parte, constituye un servicio público de carácter impropio, si empleamos la calificación de una vieja doctrina del Consejo de Estado del país galo, atendiendo a la posición *sui generis* del titular que presta el servicio, en una misión auxiliar de actuaciones privadas, principalmente, mientras que, por otro lado, el Notario, a pesar de las atribuciones públicas de las que en exclusiva es depositario (entre otras la de la fe pública extrajudicial), goza de *status* más afín al de las profesiones liberales que al del funcionario propiamente dicho, que, es en definitiva, lo

(55) *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales* (Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, págs. 17-33).

Las características generales de las normas sobre función pública del siglo XIX puede encontrarse en M. SÁNCHEZ MORÓN (*Derecho de la función pública*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2004, págs. 38-40).

(56) *Simposio notarial*, 1983. Cita tomada de T. R. FERNÁNDEZ y F. SÁINZ MORENO («El notario, la función notarial y las garantías constitucionales», *op. cit.*, pág. 33).

(57) «El notario, la función notarial y las garantías constitucionales» (*op. cit.*, pág. 33).

(58) Así J. E. MARTÍNEZ JIMÉNEZ cuando analiza la actividad certificante, a la que califica como «función pública administrativa», señala que cuando es el Notario quien desarrolla esta función «está haciéndolo no como funcionario público en sentido estricto, sino como un concesionario del ejercicio de esta función» (*La función certificante del Estado*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, pág. 22).

(59) RJ 2406.

que más contribuye a marcar singularmente la situación de sus servidores». El Notario había dicho en su anterior sentencia de 26 de enero de 1996 (60), «ejerce una función pública —la fe pública extrajudicial— en una situación peculiar, difícilmente identificable con otras funciones públicas prestadas en régimen funcionarial», ejerce «una función compleja, en la que concurren aspectos públicos y aspectos privados, en régimen de profesión liberal, sometida a controles administrativos, entre los que se encuentran ... la exigencia de responsabilidad disciplinaria por las faltas que puedan cometer ... en el ejercicio de su actividad pública. Todo ello nos lleva a la conclusión de que no existe relación de servicios entre el Notario y la Administración, que su figura no responde a la definición del funcionario público contenida en el artículo 1.º de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, ya que el Notario no está integrado en las estructuras administrativas como profesional independiente que es, aunque ejerza una profesión oficial, una función pública en régimen de profesión liberal». Es más, la sentencia de 18 de abril de 1984 (61) había ya proclamado que estamos ante una función «de las que los administrativistas han calificado de ejercicio privado de funciones públicas», «en el que los empleados no son funcionarios públicos» (62). Es cierto, no obstante, que en algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha asumido la condición funcionarial de los Notarios aunque sin ahondar en su verdadera naturaleza (63), lo que también ha hecho el Tribunal Constitucional en sus sentencias 87/1989, de 11 de mayo (64), 120/1992, de 21 de septiembre (65) y 207/1999, de 11 de noviembre (66), en las que alude a la competencia estatal sobre las bases del «régimen estatutario de sus funcionarios» reconocida en el artículo 149.1.18.º de la Constitución, en defensa siempre de declaraciones de constitucionalidad o inconstitucionalidad de

(60) *RJ* 775.

(61) *RJ* 2003.

(62) En el mismo sentido que las citadas se pronuncian otras sentencias como las de 23 de enero de 1990 (*RJ* 10549) y 8 de julio de 1999 (*RJ* 10251).

(63) Es lo que hace, por ejemplo, en la sentencia de 24 de octubre de 2000 (*RJ* 9220).

(64) La sentencia se pronuncia sobre el conflicto positivo de competencias promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra diversos preceptos del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, por el que se modifican determinados aspectos del Reglamento Notarial.

(65) La sentencia resuelve el conflicto positivo de competencias promovido por la Generalidad de Cataluña frente al Real Decreto 2253/1985, de 22 de mayo, sobre especialización en Derecho foral o especial como mérito preferente para el nombramiento de notarios en determinadas Comunidades Autónomas.

(66) La sentencia declara la inconstitucionalidad de la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre el Suelo y Vivienda en el aspecto relativo a la imposición de sanciones a los Notarios y Registradores que no velen por el cumplimiento por los vendedores de terrenos de su deber de notificar a la Administración la transmisión a los efectos de que ésta pueda ejercitar el derecho de tanteo.

determinadas regulaciones que realmente se sustentan en otro apartado de ese mismo precepto, el 8.º, que consagra la competencia del Estado sobre la «ordenación de los registros e instrumentos públicos».

La calificación por los artículos 274 de la LH en 1861 y 536 de su Reglamento de desarrollo de los Registradores como funcionarios públicos es susceptible de consideraciones y conclusiones similares. E. ROCA TRÍAS ha resumido las distintas interpretaciones de las que ha sido objeto la declaración contenida en el artículo 274, lo que, sin duda, confirma su carácter discutido (67). El análisis de los comentarios y valoraciones al precepto por autores de diferentes épocas permite, en efecto, constatar cómo siempre, por unas u otras razones, se ha cuestionado la condición funcional de los Registradores de la Propiedad, existiendo, incluso, autores que prescinden de este calificativo poniendo el acento en su condición de «profesional del Derecho» (68). Del Registrador de la Propiedad se ha afirmado, por ejemplo, que constituye «una figura mixta, en la cual a la *forma* funcional corresponde una *sustancia* profesional, de profesional jurista encargado de funciones públicas de valoración jurídica, más propias de un árbitro imparcial que de un burócrata al servicio de la Administración» (69); se ha dicho, también, que «es un funcionario público especial, similar a los órganos judiciales, en el sentido de que ejerce su función sin la jerarquía propia de los funcionarios administrativos, y, al tratarse de una función de legalidad en relación con actos del Derecho Civil, ha de mantener la independencia respecto de la Administración, que puede incluso tener intereses particulares en un determinado acto inscribible» (70); o se ha manifestado que son «funcionarios públicos, técnicos en Derecho» con «facultades de índole jurisdiccional» (71). El

(67) Voz «Registrador de la Propiedad», *Enciclopedia Jurídica básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5712.

(68) Así, F. J. GÓMEZ GÁLLIGO y P. DEL POZO CARRASCOSA («Lecciones de Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 18).

(69) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA («Derecho Inmobiliario Registral», 2.ª ed., *op. cit.*, pág. 279), definición a la que expresamente se suma J. M. CHICO ORTIZ («Estudios de Derecho Hipotecario», T. I, 3.ª ed., *op. cit.*, pág. 600).

(70) J. M. GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. T. III. «Calificación, tracto, especialidad y otros principios», *op. cit.*, pág. 429).

(71) Así se expresa por J. LÓPEZ MEDEL en su definición del Registro de la Propiedad como «aquel servicio público de carácter esencial y jurídico, que tiene por objeto la publicidad de determinadas situaciones jurídicas, por medio de la inscripción, obligatoria o constitutiva, de los Derechos reales, como regla general, sobre inmuebles en razón a la seguridad del tráfico inmobiliario, de la cual es destinataria la propia sociedad, a la vez que satisface el interés particular de los individuos, estando a cargo de unos funcionarios públicos, técnicos en Derecho, con facultades de índole jurisdiccional, a los fines, por medio de la calificación, de la justicia registral». En otro lugar de la misma obra añade que el Registrador es «funcionario público (art. 274-2.ª de la LH), de carácter técnico, por la especialidad de su función calificadora y por exigencias de su ingreso por oposición entre licenciados en Derecho (art. 278-2.ª), su potestad no es de mando, sino

propio autor que así se expresa, J. LÓPEZ MEDEL, niega, sin embargo, en un estudio conjunto con J. L. MEZQUITA DEL CACHO, que los Registradores de la Propiedad sean funcionarios públicos al considerar que la función registral es una función mediante la cual «es cubierto un servicio público de interés social (el de la prevención de la seguridad jurídica privada), aunque su prestación sea llevada a cabo mediante una estructura u organización «profesional» y no funcional» (72), calificación coincidente con la ofrecida más recientemente desde la doctrina administrativa por D. CANALS (73). En la misma línea, M. SÁNCHEZ MORÓN señala que los Registradores «son profesionales que ejercen ciertas funciones públicas mediante su propia organización privada y que perciben honorarios de los ciudadanos a los que prestan sus servicios, con sujeción a un arancel. Ingresan en dichas funciones por oposición, puesto que existe un número de plazas limitadas y se rigen por un estatuto público en su mayor parte. Sin embargo desempeñan sus funciones a la manera de un profesional libre» (74). Ejercicio de una función pública por un profesional del Derecho constituyen así las dos notas o características que parecen primar en este conjunto de definiciones.

Prescindiendo de consideraciones históricas, cabe afirmar que en el Derecho vigente son, desde luego, muchos y muy importantes los datos que singularizan el estatuto jurídico de los Registradores de la Propiedad en su comparación con los elementos propios de la relación funcional y de la organización en la que se insertan: la Administración Pública. Es verdad que el nombramiento y pérdida, en su caso, de la condición de Registrador, son actos intervenidos administrativamente (75), como también lo es que su actividad ha de desenvolverse de acuerdo con lo dispuesto en las normas que la regulan (76); ahora bien, no es menos cierto que los Registradores de la

estrictamente jurisdiccional, y dentro de su demarcación (art. 274), y es retribuido por arancel (art. 294 de la LH)» («Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público», *op. cit.*, págs. 142-3 y 293-4).

(72) «Del Notariado y los Registros como carreras» (J. L. MEZQUITA DEL CACHO y J. LÓPEZ MEDEL, *El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 199). En las páginas siguientes se ofrecen hasta once razones en defensa de un modelo que expresamente califican «como sumamente operativo y ventajoso».

(73) «El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación» (*op. cit.*, págs. 239-241). Sus consideraciones desarrolladas fundamentalmente sobre la función notarial son plenamente trasladables al ámbito de la registral.

(74) «Derecho de la función pública» (*op. cit.*, pág. 93).

(75) Vid. artículos 504 y siguientes del RH.

(76) J. L. LÓPEZ MEZQUITA y J. LÓPEZ MEDEL, entre otros, han negado que «la actividad... de los Registros no esté sujeta más que a directrices profesionalistas» por cuanto «la naturaleza pública de las funciones ejercidas y de los servicios prestados ha determinado la existencia de una prolija normativa específica que regula cuidadosamente el contenido y forma de su prestación» («Del Notariado y los Registros como carreras», *op. cit.*,

Propiedad cuentan con un sistema de retribución muy diferente al de los funcionarios públicos (77), un régimen de responsabilidad y disciplinario propios (78) y, lo que es singularmente importante, realizan su función, como proclama el artículo 18 de la LH, «bajo su responsabilidad» (79); esto es, en su propio nombre, con sus propios medios (80) y sin imputar el resultado de su actuación y la responsabilidad que de ella pueda derivar a ningún ente público (81), aún cuando, como expresamente señala el artículo 259 de la LH, los Registros de la Propiedad dependan del Ministerio de Justicia (82). La legislación hipotecaria, señalan gráficamente J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHEZ REBULLIDA, «conserva la posición del Registrador como «dueño» de la

pág. 204). En el mismo sentido pueden verse las consideraciones efectuadas por J. M. GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. T. III. «Calificación, tracto, especialidad y otros principios», *op. cit.*, págs. 436-447).

(77) «Percibirán los honorarios, afirma el artículo 294 de la LH, que se establezcan en su arancel que aprobará el Ministerio de Justicia». El Título XIV del RH, algunos de cuyos preceptos han sido derogados por disposiciones posteriores, desarrollan este régimen.

(78) Dicho régimen figura en el Título XII de la Ley en términos que fueron sustancialmente modificados por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. Vid. también el Título XII del RH, objeto, igualmente, de importantes modificaciones en los últimos años.

El artículo vigésimo sexto del Proyecto de Ley de «Reformas para el impulso a la productividad», que actualmente se debate en las Cortes Generales, afecta a la tipificación de infracciones previstas en la LH (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 31 de marzo de 2005. Núm. 27-1).

(79) La responsabilidad de los Registradores, en términos a los que me remito, se regula en los artículos 296-312 de la LH.

(80) El artículo 294 de la LH señala que «costearán los gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros». Por su parte, el artículo 558 del RH afirma que «el Registrador tendrá en su despacho los empleados que necesite, los cuales desempeñarán los trabajos que les encomiende, bajo la exclusiva responsabilidad de aquél y siempre bajo el régimen jurídico de relación laboral». El artículo 559 añade que «la relación del Registrador con sus empleados se regirá por las normas contenidas en el convenio colectivo del personal auxiliar de los Registradores y, en su defecto o en lo no previsto en él, por la legislación laboral aplicable con carácter general».

(81) J. A. CARRILLO DONAIRE, comentando los elementos que definen la categoría del ejercicio de funciones públicas por particulares, insiste, como ya señalamos, en la singular importancia de «la nota de la «inimputabilidad» de la actividad «administrativa» desarrollada por el ejerciente privado de una función pública. La imputación constituye el título jurídico que ha de concurrir entre un acto dado y una organización subjetiva para que el autor del acto pueda ser considerado como sujeto o agente de dicha organización, de forma que, a nuestro juicio, la existencia de esta relación remisoria entre un particular y una Administración excluye la posibilidad del ejercicio privado de funciones públicas» («El Derecho de la Seguridad y de la Calidad Industrial», *op. cit.*, pág. 562).

(82) Las competencias de este Ministerio en la materia se ejercen a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyas funciones vienen establecidas en los artículos 260 de la LH en términos que han sido modificados y completados por sucesivas disposiciones. Vid. también, al respecto, los Títulos X y XI del RH.

oficina, «patrono» de sus empleados, percibiendo unos «honorarios» de los particulares y entidades que acuden al Registro a hacer constar sus derechos» (83). A los Registradores de la Propiedad pueden aplicarse, en suma, las afirmaciones efectuadas por la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 1990 (84), y concluir así que disponen de «un estatuto singular, en parte regulado por el poder público y en parte sujeto a las reglas generales de la libertad profesional». Del examen de su normativa propia se desprende que la adquisición de la condición de Registrador «se halla regulada e intervenida administrativamente..., está obligado a prestar su actividad a favor de cualquiera que lo pida, de acuerdo con las directrices y normas fijadas por el legislador dentro de un determinado ámbito territorial, sujeto a vigilancia e inspección y con obligación de residencia en el mismo..., asimismo, se halla regulada su promoción interna, las situaciones en las que puede hallarse, los derechos y deberes, se halla sometido a una dependencia administrativa de la Dirección General y el Ministerio de Justicia; la creación y supresión de las plazas se realiza mediante Resolución de la Administración Pública competente; por el contrario, no recibe retribución con cargo de los presupuestos generales del Estado..., soporta una concurrencia con sus colegas, debe establecer y mantener su despacho, si bien éste se considera oficina pública, e incurre en una responsabilidad civil por sus actuaciones de la que no responde el Estado». Se hallan, en suma, «sometidos a un régimen estatutario controlado por la Administración del Estado que se podría calificar de «peculiar»» en la medida en que cuenta con importantes «elementos diferenciadores respecto del régimen estatutario de los funcionarios públicos en sentido estricto».

2.3. *Contenido y naturaleza de la función registral*

«El Registro de la Propiedad tiene por objeto, en términos del artículo 1 de la LH que reproduce lo ya dispuesto en la fecha de su promulgación por el 605 del Código Civil, la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

Aunque se trata, como no podía ser de otra forma dada su importancia y su dilatada vigencia, de un precepto objeto de interpretaciones no siempre coincidentes, existe, sin embargo, consenso en destacar, como lo hace la propia Exposición de Motivos de la LH, el valor del Registro y de la función registral como instrumentos al servicio de la protección de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario a través de la publicidad de su régimen y, por

(83) «Derecho Inmobiliario Registral», 2.^a ed. (*op. cit.*, pág. 279).

(84) *RJ* 10549.

consiguiente, su indiscutible carácter público (85). Al carácter público de la función registral se refiere expresamente el artículo 560 del RH al señalar que el Colegio de Registradores es la «Corporación encargada de velar por el buen funcionamiento de la función pública registral». La propia naturaleza de esta función justifica que, como señala el artículo 221 de la LH, los Registros sean «públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos», interés que «se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo» (86).

El valor de la institución registral al servicio del interés general ha sido destacado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que en sus sentencias, entre otras, de 29 de enero de 1997 (87) y 28 de noviembre de 1997 (88), afirma que «los principios en que se asienta toda la legislación hipotecaria desde la primera Ley de 1861» son «el de hacer seguras las adquisiciones de inmuebles y garantizar a los acreedores que prestan sobre los mismos» (89); y ha sido también ponderado por autores diversos. J. M. CHICO ORTIZ, por ejemplo, señala que ya en 1918 ZANOBINI construyó su teoría del Registro como servicio público, «basándose en que la publicidad de los derechos rea-

(85) La «Exposición de 6 de junio de 1860, de los motivos y fundamentos del Proyecto de Ley Hipotecaria», elaborada por la Comisión de Codificación y que aparece como Exposición de Motivos de la LH de 1861, da cuenta, efectivamente, de cómo el Real Decreto de 8 de agosto de 1855 ya expuso la insuficiencia del sistema hipotecario y la necesidad apremiante de su reforma. «Con sobrado motivo decía que nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales...». El texto de la Exposición de Motivos señala que «la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansen, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito».

(86) El Título VIII de la Ley (arts. 221-237) regula el régimen de la información registral y de las certificaciones expedidas por los Registradores, en términos que desarrolla el también Título VIII del RH (arts. 332-355).

(87) *RJ* 145.

(88) *RJ* 8438.

(89) Insisten esas sentencias en que «esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad de los préstamos, es jurídicamente su causa, y la que estructura en consecuencia toda la normativa sobre la hipoteca».

También la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido oportunidad, en alguna ocasión, de ponderar el valor de la institución registral al servicio de la publicidad de los derechos. Vid., en tal sentido, STS de 20 de abril de 1988 (*RJ* 3133).

les es una necesidad pública a la que hay que servir» (90), al tiempo que destaca que la publicidad de los derechos es «aquel requisito que, añadido a los que rodean a las situaciones jurídicas, asegura frente a todos la titularidad de los derechos y protege al adquirente que confía en sus pronunciamientos, facilitando de esta manera el crédito y protegiendo el tráfico jurídico» (91). También J. GONZÁLEZ PÉREZ en su conocido trabajo sobre la naturaleza del procedimiento registral, defendía que «la función registral es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública», que no es otra que «la publicidad» que «fue asumida por el Estado ante la convicción de que era una exigencia comunitaria asegurar el tráfico jurídico de la propiedad inmobiliaria, organizando los medios más idóneos para su realización» (92). Por su parte, J. LÓPEZ MEDEL, en una última cita de las muchas que pueden traerse a colación, sustenta su «concepción del Registro como servicio público» en su objeto: «la publicidad de los Derechos reales privados a fines de la seguridad y del tráfico jurídico inmobiliario» (93). El propio autor afirma, en otro de sus estudios, que el Registrador «en su actividad, ejerce una función *pública*», «se trata de un servicio de *publicidad, formal y material*» (94).

En conclusión, el Registro de la Propiedad constituye una institución al servicio de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y, por consiguiente, de la realización de la seguridad jurídica que la Constitución garantiza en su artículo 9.3 (95), seguridad jurídica que, con razón, ha llegado a ser calificada de «objetivo modular de los sistemas notarial y registral» (96).

(90) «Estudios de Derecho Hipotecario», T. I, 3.^a ed. (*op. cit.*, pág. 39).

(91) «Estudios de Derecho Hipotecario», T. I, 3.^a ed. (*op. cit.*, pág. 246).

(92) «Naturaleza del procedimiento» (*op. cit.*, págs. 583).

(93) «Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público» (*op. cit.*, pág. 76). En las páginas 141 y siguientes, en particular, justifica esta calificación.

(94) «La institución registral en la prevención y realización de la seguridad jurídica privada» (J. L. MEZQUITA DEL CACHO y J. LÓPEZ MEDEL, «El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios», *op. cit.*, págs. 172 y 180).

(95) Tras la promulgación de la Constitución no se ha dudado en defender que la seguridad del tráfico jurídico constituye una manifestación del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3. En este sentido, J. M. CHICO ORTIZ («Estudios de Derecho Hipotecario», T. I, 3.^a ed., *op. cit.*, pág. 599) y J. M. GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. T. III. «Calificación, tracto, especialidad y otros principios», *op. cit.*, págs. 342-3 y 487 y sigs.).

(96) J. L. MEZQUITA DEL CACHO «La seguridad jurídica, objetivo modular de los sistemas notarial y registral» (J. L. MEZQUITA DEL CACHO y J. LÓPEZ MEDEL, «El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios», *op. cit.*, 1986).

En verdad, en esta idea han insistido todos los autores que se han aproximado al estudio del sistema hipotecario. Ya fue destacada por A. SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, Ed. Reus, Madrid, 1947, págs. 34-36 y 368) o J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA que indican que la finalidad primaria de la publicidad registral es «la protección del tráfico; la agilización de las transacciones inmobiliarias al suplir, con la garantía que supone la consulta de un Registro Público, las complicadas

Qué duda cabe, como tantas veces ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado, que la función registral versa sobre cuestiones civiles (97), afirmación que, desde luego, ha de ser entendida con el valor o alcance de una regla general, toda vez que siempre han existido y son, además, cada vez más frecuentes, los supuestos en los que el acto inscribible es de naturaleza administrativa. Ahora bien, el hecho de que los actos que acceden al Registro sean, en su hipótesis más usual, de naturaleza civil, no impide que la función registral en cuanto actividad encaminada a dotar de publicidad a las relaciones jurídicas inmobiliarias en garantía del principio de seguridad jurídica, pueda y deba ser considerada, como recientemente ha destacado con absoluta certeza P. MENÉNDEZ (98), una función pública sujeta, por consiguiente, a las normas o reglas propias del Derecho público (99),

indagaciones sobre la titularidad de los derechos que, en otro caso, sería preciso practicar» («Derecho Inmobiliario Registral», 2.^a ed., *op. cit.*, pág. 11).

Más recientemente, E. ROCA TRÍAS ha señalado que «los objetivos del sistema inmobiliario son, en todo caso, el asegurar el tráfico de bienes inmuebles publicando su régimen jurídico; por ello tiene justificación el principio de fe pública registral, que aparece claramente admitido en el artículo 34 de LH: el aseguramiento del tráfico inmueble se logra a través de la publicidad de su régimen y, en consecuencia, afectarán a terceros todas las circunstancias que publique el Registro sobre el régimen jurídico a que está sometido cada inmueble en cada momento» (voz «Registro de la Propiedad», *Enciclopedia Jurídica básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5717). En el mismo sentido pueden consultarse F. J. GÓMEZ GÁLLIGO y P. DEL POZO CARRASCOSA («Lecciones de Derecho Hipotecario», *op. cit.*, págs. 17 y 18).

(97) Así lo hace en sus Resoluciones, entre otras, de 6 de junio de 1991 (RJ 4650), 10 de enero de 2000 (RJ 145), 19 de mayo de 2000 (RJ 5847), 25 de mayo de 2000 (RJ 5851) y 8 de noviembre de 2000 (RJ 860/2001).

(98) «Pero aún, afirma, si se defendiese —desenfocadamente, a nuestro juicio—, que únicamente los actos civiles tienen acceso al Registro, de ello no se desprendería, como se ha pretendido, que el procedimiento en que se integra la calificación no sea administrativo. No es ya sólo que este procedimiento se sustancie ante un órgano de la Administración Pública, ante un funcionario público como es el Registrador. Es que, además, como se ha afirmado con rotundidad, las cuestiones de procedimiento son siempre separables del fondo del asunto, de tal modo que aunque éste se regule por el Derecho Privado, la Administración está sujeta al deber de atenerse a las normas propias del Derecho Administrativo, en lo que se refiere a la formación de su voluntad y exteriorización de la misma» (*El procedimiento de calificación y los medios para realizarla*, «El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil», T. I, *op. cit.*, pág. 391).

(99) Esta idea ha sido ya apuntada por otros autores. Concretamente J. L. MEZQUITA DEL CACHO señala que «los derechos que esas instituciones de seguridad jurídica, que son el Notariado y los Registros, tienden esencialmente a cubrir con tal seguridad, son, sin duda, derechos de naturaleza privada, intereses «económicos» particulares ... Pero comoquiera que ese interés del Ordenamiento en la reducción y aligeración de la conflictividad, no es mero reflejo del interés de *los particulares* en ser asegurados, sino que también tiene una proyección general o *pública* de interés común, en cuanto beneficia a la Economía y al Comercio, y con ellos, al progreso social ..., de todo ello resulta que la regulación del Notariado y los Registros como medios de seguridad jurídica es una normativa de Derecho Público, situada al margen del contraste de los intereses particulares divergentes de cuya seguridad última se trata, y por tanto, también fuera del Derecho Privado propiamente

distinción que es, quizá, la que no realiza debidamente esa Dirección General cuando niega que la función registral pueda ser administrativa «al versar sobre cuestiones civiles». Es más, es una distinción que no efectúa la propia LH cuando en su artículo 328 atribuye el control jurisdiccional de los actos registrales a la jurisdicción civil en una de las decisiones más controvertidas de la reforma que se efectúa por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

2.4. *Conclusión*

La actividad registral constituye una función pública al servicio del principio de seguridad jurídica que la Constitución consagra en su artículo 9.3 y al servicio, también, de la protección del derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 33 de la propia norma fundamental, función que por razones puramente históricas se desarrolla, al igual que ocurre con la notarial, al margen del aparato subjetivo de la Administración Pública. Como con precisión afirma el artículo 536 del RH, los Registradores «ejercen profesionalmente bajo su responsabilidad, las funciones públicas atribuidas por las leyes en general, y en particular por la legislación hipotecaria y mercantil». Esta es, a nuestro juicio, la naturaleza de la función registral que mejor se aviene a su actual regulación jurídica. Cuestión distinta es que pueda estarse o no de acuerdo con un modelo de estas características y de que pueda, por supuesto, debatirse sobre la conveniencia de su reforma para configurarla, en su caso, como una auténtica función administrativa.

V. LAS CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN PROPUESTA EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO

La configuración de la función registral como un supuesto de ejercicio de funciones públicas por particulares implica, entre otras consecuencias, que el procedimiento para la inscripción registral queda fuera del ámbito de aplicación de la regulación prevista para los procedimientos desarrollados por las Administraciones Públicas en la LRJ-PAC, sometiéndose a su Derecho singu-

te dicho, del mismo modo que siempre es de Derecho Público la normativa judicial y procesal, aunque sean privados los intereses y derechos de las relaciones enjuiciadas» («La seguridad jurídica, objetivo medular de los sistemas notarial y registral», J. L. MEZQUITA DEL CACHO y J. LÓPEZ MEDEL, «El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios», *op. cit.*, pág. 35). El Registro «publica, señala J. LÓPEZ MEDEL, relaciones jurídicas inmobiliarias privadas para proyectarlas abiertamente en el interés social superior» («Modernas orientaciones del Registro de la Propiedad», en *Publicaciones del I Centenario de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1961, págs. 17 y 18).

lar, a su normativa propia. De hecho, son numerosas las ocasiones en las que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado que el procedimiento hipotecario se rige por la normativa específica contenida «en la legislación hipotecaria, sin que quepa la aplicación al mismo de la que rige para procedimientos de otra naturaleza» (100).

Ahora bien, hay que destacar que la sujeción de la función registral a las reglas previstas en su normativa particular no puede suponer, en ningún caso, una vulneración o menoscabo de los derechos y garantías consagradas en la Constitución en beneficio tanto del interés público como de la posición jurídica de los interesados en el procedimiento, idea expresada también por la Dirección General de los Registros y del Notariado que en numerosas Resoluciones ha declarado que el procedimiento para la calificación registral se caracteriza por su simplicidad formal, aún cuando ofrece «garantías suficientes» (101), entre otras razones, porque, en ningún caso, cercena «el derecho de los interesados a rebatir una determinada calificación registral» (102). Ocurre, sin embargo, que nunca dicho órgano se pronuncia de modo expreso sobre cuáles son esas «garantías suficientes» (103), lo que tampoco hacen,

(100) La afirmación, que se efectúa concretamente en relación con el ya desaparecido recurso gubernativo, puede aplicarse al resto de los procedimientos registrales, pues expresamente señala la Dirección General que ese recurso frente a las calificaciones registrales «participa de la misma naturaleza especial que la función registral». En este sentido se expresan, entre otras, las Resoluciones de 25 de mayo de 2000 (*RJ* 5851) y 8 de noviembre de 2000 (*RJ* 860/2001) con cita de otras muchas anteriores que defienden la misma idea.

(101) Afirmación que se contiene en su Resolución de 6 de junio de 1991 (*RJ* 4650) en relación con el sistema de notificación por los Registradores de una calificación desfavorable.

(102) Así se pronuncia la Resolución de 25 de mayo de 2000 (*RJ* 5851). La Resolución estima que el plazo existente para impugnar la calificación es «suficientemente amplio como para que no pueda entenderse prorrogado por la demora en que pueda incurrir a la hora de interesarse por el resultado de la calificación, habida cuenta, además, de la posibilidad que tiene de presentar de nuevo los títulos para ser objeto de nuevas calificaciones, frente a cualquiera de las cuales pueda recurrir...», por lo que en ningún caso se cercena el derecho de los interesados a rebatir una determinada calificación registral que, como queda dicho, siguen conservando en base a la posibilidad siempre abierta de volver a presentar su título cuantas veces lo estime conveniente para que sea objeto de nuevas calificaciones (otra especialidad del procedimiento registral), y recurrir frente a cualquiera de ellas».

(103) Aunque se trata, sin duda, de un tema precisado de una mayor atención por la doctrina, puede señalarse, no obstante, que la tesis aquí defendida coincide con la ya apuntada por J. A. CARRILLO DONAIRE, J. ESTEVE PARDO y D. CANALS. Así J. ESTEVE se muestra partidario de la sujeción de estas funciones al Derecho Administrativo, reivindicando «el horizonte de lo público» por la vía del procedimiento administrativo («Técnica, Riesgo y Derecho», *op. cit.*, págs. 128-131 y 145-59). Más matizadamente, J. A. CARRILLO alude a la necesidad de indagar «en las técnicas y mecanismos que permitan la ubicación y articulación de estos fenómenos en el seno de la actividad pública, de tal forma que la pérdida de protagonismo del sujeto Administración no suponga una merma de las garan-

como veíamos anteriormente, el conjunto de autores que en la actualidad defienden el carácter administrativo, aún con especialidades y matices de estos procedimientos. Aunque el tema excede del objeto propio de este estudio, cabe apuntar, no obstante, que ese conjunto de «garantías suficientes», el conjunto de reglas y principios constitucionales consustanciales a los procedimientos de aplicación del Derecho en el ejercicio de funciones públicas son las derivadas del derecho a la defensa de los interesados y a la necesaria tutela del interés público (104).

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Quisiera insistir para terminar en que las consideraciones efectuadas se proponen tan sólo ofrecer algunos datos o elementos para un debate que es, sin duda, necesario y que, quizá, en los últimos años no haya estado bien enfocado por cuanto la cuestión a resolver no es tanto la de si la LRJ-PAC se aplica o no a los procedimientos seguidos para las inscripciones registrales y, en su caso, en qué medida a partir de la consideración de que estos procedimientos constituyen auténticos procedimientos administrativos, cuanto la de fijar cuál sea realmente la naturaleza de los procedimientos regulados en la LH y en su Reglamento de desarrollo, pues sólo así podrá efectuarse un pronunciamiento seguro sobre su sujeción a la citada norma.

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

tías de los ciudadanos; lo que, por otra parte, no ha de reconducirnos necesariamente a reclamar la omnipresencia del Derecho Administrativo, sino la aplicación equilibrada y ponderada de algunas de sus técnicas y principios inspiradores en función de los intereses públicos en juego» («El Derecho de la Seguridad y de la Calidad Industrial, *op. cit.*, pág. 16). Por su parte, D. CANALS, abundando en esta misma línea y desde la idea de que «el procedimiento, constituye, en rigor, la mayor garantía de la objetividad e imparcialidad en la toma de decisiones y declaraciones jurídico-públicas, evitándose con ello posibles arbitrariedades o discrecionalidades en la actuación administrativa», concluye que «el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para el ejercicio privado de funciones de autoridad debe garantizar, por una parte, la objetividad e imparcialidad de los agentes privados; por otra, la atención y satisfacción de los intereses generales; y, finalmente, los derechos de los particulares» («El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación», *op. cit.*, págs. 314-5).

(104) Del análisis de esta cuestión me he ocupado en la obra *La protección de los interesados en los procedimientos registrales* (Ed. Centro de Estudios. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005).

Los Fondos de Inversión Inmobiliaria. Aproximación a su régimen jurídico

SUMARIO: 1. PREÁMBULO.—2. EL MARCO NORMATIVO.—3. LOS FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA COMO INSTITUCIÓN DE INVERSIÓN COLECTIVA NO FINANCIERA.—4. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL FONDO DE INVERSIÓN Y LA TITULARIDAD QUE OSTENTAN SOBRE EL MISMO LOS PARTÍCIPEs.—5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL FONDO: 5.1. CONSTITUCIÓN DEL FONDO. 5.2. RELACIONES JURÍDICAS DE LOS PARTÍCIPEs CON EL FONDO. 5.3. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LOS PARTÍCIPEs, LA SOCIEDAD DE GESTIÓN Y EL DEPOSITARIO. 5.4. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL FII.

1. PREÁMBULO

Los Fondos de Inversión Inmobiliaria se institucionalizaron en España a través de la Ley 19/1992, de 7 de julio, como una nueva modalidad de las Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante IIC). Desde entonces, a pesar del carácter inmobiliario de los bienes que integran el patrimonio de su activo y los interrogantes que se suscitan en torno a la titularidad dominical de los mismos y las relaciones jurídicas entre los sujetos que intervienen en la vida de estas nuevas instituciones, carentes de personalidad jurídica y sin parangón entre las ya consagradas en nuestro ordenamiento, ningún civilista de nuestro país se ha ocupado del tema. Tal vez este desinterés obedece al extendido prejuicio de que el estudio de las Instituciones de Inversión Colectiva, en general, y de los Fondos de Inversión, en particular, compete al Derecho Mercantil. Afirmación frente a la cual, sin entrar en este momento en cuestiones dogmáticas relativas al controvertido deslinde del Derecho Mercantil y el Derecho Civil y al carácter interdisciplinar y complejo de la figura que nos ocupa, no podemos más que reaccionar críticamente.

Hasta la Ley de 1992, la Ley 46/1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva tan sólo se ocupaba de los Fondos de Inversión Mobiliaria, es decir, de aquéllos cuyo trasfondo patrimonial está constituido por valores, principalmente bursátiles, y otros activos financieros, tales como

divisas, pagarés, certificados de depósito, etc. En ese marco, tal vez carecía de menor justificación que los civilistas entrasen en el estudio de esta nueva figura jurídica. Pero, desde 1992, modificada la primitiva Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, pese a que los fondos inmobiliarios nacieron como un subtipo de los fondos de inversión mobiliaria, se ha incidido en un sector inequívocamente civil, como es el inmobiliario, lo cual nos obliga a pronunciarnos y a bucear en esta temática. Además, a poco que nos aproximemos al tema, se constata que la regulación de los Fondos de Inversión, en general, y de los inmobiliarios, en particular, no sólo se sustenta sobre conceptos tradicionalmente acuñados y estudiados en sede de Derecho Civil, sino que además su configuración jurídica suscita toda una serie de interrogantes cuya respuesta también compete de forma inmediata a esta disciplina. En este sentido, cabe destacar que los Fondos de Inversión son regulados como patrimonios carentes de personalidad jurídica (1); que los copartícipes de los fondos, que son los que adquieren participaciones en los mismos, son titulares de las partes alícuotas en que se divide el patrimonio del Fondo (2), a pesar de lo cual no ostentan facultades de administración ni disposición sobre los bienes que integran dicho patrimonio; que estos bienes se han de inscribir en el Registro de la Propiedad a nombre del Fondo, a pesar de su carencia de personalidad jurídica (3); que una sociedad gestora ejerce las facultades dominicales sobre los bienes del Fondo sin ser su propietaria (4) y actúa en representación del mismo (5); y, en fin —baste por ahora—, que hay una entidad depositaria a la que le compete la custodia de los bienes del Fondo y la vigilancia de la labor de la gestora (6). En definitiva, la Ley principal en la materia no ha hecho más que recoger conceptos del Derecho Civil, como no podía ser de otra manera en cuanto sede más elaborada de los conceptos jurídicos, resultando nuestra disciplina recurso ineludible para dar soporte a las instituciones que elabora el Derecho de la economía contemporánea (7). Ello justifica, incluso obliga, abordar su tratamiento también en esta sede, sin perder de vista en ningún caso su carácter interdisciplinar (8).

(1) Cfr. artículo 3.1 de la vigente Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobada el 4 de noviembre de 2003.

(2) Cfr. artículo 7.1 LIIC.

(3) Cfr. artículo 38 LIIC.

(4) Cfr. artículo 3.1 LIIC.

(5) Cfr. artículo 40.1 LIIC.

(6) Cfr. artículo 57 LIIC.

(7) Cfr. BONNEAU, «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil», en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 90 (1), janv.-mars 1991, pág. 48, quien añade también que el estudio de estas instituciones que exige el mundo moderno, propicia la siempre conveniente evolución de las concepciones civilistas.

(8) En este sentido, podemos hacer nuestras las palabras de TAPIA HERMIDA («Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», en

Justificado nuestro propósito de aproximarnos al análisis de los Fondos de Inversión Inmobiliaria desde la óptica del Derecho Civil, por lo que se refiere a la importancia del tema hay que subrayar que nos encontramos ante una institución compleja, tanto desde el punto de vista funcional, como institucional, y con importantes virtualidades en el orden económico-social.

Desde un punto de vista funcional, los Fondos de Inversión Inmobiliaria están llamados a desempeñar una doble función. De un lado, al configurarse como IIC están llamados a canalizar el ahorro de una colectividad de sujetos, y ello con el objetivo de invertirlo en inmuebles de naturaleza urbana, con el propósito de obtener un rendimiento colectivo a través de su explotación en alquiler. Esta función tiene especial importancia en la actualidad, fundamentalmente para el pequeño y mediano inversor, ya que no sólo le permite invertir en el mercado inmobiliario sin tener que desembolsar las ingentes sumas que hoy exige la adquisición del dominio de un inmueble a título individual, sino que además le evita otras desventajas nada despreciables de la inversión inmobiliaria, tales como los abultados gastos e impuestos de la adquisición y de la desinversión, la gestión permanente del inmueble y la falta de inmediata liquidez de lo invertido, en caso de que se necesite recuperar. Por otro lado, estas instituciones, como el resto de las de inversión colectiva, presentan las ventajas de diversificar riesgos y ofrecer una gestión profesional de la inversión realizada; y a todo ello se añade el atractivo de la consideración de los inmuebles como inversión refugio, en tanto activos rentables y seguros a largo plazo, ajenos a las fluctuaciones propias de los valores mobiliarios (9). En definitiva, desde este punto de vista hay que destacar que la institucionalización en nuestro ordenamiento de los Fondos de Inversión Inmobiliaria ha venido a diversificar las instituciones del mercado de capitales y, por tanto, las posibilidades globales de inversión en él, con la consiguiente mejora del mismo (10).

RDBB, núm. 32, 1988, pág. 785), cuando afirma que «nos disponemos a analizar una figura extremadamente compleja, que encierra graves problemas de intersección entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, cuyo desarrollo está en gran parte determinado por consideraciones de naturaleza fiscal».

(9) La doctrina insiste en que la inversión en los Fondos de Inversión Inmobiliaria ha de ser una inversión a largo plazo, subrayando por ésta y otras razones, que nos encontramos ante una oferta de inversión complementaria y no sustitutiva de los Fondos de Inversión Mobiliaria, que con ellos contribuyen al fomento del ahorro y a la mayor productividad de ese ahorro para la economía, al menor coste (cfr. LÓPEZ MILLA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en España», en *Documento de Trabajo*, núm. 9703, febrero de 1997, Universitat de Alicante, págs. 9, 61 y 62; URETA, «Fondos de Inversión Inmobiliaria (I)», en *Actualidad Financiera*, mayo 1993, pág. 131).

(10) Sobre su papel en el mercado financiero, vid. LÓPEZ MILLA, *ob. cit.*, págs. 61 y 62; TAPIA HERMIDA, *ob. cit.*, pág. 794; URETA, *ob. cit.*, págs. 131 y 133.

En segundo lugar, concretado su objeto en la inversión en inmuebles urbanos para su explotación en alquiler, se ha visto en ellos un privilegiado instrumento para intervenir en el mercado de la vivienda, a través del fomento de la oferta de viviendas en alquiler (11). Efectivamente, estos fondos pueden cumplir una importante función social en este aspecto, al canalizar nuevos flujos de capital para la inversión en vivienda en uso y no en propiedad, lo que incidiría en el necesario abaratamiento de este bien de consumo de primera necesidad (12). Para incentivar este tipo de inversión, se otorgan significativos beneficios fiscales a aquellos fondos que inviertan al menos la mitad de su activo en inmuebles destinados a vivienda, equiparándose a ellos a estos efectos las residencias estudiantiles y las de la tercera edad (13). Es bien sabido que este objetivo es perseguido por el Gobierno y el legislador español desde hace años, dada la marcada preferencia existente en nuestro país por la

(11) Sobre su papel en el mercado inmobiliario, vid. LÓPEZ MILLA, *ob. cit.*, págs. 50 y sigs.; TAPIA HERMIDA, *ob. cit.*, 794; y, con una visión crítica, URETA, *ob. cit.*, págs. 131 y 133.

(12) Éste ha sido el caso de los fondos inmobiliarios suizos que desde que comenzaron su andadura en los años treinta, como señala OSÁCAR GARAICOCHEA (*Manual de los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Inversor Ediciones, S. L., Madrid, 1994, págs. 18 y 19), han centrado su inversión en vivienda, lo que se explica porque se trata de un país de inmigración y con numerosos residentes extranjeros, con una legislación que dificulta la adquisición de vivienda en propiedad, determinando que la necesidad de viviendas en alquiler haya sido cubierta en parte por los fondos inmobiliarios.

(13) A este respecto, cfr. el nuevo apartado 19 añadido a la letra B) del apartado I del artículo 45 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, introducido por la DF 1.ª de la LIIC de 2003; así como la redacción dada al artículo 26.5 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, por la DF 2.ª de la LIIC.

En coherencia con ello, los escasos fondos inmobiliarios españoles existentes al cierre de 2001 —tan sólo cuatro— centraron su inversión en vivienda. Al cierre de dicho ejercicio económico, estos cuatro fondos movían 1.478 millones de euros y contaban con 47.564 partícipes (fuente EL PAÍS, *Negocios*, 17 febrero 2002, pág. 23). No obstante, hay que destacar que en un principio, y a pesar de los incentivos fiscales previstos para aquellos Fondos que centraran su inversión en vivienda, estos Fondos optaron por diversificar sus inversiones inmobiliarias, al parecer, no sólo porque existía mayor incertidumbre sobre la evolución del mercado de la vivienda, sino porque los gestores consideraron que las oficinas y los locales comerciales podían ofrecer en esos momentos rentabilidades más elevadas, que compensaban las desventajas fiscales aparejadas a esta opción, añadiéndose a todo ello la escasa importancia de nuestro mercado de viviendas en alquiler, no sólo en el lado de la oferta, sino también en el de la demanda (en este sentido, aportando los resultados económicos obtenidos por estas instituciones desde su constitución en 1994 hasta 1996, cfr. LÓPEZ MILLA, *ob. cit.*, págs. 67 y sigs.).

Tras este cambio de la política inversora de estas instituciones pueden advertirse diversos factores, legislativos (modificación de la legislación de arrendamientos urbanos y flexibilización de la propia regulación de los FII), económicos (incremento del precio de la vivienda) y sociales (incremento de la demanda de vivienda en alquiler, sobre todo por parte de ciertos sectores de la población, como jóvenes e inmigrantes).

adquisición en propiedad de la vivienda, frente a su arrendamiento, y desde un principio fue expresamente destacado por nuestro legislador como el factor determinante de la regulación de los Fondos (14), pero resulta especialmente oportuno en el momento actual. De un lado, porque la fuerte inflación de los precios experimentada en el mercado inmobiliario durante la última década dificulta el acceso a la propiedad cada vez a mayores sectores de la población (pensemos en particular en los jóvenes y en la creciente población inmigrante), imponiendo hallar fórmulas que les faciliten el acceso a una vivienda digna. Por otro lado, porque en este mismo período la adquisición de vivienda en propiedad ha dado lugar a unas cotas de endeudamiento de la población —animada por los bajos tipos de interés imperantes en los últimos años— que han hecho encender todas las alarmas económicas ante la situación que podría plantearse en caso de una subida de los tipos de interés. En coherencia con ello, en estos días el Gobierno se plantea la posibilidad de una nueva reforma del régimen jurídico de los Fondos de Inversión Inmobiliaria, ampliando su objeto a la promoción inmobiliaria, con el propósito de incrementar la oferta de viviendas en alquiler y coadyuvar con ello a la solución del grave problema que representa en la actualidad el acceso a la vivienda.

No obstante, yendo más allá de estas grandilocuentes manifestaciones acerca de la función social de los Fondos de Inversión Inmobiliaria, hay que tener presente que la institucionalización de estos Fondos también comporta dotar a los poderes financieros de un instrumento más de control de la riqueza, en este caso inmobiliaria, y del que obtener negocio, que reproduce fielmente el fenómeno denunciado hace décadas por ASCARELLI y GALGANO, de la escisión entre la titularidad del derecho y los poderes sobre el mismo, o sea, entre la propiedad y el control de la riqueza (15). Ello conlleva, además, que

(14) De hecho, tras fallidos intentos de años anteriores, se decidió acometer la regulación de los FII dentro del «paquete de medidas» de política de vivienda aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de mayo de 1991, para fomentar las viviendas en alquiler, por lo que la propia Exposición de Motivos de la Ley 19/1992 destaca esta función social de los FII. Igualmente, el Preámbulo de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1993 (BOE 5-10-1993; parcialmente derogada por el Real Decreto 845/1999, de 21 de mayo), que regula los aspectos financieros de los fondos de inversión inmobiliaria, destaca que estas fórmulas de inversión nacen con la vocación de invertir en inmuebles en alquiler, lo que les otorga —sobre todo si son viviendas— importantes beneficios fiscales, siendo de esperar —continúa el preámbulo— un apreciable incremento a medio plazo de la oferta de viviendas en alquiler, atendiendo a una de las principales preocupaciones que en materia de política de vivienda viene manifestando el Gobierno. En este sentido, destaca el notable arraigo y utilidad de estas instituciones en otros países.

(15) En la misma línea, pero con específico referente a los Fondos de Inversión Inmobiliaria, TAPIA HERMIDA (*ob. cit.*, pág. 813, n. 80) señala que en su gestión «se manifiesta, una vez más, uno de los fenómenos más característicos de la inversión actual: la escisión progresiva entre propiedad y administración». A su vez, URETA (*ob. cit.*, pág. 130) ve en la aparición de los FII «una manifestación más de la mutación de la

el intermediario financiero se aproveche de los beneficios de la inversión y ostente los poderes de gestión sobre los bienes que constituyen su objeto, sin soportar los riesgos de la misma, ya que éstos —aunque diversificados— van a parar a los inversores.

Pero, si las virtualidades prácticas de esta figura justificarían sobradamente su estudio, hay que destacar que la complejidad de la configuración jurídica de los FII no hace sino confirmar la oportunidad del mismo. De un lado, y como hemos anticipado, hay que tener presente que aunque las IIC han encontrado su encaje tradicionalmente en el Derecho Mercantil, desde el momento en que despliegan su actividad en el mercado inmobiliario se adentran en el terreno propio del Derecho Civil, dando lugar a una nueva y peculiar problemática, a la que son ajenas las IIC financieras. Por otro lado, el origen anglosajón de los Fondos de Inversión y, más concretamente, su entronque con una figura carente de parangón en nuestro ordenamiento como es el *trust* (16), dificulta la determinación de su naturaleza jurídica y, por ende, la de la posición jurídica de cada uno de los sujetos implicados en su desenvolvimiento. Básicamente, nos encontramos ante una IIC carente de personalidad jurídica, que dispone de un patrimonio inmobiliario, obtenido a partir de las aportaciones realizadas por sus partícipes, los cuales no ostentan poder alguno de administración o disposición sobre dicho patrimonio, asumiendo dicha función una Sociedad gestora, supervisada por un Depositario. A partir de este somero esquema, los interrogantes que se suscitan, desde la óptica del Derecho Civil, son numerosos: ¿nos encontramos ante una situación de cotitularidad, ante un patrimonio separado, ante un patrimonio colectivo?, ¿cuál es el fundamento jurídico de los poderes de administración y disposición del patrimonio del fondo que ostenta la sociedad de gestión?, ¿cuál es la relación jurídica que liga a los partícipes con el Fondo y a aquéllos con la sociedad gestora y el depositario? Y un largo etcétera.

En definitiva, la riqueza y complejidad de las cuestiones que plantean los Fondos de Inversión Inmobiliaria no hacen más que poner de manifiesto la

relación clásica entre propiedad mobiliaria y propiedad inmobiliaria, mutación que hace que la mobiliaria adquiera progresivamente más importancia, al prevalecer el aspecto dinámico del tráfico mercantil en masa sobre el aspecto estático de la seguridad en la titularidad jurídica».

(16) Este origen de la figura de los Fondos es puesto de manifiesto unánimemente por la doctrina. Por todos, vid. LLEVADOT ROIG, «Los llamados fondos de inversión inmobiliaria. Sus problemas y bases de una posible regulación», en *RJC*, enero-marzo 1973, pág. 37; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORIETA, «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las comunidades funcionales y los fondos de gestión», en *RCDI*, 1989, pág. 629; TAPIA HERMIDA, *ob. cit.*, págs. 786, 796 y 819; y USTARROZ UGALDE, «La naturaleza jurídica de los fondos de pensiones», en *RDBB*, julio-septiembre 1987, págs. 587 y sigs., en particular 589, donde pone de relieve que los Fondos de Inversión constituyen la mejor traducción en nuestro ordenamiento de la figura del *trust*, aunque sin equipararse a ella.

necesidad de clarificar su régimen sustantivo, ya que sólo así se logrará que estos instrumentos sean útiles —como lo han sido en otros países de nuestro entorno— tanto para satisfacer los intereses particulares de los inversores que confíen en ellos sus ahorros, como para la consecución de los objetivos de política económica y social que se les imputan.

2. EL MARCO NORMATIVO

La primera alusión legislativa en nuestro ordenamiento jurídico a la inversión colectiva en inmuebles a través de Fondos se remonta al Decreto Ley 7/1964, de 30 de abril, sobre Sociedades de Inversión Inmobiliaria, cuyo artículo 8 disponía que «podrán crearse Fondos de Inversión cuyo fin exclusivo sea la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de acciones de sociedades cuyo único objeto social sea la posesión y administración de inmuebles, su compraventa, explotación, edificación, urbanización, parcelación y, en general, cuantas actividades se relacionen con la propiedad inmobiliaria» (17).

Como se observa, en realidad esta norma no aludía a los Fondos de Inversión Inmobiliaria en sentido estricto, en tanto IIC de carácter no financiero, cuyo objeto es la inversión en bienes inmuebles para su explotación; sino Fondos de Inversión Mobiliaria especializados en la inversión en sociedades cuyo objeto social estuviera relacionado con la propiedad inmobiliaria y, por tanto, de carácter financiero (18). Además, esta mención legal no fue desarrollada reglamentariamente, por lo que quedó sin aplicación práctica.

Aunque en los años sucesivos se advertía desde el propio Gobierno la conveniencia y la utilidad del desarrollo de la inversión colectiva en inmuebles, fundamentalmente para incentivar el mercado de viviendas en alquiler (19), tampoco la Ley 46/1984, de 25 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (20) aludió de forma expresa a los Fon-

(17) A este antecedente de la regulación de los FII aluden, entre otros, LLEVADOT ROIG, *ob. cit.*, pág. 41; LÓPEZ MILLA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en España», *cit.*, pág. 10; TAPIA HERMIDA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», *cit.*, pág. 798; URETA, «Fondos de Inversión Inmobiliaria (I)», *cit.*, pág. 132.

(18) Vid. TAPIA HERMIDA, *ob. y loc. cit.*

(19) Así, entre los objetivos programáticos del III Plan de Desarrollo Económico y Social para el cuatrienio 1972-1975 se disponía que «se estimulará la construcción de viviendas para su explotación en régimen de alquiler a fin de dotar de mayor movilidad a la población laboral y en general, a todo tipo de actividad económica. La aportación de recursos privados a esta finalidad se facilitará mediante la constitución de Fondos de Inversión mobiliaria». Afirmación esta última coherente con lo dispuesto en el Decreto-Ley de 1964.

(20) BOE 27-12-1984.

dos de Inversión Inmobiliaria, ni en la modalidad de fondos mobiliarios especializados contemplada en el Decreto-ley de 1964, ni como fondos de inversión en inmuebles *strictu sensu*. No obstante, no cabe duda que estos últimos implícitamente tenían cabida dentro de las «Instituciones de Inversión Colectiva no financieras» contempladas en el Título II de la Ley. Pero su regulación se limitó a una remisión al régimen general de las IIC, claramente insuficiente para dar respuesta a las necesidades e interrogantes que suscitaba la implantación en nuestro ordenamiento de esta nueva figura jurídica de raíces foráneas (21).

Hubo que esperar hasta el año 1992 para que los Fondos de Inversión Inmobiliaria se institucionalizaran en nuestro ordenamiento. De ello se ocupó la ya referida Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria (22), reformando la Ley marco en la materia, que era la Ley 46/1984. Haciendo un inciso en la exposición de la evolución normativa de los Fondos de Inversión Inmobiliaria, hay que destacar que esta Ley ha sido recientemente derogada y reemplazada por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante, LIIC) (23), cuyos artículos 34 a 38 se ocupan específicamente del tema que nos ocupa.

A su vez, el Real Decreto 686/1993, de 7 de mayo, adaptó a las peculiaridades de las Sociedades y los Fondos de Inversión Inmobiliaria el Reglamento de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 1984, aprobado por el Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre (en adelante, RIIC) (24), reformando los artículos 72 a 74 del mismo. Este cuadro normativo se completó a través de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 24 de septiembre de 1993, que reguló toda una serie de cuestiones particulares que planteaba la articulación de los Fondos Inmobiliarios en atención a la naturaleza de los bienes que componen su patrimonio y que requería una norma-

(21) Ante esta situación, ya antes de la LIIC de 1984, la demanda de inversión colectiva en bienes inmuebles trató de atenderse a través del empleo de figuras jurídicas pensadas para otros fines (multipropiedad, sociedad en comandita por acciones, contrato de cuentas en participación), con resultados poco satisfactorios (cfr. LÓPEZ MILLA, *ob. cit.*, pág. 11; TAPIA HERMIDA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», *cit.*, págs. 805 y 806). Con posterioridad a esta Ley, la doctrina continuó llamando la atención sobre la necesidad de dotar de un adecuado estatuto legal y fiscal a los FII para que su implantación en nuestro ordenamiento tuviera verdadera virtualidad práctica, haciendo propuestas de *lege ferendae* en este sentido, inspiradas fundamentalmente en el régimen de los FIM (al respecto, cfr. LLEVADOT ROIG, *ob. cit.*, págs. 47 y sigs.; TAPIA HERMIDA, *ob. cit.*, págs. 811 y sigs.).

(22) BOE 14-7-1992.

(23) BOE 5-11-2003.

(24) La nueva LIIC no ha derogado este texto, pero presumiblemente su vigencia es meramente provisional, en tanto en cuanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario de la Ley al amparo de su Disposición Final quinta.

tiva específica. Aunque cabe objetar que, dada la importancia e implicaciones del tema, resultaba poco adecuado el molde legal escogido, esto es, el de una simple Orden Ministerial.

La rigidez de la regulación consagrada en esta normativa, especialmente por razón de las limitaciones relativas a los inmuebles susceptibles de inversión, supuso un lastre a la expansión de las entidades de inversión inmobiliaria, y por tanto a la consecución de los objetivos de política económica social que se les atribuían. Ello ha determinado sucesivas reformas dirigidas a flexibilizar su régimen jurídico (25). Entre los cambios más significativos cabe destacar la extensión de beneficios fiscales a Fondos que no ceñían su objeto estrictamente al arrendamiento de viviendas (26), así como la eliminación de diversas restricciones operativas que antes pesaban sobre los FII. En este

(25) Las modificaciones han afectado a la LIIC, al Reglamento de la misma y a la Orden de 1993. Concretamente, la Ley 20/1998, de 1 de julio (*BOE* núm. 157, de 2 de julio), modificó los artículos 33, 34 bis y 35 bis de la LIIC de 1984, y el Real Decreto 845/1999, de 21 de mayo, modificó el Reglamento de esta Ley en sus artículos 72, 72 bis, 73, 74, 75 y 75 bis y parcialmente otros menos importantes, derogando también diversos preceptos de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1993. Más recientemente, la LIIC de 1984 ha sido derogada y reemplazada por la nueva Ley 35/2003, de 4 de noviembre (*BOE* núm. 265, de 5 de noviembre). A la espera del desarrollo reglamentario de esta Ley, sigue en vigor el Reglamento de 1990, cuya última reforma tuvo lugar en virtud del Real Decreto 91/2001, de 2 de febrero (*BOE* núm. 42, de 17 de febrero).

(26) La doctrina había criticado el lastre que suponía para la implantación y expansión de estas nuevas IIC el ceñir su empleo al fomento de la vivienda en alquiler. En este sentido, cfr. LLEVADOT ROIG, *ob. cit.*, págs. 57 (especialmente, la n. 75) y 79 y sigs.; y, en particular, URETA, *ob. cit.*, pág. 133, quien tras calificar dicho enfoque de política legislativa de «profundamente desacertado», afirma que «mutilar los FII de la forma que lo ha hecho la Ley 19/92, de 7 de julio, es, en nuestra modesta opinión, la fórmula más idónea para asegurar su fracaso».

Finalmente, la Ley 20/1998, tras admitir en su Exposición de Motivos que las cautelas y garantías establecidas en la normativa originaria de estas instituciones han impedido un adecuado desarrollo de las mismas, con el consiguiente incumplimiento del objetivo para el que fueron creadas, como «pieza de la política gubernamental de vivienda», dio nueva redacción al artículo 35 bis.1 de la LIIC extendiendo el privilegiado régimen fiscal de los FIM a los FII que invirtieran, al menos, el 50 por 100 del total de su activo en viviendas para su arrendamiento, residencias estudiantiles y residencias de la tercera edad. A su vez, la nueva redacción del artículo 72.4 del RIIC, dada por el Real Decreto 1393/1999, precisó que se entenderá por residencia estudiantil los inmuebles diseñados o adaptados específicamente para acoger estudiantes que estén reconocidos oficialmente como tales, y por residencias de la tercera edad los inmuebles diseñados o adaptados específicamente para acoger a personas de la tercera edad, que hayan sido autorizadas oficialmente como tales. En ningún caso, el fondo o la sociedad podrá explotar el negocio y servicios anexos a los inmuebles integrantes de su activo, entre ellos los de las residencias estudiantiles y de la tercera edad, más allá del arrendamiento del local. Finalmente, la vigente LIIC mantiene el régimen fiscal favorable para los FII que tengan invertido, al menos, la mitad de su activo en los inmuebles señalados en su DF 1.^a, con relación al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en su DF 2.^a, con respecto al Impuesto de Sociedades.

aspecto, la reforma afectó en concreto a permitir que los partícipes del Fondo pudieran ser arrendatarios de los inmuebles que integran su activo y que aportaran al Fondo bienes no dinerarios, o sea, que el partícipe pueda adquirir participaciones en el Fondo a cambio de ceder a éste la titularidad de un inmueble y no sólo cantidades en efectivo, que era lo único permitido en la primitiva redacción de la LIIC y su Reglamento (27). Asimismo, a diferencia del régimen anterior que sólo permitía a los FII adquirir edificios terminados y en propiedad (28), se ampliaron los tipos de derechos de carácter inmobiliario que pueden configurar el patrimonio del Fondo. Así, se prevé expresamente que los FII adquieran inmuebles en sus diferentes fases de construcción, incluso aunque estén sólo sobre plano (29), que adquieran opciones de compra sobre inmuebles (30) y derechos reales inmobiliarios distintos del dominio y concesiones administrativas que confieran la facultad de arrendar inmuebles (31).

En definitiva, todas estas reformas se han orientado a flexibilizar el régimen de los Fondos de Inversión Inmobiliaria, con el propósito de animar su constitución e incrementar la confianza en ellos de los inversores, sin descuidar en ningún caso sus virtualidades de política económico-social. Pero, hay aún una significativa actividad excluida de nuestros Fondos de Inversión Inmobiliaria, en contraste con otros de nuestro entorno. Se trata de la posibilidad de que los Fondos no se limiten a adquirir inmuebles ya construidos o en construcción, sino que ellos mismos puedan llevar a cabo actividades de

(27) Con tal objeto, la Ley 20/1998 modificó la redacción originaria de las letras *a*) y *b*) del artículo 33 de la LIIC de 1984. A su vez, el Real Decreto 845/1999 dio nueva redacción a los artículos 72 y 74 del Real Decreto 1393/1990.

(28) En su redacción originaria, el artículo 72.1 del RIIC se limitaba a establecer como objeto exclusivo de los FII la inversión en inmuebles para su directo arrendamiento, lo que unido al régimen fiscal que sólo se refería al alquiler de viviendas, planteaba serias dudas en cuanto a la posibilidad de que los FII pudiesen adquirir activos distintos de edificios ya construidos.

(29) Tras la modificación introducida por la Ley 20/1998, así lo disponía el artículo 33.6, letra *c*), de la LIIC de 1984. En la actualidad, así lo dispone el artículo 72.2, letra *b*) del RIIC (reformado por el Real Decreto 1393/1999), estableciendo la obligatoriedad en este caso de que el constructor o promotor que venda el inmueble haya obtenido la preceptiva licencia para edificar. Además, a los efectos de conseguir beneficios fiscales en este caso el artículo 75 bis.1, letra *a*), del RIIC exige que el inmueble en construcción adquirido tenga entidad registral mediante la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que rectamente interpretado ha de entenderse en el sentido de que esté inscrita la obra nueva en construcción (cfr. arts. 208 LH y 308 RH).

(30) El artículo 72.2.c) del RIIC adicionalmente exige que el valor de la prima no supere el 5 por 100 del precio del inmueble, así como que el vencimiento de la opción no supere el plazo de dos años y que los correspondientes contratos no establezcan restricciones a su libre transmisibilidad.

(31) Cfr. artículo 72.2.d) y *e*) del RIIC. Entre las titularidades reales que permitirían el arrendamiento estarían el derecho de usufructo y el de superficie.

promoción (32). Esta posibilidad permitiría que su influencia en el mercado inmobiliario fuera mucho mayor, no sólo porque permitiría a los Fondos acceder a mejores oportunidades de inversión de aquéllas con las que cuentan al estar limitados a adquirir en el mercado tan sólo inmuebles ya construidos o en fase de construcción, lo que a su vez redundaría en un mayor y más satisfactorio aumento de la oferta de vivienda en alquiler. También porque ello incrementaría la transparencia y eficiencia de un mercado tan opaco como el inmobiliario, a resultas del carácter profesional de la gestión de los Fondos y las estrictas obligaciones de información y publicidad a las que está sujeta su actividad, y probablemente contribuiría a moderar los exorbitados niveles de especulación que en los últimos años vienen caracterizando a este mercado (33). No es de extrañar por ello, que el Gobierno actual se esté planteando la posibilidad de reformar en este sentido la regulación de los Fondos, tarea que podría acometerse con ocasión de la necesaria reforma del Reglamento de la LIIC que impone la nueva redacción de ésta. De modo que será preciso estar atento a las novedades que en este sentido pueda ofrecernos el futuro inmediato.

3. LOS FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA COMO INSTITUCIÓN DE INVERSIÓN COLECTIVA NO FINANCIERA

Como ya se ha señalado, los Fondos de Inversión Inmobiliaria se configuran como un subtipo de los Fondos de Inversión y, más en general, como una IIC no financiera (34).

Ubicado el tema en este marco, conviene precisar someramente dos cuestiones generales. De un lado, la razón de existir de los instrumentos de inversión colectiva. De otro, la determinación de sus clases, al objeto de precisar en cuál o cuáles de ellas se incardinan los Fondos de Inversión Inmobiliaria.

Por lo que respecta a la primera cuestión, hay que destacar que desde su origen británico, en la segunda mitad del siglo XIX (35), la finalidad primordial que se persigue a través de las IIC, en general, y de los Fondos, en

(32) Pueden adquirir terrenos y llevar a cabo operaciones de promoción inmobiliaria, dentro de ciertos límites, dirigidos fundamentalmente a evitar una excesiva concentración de riesgos, los Fondos suizos y los alemanes (vid. LÓPEZ MILLA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en España», *cit.*, pág. 18).

(33) En este sentido, cfr. LÓPEZ MILLA, *ob. cit.*, págs. 52, 58, 76 y 80.

(34) Cfr. el artículo 1.3, así como el Título III de la LIIC (en particular, los arts. 29 —que recoge el concepto de IIC financiera—, 34 —que da una definición, por defecto, de las IIC no financieras— y 35 —que define, en particular, las IIC no financieras inmobiliarias, admitiendo su doble configuración como Sociedades y Fondos—).

(35) Para una reseña histórica, vid. NIGRO, voz «Investment trust», en *Novissimo Digesto Italiano*, Giuffrè, Ed. Varese, 1972, págs. 694 a 696.

particular, es invertir en una pluralidad de bienes, con objeto de diversificar los riesgos de la inversión y soslayar el inconveniente de las empresas o sociedades tradicionales, dedicadas a un sólo negocio o actividad (36). Así, el Fondo, por definición, invierte en una pluralidad de valores, y el inmobiliario, en particular, recae sobre varios inmuebles —preferiblemente con localización geográfica diversa— con objeto de no concentrar los riesgos de la inversión en un solo inmueble (37). A ello se une el atractivo y la ventaja de contar con una gestión profesional y especializada de la inversión realizada, cuyos costes son distribuidos entre la colectividad de inversores, y que sin embargo podrían resultar excesivos para el inversor individual. Además, estas entidades están sujetas a supervisión pública, lo cual constituye una garantía adicional para el inversor (38).

Por lo que se refiere a su clasificación, en atención a la composición de su patrimonio, se distingue entre IIC financieras y no financieras, ubicándose los Fondos de Inversión Inmobiliaria dentro de las segundas (39). Serán financieras aquellas instituciones que inviertan su patrimonio en ac-

(36) El principio de diversificación de riesgos es la esencia de las instituciones de inversión colectiva. En este sentido, la Exposición de Motivos y el artículo 23 de la LIIC de 2003 concretan los tres principios rectores de la política de las instituciones de inversión colectiva en la liquidez, la diversificación de riesgos y la transparencia.

También la doctrina subraya unánimemente esta nota como cualificadora de las IIC. Por todos, cabe aludir la definición que de las mismas dan ONTIVEROS y VALERO (*Introducción al sistema financiero español*, Civitas, 1994, pág. 91), como aquellas instituciones que tienen por objeto la «agrupación de los fondos procedentes de muchos inversores individuales para conseguir mayores niveles de eficiencia y diversificación de los que los mismos podrían obtener si invirtiesen por separado».

(37) El principio de diversificación de riesgos, en sentido estricto, está pensado para las instituciones de inversión colectiva de carácter financiero, tal y como lo concreta el artículo 30.2 de la vigente LIIC. No obstante, el artículo 36.1 de la LIIC dispone que también las IIC inmobiliarias deberán respetar, entre otros, coeficientes de diversificación del riesgo que limiten la inversión en un solo inmueble, así como el arrendamiento de bienes inmuebles a entidades de un mismo grupo. En desarrollo de estas previsiones, el artículo 72 bis.3 del RIIC establece de manera particular para los fondos inmobiliarios que ningún bien, incluidos los derechos sobre los mismos, podrá representar más del 35 por 100 del activo total, según la última valoración de aquél, efectuada conforme a los criterios establecidos por el Ministerio de Economía y Hacienda. En el caso de edificios, el porcentaje anterior se referirá al valor del edificio en su conjunto, y no al de las distintas fincas que lo componen. A estos efectos se considerarán como único inmueble todos los integrados en un mismo edificio.

(38) Subrayan estos caracteres generales de las IIC, en general, por todos, LÓPEZ MILLA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en España», *cit.*, págs. 4 y 5; TAPIA HERMIDA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», págs. 784 y 785.

(39) Sobre la clasificación de las IIC en financieras y no financieras, vid. por todos, SÁNCHEZ CALERO, «Uniones de empresa, grupos de sociedades e instituciones de inversión colectiva», en *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 1, 17.^a ed., EDESA, Madrid, 1994, pág. 597.

tivos e instrumentos financieros, incluyendo instrumentos derivados, acciones y participaciones de otras IIC y valores no cotizados, pudiendo adoptar en nuestro ordenamiento tan sólo la forma de fondo de inversión o de sociedad de inversión de capital variable (40). Por el contrario, serán no financieras aquéllas que inviertan en activos de naturaleza no financiera (41). Este es el caso de las IIC inmobiliarias, en su doble configuración de sociedades y fondos de inversión, ya que como su propia denominación pone de relieve, no invierten su patrimonio —o, al menos, no mayoritariamente— en activos e instrumentos financieros (42), sino en inmuebles de naturaleza urbana. Esto se traduce necesariamente en ciertas peculiaridades de su régimen jurídico frente al propio de las IIC financieras, fundamentalmente en cuestiones tales como la política de inversión de unas y otras instituciones, la diferente materialización en unas y otras del principio de diversificación de riesgo, en la necesidad de las no financieras de que su política de inversión respete un coeficiente de liquidez que compense la menor liquidez de sus activos, en su régimen de disolución y liquidación, etc. De la forma en que nuestro legislador ha resuelto estas cuestiones en el caso de los Fondos de Inversión Inmobiliaria nos ocuparemos a continuación.

En atención a su estructura u organización se pueden distinguir también dos tipos de IIC: las de estructura contractual y las que adoptan una estructura estatutaria. La fórmula contractual, que es la propia del Fondo de Inversión en sentido estricto (tanto mobiliario, como inmobiliario), comporta una estructura trilateral, es decir, la presencia de tres sujetos (43): los partícipes, a partir de cuyas aportaciones se constituye el patrimonio del Fondo (44); la Sociedad de gestión, encargada de la administración del mismo (45) y el Depositario, a quien compete la custodia de los activos financieros que puedan integrar el patrimonio del Fondo, así como la vigilancia de la gestión de

(40) Cfr. el apartado III de la Exposición de Motivos, el artículo 1.3 y los artículos 29 y sigs. de la LIIC de 2003.

(41) El artículo 34 LIIC no precisa cuál ha de ser el objeto de la inversión de estas instituciones, definiéndolas por exclusión como aquéllas que no estén contempladas en el artículo 29, es decir, que no entren dentro de la categoría de IIC financieras. Acto seguido se refiere expresamente a las de carácter inmobiliario, dejando abierta esta categoría con una simple alusión a «otras IIC no financieras, distintas de las IIC inmobiliarias» (art. 39).

(42) Como veremos a continuación, cabe la posibilidad de que cierto porcentaje de su patrimonio esté invertido en activos financieros o efectivo, al objeto de garantizar un nivel mínimo de liquidez (vid. *infra*, apdo. 5).

(43) Cfr. el artículo 3.1 de la LIIC. Asimismo, destaca esta nota como común a todo tipo de instituciones financieras procedentes del *contractual investment trust*, TAPIA HERMIDA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», *cit.*, pág. 813, en particular n. 79.

(44) Cfr. el artículo 5 de la LIIC.

(45) Cfr. el Título IV de la LIIC, artículos 40 y sigs.

la Sociedad Gestora (46). La estructura estatutaria, sin embargo, organiza la actividad de gestión patrimonial a través de un único sujeto de Derecho, la Sociedad de Inversión, de la cual los inversores devienen socios (47). Esta fórmula es la usual en Estados Unidos, al menos en materia inmobiliaria, en los llamados *real estate investment trust*. En cambio, la contractual es la que predomina en Europa, con la excepción de Francia, donde imperan las sociedades de inversión (*SICAV*), sin que la Ley excluya la modalidad contractual (*fond commun de placement*) en el ámbito de las instituciones de carácter financiero (48).

En nuestro país, el legislador de 1984 también consagró la admisibilidad de estos dos tipos de organización, manteniéndose esta opción en la normativa vigente. De modo que en la Ley reguladora de las instituciones de inversión colectiva tienen cabida tanto las sociedades de inversión, como los fondos de inversión. No obstante, el legislador mostró expresamente su preferencia por la fórmula de los Fondos y en la práctica no cabe duda que es la que ha tenido un mayor desarrollo. Presumiblemente, este mayor éxito de la fórmula contractual, frente a la societaria, obedece a que los fondos fueron configurados en nuestro ordenamiento como IIC de carácter abierto (49), lo cual hace que aparte de tener todas las ventajas de las sociedades de inversión, tengan el atractivo añadido de la liquidez de la suscripción. Para comprender esta afirmación es preciso hacer referencia a una ulterior clasificación de las IIC de gran trascendencia práctica, aquella que distingue entre las de carácter abierto y las de carácter cerrado.

Las IIC de carácter abierto (*open fund*) se caracterizan porque su volumen patrimonial no ha de mantenerse constante, admitiéndose que los inversores puedan en cualquier momento dirigirse a la entidad para comprar o vender participaciones de la misma. De modo que su patrimonio se modificará en función del incremento o la reducción del volumen de títulos en circulación. Consecuentemente, una parte del patrimonio de estas instituciones deberá ser líquida o liquidable, para hacer frente a los aumentos en las

(46) Cfr. el Título V de la LIIC, artículos 57 y sigs.

(47) Su origen es el denominado *statutory investment trust* (TAPIA HERMIDA, *ibídem*, pág. 786).

(48) Sobre el mayor volumen en Francia de las sociedades de inversión frente a los fondos, vid. BONNEAU, «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le Droit civil», en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1990 (1), janvier-mars 1991, pág. 3.

(49) Así se deduce de los caracteres que el artículo 7 de la LIIC predica de las participaciones. En particular, el artículo 7.3 LIIC permite al partícipe en cualquier momento en que lo desee salirse del fondo y exigir el reembolso de su participación con arreglo al valor que tenga en ese momento, precisando en su apartado 2 que el valor liquidativo de cada clase de participación será el que resulte de dividir el valor de la parte del patrimonio del fondo que corresponda a dicha clase por el número de participaciones de esa clase en circulación.

solicitudes de rescate que no se vean compensados por nuevas suscripciones. A raíz de ello, otra peculiaridad de las mismas es que el valor de sus participaciones se fijará a partir del valor total del patrimonio de la institución, más concretamente, dividiendo dicho valor por el número de participaciones en circulación.

A diferencia de las anteriores, en las IIC cerradas (*closed fund*) existe predeterminado un volumen patrimonial que se pretende mantener constante a lo largo del tiempo. Ello determina que una vez colocadas todas las participaciones, no podrán suscribirse nuevas si ningún partícipe está dispuesto a vender sus participaciones; ni éste podrá deshacerse de ellas mientras no haya ningún inversor interesado en adquirirlas, ya que la institución de inversión no está obligada a reembolsarle su valor. De modo que, para coordinar la oferta y la demanda de participaciones, éstas deberán negociarse en un mercado secundario, en el que se fijará su valor (50).

Atendida esta distinción, hay que destacar que las sociedades de inversión, en particular las inmobiliarias, pertenecen a la categoría de las IIC cerradas (51), por lo que el inversor que desee salir de ellas sólo tiene la vía de vender sus títulos, sin que la sociedad de inversión esté obligada a reembolsarle su valor (52). Por el contrario, nuestro legislador ha optado por configurar los Fondos de Inversión mobiliarios e inmobiliarios como abiertos, a diferencia de otros ordenamientos europeos (53). Aunque, consciente de

(50) Sobre esta distinción, cfr. LÓPEZ MILLA, *ob. cit.*, pág. 6.

(51) Téngase en cuenta que las sociedades de inversión inmobiliaria han de configurarse como sociedades anónimas (art. 37.1 LIIC). Sin embargo, como novedad de la LIIC de 2003, se dispone que las sociedades de inversión mobiliaria o, si se prefiere, de carácter financiero, deberán configurarse como sociedades de capital variable, en las cuales sí se prevén ciertas medidas en orden a la liquidez de las acciones (cfr. Exposición de Motivos y art. 29 LIIC).

(52) Esta afirmación debe admitirse con matices en lo que respecta a las sociedades de capital variable, aunque nuestro ordenamiento no prevé la adopción de esta configuración más que por las IIC financieras, en ningún caso por las IIC inmobiliarias (cfr. nota precedente).

(53) En efecto, otros ordenamientos han configurado los Fondos de Inversión Inmobiliaria como cerrados, excluyendo el derecho de reembolso del partícipe. El ejemplo típico de fondo cerrado lo tenemos en los fondos de inversión inmobiliaria de Italia. En este país, pese a que en el ámbito de los mobiliarios se regulaban los dos tipos de fondos abiertos y cerrados, para los de inversión inmobiliaria se ha optado por la modalidad *closed fund* en la Ley número 86 de 25 de enero de 1994, sobre instituciones y disciplina de los fondos comunes de inversión inmobiliaria cerrados (sobre éstos cfr. TAPIA HERMIDA, «La nueva ley italiana sobre los fondos comunes de inversión inmobiliaria cerrados», en *RDBB*, núm. 65, 1994, págs. 777 a 781; BRANDA, «I fondi comuni di investimento immobiliare chiusi», en *Il fisco*, núm. 26, 1994, págs. 6313 y sigs.; ZITELLO, «Fondi comuni di investimento immobiliare chiusi: la nuova disciplina», en *R. Le Società*, núm. 3, 1994, págs. 301 y sigs.). Por su parte, la normativa portuguesa admite la configuración de los Fondos de Inversión en ambas modalidades, tanto la abierta como la cerrada (cfr. el art. 2.3 del Decreto-Ley núm. 229-C/88, de 4 de julio; así como TAPIA HERMIDA, «Los

que en los Fondos Inmobiliarios las peculiaridades del *open fund* se ven contrarrestadas en cierta medida por la falta de liquidez propia de los bienes inmuebles que integran su activo, aparte de adoptar las medidas oportunas para compensar esa falta de liquidez, puntualiza con prudencia su carácter de «semiabiertos» (54).

Recapitulando estas consideraciones en torno a la inversión inmobiliaria, única que aquí nos interesa, hay que subrayar que desde la reforma de la LIIC realizada en 1992 nuestro legislador ha mantenido las dos modalidades organizativas de las IIC no financieras inmobiliarias, de sociedad (*closed fund*) y fondo (*open fund*) (55), aunque mostrando una clara preferencia por esta última (56). Este criterio se homologa, en líneas generales, con el seguido en los países de nuestro entorno, cuyas legislaciones reguladoras se han inclinado mayoritariamente por el modelo Fondo. A título ilustrativo, este es el caso de Alemania, Italia, Portugal y Suiza (57), cuyas fórmulas habrán de servir de pauta comparatística para la interpretación de nuestras normas en la materia, en contraste con la opción del legislador francés (58). Es más, no

Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», *cit.*, pág. 787).

(54) Cfr. el Preámbulo de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1993. En la doctrina, subrayan este carácter, entre otros, LÓPEZ MILLA, *ob. cit.*, págs. 14 y 22, y SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, pág. 602.

(55) Tras dicha reforma, el artículo 33.6 de la LIIC de 1984 recogía nominalmente las dos modalidades de IIC inmobiliarias, calificándolas como instituciones de inversión colectiva no financieras. Pero, es sobre todo el RIIC en sus artículos 72, 72 bis, 73 y 74, el que dicta normas específicas para cada una de las dos modalidades. Por su parte, la vigente LIIC de 2003 contempla ambas modalidades con carácter general, para toda clase de IIC, en su artículo 1.2 y, en particular, atribuye a las de carácter inmobiliario la condición de IIC de carácter no financiero en su artículo 34, contemplando expresamente su configuración en cualquiera de las dos modalidades referidas en su artículo 35.3.

(56) Las personas que tengan la iniciativa de crear una IIC inmobiliaria son libres de optar por su configuración societaria o de fondo. No obstante, nuestro legislador parece mostrar preferencia por esta segunda modalidad, tal y como se desprende del preámbulo de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1993, al afirmar que «aunque la Orden, en coherencia con las normas que desarrolla, regula tanto las Sociedades como los Fondos de Inversión Inmobiliaria, es esta última figura la que es objeto de una regulación más completa, debiendo constituir el Fondo de Inversión la fórmula ordinaria de Inversión Colectiva Inmobiliaria».

(57) PIETRA, «Cenni sulle caratteristiche comuni, le analogie e le differenze della disciplina giuridica dei fondi e di alcune società d'investimento immobiliare in diversi paesi europei: Francia, Germania, Olanda, Portogallo, Spagna e Svizzera», en la obra colectiva *I fondi comuni*, a cura de Velo e Fruscio, Giuffrè Ed. Milano, 1989, pág. 103.

(58) Los fondos de inversión inmobiliarios franceses, desde que se regularon por primera vez en 1970 y 1971, sólo admiten la fórmula de sociedad de inversión, prohibiéndose la de fondo propiamente dicha, y se configuran como sociedades civiles con una especial limitación de responsabilidad de los socios, en concreto el doble del valor de su aportación. Para éstos, cfr. JEANTIN, «L'investissement collectif nelle settore immobiliare: l'esempio delle società civili di investimento immobiliare francesi», en la obra colectiva

sólo el legislador, sino también la práctica española se ha inclinado por el modelo Fondo, ya que las IIC inmobiliarias que se han creado hasta la fecha, según nos consta, han adoptado esa fórmula.

En cualquier caso, aparte de por meras razones cuantitativas, dada su mayor implantación práctica, es claro que desde el punto de vista jurídico la fórmula que presenta una mayor novedad y cuyo estudio suscita más interés es la del Fondo de Inversión Inmobiliaria; puesto que la fórmula societaria poco añade —salvo ciertas particularidades de régimen— a los esquemas generales ya elaborados en el seno del Derecho de sociedades. La principal singularidad de los Fondos desde el punto de vista jurídico privado, y lo que los hace merecedores de una mayor atención doctrinal, radica en la cuestión relativa a la titularidad que sobre su patrimonio ostentan los inversores o partícipes, controversia que no se suscita cuando los inversores son simplemente socios. Por ello, nuestro análisis se limitará a los Fondos de Inversión Inmobiliaria propiamente dichos.

4. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL FONDO DE INVERSIÓN Y LA TITULARIDAD QUE OSTENTAN SOBRE EL MISMO LOS PARTÍCIPES

La problemática que se plantea en torno a la titularidad del patrimonio de los Fondos de Inversión tiene su génesis en el hecho de que nos encontramos con una figura de origen anglosajón, elaborada a partir de una figura típica del *common law* como es el *trust* (59), a través de lo que se denomina como *contract investment trust*, que no encuentra fácil acomodo en el sistema de *civil law* al que responden los ordenamientos jurídicos continentales europeos.

La admisibilidad en los sistemas jurídicos que siguen al inglés, de una dualidad de propiedades sobre las cosas (*estates*), *legal* y *equitable*, hace posible con el *trust* distribuir a la vez varios derechos de goce entre otras tantas personas, así como distinguir los beneficios y responsabilidades inherentes a la propiedad misma y a su administración (60). La cosa objeto de *trust* pertenece legalmente al fiduciario o *trustee*, pero el beneficiario del *trust* (*cestui que trust*) tiene también un derecho equitativo que se corresponde con la propiedad sustancial o económica, protegido incluso frente al *trustee*. En consecuencia, la cosa objeto del *trust* no se confunde con el patrimonio del

I fondi comuni, cit., págs. 45 y sigs. En la misma obra, vid. también PIETRA, «Cenni sulle caratteristiche comuni...», cit., págs. 103 y 104.

(59) NIGRO, «Investment trust», cit., pág. 695.

(60) GENTILE, *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Ed. Cedam, Padova, 1991, pág. 121.

trustee, sino que permanece separada sin posibilidad de agresión por parte de sus acreedores (61). Cuando es objeto de *trust* una totalidad de bienes (*fund*) el *trustee* puede enajenar un singular bien del Fondo, libre de todo vínculo tutelable en *equidad* (62), pero toda cosa adquirida en su lugar entra automáticamente a formar parte del *fund* en *trust*.

El instituto, así delineado, resulta pues particularmente apto para la administración de patrimonios constituidos por bienes que exigen particulares cualidades y conocimientos técnicos, de cara a la obtención de un rendimiento, así como la diversificación y el reparto de los riesgos asumidos por los inversores a título individual. De modo que en ese esquema del *trust*, se basa la fórmula originariamente anglosajona de los fondos de inversión, los llamados *investment trust*, que devienen así en una institución que contemporiza los intereses de los partícipes del capital invertido con los poderes de los administradores (63).

Sin embargo, el *investment trust* no puede ser pura y simplemente recibido en los ordenamientos del *civil law*, en los que es del todo extraño el concepto de doble propiedad (*estate*) y sólo se reconoce un único derecho de propiedad y otros derechos reales sobre la cosa de otro (64). De manera que la recepción del mismo en los derechos continentales se revela traumática, especialmente en lo que concierne a su naturaleza jurídica, extremo sobre el que existen bastantes discrepancias doctrinales (65). Si se atiende a la disci-

(61) GENTILE, *ob. y lug. cit.*; USTARROZ UGALDE, *ob. cit.*, pág. 587.

(62) GENTILE, *ob. cit.*, pág. 122.

(63) En términos parecidos, cfr. LLEVADOT ROIG, «Los llamados fondos de inversión inmobiliaria...», *cit.*, pág. 37, y TAPIA HERMIDA, «Los fondos de inversión inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», *cit.*, pág. 786. También GENTILE, *ob. cit.*, págs. 122 y 123. En particular, USTARROZ UGALDE (*ob. cit.*, págs. 587 y 589) tras exponer el esquema de funcionamiento del *trust*, destacando que «el *settlor* (fideicomitente), en un *trust*, es la persona que intencionalmente origina que aquél exista; con cierta frecuencia es llamado *truster* (promotor del plan). El *trustee*, fiduciario, es la sociedad gestora que opera con los bienes del fondo en beneficio de este último. El beneficiario o *cestui del trust* (fideicomisario) es la persona física beneficiada por el fiduciario»; señala que «esta institución de confianza tiene varias aplicaciones en la práctica económica mercantil, especialmente en la administración de patrimonios a través del fideicomiso bancario». No obstante, la mejor traducción existente del *trust* en nuestro ordenamiento es la figura del fondo de inversión, aunque —como veremos a continuación— no cabe afirmar que constituya un fideicomiso en sentido estricto.

(64) En este sentido, niegan la posibilidad de apreciar una titularidad dominical a favor de la sociedad gestora, a pesar de que sus facultades se asemejen mucho a las de un verdadero fiduciario, FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *ob. cit.*, pág. 647; TAPIA HERMIDA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», *cit.*, págs. 808 y 809, 812 y 819; USTARROZ UGALDE, *ob. cit.*, pág. 589. Y, en particular, nuestro legislador, en el artículo 3 LIIC.

(65) NIGRO, *ob. cit.*, pág. 703. En España, antes de la regulación de los fondos inmobiliarios en nuestro ordenamiento, TAPIA HERMIDA (*últ. ob. cit.*, págs. 803 a 809)

plina del instituto que se infiere de las legislaciones europeas donde el *investment trust* ha sido introducido, resulta una configuración constante —y, por tanto, típica— de los fondos comunes como patrimonios constituidos por una masa indivisa compuesta por los bienes y derechos objeto de inversión, separados de los patrimonios de los partícipes y del gestor-administrador, absorbiendo este último fiduciariamente los poderes y deberes sobre los bienes de dicha masa patrimonial (66).

Nuestro Derecho sigue esta configuración, y así, en el artículo 3 de la LIIC se describen los fondos de inversión diciendo que «son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores (...), cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del Fondo (...)». En cuanto a quién ostenta la propiedad del Fondo, hay que subrayar que, a diferencia de la precedente LIIC, la normativa vigente prescinde del término propiedad a la hora de calificar la titularidad que ostentan los partícipes sobre el patrimonio del Fondo (67). Se homologa así con la mayoría de las legislaciones extranjeras —v. gr., alemana, suiza, italiana—, en las que siempre se elude la directa y clara afirmación de que los partícipes sean propietarios del Fondo. Tan sólo la legislación de Portugal se aparta de esta tónica, e incluso va más lejos, al calificar de manera directa a los partícipes como copropietarios del Fondo (68). No obstante, no podemos desconocer que nuestra Ley no resuelve de forma tajante la cuestión, porque aunque no emplea en ningún momento el término copropiedad o condominio, sí habla de parte alícuota, al definir la participación como «cada una de las partes alícuotas en que se divide el patrimonio de un Fondo» (art. 7.1). Esta afirmación deja en el aire la posibilidad de apreciar aquí una comunidad de bienes de los partícipes. Sin embargo, esta calificación parece inviable por diversas razones.

En primer lugar, el molde de la comunidad ordinaria o romana es inasumible por la inexistencia de acción de división, la falta de partes alícuotas

señaló las diferentes formas jurídicas pensables para los mismos, alternativas que, igualmente, hoy siguen planteadas.

(66) GENTILE, *ob. cit.*, pág. 123.

(67) De un lado, el artículo 2.2, párrafo 2.º de la antigua LIIC (precepto que, aunque relativo a los Fondos de Inversión Mobiliaria, era extensivo a los Fondos Inmobiliarios) destacaba que eran «patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuyo derecho de propiedad se representa mediante un certificado de participación, administrados por una Sociedad Gestora a quien se atribuyen las facultades del dominio sin ser propietaria del Fondo, con el concurso de un Depositario». A mayor abundamiento, el artículo 20.1 de esta misma Ley insistía en que el patrimonio del Fondo se dividía en participaciones que conferían a sus partícipes, en unión de los demás partícipes, un derecho de propiedad sobre el Fondo.

(68) Cfr. artículo 2.1 del Decreto-Ley 229/1988, de 4 de julio.

en sentido propio y la finalidad colectiva y la vocación de estabilidad del Fondo, en contraste con la inestabilidad que caracteriza a este modelo de comunidad (69). Pero, es sobre todo, la inexistencia de facultad alguna de los partícipes sobre los bienes que conforman el Fondo, la que impide calificar al mismo como una masa en propiedad (70). Podría pensarse para salvar este inconveniente que tales poderes los ostenta la sociedad de gestión en virtud de un mandato implícito conferido en el acto de la suscripción de la participación (71). En tal caso se trataría de un mandato de representación indirecto, puesto que la sociedad no actúa frente a terceros en nombre de los partícipes, aunque sí en interés de los mismos (72). Además, sería irrevocable (73), lo cual aunque admisible precisamente en supuestos de gestiones colectivas

(69) FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las comunidades funcionales y los fondos de gestión», *cit.*, págs. 635 a 638. En sede de fondos de inversión en general, como expone NIGRO («Investment trust», *cit.*, pág. 126), la tesis de la comunidad fue la tradicional entre los autores (SERVIEN, WALTER, ASCARELLI, LIBONATI), pero la doctrina más reciente la rechaza. En el mismo sentido GENTILE, *ob. cit.*, pág. 703.

(70) GENTILE, *ob. cit.*, pág. 126. En contra, BONNEAU («Les fonds communs de placement», *cit.*, págs. 19 y 20) estima que la inexistencia de facultades del propietario que se produce en los fondos es semejante a las restricciones que se imponen a los cónyuges para disponer de bienes, o a los copropietarios en un edificio o los límites urbanísticos o los derivados de las leyes en materia de agricultura e incluso, las prohibiciones que pesan sobre el menor de edad para el ejercicio de derechos sobre sus bienes.

(71) Es la consecuencia necesaria para los que sostienen la tesis de la copropiedad, pues así se justifica por qué los copropietarios no ejercen las facultades inherentes a la condición que se les atribuye de titulares dominicales de los bienes que conforman el fondo de inversión y sí lo hace, por el contrario, la Sociedad de Gestión. En este sentido, cfr. NIGRO, *ob. y lug. cit.* De mandato representativo de los partícipes a favor de la Sociedad de Gestión habla BONNEAU (*ob. cit.*, pág. 36).

(72) Así lo establecía el artículo 29.1 de la precedente LIIC y en la actualidad el artículo 46.2 de la vigente LIIC. No obstante, detrás de esa actuación, «en interés» de los partícipes no parece existir un contrato de representación entre ellos y la gestora, ya que el artículo 3.1 de la LIIC atribuye a ésta la gestión y representación del Fondo. Igualmente, de representantes de los fondos calificaba a las sociedades de gestión el artículo 40 II de la Ley francesa núm. 88-1201, de 23 de diciembre de 1988, relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances (*JO* 31-12-1988), a pesar de señalar en su artículo 34 que aquéllos carecen de personalidad jurídica (así lo pone de relieve, BONNEAU, *ob. y lug. últ. cit.*). En la actualidad, la Ley 88-1201 ha sido derogada y parcialmente codificada en el *Code Monétaire et financière*.

A mayor abundamiento, cabe destacar que la afirmación de tal representación no plantearía tantos problemas en el modelo societario. Precisamente, por lo que se refiere a las *sociétés civiles de placement immobilier*, el artículo L214-66 del *Code Monétaire et financière* francés atribuye su representación a las sociedades de gestión, señalando que ésta será designada por los estatutos o por acuerdo mayoritario adoptado por sus socios en junta general; pudiendo, en cualquier caso, ser revocada por acuerdo mayoritario de la junta general, así como por los Tribunales a petición de cualquier socio, siempre que medie justa causa.

(73) BONNEAU, *ob. cit.* pág. 37.

(art. 1.692 del Código Civil), para impedir que la actuación unilateral de los asociados perjudique al grupo (74), no excluye que todo el consorcio por acuerdo unánime pueda revocar el mandato representativo con una justa causa. Sin embargo, esto no es posible en los Fondos, pese a que tengan —como será lo más frecuente— una duración indefinida. Frente a lo cual, parece inadmisibles un poder de gestión irrevocable *sine die*, así como la ausencia de todo control sobre los poderes del mandatario (75). Pero, todavía lo sería más que la extinción del mandato que debería ir aparejada a la disolución forzosa de la sociedad gestora, la revocación de su autorización, su quiebra o insolvencia (76), no determine —de acuerdo con la legislación reguladora— la reversión de las facultades del dominio en favor de los partícipes. Pues, en todos estos supuestos la LIIC prevé la sustitución de la sociedad gestora por otra dispuesta a hacerse cargo del Fondo, sin que en tal cambio tengan la menor intervención los partícipes (77). Tan insalvables dificultades para admitir que entre la sociedad gestora y los partícipes medie un mandato, conlleva el rechazo de que los Fondos puedan calificarse de comunidad ordinaria o, lo que es igual, que los partícipes sean copropietarios del patrimonio del Fondo.

Otra posibilidad cercana a la anterior es reconducir los fondos a la figura de la comunidad germánica, en atención a la concurrencia de ciertos caracteres propios de la misma, como son la prevalencia absoluta del interés de grupo sobre el de los comuneros, la imposibilidad de la división y el quedar sustraídos los bienes comunes a la agresión de los acreedores individuales (78). Sin embargo, se ha objetado que resulta extraña a la comunidad germánica la fungibilidad de los comuneros y la necesidad de que los mismos participen en el Fondo con predeterminación de cuota liquidable *ad nutum* en cualquier momento (79). Asimismo, quedaría inexplicada la posición de la

(74) Díez Pícazo, *La representación en Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, pág. 306.

(75) En este sentido, cfr. Gentile, *ob. cit.*, pág. 129, quien, finalmente, califica de inútil y nominalístico el recurso a un contrato de mandato que sería propiamente *sui generis*, con poco en común con el esquema tipo diseñado en el Código Civil.

(76) Sobre las causas legales de extinción del mandato, cfr. artículo 1.732 del Código Civil.

(77) A este respecto, cfr. en particular los artículos 50.4.a) (relativo al supuesto de disolución forzosa de la sociedad gestora por revocación de su autorización), 53.1 (relativo al supuesto en que la sociedad gestora esté sujeta a un procedimiento concursal) y 72 (cuando las IIC o las SGHIC se encuentren en una situación de excepcional gravedad que ponga en grave peligro su equilibrio patrimonial o el patrimonio de sus clientes, o que afecte a la estabilidad del sistema financiero o al interés general), todos ellos de la LIIC.

(78) A título ilustrativo, se ha mostrado partidario de esta tesis algún autor italiano (vid. Spinelli, M./Gentile, G., *Diritto Bancario*, pág. 370).

(79) En este sentido, de un lado y con carácter general para todas las IIC inmobiliarias, el artículo 36.1 LIIC establece la obligación de mantener un coeficiente de liquidez

sociedad de gestión que, pese a tener el poder de administrar y disponer de los bienes del Fondo, no puede ser partícipe del mismo, de cuya integridad es, por otro lado, responsable con el propio patrimonio en caso de mala gestión. Igualmente, está del todo excluida una responsabilidad personal subsidiaria de los comuneros por las obligaciones del Fondo (80) y, en fin, no existe una mínima cohesión personal entre los condueños, típica de estos patrimonios colectivos. Todo ello constituye una desviación de los principios comunes a los supuestos tradicionalmente incluidos en el modelo de comunidad en mano común.

Similares razones son oponibles para estimar que los Fondos comunes constituyan un supuesto especial de patrimonio separado de tipo colectivo. Reciben esta calificación una serie de patrimonios pertenecientes a una pluralidad de personas unidas entre sí, como tal colectividad, de modo que cada una, aisladamente, no aparezca como titular de dichos bienes, y cuya unión no está personificada. Es el caso, de la sociedad irregular, la herencia indivisa, el fideicomiso de determinados bienes, el patrimonio agrícola, los bienes comunales, los bienes gananciales y los bienes de la compañía familiar gallega (81). De modo que, atendidos los supuestos que reciben esta calificación y que entre sus caracteres la doctrina destaca su proximidad a la persona jurídica de carácter asociativo (82), así como que la separación del patrimonio colectivo y el personal de sus titulares externamente no es absoluta (83), es clara la lejanía de estas figuras de los fondos comunes de inversión por las razones antes expresadas. El recurso a este esquema sólo puede servir desde el punto de vista meramente descriptivo y estático, para advertir en los fondos de inversión la existencia de un patrimonio separado que tiene vida propia

que garantice suficientemente el cumplimiento del régimen de reembolso; por otro lado, y con referencia específica a los FII, el artículo 38.2 de este mismo texto legal, en sus letras *a*) y *b*), dispone que el valor liquidativo de sus participaciones se fijará al menos mensualmente y, además, deberá permitirse a los partícipes suscribir o solicitar el reembolso de sus participaciones, al menos, una vez al año.

(80) El artículo 6 LIIC dispone que los partícipes no responderán por las deudas del fondo sino hasta el límite de lo aportado. Por su parte, el patrimonio de los fondos de inversión no responderá por las deudas de los partícipes, sociedades gestoras o depositarios.

(81) DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 63 y sigs.; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2.º, 14.ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pág. 83; DE LOS MOZOS, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en *RDP*, 1991, pág. 607; Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, T. III, Ed. Civitas, 4.ª ed., 1995, págs. 904 y sigs.

(82) Así lo pone de relieve DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 54 y 64.

(83) A título ilustrativo, señala DE LOS MOZOS (*ob. cit.*, pág. 609) que «por la aceptación de la herencia, el heredero responde con sus propios bienes de las deudas hereditarias (art. 1.003 del Código Civil) y que lo mismo pasa en la sociedad de gananciales (arts. 1.367, 1.373 y 1.402 y sigs. del Código Civil), constante la sociedad y para el caso de liquidación».

respecto a los partícipes, sin que, desde luego, tal recurso resuelva los problemas de la titularidad del mismo (84).

Las posibilidades examinadas llevan a poner en duda, como ya hemos señalado, la titularidad dominical de los partícipes. La afirmación de que éstos ostentan tal derecho real sobre los bienes que conforman el patrimonio del Fondo resulta inviable al faltar las características mínimas que constituyen su núcleo fundamental, esto es, la facultad de goce y el poder de disposición, que no aparece ni en el momento de la constitución, ni mientras dura la relación, ni en el momento de la liquidación (85); además, sería abiertamente contradictoria con todos aquellos preceptos del ordenamiento que configuran el derecho real de propiedad. La propia Ley impide esta interpretación, al negar a los acreedores del Fondo la posibilidad de hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio de los partícipes y a los acreedores de los partícipes la de dirigirse contra el patrimonio del Fondo (86), porque si los partícipes fueran verdaderos dueños de los bienes del Fondo, éstos o, mejor dicho, su parte alícuota en los mismos, formaría parte de su patrimonio personal y estaría sujeta por tanto al poder de agresión de sus acreedores particulares. Así ocurre, a título ilustrativo, con el acreedor personal de uno de los cónyuges en la comunidad de gananciales y con el del coheredero en la comunidad hereditaria (87). En síntesis, ni el artículo 3.1 ni el 7 de la LIIC permiten ser interpretados en el sentido de calificar a los partícipes de condóminos, a menos que admitamos una nueva forma de propiedad vacía de contenido, ni siquiera equiparable a la nuda propiedad, al faltarle la facultad de reversión de las facultades que integran el contenido esencial del derecho de propiedad en caso de extinción y liquidación del fondo. Pero, en tal caso, tendríamos que revisar los esquemas recibidos tras una larga tradición jurídica de siglos.

Como solución que permitiría explicar la escisión que el artículo 3.1 de la LIIC realiza entre la titularidad dominical, aparentemente atribuida a los partícipes, y las facultades del dominio, que ostenta la gestora, cabría estimar que lo que ocurre es que externamente esta última es la que ostenta el dominio de los bienes del Fondo, si bien se trataría de una titularidad fiduciaria. Así parecía resultar del precedente de este precepto, el artículo 7 del Decreto-

(84) De hecho, DE LOS MOZOS (*ob. y lug. cit.*) señala que esta calificación no sólo se atribuye a supuestos en los que existe una titularidad colectiva, sino también a otros en los que tan sólo «hay una coparticipación en el juego de los intereses, sin que propiamente exista aquella».

(85) GENTILE, *ob. cit.*, pág. 136.

(86) Concretamente, el artículo 6 LIIC dispone que «los partícipes no responderán por las deudas del fondo sino hasta el límite de lo aportado» y «el patrimonio de los fondos de inversión no responderá por las deudas de los partícipes, sociedades gestoras o depositarios».

(87) Cfr., respectivamente, los artículos 1.373 y 1.083 del Código Civil.

Ley de 30 de abril de 1964, regulador de las sociedades de inversión mobiliaria. Ahora bien, teniendo en cuenta que por aquel entonces en España gozaba de amplio respaldo doctrinal la categoría del negocio fiduciario y la teoría del doble efecto de FERRARA (88), probablemente —y ello es mera conjetura— esto explique que, legalmente, se emplearan esos términos en el año 1964. Pero, hace ya algunos años que la doctrina *ius privatista* rechaza unánimemente la posibilidad de construir titularidades fiduciarias en nuestro Derecho, estimando que no son más que situaciones de apariencia reconducibles a la hipótesis de la simulación negocial (89). De suerte que en los Fondos no cabría apreciar fiducia en la propiedad *strictu sensu*, entendida como la transmisión de la propiedad a un tercero para facilitar la gestión, sino a lo sumo una fiducia en la gestión, que conllevaría la transmisión de la facultad de administración sobre el propio patrimonio a un tercero en base a la confianza, que habría de articularse a través de un contrato de mandato o de comisión (90). Sin embargo, tampoco cabe apreciar una relación fiduciaria propiamente dicha entre los partícipes y la sociedad gestora, puesto que la relación existente entre ambos no descansa en una relación de confianza o en la buena fe del otro, sino en la tutela que la propia Ley otorga, con lo cual la fiducia —al ser legal— deja de ser tal en sentido técnico (91).

Hay que destacar, no obstante, que frente a la tendencia general imperante en los ordenamientos continentales adversa a analizar los Fondos en

(88) Cfr. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio fiduciario*, 1964. Esta doctrina fue introducida en España a través del magisterio de CASTÁN, encontrando gran predicamento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (a título ilustrativo, cabe citar la STS de 25 de mayo de 1944). No obstante, para una aproximación a la misma y a su crítica, cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, reimpr., 1997, págs. 380 y sigs.

(89) Incluso autores como ALBALADEJO y JORDANO, que en un principio fueron fervientes defensores de esta doctrina (respectivamente, cfr. *El negocio jurídico*, 1958, pág. 225, y «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1435 y sigs.), la rechazan siguiendo las consideraciones críticas del profesor DE CASTRO (cfr. *El negocio jurídico*, cit., en particular, págs. 405 y sigs., en particular 419 y sigs.; *El negocio fiduciario*, *Estudio crítico de la Teoría del doble efecto*, Madrid, 1972, págs. 6 y sigs.). En este sentido, cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 280 y sigs.

(90) Así lo pone de relieve TAPIA HERMIDA, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», cit., pág. 808.

(91) FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica...», cit., págs. 647 y 655. Con particular referencia a los Fondos Inmobiliarios, igualmente descarta la fiducia como cauce para los mismos TAPIA HERMIDA, *últ. ob. cit.*, págs. 808 y 809, aduciendo la falta de seguridad para los inversores y la inexistencia de un precepto que atribuya a la sociedad gestora la propiedad fiduciaria del Fondo. Con similares argumentos, en Italia rechaza la calificación fiduciaria de los Fondos de Inversión, LENER («Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento. Commento all'art. 3 legge n. 77/1983», en *Le nuove leggi commerciali*, 1984, pág. 411; «La comunione», en *Trattato di diritto privato*, dir. Rescigno, vol. 8, Torino, 1982, pág. 262) y tras él buen número de autores.

sede de fiducia, han optado por atribuir a la sociedad gestora una suerte de titularidad de este tipo tanto la Ley alemana de 16 de abril de 1957, modificada en 1970, como la Ley suiza de 1 de julio de 1966. En ambas legislaciones, externamente, la sociedad de gestión tiene plenos poderes de administración y disposición, aunque preordenados a la realización del interés de los suscriptores. Internamente, en relación a éstos, existiría un contrato de mandato. Por tanto, en esa construcción falta cualquier relación de naturaleza real entre el Fondo y los partícipes, que sólo tienen derechos de naturaleza obligatoria frente a la gestora, en orden a la gestión y al reembolso de su participación. En coherencia con este esquema, el dominio de los bienes inmuebles que integran los Fondos de Inversión Inmobiliaria alemanes y suizos se inscribe a nombre de la Sociedad gestora en los respectivos Registros de la Propiedad. Nada de esto, sin embargo, se contempla en la reglamentación española. La Sociedad gestora no actúa sus poderes sobre el Fondo por cuenta de los partícipes, como expresamente establecen la Ley suiza y alemana. Los artículos 3.1 y 40 de nuestra Ley se limitan a decir que gestiona y representa al Fondo. Además, el artículo 38.3 de la LIIC dispone que los bienes inmuebles del Fondo se inscriben en nuestro Registro de la Propiedad a nombre del propio Fondo. De modo que la titularidad dominical formal y externa de la sociedad gestora está expresamente excluida en nuestro ordenamiento jurídico, impidiendo atribuirle una suerte de titularidad fiduciaria de los referidos inmuebles.

Por último, la tesis que goza de mayores adeptos es la que considera al Fondo como sujeto titular de sí mismo. Se trata de superar la alternativa entre Fondo propiedad de la sociedad gestora, inadmisibles en la Ley española, y Fondo propiedad de los partícipes, tampoco asumible en una interpretación sistemática de la normativa aplicable. Esta posición comportaría atribuir al Fondo subjetividad, aunque no personalidad jurídica, para explicar lo cual la doctrina ha elaborado diversas fórmulas. Para unos cabe hablar de cuasipersonificación del Fondo, acudiendo para ello a la teoría del órgano administrativo, que explicaría la especial relación existente entre los Fondos y su sociedad gestora (92). Al igual que los Fondos, el órgano administrativo carece de personalidad jurídica propia, sin embargo, se le reconoce una cierta subjetividad jurídica en las relaciones con otros órganos. Los sostenedores de la referida tesis terminan afirmando que estamos ante un supuesto de patrimonio separado (93), opinión que compartimos, no sin profundizar en la teoría del patrimonio, en cuyo seno se puede explicar esa subjetividad del Fondo, sin necesidad de acudir al concepto de órgano administrativo.

(92) Es la opinión de FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica...», *cit.*, págs. 650 y 651.

(93) *Ibidem*.

Con arreglo a la teoría del patrimonio, tan brillantemente expuesta por DE CASTRO, caben para los Fondos, dos explicaciones, que tienen en común el tratarse —como dijera el insigne jurista— de supuestos de patrimonios artificialmente personificados (94). Una, es considerar que el Fondo es centro de imputación jurídica organizado según el modelo de estructura análoga a la fundación, otra asimilarlo a las asociaciones, en ambos casos no reconocidas, las cuales aun no siendo personas jurídicas, sí son sujetos de relaciones jurídicas. La segunda de estas posibilidades debe ser rechazada de plano, por las mismas razones que lo hacíamos respecto a la calificación del Fondo como una hipótesis de patrimonio colectivo y, en definitiva, por la primacía del elemento personal que caracteriza lo asociativo, frente al patrimonial de la estructura tipo fundación. Más similitudes, sin embargo, tienen los Fondos con las fundaciones no reconocidas. Esta afirmación no pretende atribuir a los Fondos naturaleza fundacional, sino simplemente constatar su cercanía a las fundaciones no reconocidas, en cuanto ambas hipótesis constituyen patrimonios separados pertenecientes a la categoría especial de patrimonios afectados a un fin (95).

Recordemos que dentro del grupo de patrimonios afectados a un fin, la doctrina incluye los supuestos de los —ya suprimidos— mayorazgos y vinculaciones y, en el Derecho vigente, los bienes afectos a una fundación mientras ésta no llega a ser persona jurídica, las llamadas fundaciones dependientes, las capellanías y los patrimonios por suscripción (96). En cuanto a los caracteres que se asignan a esta clase de patrimonios destaca el estar destinados a favor de alguien que, sin embargo, carece de derechos sobre los mismos, razón por la cual requieren de protección y vigilancia del cumplimiento de su destino (97).

Trasladando tales elementos a la regulación de los Fondos, comprobamos que efectivamente concurre un fin instrumental de su patrimonio, un destino unitario del Fondo, en suma, que converge siempre en el beneficio de los partícipes y en la protección y satisfacción de sus intereses, a través de la inversión en bienes inmuebles para su explotación y la consecución de un rendimiento colectivo partible entre aquéllos (98). Toda la legislación regu-

(94) DE CASTRO, «El patrimonio», en *Temas de Derecho Civil*, cit., pág. 54.

(95) En relación a los Fondos, en general apuntan su calificación como patrimonios de destino FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *ob. cit.*, pág. 629; y en relación a los FII, aunque sin descartar la copropiedad de los partícipes, afirma que se trata de un «patrimonio de afectación, separado, dinámico y colectivo», TAPIA HERMIDA, *ob. cit.*, pág. 812.

Sobre el concepto y caracteres de esta clase de patrimonio, cfr. DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 60; DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, pág. 607.

(96) DE CASTRO, *ibídem*; DE LOS MOZOS, *ob. y lug. últ. cit.*

(97) DE CASTRO, *ibídem*, pág. 63.

(98) En cuanto a las facultades que tiene el partícipe con respecto al patrimonio del Fondo, *vid. infra*.

ladora del Fondo gira en torno a la idea de su patrimonio, haciéndolo centro de imputación de múltiples normas y efectos. De todas ellas, la más decisiva en cuanto a la posible apreciación de su naturaleza de patrimonio separado, aparte del artículo 3.1 de la LIIC que califica expresamente a los Fondos de Inversión como patrimonios separados sin personalidad jurídica, es el párrafo 2.º del artículo 6 de esta misma Ley cuando establece la inembargabilidad del mismo por créditos de los sujetos protagonistas de la vida del Fondo, es decir, ni por los acreedores de los partícipes, ni por los acreedores de la sociedad de gestión, ni por los acreedores del depositario. Y por si no fuera suficiente, esta misma norma dispone que los partícipes no responderán por las deudas del Fondo sino hasta el límite de lo aportado, lo que significa que tampoco se pueden embargar los bienes de los partícipes por los acreedores del Fondo. Esta compartimentación patrimonial sólo se explica, bien entre patrimonios personales, que no es el caso —puesto que el Fondo no es persona—, o bien entre patrimonios artificialmente subjetivizados, como son los separados afectados a un fin.

La subjetivación del Fondo de Inversión como un patrimonio especial de destino, encuentra también respaldo en la posibilidad de inscribirlo, como si de un ente personificado se tratase, en el Registro Mercantil, que contempla el artículo 10.6 de la LIIC, lo que interesará precisamente cuando se trate de un Fondo inmobiliario. Igualmente, la corroboran la ya referida inscripción de los inmuebles del Fondo en el Registro de la Propiedad a nombre del mismo, así como la separada y diferente contabilidad que ha de llevar la sociedad gestora, de ella misma y del Fondo. En última instancia, la calificación del Fondo como patrimonio separado afecto a un fin, salva el importante escollo de explicar que los poderes de administración y disposición de los bienes estén, *ope legis*, en manos de un sujeto distinto de los beneficiarios (que son los partícipes), ya que esta circunstancia es propia de los patrimonios de este tipo, como también lo es la existencia de un tercer sujeto, el depositario, encargado de la custodia y vigilancia del patrimonio y sus gestores (99). Por todo ello, y salvando otra opinión mejor fundada, consideramos que esta manera de entender el instituto es la que brinda una mejor respuesta a su imbricación en nuestro sistema jurídico.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL FONDO

Adentrándonos en el régimen jurídico de los Fondos de Inversión Inmobiliaria, el estudio lo vamos a sistematizar analizando, en primer lugar, las

(99) Su exigencia en los Fondos de Inversión viene impuesta por el artículo 3.1 LIIC y su régimen jurídico se desarrolla en el Capítulo V de la Ley (arts. 57 y sigs.).

relaciones de los partícipes con el Fondo y, posteriormente, las de aquéllos con la sociedad de gestión y con el depositario. Pero, no sin antes dedicar unas palabras respecto a la constitución del Fondo Inmobiliario.

5.1. CONSTITUCIÓN DEL FONDO

El requisito previo para proceder a la constitución de un Fondo de Inversión es la obtención de autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a quien compete la instrucción del expediente de autorización. Éste se iniciará por medio de solicitud a la que se ha de acompañar el proyecto de Reglamento de gestión y un folleto en el que se contendrán las características generales del Fondo, de su política de inversión, de su perfil de riesgo, del tipo de inversor al que va dirigida la institución y otra serie de informaciones económicas y comerciales, dirigidas a poner de manifiesto la viabilidad financiera del mismo (100).

Una vez obtenida la preceptiva autorización, se procederá a constituir el Fondo mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública por la Sociedad de Gestión y el Depositario (tercer sujeto que, como antes apuntamos, interviene en la vida de un Fondo y al que nos referiremos más ampliamente a continuación) (101). La escritura deberá contener, entre otras menciones, un importantísimo documento, que es el Reglamento de Gestión del Fondo, en el que se hará constar su duración, su política de inversiones, los derechos y obligaciones de la Sociedad Gestora y de los partícipes y las normas para su disolución.

Acto seguido, se procederá a la inscripción del Fondo en el Registro Mercantil y, por último, en el correspondiente Registro de la Comisión Nacional de Valores, concretamente en el relativo a «Otras Instituciones de Inversión Colectiva» (102). Téngase en cuenta que, precisamente, este ente

(100) Vid. artículo 10.2 LIIC.

(101) Más concretamente, el artículo 4 de la LIIC dispone que «El fondo se constituirá, una vez obtenida la preceptiva autorización, mediante una o varias aportaciones iniciales, lo que quedará documentado en un *contrato entre la sociedad gestora y un depositario que podrá formalizarse en escritura pública*. El contenido mínimo del contrato se fijará reglamentariamente.

La sociedad gestora y el depositario podrán ser autorizados, antes de la constitución del fondo, para llevar a cabo una suscripción pública de participaciones».

Se observa, pues, que el contrato de constitución del Fondo lo otorgan la Sociedad gestora y el Depositario.

(102) Sobre el procedimiento de constitución de los Fondos, vid. los artículos 4 y 10 de la LIIC, así como el artículo 9 del RIIC (redactado por el Real Decreto 91/2001).

de la Administración asume las funciones de supervisión e inspección de la labor de las Sociedades de Gestión y los Depositarios (103).

5.2. RELACIONES JURÍDICAS DE LOS PARTICÍPEES CON EL FONDO

Pasando a ocuparnos de las relaciones entre los partícipes y el Fondo, en primer lugar, hay que destacar que la válida constitución de un Fondo de Inversión exige que se alcance un número mínimo de partícipes. En principio, éstos no podrán ser menos de cien, aunque reglamentariamente se podrá establecer un umbral distinto en atención a la clase de activos en los que se materialicen las inversiones del Fondo, a la naturaleza de los partícipes o a la liquidez del Fondo (104).

La condición de partícipe, según dispone el artículo 5.1 de la LIIC, se adquiere mediante la realización de la correspondiente aportación al patrimonio común, correspondiendo a la sociedad de gestión, en su calidad de representante legal del Fondo (105), emitir las correspondientes participaciones (106). El Real Decreto 686/1993, de 7 de mayo, por el que se modificó el RIIC de 1990, exigía que las aportaciones de los accionistas y partícipes de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria fueran dinerarias, con el objeto de evitar que se pudieran desnaturalizar estas nuevas IIC, convirtiéndolas en meras fórmulas para facilitar a los propietarios o promotores la enajenación de inmuebles (107). Pero, esta limitación se alzó por la Ley 20/1998, de 1 de julio, de reforma del régimen jurídico y fiscal de las instituciones de inversión colectiva de naturaleza inmobiliaria, a partir de la cual se admiten tanto las aportaciones dinerarias, como las de bienes inmuebles, incluso en construcción. La razón de ser de esta reforma, como ya se expuso anteriormente, no fue otra que flexibilizar el régimen de estas instituciones, con el propósito de incentivar la constitución de esta clase de IIC y, así, la efectiva satisfacción del objetivo con el que se consagraron en nuestro ordenamiento, el de servir como «pieza de la política gubernamental de vivienda» (según dispone la Exposición de Motivos de la Ley 19/1992).

(103) Cfr., por lo que se refiere a las Sociedades de Gestión, los artículos 40.9 y 41 y sigs. de la LIIC y, por lo que respecta a los Depositarios, el artículo 59 del mismo texto legal y, con carácter general, lo dispuesto en los artículos 69 y sigs. de la Ley.

(104) Artículo 5.4 de la LIIC.

(105) Esta afirmación tiene su apoyo en el artículo 3.1 LIIC, que tras destacar que los Fondos de Inversión carecen de personalidad jurídica, atribuye su gestión y representación a una sociedad de gestión. En la doctrina, califican a esta representación de legal LLEVADOT ROIG, *ob. cit.*, pág. 51; LÓPEZ MILLA, *ob. cit.*, págs. 13 y 29.

(106) Artículo 7.3 de la LIIC.

(107) Cfr. artículo 74.2 del Real Decreto 686/1993.

A partir de las aportaciones de los partícipes se constituye el patrimonio del Fondo, cuyo destino es el beneficio de aquéllos y la protección y satisfacción de su interés (108). En este sentido, recordemos que nos encontramos ante un patrimonio especial de destino o afectación, cuya titularidad dominical se atribuye legalmente al propio Fondo, a pesar de carecer de personalidad jurídica; permitiendo esta calificación salvar las dificultades existentes tanto para afirmar una cotitularidad sobre dicho patrimonio de los partícipes, como una supuesta titularidad fiduciaria a favor de la Sociedad gestora (109).

Negada su titularidad real, el interés de los partícipes se sustancia en los derechos de crédito que, como inversores, ostentan frente al Fondo, y que se concretan básicamente en dos: el derecho al reembolso del valor de la participación y, eventualmente, si es que han existido, el derecho a concurrir en proporción a su participación al reparto de beneficios (110). Esto significa que el patrimonio del Fondo no es sólo el objeto de su inversión, sino la garantía de la tutela de sus derechos. Por eso la Ley lo declara inembargable frente a determinados acreedores, porque lo quiere reservar como cobertura de los derechos de los partícipes (111). En otras palabras, es precisamente ese patrimonio el que responde de los créditos de los partícipes, por estar afecto al pago de los mismos. De acuerdo con ello, en la hipótesis de que la gestora, por la razón que sea, no abonara a los partícipes esas sumas cuando debiera hacerlo, éstos podrán hacer efectiva la reclamación judicial del pago sobre el patrimonio del Fondo, ya que los bienes que lo integran son los que directamente se pueden ejecutar en cumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, no creemos que para hacer efectivo el reembolso, los partícipes puedan embargar el patrimonio de la sociedad gestora o del depositario. Estos no responden del reembolso en sí, sino de su correcta gestión o, más concretamente, de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o deficiente cumplimiento de aquélla, deuda que los partícipes sí podrían hacer efectiva sobre el patrimonio de estas entidades.

En ese destino del Fondo en interés de los partícipes, como cobertura de sus derechos, se materializa la movilización de la propiedad en que consiste la

(108) Cfr. artículos 6 y 46.2 de la LIIC.

(109) Vid. *supra*, apartado 4.

(110) Cfr. artículos 5.3.a) y 60.f) de la LIIC.

(111) En este sentido, el artículo 8 de la LIIC dispone que las comisiones de gestión y depósito que se establezcan a cargo del fondo, así como las comisiones de suscripción y reembolso que se establezcan a cargo de los partícipes, o los descuentos de suscripción y reembolso que se fijen a favor de los propios fondos, se fijarán como un porcentaje sobre el patrimonio o rendimiento del fondo, o bien sobre una combinación de ambas variables, o en su caso, sobre el valor liquidativo de la participación. Pero, «no podrán exceder de los límites que, como garantía de los intereses de los partícipes y en función de la naturaleza del fondo y del plazo de vencimiento de las inversiones, se establezcan reglamentariamente».

adquisición de participaciones en Fondos de Inversión Inmobiliaria. Es decir, en los Fondos, como instrumento de movilización de la propiedad inmueble para la captación de recursos con destino a la creación de riqueza inmobiliaria, la fórmula de movilización que se utiliza, o sea, la fórmula de aseguramiento y satisfacción del interés de los partícipes sobre los propios inmuebles hacia los que se canaliza la inversión, consiste en la separación del patrimonio del Fondo para la seguridad del derecho de los partícipes. Sólo en esto se materializa el derecho de los partícipes respecto al Fondo y las relaciones con el mismo. Por tanto, en ningún caso se puede afirmar que los partícipes ostenten una relación de garantía jurídico real sobre el patrimonio del Fondo. Su derecho es el estrictamente personal de hacer valer su crédito sobre el patrimonio del Fondo. Hay aquí cierta semejanza con las cédulas hipotecarias, como fórmula de movilización de la propiedad que tampoco confiere a sus titulares derecho real alguno. Pero con la significativa diferencia de que mientras los cedulistas no gozan sobre los bienes afectos más que de un privilegio con respecto a los demás acreedores de la entidad financiera (112), en el Fondo de Inversión Inmobiliaria los acreedores particulares de las entidades financieras intervinientes carecen de la posibilidad de ejecutar los bienes del mismo, por estar reservados para cubrir los derechos de los partícipes.

Ahora bien, los partícipes no son los únicos acreedores del Fondo. También lo son aquéllos cuyos créditos —evidentemente contraídos por la sociedad gestora— estén dentro del ámbito de las labores de gestión del Fondo. Cuáles sean esos créditos, lo detallará el concreto Reglamento de Gestión de cada Fondo, pero siempre de acuerdo con el cuadro que establecen los artículos 19, 21.4 y 26 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1993.

Es preciso preguntarse, por ello, qué ocurriría en la hipótesis de concurrencia de estos acreedores con los partícipes. A este respecto, hay que tener en cuenta que el derecho de crédito al reembolso de la participación se calcula dividiendo entre el número de partícipes el valor del patrimonio del Fondo, pero después de deducir la cuenta de acreedores, es decir, se calcula sobre el valor neto del patrimonio (113). Esto podría hacer pensar que tales acreedores gozarían de un privilegio en caso de una hipotética colisión con los partícipes. Sin embargo, los privilegios, como derogación de la regla de la *par conditio creditorum* exigen una clara intervención del legislador que aquí no se ha producido, por lo que hay que concluir afirmando que existirá una paridad de derechos entre los acreedores del Fondo (salvo que el concreto

(112) Cfr. NASARRE AZNAR, *La garantía de los valores hipotecarios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 545 y sigs.; ORTI VALLEJO, *Garantías de los títulos del Mercado Hipotecario*, Ed. Civitas, págs. 60 y sigs.; GARCÍA GARNICA, «Régimen jurídico y garantías de los instrumentos del Mercado Hipotecario español», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 24, 1997, págs. 260 y sigs., en particular, 264 y 265.

(113) Cfr. artículo 19.2 de la OM de 24-9-1993.

crédito tenga un privilegio) y los partícipes, en caso de que tenga lugar una hipotética colisión entre los mismos.

Por lo que se refiere al cauce jurídico a través del cual se instaura la relación existente entre el partícipe y el Fondo, todo apunta a que ésta se establece en virtud de un contrato complejo al que podríamos calificar de inversión o, más concretamente, de inversión colectiva (114). En su virtud, el partícipe se obliga al desembolso de su participación, en dinero o excepcionalmente en especie (115), y el Fondo se obliga a satisfacer sus derechos a la participación en los beneficios y al reembolso de la participación, dentro de los límites establecidos en el Reglamento de gestión del Fondo y en la normativa reguladora del mismo. Ahora bien, al carecer el Fondo de personalidad jurídica, la Ley atribuye la función de emitir y reembolsar las participaciones a la Sociedad gestora (116). De este contrato complejo va a surgir también la relación contractual que liga al partícipe tanto con la Sociedad gestora como con la entidad depositaria, a la que luego nos referiremos.

Para concluir esta aproximación a la relación existente entre los partícipes y el Fondo hay que destacar que, atendida la separación existente entre el patrimonio personal del partícipe y el patrimonio del Fondo, se admite la posibilidad de que se entablen otras relaciones jurídicas entre ambas masas patrimoniales, dentro de ciertos límites, establecidos al objeto de evitar conflictos de intereses. Concretamente, el artículo 36.4 de la LIIC consagra la posibilidad de que los partícipes sean arrendatarios de los bienes inmuebles que integren el activo del Fondo de Inversión, así como que ostenten cualquier derecho distinto del derivado de su condición de partícipe. En un principio esta posibilidad

(114) De contrato de inversión colectiva habla LLEVADOT ROIG, *ob. cit.*, pág. 38; de «mecanismos de gestión contractual de la inversión inmobiliaria colectiva» o «mecanismos contractuales complejos de gestión colectiva» califica a los FII, TAPIA HERMIDA, *ob. cit.*, págs. 786 y 787, añadiendo que se debería introducir en nuestro ordenamiento la noción de contrato de gestión de inversión colectiva, contemplado en otros ordenamientos como el suizo y el italiano, como contrato de naturaleza asociativa que permitiera la explicación unitaria de las relaciones jurídicas existentes en el seno de los FII (*ibidem*, pág. 821).

(115) La posibilidad de realizar aportaciones en especie estuvo excluida en un principio. Pero fue consagrada dentro de las medidas establecidas por la Ley 20/1998 con el objeto de flexibilizar la regulación de los FII e incentivar, de este modo, la constitución de estas instituciones. En la actualidad la consagra el artículo 7.4 LIIC, conforme al cual «con carácter general, las suscripciones y reembolsos de fondos de inversión deberán realizarse en efectivo. No obstante, excepcionalmente cuando así se prevea reglamentariamente y en el reglamento de gestión, las suscripciones y reembolsos podrán efectuarse mediante entrega de bienes, valores o derechos aptos para la inversión, adecuados a la vocación inversora del fondo». A su vez, reitera esta posibilidad respecto a las IIC no financieras, en particular, el artículo 36.4 de la LIIC.

(116) Artículo 7.3 LIIC. No obstante, en la nueva LIIC [art. 60, letra e)] la obligación de satisfacer el reembolso pesa directamente sobre el depositario, como veremos a continuación (vid. *infra* apdo. 5.3).

estaba expresamente excluida en el artículo 72.4 del RIIC de 1990 (117), pero su admisibilidad se consagró dentro de las medidas dirigidas a flexibilizar el régimen jurídico de los Fondos establecidas por la Ley 20/1998, sin más límites que la exigencia de que no haya conflicto de intereses, que la relación se entable a precios de mercado y que los inmuebles arrendados a los partícipes no superen el 25 por 100 del activo del patrimonio del Fondo (118).

5.3. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LOS PARTÍCIPES, LA SOCIEDAD DE GESTIÓN Y EL DEPOSITARIO

Examinada la relación entre los partícipes y el Fondo, procede ahora tratar la existente entre aquéllos y los otros dos sujetos que completan la relación triangular característica de las instituciones derivadas del *contractual investment trust* anglosajón. Esto es, de un lado, la Sociedad de gestión y, de otro, el Depositario.

La LIIC define a las Sociedades Gestoras de IIC como sociedades anónimas cuyo objeto social consistirá en la administración, representación, gestión de las inversiones y gestión de las suscripciones y reembolsos de los fondos y sociedades de inversión (119).

Centrándonos en su relación con los partícipes de los FII, los contados autores que se han adentrado en determinar su calificación, parecen inclinarse por afirmar que entre la sociedad gestora y los partícipes surge una relación obligatoria de naturaleza contractual, cuyo origen sería el concurso de la voluntad de ambas partes: la de la Sociedad gestora que oferta la inversión y la del partícipe que suscribe la participación (120).

Este contrato —se afirma— sería conmutativo, pues a cambio de una prestación de hacer por parte de la sociedad de gestión (adquirir para ad-

(117) En él se disponía que «ni los partícipes de los FII, ni las personas o entidades que mantengan vínculos con aquellos conforme a los criterios contenidos en el artículo 5.4 del presente Reglamento, o formen parte del mismo grupo conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, podrán ser arrendatarios de los bienes inmuebles que integren el activo o el patrimonio de los mismos, ni titulares de otros derechos distintos de los derivados de su condición de partícipes».

(118) Así lo dispone el artículo 72.6 del RIIC, conforme a la redacción dada al mismo por el Real Decreto 845/1999.

(119) Cfr. artículo 40 de la LIIC.

(120) En particular, TAPIA HERMIDA (*ob. cit.*, págs. 819 y sigs.), afirma que la gestión que asume la sociedad gestora «puede ser interpretada conforme a la existencia de un contrato de gestión colectiva de la inversión inmobiliaria (...). Los partícipes se adherirían a él al suscribir su participación en el fondo (con los efectos de un mandato a la sociedad gestora (...)) y revocarían individualmente el mandato a través de la solicitud de reembolso de los certificados»; añadiendo que este contrato debería ser expresamente consagrado en nuestro ordenamiento.

ministrar), ésta tiene derecho a una remuneración por sus servicios de gestión de la inversión realizada por los partícipes (121). A su vez, el partícipe tendrá derecho a que la sociedad de gestión lleve a cabo, en su caso, la constitución del fondo, a que desempeñe su gestión con la diligencia debida (la de un ordenado empresario y un representante legal, según la terminología del propio legislador) y al reembolso de su participación. No obstante, quedaría fuera del contenido de este contrato la expectativa del partícipe de obtener un beneficio económico, en virtud del eventual reparto de ganancias periódicas y del plusvalor de su participación, al igual que tal expectativa queda fuera de los contratos de sociedad. De modo que los derechos del ahorrador contractualmente protegidos se concretan en los relativos a la gestión y al reembolso de la cuota suscrita (122).

Se trataría, finalmente, de un contrato de gestión de la inversión realizada por los partícipes, cuyo referente más cercano sería el mandato, lo cual puede tener utilidad con vistas a colmar las lagunas que pueda presentar su régimen jurídico (123).

En nuestra opinión, sin embargo, la suscripción de la participación supone la perfección del vínculo personal que —como ya se vio anteriormente— liga al partícipe con el Fondo, y al que cabría predicarle, efectivamente, el carácter de conmutativo y la precisión hecha por GENTILE en cuanto a la exclusión del mismo del resultado económico. No obstante, es discutible afirmar que la suscripción de la participación dé lugar a un contrato próximo al mandato entre la sociedad gestora y el partícipe, por diversas razones, algunas de ellas ya anticipadas al negar que los partícipes sean copropietarios del Fondo y la Sociedad gestora su representante (124).

Sin reiterar los argumentos ya vertidos entonces, sino profundizando en ellos, de un lado, procede destacar que resultaría un contrasentido afirmar que los inversores dan a la entidad gestora un poder para administrar y gestionar un patrimonio frente al que ellos ostentan tan sólo derechos de crédito y del que no son titulares, sino beneficiarios. En segundo lugar, es cierto que la labor

(121) El artículo 8 de la LIIC dispone que las Sociedades gestoras podrán percibir de los fondos una comisión por gestión. Su importe se fijará como un porcentaje sobre el patrimonio o rendimiento del fondo, o bien sobre una combinación de ambas variables, o en su caso, sobre el valor liquidativo de la participación, pero no podrán exceder de los límites que, como garantía de los intereses de los partícipes y en función de la naturaleza del fondo y del plazo de vencimiento de las inversiones, se establezcan reglamentariamente. En los folletos informativos que las Sociedades gestoras deben publicar en relación a cada uno de los fondos que administren, para el conocimiento de los partícipes y del público en general (cfr. arts. 17 y sigs. LIIC), deberá detallarse la forma de cálculo y el límite máximo de las comisiones, las comisiones efectivamente cobradas y la entidad beneficiaria de su cobro.

(122) GENTILE, *ob. cit.*, pág. 37.

(123) TAPIA HERMIDA, *ob. y lug. últ. cit.*

(124) Vid. *supra*, el apartado 4.

de la sociedad gestora es remunerada. Ahora bien, la propia Ley establece a cargo del patrimonio del Fondo, y no de los partícipes, la remuneración de sus servicios de gestión, añadiendo que en caso de que se impongan a cargo de los partícipes comisiones de suscripción y reembolso éstas redundarán a favor del propio Fondo y no de la gestora (125). Pero, sobre todo, resultaría inexplicable la falta de poderes que ostentan los partícipes en relación a la gestión realizada por su mandante. En particular, hay que destacar que la Ley no contempla la facultad de los partícipes de revocar el supuesto mandato otorgado a la sociedad gestora, que sería por tanto un mandato de gestión irrevocable *sine die*, lo cual no parece de recibo; y tampoco prevé su extinción en caso de disolución, cese o insolvencia de la sociedad gestora (126). Todo lo cual explica que el propio GENTILE califique finalmente de inútil y nominalístico el recurso a un contrato de mandato que sería propiamente *sui generis*, con poco en común con el esquema tipo diseñado en el Código Civil (127).

En definitiva, atendidas las razones sucintamente expuestas, así como el hecho de que la propia Ley atribuye a la sociedad gestora la representación y gestión del Fondo, en interés de los partícipes, todo apunta a que nos encontramos ante un supuesto de representación y gestión (del Fondo) ejercida en favor de tercero (el partícipe), pero no de representación de los partícipes (128).

(125) Así lo dispone el artículo 8 LIIC. Este precepto precisa que el importe de estas comisiones se fijará como un porcentaje sobre el patrimonio o rendimiento del fondo, o bien sobre una combinación de ambas variables, o en su caso, sobre el valor liquidativo de la participación, pero no podrán exceder de los límites que, como garantía de los intereses de los partícipes y en función de la naturaleza del fondo y del plazo de vencimiento de las inversiones, se establezcan reglamentariamente. En los folletos informativos que las Sociedades gestoras deben publicar en relación a cada uno de los fondos que administren, para el conocimiento de los partícipes y del público en general (cfr. arts. 17 y sigs. LIIC), deberá detallarse la forma de cálculo y el límite máximo de las comisiones, las comisiones efectivamente cobradas y la entidad beneficiaria de su cobro.

(126) La separación de la entidad gestora tan sólo se prevé como sanción por infracciones graves o muy graves como potestad, respectivamente, de la CNMV o del Ministro de Economía a propuesta de aquélla (cfr. arts. 80, 81, 85, 86 y 92 LIIC). Además, en caso de que la sociedad gestora se vea sujeta a un procedimiento concursal se prevé su sustitución a solicitud de la propia sociedad gestora, autorizada por la CNMV, o por disposición de esta última (cfr. art. 53 LIIC), sin que en tal cambio tengan ninguna participación los partícipes.

(127) *Ob. cit.*, pág. 129.

(128) Establecida la relación de representación y gestión entre la sociedad gestora y un determinado Fondo de Inversión en virtud del contrato de constitución del mismo, el partícipe pasaría a beneficiarse de dicha labor de representación a partir del momento de suscripción de su participación, al amparo de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.257 del Código Civil.

En particular, avalaría esta tesis lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LIIC, conforme al cual «Las sociedades gestoras actuarán en beneficio de los partícipes o accionistas de las instituciones cuyos activos administren y las comisiones que perciban de ellos

En nuestra opinión, por tanto, la posición de carácter obligacional que se instaura entre los partícipes y la gestora no es propiamente contractual, sino de simple aceptación de una previa relación de gestión y representación existente entre el Fondo y la gestora, semejante a la que surge a favor del tercero beneficiario que acepta el contrato concertado a su favor entre el estipulante y el promitente *ex* artículo 1257.2 del Código Civil. Aquí, sin embargo, no se trataría de una previa relación contractual cuyo origen esté en un acuerdo entre el Fondo, la gestora y el depositario, porque el Fondo al no ser persona difícilmente puede contratar (129). Pero sí de una relación obligacional cuyo origen está en la estructura legal de estas IIC. De modo que los partícipes, en virtud del contrato complejo que suscriben con el Fondo, asumen las relaciones de representación y gestión del mismo que compete ejercer a la gestora a su favor y, precisamente, porque es a su favor, gozan de las facultades de seguimiento y exigibilidad de tales obligaciones de gestión que ahora veremos.

Adentrándonos en las obligaciones que legalmente competen a la sociedad gestora, en primer lugar, los artículos 17 y 18 de la LIIC establecen a su cargo rigurosas obligaciones de información, las cuáles se pueden dividir en previas a la suscripción de la participación o precontractuales y posteriores a la suscripción de la participación o contractuales. Por lo que se refiere a las primeras, la gestora está obligada a hacer entrega gratuita a los posibles suscriptores de lo que la Ley denomina folleto simplificado, así como del último informe semestral y, previa solicitud, del folleto completo y los últimos informes anual y trimestral publicados (130). El folleto simplificado contendrá de forma resumida información sobre el Fondo, sobre sus objetivos, su política de inversión (con una breve evaluación de su perfil de riesgo), la evolución histórica de su rentabilidad, el perfil del tipo de inversor al que va dirigida la institución y otras informaciones de carácter económico y comercial. En definitiva, toda una serie de informaciones útiles para el ahorrador, con vistas a permitirle tomar una decisión fundada en cuanto a la suscripción de una participación en un determinado Fondo de Inversión. Este folleto se incorporará al completo, como parte separable del mismo, y podrá ser utilizado como instrumento de comercialización en todos los Estados miem-

tendrán los límites establecidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de esta Ley. *Le corresponderán a la sociedad gestora las facultades del dominio sobre el patrimonio del fondo, sin ser propietaria del mismo, ejerciéndolas en interés de los partícipes*, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en sus normas de desarrollo y en el reglamento de gestión».

(129) De todos modos, en la creación del Fondo la gestora no está sola, pues concurre a los actos constitutivos otra persona jurídica, la depositaria, de manera que el origen contractual no es ajeno.

(130) Artículo 18.1 LIIC.

bros de la Unión Europea, sin más alteraciones que las relativas al idioma, y deberá actualizarse periódicamente. Por su parte, el folleto completo contendrá el Reglamento de gestión del Fondo y las demás menciones exigidas tanto por el artículo 28 de la Ley del Mercado de Valores, como por la normativa reglamentaria de las IIC, y será registrado por la CNMV. Ahora bien, a efectos del partícipe lo importante es que las omisiones o defectos de los que adolezca esta información, como legal que es, podrán permitirle anular el contrato de adquisición de la participación por dolo omisivo o reticencia dolosa; además, el artículo 28 de la Ley del Mercado de Valores señala que la entidad emisora no podrá oponer, frente al inversor de buena fe, hechos o derechos que no consten en el folleto informativo.

Una vez suscrita la participación, pesan sobre la gestora periódicos deberes de información, ya de carácter contractual, que se asemejan a la obligación del mandatario de dar cuenta de su actuación (131). Esta información se concreta en cuatro informes trimestrales, uno semestral (132) y un informe anual (133), que se facilitarán al partícipe de forma gratuita. Aunque el artículo 17.2 de la Ley contempla la facultad del partícipe de renunciar al recibo de los informes semestral y anual. Todo ello, sin olvidar la obligación de la Sociedad gestora de mantener actualizado el primitivo folleto.

Todas estas obligaciones de información, precontractuales y contractuales, que pesan sobre las sociedades gestoras tienen por objeto que tanto el público en general, como los propios partícipes en particular, puedan conocer de forma actualizada todas las circunstancias que puedan influir en la apreciación del valor del patrimonio del Fondo, de sus perspectivas, de los riesgos inherentes a la inversión, así como el cumplimiento de la normativa aplicable (134).

En cualquier caso, la obligación principal de la Sociedad gestora es la de representar el Fondo y ejercer las facultades de dominio de sus bienes, en interés de los partícipes. Esta obligación se traduce, a su vez, en las de gestionar las inversiones del Fondo, administrar su patrimonio y gestionar las suscripciones y reembolsos de las participaciones.

(131) Artículo 1.720 del Código Civil.

(132) Conforme al artículo 17.5 de la LIIC, tanto los informes trimestrales como los semestrales contendrán informaciones sobre el estado del patrimonio del Fondo, número de participaciones en circulación, valor neto de inventario por participación, cartera de títulos, movimientos habidos en los activos de la institución, cuadro comparativo relativo a los tres últimos ejercicios y cualquiera otra que se establezca reglamentariamente.

(133) Este informe deberá contener las cuentas anuales y el informe de gestión, las conclusiones de las auditorías de cuentas y las demás informaciones que se determinen reglamentariamente, al objeto de incluir la información significativa que permita al inversor formular, con conocimiento de causa, un juicio sobre la evolución de la actividad y los resultados de la institución (art. 17.4 LIIC).

(134) Artículo 17 LIIC.

Por lo que se refiere a su obligación de gestionar la inversión de las aportaciones realizadas por los partícipes, hay que destacar que en el caso de los Fondos de Inversión Inmobiliaria, el objeto de esta inversión estará constituido en particular por inmuebles destinados a vivienda o asimilados, entendiéndose como tales las residencias estudiantiles o de la tercera edad. La Ley no impide que sean objeto de la inversión otro tipo de bienes inmuebles de naturaleza urbana, pero en ese caso no gozarán de las importantes ventajas fiscales establecidas para los primeros (135). Más concretamente, el artículo 72 bis del RIIC dispone que al menos el 70 por 100 del promedio anual de saldos mensuales del Fondo deberá estar invertido en bienes inmuebles de naturaleza urbana (136). Además, deberán mantener un coeficiente de liquidez mínimo del 10 por 100 del activo total del mes anterior (137) y el resto del activo tan sólo podrá estar invertido en los valores de renta fija negociados en los mercados secundarios a los que se refiere el artículo 17 del Reglamento. Finalmente, para evitar una excesiva concentración de riesgos, se prevé que ningún bien podrá representar más del 35 por 100 del total del activo (138).

En cuanto a su labor de administración, como obligación de medios, únicamente decir que el grado de diligencia exigible será el máximo, puesto

(135) Cfr. el apartado 19 de la letra B) del apartado I del artículo 45 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; así como el artículo 26.5 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades (ambos reformados por la LIIC de 2003).

(136) A estos efectos, tendrán la consideración de inmuebles de naturaleza urbana: *a)* los inmuebles finalizados y las inversiones en una sociedad cuyo activo esté constituido mayoritariamente por un único bien inmueble, siempre que la adquisición de aquella sea con el objeto de disolverla en el plazo de seis meses desde su adquisición y el inmueble sea objeto de arrendamiento a partir de la misma; *b)* los inmuebles en fase de construcción, incluso si se adquieren sobre plano, siempre que al promotor o constructor le haya sido concedida la autorización o licencia para edificar; *c)* las opciones de compra cuando el valor de la prima no supere el 5 por 100 del precio del inmueble, así como los compromisos de compra a plazo de inmuebles, siempre que el vencimiento de las opciones y compromisos no supere el plazo de dos años y que los correspondientes contratos no establezcan restricciones a su libre transmisibilidad; *d)* la titularidad de cualesquiera otros derechos reales sobre bienes inmuebles, siempre que les permita cumplir su objetivo de ser arrendados; *e)* la titularidad de concesiones administrativas que permita el arrendamiento de inmuebles. En cuanto a la adquisición de inmuebles de viviendas de protección oficial se estará a la legislación especial aplicable (art. 72.2 RIIC).

(137) Este porcentaje deberá materializarse en efectivo, depósitos, cuentas a la vista en una entidad de crédito o en activos o instrumentos de renta fija con plazo de vencimiento o remanente de amortización inferior a dieciocho meses y compraventas con pacto de recompra de valores de Deuda Pública que se negocien en mercados secundarios de los contemplados en el artículo 17 del Reglamento.

(138) Los FII disponen del plazo de tres años desde su inscripción en el Registro especial de la CNMV para alcanzar estos porcentajes de inversión; pudiendo este plazo ser ampliado, con carácter excepcional y a solicitud de la sociedad gestora, por la CNMV.

que la gestora es un profesional financiero (139), debiendo responder de los daños y perjuicios causados por las irregularidades de su gestión con su propio patrimonio (140).

Finalmente, la Ley presta especial atención a su labor en orden a la gestión de la suscripción y, sobre todo, del reembolso de las participaciones. Ello se explica en atención al carácter abierto con el que se consagran en nuestro ordenamiento los Fondos de Inversión, lo cual —como se destacó en su momento, y a ello nos remitimos— supone que la suscripción y el reembolso de sus participaciones se atienden a petición de los inversores, en los términos establecidos reglamentariamente, sin que tales operaciones estén supeditadas, respectivamente, al concurso de la voluntad de otro partícipe de vender sus participaciones o a la existencia de un inversor interesado en su adquisición, como ocurre en el caso de las IIC cerradas (141). De hecho, la Ley incluye expresamente entre los derechos del partícipe el relativo al reembolso del valor de su participación (142), entendiendo la doctrina que nos encontramos ante un tipo de desistimiento unilateral del contrato que liga al partícipe con el Fondo y, por ende, con la gestora.

No obstante, hay que destacar que el ejercicio del derecho del partícipe al reembolso de su participación presenta una peculiaridad en el caso concreto de los Fondos Inmobiliarios, y es que no se puede solicitar en cualquier momento, debido a la menor liquidez que caracteriza a éstos, frente a los homónimos mobiliarios. Esta limitación la impone la propia naturaleza inmobiliaria del objeto de la inversión de estos Fondos, de valoración más compleja e incierta que la mayor parte de los valores e instrumentos financieros que integran el activo de los Fondos de Inversión de carácter financiero. Téngase en cuenta que el valor de estos últimos, salvadas las excepciones que contempla la Ley y que como regla no podrán superar el 10 por 100 de su activo, se conoce en todo momento y de forma objetiva, al exigirse legalmente que estén admitidos a cotización en bolsas de valores o en otros mercados o sistemas organizados de negociación, o bien que se trate de instrumentos del mercado monetario líquidos y con un valor que igualmente pueda conocerse en cualquier momento (143). Por otro lado, la más lenta realización de los inmuebles también

(139) Más concretamente, el artículo 40.4 LIIC señala que las sociedades gestoras desempeñarán sus funciones «con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal».

(140) Cfr. artículo 46.4 LIIC. A este respecto, el artículo 62.1 de esta misma Ley impone al depositario la obligación de exigir a la sociedad gestora la responsabilidad dimanante del ejercicio irregular de sus funciones, en nombre de los partícipes. Si bien, esta obligación ha de entenderse sin perjuicio del derecho de los propios partícipes a exigir directamente dicha responsabilidad, consagrado en el artículo 5.3.d) LIIC.

(141) Vid. *supra*, apartado 3.

(142) Cfr. artículo 5.3 LIIC.

(143) Artículo 30.1 LIIC.

puede condicionar el ejercicio de este derecho en supuestos excepcionales, tales como el de que se produjera una petición masiva de reembolso. Por esta razón, la Ley prevé la posibilidad, previa autorización de la CNMV, de que se suspenda temporalmente el ejercicio de este derecho cuando concurren circunstancias excepcionales, en los términos que se determinen reglamentariamente, y en particular, cuando no sea posible la determinación del precio de su activo o concorra otra causa de fuerza mayor (144). Pero, sobre todo, para salvar estos obstáculos y asegurar cierto margen de liquidez en los Fondos de Inversión Inmobiliaria, el Real Decreto 686/1993 consagró en el artículo 72.2 del RIIC la posibilidad de que, sin perjuicio de que «su objeto exclusivo» sea la inversión en inmuebles para su explotación, estos Fondos inviertan un porcentaje de su activo en valores y activos líquidos, al objeto de disponer de un coeficiente de liquidez que asegure el cumplimiento del régimen de reembolso (145). Posteriormente, el Real Decreto 845/1999 introdujo un nuevo artículo 72 bis en el RIIC donde se concretan los porcentajes de inversión de los Fondos Inmobiliarios, señalando que respetada la obligación de invertir al menos un 70 por 100 de su activo en inmuebles, al menos un 10 por 100 del activo total representará el coeficiente de liquidez, el cual se deberá materializar en efectivo, depósitos, cuentas a la vista en entidades de crédito o en activos o instrumentos de renta fija con plazo de vencimiento o remanente de amortización inferior a dieciocho meses y compraventas con pacto de recompra de valores de Deuda Pública siempre que se negocien en mercados secundarios de los contemplados en el RIIC. Además, hasta un 5 por 100 de este coeficiente puede invertirse en aquellos valores de renta variable que establezca el Ministerio de Economía y Hacienda.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Reglamento de Gestión de cada Fondo concretará los plazos periódicos en los que los partícipes pueden solicitar el reembolso, que en ningún caso podrán ser superiores al año (146),

(144) Cfr. artículos 7.3 y 38.2.d) LIIC. A este respecto, el artículo 19.5 de la OM, de 24 de septiembre de 1993, contemplaba como circunstancia excepcional que permitía autorizar la suspensión del derecho de reembolso el hecho de que se produjeran peticiones de reembolso superiores al 15 por 100 del activo del Fondo; sin perjuicio de que ante esta hipótesis la sociedad gestora estimara oportuno acordar la disolución del Fondo. No obstante, esta previsión fue expresamente derogada por el Real Decreto 845/1999 (cfr. el apartado 2.º de su Disposición Derogatoria única), si bien, dejó en vigor dicha posibilidad en un supuesto concreto, cuando las peticiones de reembolso que superen el referido porcentaje del activo del Fondo (15 por 100) vengan originadas por una modificación del Reglamento de Gestión que afecte a la política de inversiones, distribución de resultados, requisitos para la modificación del contrato o del Reglamento de gestión, sustitución de la Sociedad gestora o el Depositario, conversión del Fondo en sociedad, establecimiento o modificación de comisiones, o al objeto del Fondo (art. 22.2 OM de 1993).

(145) En la actualidad, consagra la obligación de los FII de disponer de un coeficiente de liquidez la propia Ley, en su artículo 36.1.

(146) Artículo 38.2.b) LIIC.

y las condiciones de ejercicio de este derecho (147). A este respecto, resulta de crucial importancia la determinación del crédito exigible por el partícipe, o lo que es igual, del valor liquidativo de las participaciones.

Esta cuestión ha sido regulada pormenorizadamente por nuestro legislador, siguiendo en líneas generales los modelos extranjeros (148). En primer lugar, dispone que el valor liquidativo de las participaciones se fijará por la gestora una vez al mes y en la fecha fijada en el Reglamento de Gestión del Fondo y, únicamente podrá diferir del aplicado al partícipe en la cuantía correspondiente a las comisiones de reembolso o los descuentos a favor del Fondo que para esta hipótesis estén previstos en el Reglamento de Gestión. En segundo lugar, en la valoración del patrimonio del Fondo, o más concretamente, de los inmuebles que integran su activo, se hace intervenir a un tercero independiente, una Sociedad de tasación de las contempladas en la legislación del Mercado Hipotecario, que deberán valorar los inmuebles del Fondo al menos una vez al año (149). Se admite, no obstante, que las Sociedades de gestión, con el consentimiento motivado y escrito de la Sociedad tasadora, apliquen una oscilación de un 3 por 100 al valor de tasación, siempre que el valor resultante no supere el valor de mercado que se haya establecido en la tasación (150). Finalmente, el valor de los inmuebles, junto con el del resto del activo del patrimonio del Fondo, consistente en depósitos y valores mobiliarios de más fácil y segura valoración (151), será la base a partir de la cual la gestora fijará el valor liquidativo de las participaciones. Éste se obtiene después de deducir al valor del activo el de las deudas del Fondo y dividir el patrimonio neto entre el número de participaciones en circulación (152).

Para concluir con el régimen del derecho de reembolso hay que destacar que existe un supuesto en el que éste es objeto de un régimen especial. Se trata de aquél en el que este derecho se ejercite en respuesta a ciertas modificaciones del Reglamento de Gestión del Fondo. La Ley atribuye la facultad de modificar dicho Reglamento a la Sociedad gestora y al Depositario, previa autorización de la CNMV, pero sin el concurso de los partícipes, que tan sólo

(147) En todo caso, la OM de 24 de septiembre de 1993 dispone que las peticiones de reembolso se realizarán con una antelación de entre un mes y quince días a la fecha establecida en el Reglamento de gestión del fondo, al objeto de determinar el valor liquidativo mensual aplicable, y el reembolso se hará efectivo en el plazo máximo de cinco días desde la fecha de fijación mensual del valor liquidativo que sea de aplicación (art. 19.6 y 7). Además, la Ley prevé la posibilidad de que en el Reglamento del Fondo se prevean comisiones de reembolso sobre el valor liquidativo de las participaciones (art. 8 LIIC).

(148) Cfr. artículos 17 y 19 de la OM de 24 de septiembre de 1993.

(149) Cfr. el artículo 38.2.c) LIIC y los artículos 17, 27 y 28 de la OM de 1993.

(150) Artículo 17.3 de la OM de 1993.

(151) Artículo 17.1.b) y c) de la OM de 1993.

(152) Artículo 17.1 en relación con el artículo 19.1 de la OM de 1993.

cuentan a este respecto con el derecho a ser informados de la modificación, una vez que ésta haya sido autorizada (153). Ahora bien, cuando la modificación afecte a sus derechos, por referirse a cuestiones tales como la política de inversiones o de distribución de resultados del Fondo, la sustitución de la Sociedad gestora o el Depositario (salvo que las nuevas entidades pertenezcan al mismo grupo que sus antecesoras), el establecimiento o modificación de comisiones de gestión, reembolso o depósito, y el cambio de objeto del Fondo que determine un cambio en su régimen fiscal, los partícipes tendrán el derecho a separarse del mismo, al haber variado las condiciones de la inversión. El ejercicio del derecho de reembolso está sujeto a ciertas especialidades en este supuesto. En primer lugar, será gratuito, sin que pueda deducirse comisión o gasto alguno. En segundo lugar, en este caso el reembolso será automático si las peticiones de reembolso no superan el 15 por 100 del activo del Fondo. En otro caso, la Sociedad gestora podrá solicitar a la CNMV la suspensión provisional del reembolso y proponer las medidas que estime oportunas para hacer frente a esta situación, aunque deberá atender a prorrata las solicitudes presentadas hasta el límite del 15 por 100 del activo del Fondo, y ello en el plazo máximo de un mes desde la fecha de inscripción de las correspondientes modificaciones en el Registro de la CNMV (154). Finalmente, si el reembolso solicitado superara el 50 por 100 del patrimonio del Fondo se podrá acordar la disolución de éste (155).

Por lo que se refiere a la entidad depositaria, de ella se ocupa en particular el Título V de la LIIC, definiéndola como aquella entidad a la que se encomienda la custodia de los activos de las IIC y la vigilancia de la gestión de las Sociedades Gestoras (156). Podrán ser depositarios las entidades de crédito y las agencias y sociedades de valores, siempre que sean participantes, directa o indirectamente, en los sistemas de registro, compensación y liquidación de los distintos mercados en los que vayan a operar (157). Además, deberán obtener una autorización de la CNMV, inscribirse en el correspondiente registro y cumplir las obligaciones que establece la Ley, actuando siempre de manera independiente y en interés de los partícipes (158). Su labor se remunerará con la comisión que prevea el Reglamento de Gestión del

(153) Artículo 12.2 y 60.a) LIIC y artículo 22.1 de la OM de 1993.

(154) Artículos 12.2 *in fine* LIIC y 22.4 de la OM de 1993.

(155) Artículo 22.3 de la OM de 1993.

(156) Artículo 57 LIIC. Por lo que se refiere a sus funciones de control y supervisión de la actividad de la gestora, la OM de 1993 hace especial hincapié en la supervisión del régimen de las inversiones detallado en este texto legal y de las operaciones de cálculo del valor liquidativo de las participaciones; debiendo para ello recabar información de la sociedad gestora con una periodicidad trimestral (art. 29.3).

(157) Artículo 58 LIIC.

(158) Artículo 59 LIIC.

Fondo, que con carácter general no podrá superar dos por mil anual del patrimonio custodiado (159).

Sus obligaciones básicas (160) son la de concurrir con la gestora a la redacción del reglamento de gestión y otorgar la escritura de constitución, modificación o liquidación del Fondo, emitir en unión con la sociedad gestora los certificados de las participaciones, velar por la regularidad de la suscripción de las mismas, así como por el pago de los beneficios que les correspondan, ejercer las labores de depósito de los valores de que sea titular el Fondo, satisfacer los reembolsos de las participaciones (161) y, sobre todo, la de asumir la custodia y vigilancia de la gestión del Fondo. Por lo que se refiere a esta última obligación, que cualifica la posición del depositario, hay que destacar que asume la responsabilidad de comunicar a la CNMV aquellas anomalías que detecte en la gestión del Fondo, compitiendo a esta entidad la función inspectora y sancionadora (162). Asimismo, como inmediatamente vamos a ver, el depositario está obligado a ejercitar contra la Sociedad gestora, y en nombre de los partícipes, las acciones que correspondan para exigirle la responsabilidad —civil e, incluso, penal— en que haya incurrido por el ejercicio irregular de sus funciones (163).

En cuanto a la calificación de su posición jurídica, de un lado, atendida su concurrencia al otorgamiento de la escritura de constitución del Fondo

(159) Así lo dispone el artículo 45.5 del RIIC, conforme a la redacción dada por el Real Decreto 91/2002.

(160) Artículo 60.a) LIIC.

(161) Se observa, así, que mientras el artículo 40.1 LIIC atribuye la gestión del reembolso de las participaciones a la Sociedad gestora, el artículo 60.e) de la Ley encomienda al depositario la supervisión de los criterios, fórmulas y procedimientos utilizados por la sociedad gestora para el cálculo del valor liquidativo de las participaciones, así como la obligación de satisfacer el reembolso de las mismas. Se aprecia en este punto un cambio significativo con respecto a la Ley de 1984, que atribuía a la gestora la obligación de emitir y reembolsar las participaciones a solicitud de cualquier interesado (art. 20.4). Este cambio no parece más que una manifestación del esfuerzo realizado por la nueva legislación de las IIC por precisar y delimitar las funciones de las entidades gestoras y depositarias de las mismas, cuestión que es regulada con mucho más detalle que en la normativa precedente.

Al amparo de la normativa precedente, la doctrina mayoritaria estimaba que en caso de incumplimiento de la obligación de la sociedad gestora de proceder al reembolso de las participaciones, ésta sería responsable con su patrimonio de manera directa. Es decir, que el partícipe, en este caso, no sólo gozaba del poder de dirigirse contra los bienes del Fondo —que es su mayor garantía—, sino que también podía agredir los bienes de la sociedad de gestión como deudora del reembolso. En la actualidad, cabe seguir afirmando esta responsabilidad a cargo del sujeto cuya negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones haya sido la determinante de la lesión del derecho de reembolso del partícipe: la sociedad gestora, si ésta no ha procedido a la determinación del valor de liquidación en la forma y plazos correspondientes, y el depositario, en caso de que no haya procedido a hacer efectivo el derecho de reembolso sin mediar justa causa para ello.

(162) Artículo 62.1 LIIC y artículo 29.3 de la OM de 1993.

(163) Artículo 6.2 LIIC.

cabe afirmar que el origen de la relación que le liga a éste es contractual. Más concretamente, se trata de un contrato complejo de depósito, al que se ligán ciertas obligaciones de gestión y control de la labor de la entidad gestora. Además, en la medida en que tales obligaciones —al igual que ocurría en el caso de la entidad gestora— han de ejercitarse *ex lege* en interés de los partícipes del Fondo, hay que añadir que nos encontramos ante un contrato en interés de tercero. Ese tercero, el partícipe, muestra su aceptación para beneficiarse de la relación contractual entablada entre el Depositario y el Fondo a través de la perfección del contrato de inversión que le liga a este último. En cuanto a los argumentos que avalan esta calificación nos remitimos, *mutatis mutandi*, a los ya expuestos en relación a la sociedad gestora. Básicamente, el hecho de que la remuneración del depositario corra a cargo del propio Fondo y no de los partícipes (164); la falta de poderes de éstos para poner fin al contrato de depósito en caso de incumplimiento del depositario (165), sin perjuicio de su facultad —como beneficiarios de la misma— para exigir el cumplimiento de las obligaciones del depositario o, en su caso, responsabilidad por su incumplimiento (166).

En efecto, expuestas sucintamente las obligaciones que asumen frente a los partícipes gestora y depositario a raíz de la emisión y suscripción de participaciones en Fondos de Inversión Inmobiliaria, hay que destacar que la Ley hace responsables a ambos sujetos frente a los partícipes del correcto cumplimiento de las mismas. Ahora bien, en el supuesto de que existan irregularidades en la gestión del Fondo, la responsabilidad del depositario cesará cuando pruebe que ha cumplido con todas y cada una de las obligaciones de vigilancia y control que le incumben. De modo que sólo en el marco de sus concretas obligaciones, se puede decir que el depositario asume una posición de corresponsable junto a la gestora, pero no en todo caso, siendo difícil en la práctica que se dé una responsabilidad exclusiva del mismo.

Para hacer efectiva la responsabilidad en la que puedan incurrir estos sujetos, la Ley contempla expresamente entre los derechos de los partícipes el de exigirles responsabilidades por el incumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias (167). Sin perjuicio de lo cual, y dentro de su respectiva obligación de actuar en interés de los partícipes, la sociedad gestora y el depositario están obligados a exigirse recíprocamente esta responsabilidad en nombre de los partícipes en la inversión o patrimonio administrados (168).

(164) Artículo 8 LIIC.

(165) Artículos 68, 80, 81, 85, 86 y 92 LIIC.

(166) Artículo 1.257 del Código Civil, párrafo 2.º, y artículo 5.3.d) LIIC.

(167) Artículo 5.3.d) LIIC.

(168) El artículo 46.4 LIIC establece esta obligación a cargo de la gestora frente al depositario y el artículo 62.2 la impone a éste frente a aquélla.

La primera de estas previsiones legales parece clara, en el sentido de atribuir facultades individuales a los partícipes para hacer valer la acción de responsabilidad contra la gestora y/o el depositario por irregularidades en sus respectivas obligaciones gestoras. A su vez, en la obligación legal de gestora y depositario de exigir esa responsabilidad en nombre de los partícipes se han de ver dos cosas. Una, el otorgamiento por la Ley de una especialísima legitimación a ambos sujetos para actuar judicialmente el interés ajeno de los partícipes, en el marco de las respectivas relaciones jurídicas que les ligan a ellos. Téngase en cuenta que, en principio, como ni la gestora ni la depositaria actúan aquí como representantes del Fondo, sino de los singulares partícipes, no podrían accionar en su nombre, a menos que los partícipes les otorgaran el oportuno poder de representación. Sin embargo, la Ley ha suplido este requisito y lo ha hecho —y con ello entramos en la segunda faceta de esta legitimación especial— para favorecer a los partícipes, ahorrándoles las dificultades y gastos que comportaría la reclamación individual, así como los inconvenientes dimanantes del ejercicio de una pluralidad de acciones relativas a los mismos hechos. Además, la Ley configura la actuación judicial o extrajudicial de gestora y depositario para reclamarse recíprocamente responsabilidad en nombre de los partícipes, como una obligación de estos sujetos. Aunque ello no puede interpretarse, de ninguna manera, como la exclusión de la posibilidad de que aquel o aquellos partícipes que lo deseen insten a título individual la reclamación judicial, en la medida de su interés.

Atendido el régimen de responsabilidad de gestora y depositario, se echa en falta la previsión legal de la facultad de solicitar y decretar judicialmente su separación definitiva, cuando la gravedad de su incumplimiento así lo aconseje. Sin embargo, la separación de la gestora y/o el depositario sólo está prevista en el marco de las sanciones por infracciones muy graves o graves, como potestad del Ministro de Economía a propuesta de la CNMV o de esta última, respectivamente, y, además, en el caso del depositario, para prevenir conflictos de interés cuando éste pertenezca al mismo grupo que la Sociedad gestora (169). No obstante, ello no hace sino corroborar que los partícipes no son partes, sino beneficiarios, de los respectivos contratos de gestión y depósito que vinculan a la Sociedad gestora y al Depositario con el Fondo de Inversión.

5.4. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL FII

Para terminar esta aproximación al régimen jurídico de los Fondos Inmobiliarios, procede hacer una referencia a su disolución.

(169) Cfr. artículos 80, 85, 86, 92 y 68 de la LIIC.

El artículo 24.1 de la Ley contempla las causas de disolución de manera general para todos los Fondos y lo hace en forma nada satisfactoria. Las causas que establece son las siguientes. En primer lugar, el vencimiento del término señalado en el contrato de constitución, con respecto a lo cual no hay nada que objetar. En segundo lugar, se refiere al simple acuerdo de la gestora y el depositario, cuando el Fondo se hubiera constituido por tiempo indefinido. No se acierta a entender la razón por la cual el legislador atribuye a los sujetos gestores del Fondo, discrecionalmente, sin precisar causas o límites, la facultad de decidir su disolución. Más adecuado hubiese sido prever la posibilidad de disolver el Fondo tan sólo en el caso de que se tema por su viabilidad o en atención a circunstancias sobrevenidas de mercado que aconsejen tal medida (170). En cualquier caso, sería deseable una limitación de esta facultad en atención al supremo interés de los partícipes, sujeta si se quiere a control administrativo o arbitrando la posibilidad de los partícipes de oponerse motivadamente al acuerdo de disolución. Lo que no parece de recibo es que sea suficiente la libérrima voluntad de gestora y depositario para decidir la disolución de un Fondo viable, ya que ello no hace más que generar desconfianza en el inversor hacia estas instituciones financieras, en contraste con el objetivo perseguido en todo momento por el legislador. Piénsese que bastará que interese a la gestora y al depositario abandonar el negocio, para que puedan hacerlo sin más, acordando la disolución del Fondo con amparo legal y, por ende, sin incurrir en responsabilidad frente a los inversores. Finalmente, como tercera causa de disolución, se establece a modo de cláusula abierta una referencia a las demás previstas en la Ley, sus normas de desarrollo o el concreto Reglamento de Gestión del Fondo. Así, a título ilustrativo, fuera de este elenco de causas de disolución, el artículo 13.1.a) de la LIIC dispone que en caso de que el patrimonio o el número de partícipes de un Fondo descendan de los mínimos establecidos reglamentariamente, dichas instituciones gozarán del plazo de un año para llevar a efecto la re-

(170) En este sentido, el artículo 13.1.a) de la LIIC dispone que en caso de que el patrimonio o el número de partícipes de un fondo descendieran de los mínimos establecidos reglamentariamente, dichas instituciones gozarán del plazo de un año, durante el cual podrán continuar operando como tales, para llevar a efecto la reconstitución del patrimonio o del número de partícipes, renunciar a la autorización concedida o bien decidir su disolución.

En la misma línea, el derogado artículo 19.5 *in fine* de la OM de 24-9-1993, facultaba a la gestora a liquidar el Fondo en el supuesto de que, ante el ejercicio por los partícipes de su derecho de reembolso, el patrimonio del Fondo quedará por debajo del mínimo previsto en su artículo 16 o se dieran otras circunstancias que aconsejaran igualmente esta medida. En la actualidad, esta facultad tan sólo se contempla en el supuesto en que a raíz de una modificación del Reglamento de Gestión del Fondo el reembolso solicitado por los partícipes alcanzara un importe total igual o superior al 50 por 100 del patrimonio del Fondo (art. 22.3 de la OM de 1993).

constitución del patrimonio o del número de partícipes o, en su caso, decidir su disolución. El artículo 57.3 del RIIC, establece la disolución en el caso de cese de la gestora o el depositario, sin que surja otra entidad dispuesta a hacerse cargo de sus funciones. Y, por su parte, el artículo 22.3 de la Orden Ministerial, de 24 de septiembre de 1993, prevé la posibilidad de disolver el Fondo en caso de que, a raíz de una modificación de su Reglamento de Gestión, las solicitudes de reembolso de los partícipes alcancen o superen el 50 por 100 de su patrimonio.

En cualquiera de estos supuestos, una vez acordada la disolución del Fondo y hecha pública por la CNMV, quedarán automáticamente suspendidos los derechos de suscripción y reembolso de sus participaciones, y se procederá a la liquidación de su patrimonio. El artículo 24.2 de la LIIC confiere la facultad de liquidar el Fondo, es decir, pagar a sus acreedores, cobrar sus créditos y enajenar el activo, a la gestora con el concurso del depositario, con sujeción a los requisitos y garantías que se establezcan reglamentariamente. Concretamente, el artículo 24 de la Orden Ministerial de 1993 somete estas actuaciones a determinados requisitos de garantía y publicidad de cara a los partícipes y prevé, asimismo, que de no haberse podido enajenar todos los bienes y derechos sobre inmuebles integrantes del patrimonio del Fondo transcurridos dos años desde el inicio de la liquidación, se procederá por la gestora a la cancelación del Fondo y la inscripción de tales bienes y derechos en el Registro de la Propiedad a favor de todos los partícipes. Será en este supuesto, y sólo en él, cuando surja una cotitularidad entre los inversores sobre los inmuebles que integran el patrimonio del Fondo disuelto. En este caso es claro que se trata de una comunidad ordinaria, por cuotas, y de la que cualquiera de los partícipes tendrá la facultad de separarse en cualquier momento, conforme a lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

ANTONIO ORTI VALLEJO

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Granada

y

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA
Profesora Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Granada

El recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General: Análisis y crítica

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. JURISDICCIÓN CIVIL O JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—III. LA NECESIDAD DE UN ACTO PREVIO DE LA ADMINISTRACIÓN REGISTRAL.—IV. LA VINCULACIÓN ENTRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A INSCRIBIR Y EL DERECHO CUYA INSCRIPCIÓN SE PIDE.—V. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR Y LA REGLA GENERAL DE PRECLUSIÓN.—VI. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR Y LA COSA JUZGADA MATERIAL.—VII. EFICACIA OBJETIVA DE LA SENTENCIA Y TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR.—VIII. UNA ÚLTIMA RESTRICCIÓN: EL JUICIO VERBAL REGISTRAL COMO VARIANTE DEL PROCESO DOCUMENTAL.—IX. JUICIO ORDINARIO Y JUICIO VERBAL: COORDINACIÓN DE ACCIONES.—X. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TERCEROS EN EL RECURSO JUDICIAL.—XI. ALGUNOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN: EL PAPEL DEL ABOGADO DEL ESTADO.—XII. CONCLUSIONES.

I. PRESENTACIÓN

1. *La tutela judicial constitucionalmente exigible y el juicio verbal.* Las Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y el Notariado, en recursos interpuestos contra las calificaciones de los registradores, estaban exentas de control jurisdiccional. La Ley 24/2001, de 31 de diciembre, de reforma de la Ley Hipotecaria, ha tratado de remediar esta evidente inconstitucionalidad.

Para conseguir sus propósitos, el legislador no ha atribuido, como cabría esperar, la nueva competencia de control a la Jurisdicción contencioso-administrativa, sino que ha articulado un recurso especial ante la Jurisdicción Civil a ventilar por los cauces del juicio verbal.

Se trata ahora de comprobar si la reforma ha cumplido con los objetivos que se había trazado, lo que no es posible hacer sin antes analizar si el juicio verbal, tal como está regulado, permite cumplir con los requisitos mínimos que cualquier tipo de control debe adoptar a tenor de los principios constitucionales de legalidad y tutela efectiva que imponen el control judicial de las resoluciones de todas las Administraciones públicas y garantizan la tutela judicial de todo tipo de derechos e intereses.

Es decir, la valoración final que acaso merezca la reforma dependerá de si puede ejercerse en el verbal, en debida forma, un control judicial constitucionalmente correcto, esto es, un control a un nivel parecido al que viene ejerciéndose, con general satisfacción, en la Jurisdicción contencioso-administrativa.

2. *Los requisitos mínimos de un control judicial constitucionalmente correcto.* La valoración de todos estos extremos no es sencilla, ya que cuando menos exige comprobar que en el juicio verbal se protegen, y por tanto conceden al justiciable, dos derechos imprescindibles y por ello constitucionalmente esenciales:

- i) En primer lugar, el derecho a que el actor, como en el contencioso-administrativo, pueda exigir, para el derecho que pide, una tutela sin restricciones, es decir, que sea el actor quien con su petición determine el objeto del proceso: habrá que reconocer al demandante, por tanto, la posibilidad de elegir el tipo o clase de tutela que quiere y por tanto la pretensión que ejerce (art. 5 de la LEC); a saber, simplemente declarativa de la ilegalidad de los motivos invocados por la Administración para denegar la inscripción que solicita, constitutiva de anulación de la resolución dictada, o de condena a inscribir el título cuya inscripción fue denegada.
- ii) En segundo lugar, el derecho del demandante a que, como pasa en el contencioso-administrativo, la sentencia dictada tenga eficacia de cosa juzgada formal y material. Esto es, si el contradictorio fuese integrado correctamente, la pretensión ejercitada de condena, y la sentencia estimatoria, el pronunciamiento deberá ser firme e irrevocable y, por tanto, la Administración resultará obligada definitivamente a practicar el asiento [62].

Sólo, si concurren esos dos derechos, podrá hablarse de una auténtica vinculación a la Ley y al Derecho de las Administraciones en general, y por tanto de la registral en particular y de la efectiva tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos: un doble mandato por lo demás, de cuyo cumplimiento, como es sabido, no dispensa en ningún caso nuestra Constitución.

3. *Complicaciones específicamente registrales.* En nuestro caso, la situación incluso se complica un poco más porque la Administración regis-

tral gestiona ciertamente un derecho público (el derecho a inscribir), pero el reconocimiento de ese derecho no puede hacerse independientemente del reconocimiento del derecho de fondo (el derecho privado) cuya inscripción se pide.

Es por ello que para que caso de producirse la condena de la Administración registral, en el nuevo recurso, la Jurisdicción Civil necesariamente tendrá que hacer un doble pronunciamiento: un pronunciamiento principal sobre el derecho de inscribir pero antes, como paso previo necesario, un segundo pronunciamiento sobre el derecho cuya inscripción se pide.

Este doble pronunciamiento exige un doble control lo que, como veremos, complica inevitablemente los trámites del recurso, al tiempo que impone severos límites a su regulación

II. JURISDICCIÓN CIVIL O JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

4. *El proceso contencioso-administrativo y el juicio civil.* Entre las diferentes opciones que había, el legislador se ha inclinado, finalmente, por atribuir el control judicial de las resoluciones registrales definitivas a la Jurisdicción Civil.

Una decisión, sin duda, discutible. Todos conocemos Registros, y no necesariamente de naturaleza administrativa, cuyas calificaciones se controlan por la Jurisdicción contenciosa (por ejemplo, el de la Propiedad Industrial); y, por lo que se refiere en concreto al Registro de la Propiedad, algunos países, como Suiza, se han decidido por la misma solución.

Existen razones, sin embargo, que desaconsejan que nuestro Derecho siga ese mismo camino: los pronunciamientos «civiles» de nuestra Jurisdicción contenciosa no pueden producirse sino sólo como «prejudiciales», pero los pronunciamientos civiles prejudiciales de la Jurisdicción contenciosa carecen siempre de fuerza de cosa juzgada; y, si carecen de fuerza de cosa juzgada, son provisionales y, por tanto, no vinculan a los Tribunales civiles que, con posterioridad, podrían decidir, de otro modo, la cuestión prejudgada (art. 4.2 LJCA) (1).

(1) La Resolución por los Tribunales Contencioso-Administrativos de la cuestión prejudicial «no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte, y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente» (art. 4.2 de la LJCA). No habría riesgo de colisión si los asientos registrales estuvieran exclusivamente bajo la salvaguardia de la Jurisdicción contenciosa y, por tanto, sólo los Tribunales contenciosos pudiesen ordenar la práctica de asientos registrales. Pero las cosas no son así sino más bien al contrario: en los Registros de la Propiedad se inscriben mayoritariamente derechos civiles, los asientos que publican derechos civiles están bajo la salvaguardia de los Jueces civiles y las disputas sobre la existencia y validez de derechos civiles corresponde resolverlas exclusivamente a los

5. *La prejudicialidad civil y el contencioso-administrativo.* Ya sólo por este motivo, es decir, por el incremento del riesgo de sentencias contradictorias, sería inoportuna la atribución del control sobre la Administración registral a la Jurisdicción contenciosa.

La provisionalidad de sus pronunciamientos civiles prejudiciales no parece, desde luego, muy adecuada para dispensar tutela judicial efectiva al derecho de inscribir, que existe, sólo, en tanto se demuestre que también existe, efectivamente, y es válido, el derecho cuya inscripción se pide.

Sin embargo todo inclina a pensar que no fue esa la verdadera causa de que se haya atribuido el control de las calificaciones registrales a la Jurisdicción ordinaria. Son de otro tipo, y por cierto menos sofisticadas, las razones que justificaron la elección del legislador.

Cuando no es posible decidir sobre la pretensión de inscripción, como pasa en nuestro sistema registral, sin pronunciarse sobre la existencia y titularidad del derecho cuya inscripción se pide, y ese derecho tiene normalmente naturaleza civil, es natural que hayan encontrado fuerte resistencia las opiniones doctrinales que trataban de atribuir el control de las calificaciones registrales a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Fueran éstos, y no otros, los motivos que, a la postre, resultaron decisivos para atribuir la competencia de revisión a la Jurisdicción ordinaria, lo cierto es que, debido a la rigidez con que fueron acogidos, la regulación final que finalmente se adoptó no está exenta de crítica.

En efecto, en nuestros Registros de la Propiedad no sólo se inscriben derechos civiles sino también actos, contratos y «derechos reales» administrativos, por tanto, hubiera sido más sensato restringir la competencia de los Tribunales civiles exclusivamente a los casos en que los títulos, cuya inscripción se pide, son civiles, y atribuirla a los contenciosos, en aquellos otros, en que son administrativos.

6. *El control de la actividad registral y el juicio verbal.* Por lo demás, sea lo que fuere, lo cierto es que, en esta materia, uno no podrá librarse nunca del fantasma del contencioso-administrativo.

En efecto, como el contencioso-administrativo, cuando se trata de ejercer el control jurisdiccional de la conducta de las Administraciones públicas, constituye el paradigma a seguir, al final siempre tendremos que analizar hasta qué punto el juicio civil que se elija para sustituirlo estará en condicio-

Tribunales Civiles quienes, por tanto, siempre tendrán competencia para disponer su inscripción o cancelación (art. 10.1 LOPJ). En consecuencia, de encargárseles el control de las calificaciones a los Tribunales contenciosos, sus pronunciamientos prejudiciales civiles podrían ser revocados si, por la razón que fuese, los Tribunales ordinarios se viesen obligados a conocer de la misma cuestión. Cfr. CORDÓN, *El proceso contencioso-administrativo* (2001), págs. 77-78.

nes de cumplir con los requisitos del modelo y, por tanto, será capaz de alcanzar los mismos resultados.

Dicho de otro modo: al final, empujados por el contencioso-administrativo, habrá que entrar en la cuestión fundamental: es decir, a valorar hasta qué punto el juicio verbal, al que remite el artículo 328 de la Ley Hipotecaria reformada, constituye un cauce adecuado para ejercer un control jurisdiccional, constitucionalmente correcto, de la conducta de la Administración registral.

7. *Críticas a la elección del legislador.* Pues bien, puestas así las cosas, hay algunos motivos que inclinan más bien a la crítica: es muy dudoso, por ejemplo, que el legislador haya acertado cuando, a la hora de articular el nuevo «recurso judicial», se ha inclinado por el juicio verbal y no por el ordinario.

Y no sólo es dudoso porque, en los recursos registrales así se ha dicho, «se decide siempre sobre la protección de un derecho fundamental», como es el derecho de propiedad (sabemos, en efecto, que para pronunciarse sobre el derecho a obtener la protección registral, a causa de la naturaleza accesorio del asiento, es preciso antes decidir sobre la existencia y titularidad del derecho cuya inscripción se pide).

Es dudoso, sobre todo, porque, como veremos, en aras a conseguir una rápida tramitación, el juicio verbal, cuyas reglas ordena seguir el artículo 328 de la Ley Hipotecaria, tiene sus propias especialidades o peculiaridades y algunas verdaderamente importantes que afectan al alcance de la cognición o debate admisible y, por tanto, al alcance de la regla general de preclusión de acciones y, en consecuencia, a la fuerza vinculante de la sentencia pasada.

En efecto, conviene tener muy presente que un proceso civil, como el verbal, pensado para otras cosas, sólo logrará cumplir con objetivos como aquellos para los que fue diseñada nuestra actual Jurisdicción contencioso-administrativa, si al tiempo que permite someter a control los actos de la Administración registral, reconoce, y en su caso protege, los derechos o intereses de los particulares que puedan resultar conculcados, o amenazados, por la conducta que se impugna.

8. *El cauce del juicio verbal civil: el alcance de la cognición judicial.* Pues bien, en relación con este último punto, lo primero que hay que decir es que el legislador, a la hora de regular el recurso judicial, ha tenido la precaución de remitir no a las reglas de la apelación sino a las del juicio verbal.

Por lo tanto, aunque se califique la revisión judicial de «recurso», no resulta de esa calificación límite alguno a la cognición del Juez; y no se imponen límites a la cognición, porque ninguno resulta de las reglas por las que se gobierna el juicio verbal a las que se remite el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria.

En resumen, como la remisión al verbal hay que entenderla a las reglas de la primera instancia, tanto las pretensiones de los recurrentes, como la sentencia del Tribunal, podrán apartarse de las alegaciones formuladas por las partes ante la Administración, y de los fundamentos de hecho y derecho que hayan servido a ésta para motivar su resolución.

Otra cosa sucedería, evidentemente, si la remisión se hubiese hecho a las normas del recurso de apelación en que tal cosa es inadmisibile, por regla general, salvo en los casos excepcionales prevenidos en el artículo 460.2 y 3 de la LEC (2).

9. *El juicio verbal es de plena jurisdicción.* Sabemos, en efecto, que los controles con finalidad exclusivamente revisora de los actos de la Administración han sido repetidamente descalificados por la jurisprudencia y lo han sido definitivamente por el legislador por incompatibles con nuestra Constitución (3).

El acto o la resolución que han dado ocasión al recurso contencioso no pueden condicionar el ámbito de la potestad judicial porque entonces quedaría en manos de la Administración la posibilidad de limitar, obstaculizar o impedir el control jurisdiccional.

Por esta razón los Tribunales contenciosos no deben resolver solamente aquellas cuestiones sobre las que la Administración se pronunció, sino también, si se lo piden las partes, aquéllas sobre las que no lo hizo, examinando, con toda amplitud, por tanto, si el actuar de la Administración se ajusta o no al Ordenamiento Jurídico: cfr. las SSTs de 23-11-1983 y 23-5-1994 (4).

(2) «Lo que no puede hacerse (en el recurso de apelación) es alterar sustancialmente el planteamiento de la primera instancia: pedir algo distinto, no suscitado en la primera instancia, o *pedir lo mismo con fundamentos jurídicos diferentes o con fundamento en hechos no alegados en la primera instancia*, salvo en los casos (...) del artículo 460.2.3 de la LEC (...)». DE LA OLIVA e I. DÍEZ-PICAZO, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (2001), pág. 453.

(3) Por todos, cmpr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 2 (2001), pág. 580.

(4) «Los motivos de ilegalidad no forman parte de la *causa petendi*» en el contencioso-administrativo. Cmpr. CORDÓN, cit., págs. 40 y 140. Porque el acto impugnado debe ser *examinado en todos sus aspectos, «de tal suerte que después de sometido a control judicial, no pueda prevalecer un acto ilegal»* (STS 10-4-1978). «No cabe confundir el concepto o figura jurídica de la cuestión o tema litigioso con el motivo o razón jurídica que justifica la pretensión, pues si la primera como básica, determina objetivamente el ámbito del proceso, no susceptible de modificación esencial —desviación procedimental— *a posteriori*, los motivos, causas o razones jurídicas que se aleguen como soporte de lo pretendido no se encuentran constreñidas a las aducidas en vía administrativa o en anteriores escritos procesales, pues por su carácter pueden ser enriquecidas por aportaciones posteriores y como es lógico sin vincular al Tribunal sentenciador» (STS 11-12-1984). Cmpr artículos 33.2 y 3 de la LJCA.

10. *El recurso judicial como primera instancia: la congruencia de la sentencia.* En consecuencia, vista la remisión que hace el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria a las reglas del verbal, procede descartar cualquier intento que pretenda configurar el nuevo recurso civil como una especie de segunda instancia:

Al contrario se trata de un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo (...) (por lo que no será impertinente la prueba) si no existe conformidad en los hechos de la demanda ni inadmisibles aducir (...) fundamentos que no hayan sido previamente expuestos ante la Administración (...). En otro caso no podría impartirse JUSTICIA con la mediatización de las posibilidades de las partes ante el órgano jurisdiccional.

Esta conclusión arrastra otras y alguna, por lo demás, especialmente importante (5). Así, para valorar la congruencia de la sentencia, no cabe abrigar duda alguna de que habrá que examinar todos los hechos y fundamentos alegados por las partes en el propio juicio verbal, y no basta con pronunciarse sobre los manejados en el fase previa porque, tal como pasa en el contencioso-administrativo, el recurso administrativo no tiene la naturaleza, ni por tanto cumple el papel, de una primera instancia.

III. LA NECESIDAD DE UN ACTO PREVIO DE LA ADMINISTRACIÓN REGISTRAL

11. *La exigencia del acto previo de la Administración.* La existencia de acto previo de la Administración constituye un presupuesto procesal que, en principio, choca con el régimen ordinario del proceso civil (y el juicio verbal lo es), pero que, en cualquier caso, no puede cumplir el papel ni tener la importancia que se le viene reconociendo habitualmente en los contencioso-administrativos.

La razón es simple. En Derecho registral las decisiones de la Administración no adquieren firmeza por el transcurso de cortos plazos de impugnación

(5) Por tanto, la situación de partida es igual a la del contencioso-administrativo. Cfr. CORDÓN, cit., pág. 30 y sigs. Una vez que el acto se ha producido «se convierte en mero presupuesto, cuya impugnación en su literalidad tomada, no puede condicionar el ámbito de la potestad judicial porque entonces quedaría en manos de la Administración, la posibilidad de limitar, obstaculizar o impedir el ejercicio de aquella potestad respecto de la actividad cuyo control le encomienda precisamente la Constitución en su artículo 106; y ello hasta el total establecimiento de la legalidad presuntamente conculcada» (STS 23-5-1994).

y, por tanto, no pueden ofrecer resistencia a los mandatos de la Jurisdicción. Por ello su remoción, o anulación previa, no se erigió nunca en premisa necesaria y, en su caso, en obstáculo infranqueable, a la vigencia y ejecución de las futuras declaraciones o mandatos que los Tribunales pudiesen adoptar sobre la misma cuestión (6).

Los actos registrales nunca cobran independencia o autonomía ni se benefician de plazos cortos de impugnación: siempre fueron, y siguen siendo, esencialmente revocables.

En concreto, las calificaciones negativas carecen de fuerza preclusiva, y aunque no se anulen, no se vuelven firmes e irrevisables, porque sus pronunciamientos tienen, como mucho, valor de una simple presunción y, por vincular, ni siquiera vinculan al órgano que los toma, que siempre puede cambiar de opinión (7).

12. *El acto administrativo previo no es el objeto del recurso.* En consecuencia, la impugnación del acto previo no puede constituir el verdadero obje-

(6) Según el artículo 38.2 de la LH, «(...) no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o de derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente». Sobre la interpretación que del mandato del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria hacen los Tribunales de Justicia: vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, 2 (1988), pág. 753 y sigs. En cualquier caso, dejando de lado algún supuesto excepcional (STS 2-10-1971), nunca entendió la Jurisprudencia que la vigencia del asiento «constituyese un obstáculo para la decisión judicial». El verdadero fundamento del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria, como dicen las SSTs de 7-4-1981 y 22-4-1983, está en que, de lo contrario, «podría resultar el auténtico *monstrum iuris* de, por una parte, una inscripción registral de una determinada «forma», que (...) el Registro ampara y protege (y, a través de él, la Jurisdicción, como Poder del Estado, puesto que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales), que, por otra parte, *estaría contradicha* por la forma que determinase una hipotética resolución judicial que viniese a determinar otra cosa distinta (...)». Esto es, la verdadera razón del artículo 38.2 no está en que los asientos puedan devenir firmes como los actos administrativos consentidos, y por tanto ofrezcan resistencia a cualesquiera pronunciamientos contrarios, incluso de instancias jurisdiccionales, sino en que *la Jurisdicción como Poder del Estado, sin producir indefensión, no puede amparar al mismo tiempo dos declaraciones contradictorias*: declaraciones, por lo demás, que incluso serían susceptibles de ejecución por separado. En efecto, la sentencia firme no inscrita, contradictoria de un asiento de dominio o hipoteca vigente, no paraliza el procedimiento iniciado para la protección de derechos reales inscritos ni tampoco el de ejecución hipotecaria: cfr. artículos 695 y 444.2 de la LEC.

(7) *Transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas de suspensión, sin haberse practicado el asiento solicitado, podrán presentarse de nuevo los títulos correspondientes, los cuales serán objeto de nueva calificación*: artículo 108 del RH. Confirma esta doctrina la Resolución de la Dirección de los Registros y el Notariado de 22-2-1993. Según la Resolución de 5-5-1998, el registrador debe calificar tantas veces cuantas le sea presentado el título, sin que pueda negarse a calificarlo nuevamente por el hecho de que le fue anteriormente presentado y denegado con transcurso del plazo para recurrir.

to del recurso porque, en la esfera registral, nunca tuvieron las resoluciones de la Administración valor equivalente al de una primera instancia jurisdiccional.

Por ello, en el caso de que la interposición del gubernativo se constituya en presupuesto de admisibilidad de la acción judicial, como es el caso, no puede cumplir otra función que la de dar una nueva oportunidad a la Administración para proporcionar pronta satisfacción, a la pretensión formulada por la parte.

De hecho, los particulares, que pretenden asientos en los Registros de la Propiedad, siempre tuvieron expedito el camino para interponer directamente ante la Jurisdicción la acción de rectificación, sin necesidad de plantear la reclamación previa ante la Administración (arts. 39 y 40 de la Ley Hipotecaria) (8); y lo tuvieron porque, en esta materia, las decisiones previas de la Administración nunca estuvieron en condiciones de oponer verdadera resistencia a los mandatos de la Jurisdicción (9).

13. *La irrelevancia de la doctrina del acto consentido y el objeto del recurso judicial.* No hay, por tanto, necesidad, con el propósito de restringir al máximo la doctrina del «acto consentido», de recurrir a la identificación de

(8) Sobre el alcance de la acción de rectificación, SANZ, «El Registro y la realidad jurídica», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 14 (1964). La inscripción, en nuestro Derecho, es causal o accesoria, por lo que no puede concederse por los Jueces el derecho a exigir un nuevo asiento, o a cancelar cualesquiera ya practicados, sin prueba previa de la existencia (o inexistencia) de los derechos cuya inscripción (o cancelación) se pide. Por lo tanto, para rectificar el Registro, siempre hubo dos caminos: o reclamar el asiento ofreciendo prueba de la existencia y legalidad del derecho, o reclamar directamente el derecho para exigir después la práctica del asiento. Esto es, podemos «entrarle» al Registro de dos formas: desde el asiento o desde el título, en uno u otro caso, probando siempre la existencia y validez del derecho. A este doble cauce se refiere explícitamente el artículo 38.2 de la LH, cuando dispone que «previamente, o a la vez», que la acción civil debe ejercerse la de rectificación registral:

(...) *no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o de derechos reales inscritos (...) sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.*

(9) Todavía en efecto, en el siglo XIX, los actos administrativos se identificaban por los motivos; y por tanto la incorporación de nuevos motivos originaba siempre un nuevo acto, susceptible de nuevo recurso, aunque su contenido dispositivo fuese idéntico al de otro anterior. En resumen, a finales del siglo XIX, no se había recibido, todavía, con todas sus consecuencias, la doctrina del «acto consentido». Hoy, en cambio, transcurridos los oportunos plazos para la impugnación, los actos devienen firmes a todos los efectos, y, por tanto, se hacen inmunes no sólo frente a la alegación posterior de los motivos cuya existencia se discutió, y desechó, en el procedimiento administrativo, sino frente a cualesquiera otro, hubiesen sido alegados o no por los interesados. Afirmaba, por ejemplo, ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, 7 (1894), pág. 252, que «solicitudes que reproducen la súplica de otras denegadas, pero apoyándose en distintos fundamentos, deben estimarse como nuevas peticiones distintas de las anteriores; y la resolución que las deniega es susceptible de revisión en vía contenciosa (con cita de dos autos de 7 de junio de 1890. Gac. 2 de diciembre, pág. 137).

las resoluciones por los defectos o motivos de suspensión o denegación observados, ni tampoco, con el mismo propósito, de reservar la apreciación de identidad sólo a aquellas calificaciones que reprodujesen otras anteriores.

Puede perfectamente prescindirse, en este ámbito, de esas técnicas (propias del contencioso-administrativo) porque objeto del proceso en el recurso judicial que nos ocupa, no es el acto de la Administración (que tiene valor provisional) sino la concreta tutela judicial (condena a la inscripción del título) que el recurrente trata de conseguir.

Por ello, aunque sean distintas las fechas o los fundamentos de hecho y derecho de las calificaciones o resoluciones impugnadas, si la tutela jurídica pedida es la misma y concurren los demás requisitos, habrá que apreciar identidad de acciones y, por tanto, la excepción de litispendencia, o en su caso de cosa juzgada (10).

Dicho de otro modo: aunque sean varias las calificaciones y distintos sus motivos, no habrá que instar por separado la anulación de todas y cada una de ellas.

IV. LA VINCULACIÓN ENTRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A INSCRIBIR Y EL DERECHO CUYA INSCRIPCIÓN SE PIDE

14. *La vinculación entre el derecho material y la inscripción registral: la accesoriedad del asiento.* La condena de la Administración supone un pronunciamiento sobre el derecho de inscribir, pero el pronunciamiento previo sobre el derecho a inscribir exige, en nuestro Derecho, otro de carácter previo sobre el derecho cuya inscripción se pide. En nuestro sistema registral, en efecto, los asientos no hacen declaraciones (de derechos) abstractas, sino causales:

- i) De ahí que, por ejemplo, al contrario de lo que, como regla general, pasa en el sistema alemán, se exija que los consentimientos necesarios para su práctica sean materiales y no formales (art. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria).

(10) En resumen nuestras (actuales) resoluciones registrales son como, y por tanto no tienen otra eficacia, que la de los actos administrativos del siglo XIX. Los actos de calificación registral son la ocasión del recurso pero no el objeto del recurso. Al igual que pasaba con el contencioso-administrativo de entonces, en el recurso judicial contra las calificaciones, como nos diría COLMEIRO, se entra a «conocer de las cuestiones que, con ocasión del acto administrativo, se suscitasen entre los particulares (...)». En efecto, entonces, el proceso contencioso-administrativo ante los Consejos Provinciales y el Consejo Real se inspiraba directamente en el proceso civil: vid. PARADA, «El privilegio de decisión ejecutoria y el proceso contencioso», en *La Administración y los jueces* (1988), pág. 175. Sobre la evolución del gubernativo registral, PARDO, «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: problemática del nuevo recurso judicial», en *RCDI* (2003), 3339 y sigs.

- ii) De ahí también que, al contrario, de lo que pasa también en Derecho alemán, no se permita la práctica de los asientos antes que la transmisión real se produzca y que deba expresarse necesariamente, en la inscripción, el título material que la justifica (11).

15. *La inseparabilidad de derecho y asiento: consecuencias procesales.* Esta indisoluble vinculación de asiento y derecho es la razón que explica por qué se califica a nuestras inscripciones de «accesorias» o «declarativas». Así resulta, por lo demás, claramente del artículo 40.3 de la Ley Hipotecaria: la inscripción es inseparable del derecho a inscribir:

«la acción de rectificación del registro (esto es, el derecho firme a un nuevo asiento, sea de inscripción o sea de cancelación) es inseparable del dominio o derecho real de que derive».

Esta estrechísima ligazón entre derecho y asiento obliga a que, para reconocer a la parte su derecho al asiento, y por tanto conseguir una condena firme y definitiva de la Administración a practicarlo, haya que cumplir con determinadas condiciones o ciertos requisitos.

Por lo pronto se vuelve necesario conseguir, para poder superar con éxito cualquier posible resistencia de la Administración, una declaración judicial firme sobre la existencia y titularidad del derecho, cuya inscripción se pide.

En efecto, sólo cuando estemos, sin ningún género de dudas, ante un derecho cierto, se volverá forzosa la práctica del asiento; por tanto, habrá que demostrar la existencia del primero, como paso previo necesario para conseguir la práctica del segundo.

O lo que es lo mismo: dada la naturaleza accesoria del asiento, para que decaiga la potestad de la Administración para controlar el acceso de los derechos al Registro y vencer su posible resistencia a practicarlo, se precisa un pronunciamiento judicial, que vincule a la Administración sobre su existencia y titularidad; y ello es así porque toda posible condena a practicar un asiento precisa el reconocimiento previo del derecho o título material cuya inscripción se pide. Lo que, por lo pronto, obligará al Tribunal a decidir o juzgar sobre el derecho a inscribir sino también a (12):

decidir o juzgar (...) (sobre el derecho cuya inscripción se pide) de forma directa y tomando la materia u objeto del juicio como elemento inmediatamente causal de la decisión del fallo.

(11) Esto es, se necesita prueba de que se ha transmitido el derecho (sustantivo) sin que baste el consentimiento a la práctica del asiento; al contrario, por tanto, de lo que habitualmente pasa en Derecho alemán.

(12) DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada* (1991), pág. 73.

16. *El reconocimiento judicial del derecho a inscribir será definitivo sólo si no persiste ningún posible motivo de suspensión o denegación del asiento solicitado.* En efecto, si se acepta que los jueces pueden reconocer el derecho a inscribir, habrá que aceptar también que, recaída sentencia judicial estimatoria, los Registradores carecen de competencia para apreciar nuevos defectos o motivos.

Ahora bien, si se conviene en que, firme la sentencia, ya no se pueden alegar nuevos defectos, no queda más remedio que aceptar, so pena de incurrir en contradicción, que esos defectos o motivos de ilegalidad no pueden ser utilizados por el Registrador porque, en cualquier caso, devenida firme la sentencia, quedaron destruidos o «aniquilados» por la fuerza preclusiva que tienen las resoluciones judiciales (13).

En efecto, si subsistiesen los defectos o motivos de ilegalidad no alegados, como es imposible abdicar del principio constitucional que exige el sometimiento pleno de la Administración a la Ley, es obvio que la Administración no sólo podría sino que estaría obligada a hacerlos valer, vinculada como está al principio de legalidad, y por tanto imposibilitada para conceder el asiento que se le pide.

17. *Alcance de la sentencia pronunciada en el recurso judicial verbal.* Así las cosas, se trata ahora de saber hasta qué punto el juicio verbal puede asegurar ese resultado.

Como sabemos, no habrá un verdadero reconocimiento del derecho a inscribir si no es posible obtener un pronunciamiento irrevocable sobre la

(13) La STS de 22-5-2000, que anuló algunos artículos del Real Decreto 1867/1998, de 14 de septiembre, por el que se había reformado el Reglamento Hipotecario, afirma que el reconocimiento al registrador de la posibilidad de alegar nuevos motivos, una vez recaída resolución estimatoria de la Dirección General en el recurso gubernativo, genera indefensión; lo que, ciertamente, no parece completamente seguro, ya que el solicitante siempre puede interponer nuevo recurso (gubernativo) y, sobre todo, siempre tiene abierta la puerta del proceso judicial. Interesa, sin embargo, no dejar en saco roto este pronunciamiento del Tribunal Supremo: si la prohibición de indefensión impide que, alegando «defectos no comprendidos en la calificación anterior», puedan dejarse sin efecto las resoluciones estimatorias recaídas en los recursos gubernativos; con más razón estaría impedida esta posibilidad cuando (la resolución) sea judicial y dictada precisamente en recursos (como es el que nos ocupa) pensados para procurar tutela efectiva y controlar la legalidad de las decisiones de la Administración Registral. Es más, si se acepta que el registrador carece de competencia para alegar nuevos defectos o motivos y no se quiere abdicar del principio constitucional que exige el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, no queda otro remedio que aceptar, so pena de incurrir en contradicción, que esos defectos o motivos de ilegalidad no pueden ser alegados porque han dejado de existir: la sentencia firme necesariamente los habría eliminado, como consecuencia de la eficacia preclusiva típica de las resoluciones judiciales. Si los defectos o motivos de ilegalidad subsistiesen, es obvio que la Administración no sólo no podría sino que estaría obligada a hacerlos valer y por tanto, vinculada como está al principio de legalidad, imposibilitada para dictar el acto que se le pide.

existencia y titularidad del derecho cuya inscripción se pide; pero es dudoso, cuando menos, que el juicio verbal permita asegurar este resultado.

Para resolver esta duda, que constituye el nudo central de la toda la problemática que nos ocupa, será necesario sondear diferentes posibilidades, lo que nos forzará a dar un premioso rodeo.

V. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR Y LA REGLA GENERAL DE PRECLUSIÓN

18. *La eficacia objetiva de la sentencia: la preclusión de alegaciones.* Existirá un verdadero reconocimiento del derecho a inscribir, única y exclusivamente si el fallo que lo concede es irrevocable; esto es, sólo si no es posible abrir un nuevo debate sobre la misma cuestión y, por tanto, si es imposible obtener, en un segundo juicio, un pronunciamiento contrario al del primero.

Pues bien, para evitar este tipo de indeseables consecuencias parece que está precisamente el principio de preclusión (de acciones) que, desde la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, rige en nuestro Derecho con carácter general (14).

(14) La preclusión afecta a todos los posibles argumentos de hecho y de derecho que se hubieran alegado o pudieran alegarse como constitutivos de esa concreta pretensión de tutela (...); las acciones que concurren a un mismo fin (concurso propio de acciones) se verán afectadas por esta norma de preclusión (...). A los fines antedichos (...) si en un segundo proceso, el actor solicitara lo mismo y frente al mismo demandado, si bien con fundamentación distinta, las instituciones señaladas impedirían la existencia y eficacia de ese segundo proceso, porque esta norma de preclusión se lo impide, y el actor desoyó la carga que tal norma le imponía; por lo que habrá de estar y pasar por las consecuencias perjudiciales de la desatención de la carga impuesta. (...)». Vid. TAPIA, «Comentario al artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1* (2001), págs. 1332-1334. Dice el artículo 400 de la LEC:

1. *Cuando lo que se pida en demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de deducirse en ellos cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea posible reservar su alegación para un proceso ulterior (...).* 2. *De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a los efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideren los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste.*

De la misma manera, y «puesto que una tasada causa de improcedencia de acumulación de procesos es cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia (art. 78.1 LEC) (...), (con) esta norma, en conexión con la del número 2 de este artículo 78, según la cual tampoco procederá la acumulación de procesos cuando no se justifique que, con la primera demanda, con la ampliación de ésta o con la reconvención, no puede promoverse un proceso que comprendiese pretensiones

En efecto, el nuevo artículo 400 de la LEC sienta una regla general de preclusión que afecta a todas las posibles alegaciones de hecho y derecho, por cualesquiera acciones y títulos o causas de pedir que, existentes en el momento de la vista, se quieran hacer valer, en otro proceso, para solicitar, por segunda vez, la misma cosa o su contraria. Esta regla conoce únicamente tres límites:

- i) En primer lugar, sólo precluyen los fundamentos, acciones, o títulos de pedir que, pudiendo ser alegados, no fueron efectivamente utilizados por la parte.
- ii) En segundo lugar, precluyen en cualquier caso, solo y exclusivamente contra el actor y el reconviniente, no contra el demandado.
- iii) En tercer lugar, precluyen únicamente si pretenden usarse con el propósito de obtener una sentencia de contenido, igual o absolutamente contrario, en todo o en parte, al de otra anterior que haya devenido firme.

19. *El alcance general de la regla de preclusión.* De la lectura detenida de estas excepciones, resulta que, al contrario de lo que pudiese pensarse a primera vista, la preclusión no es tan general como algunos pretenden; y, desde luego, como veremos, no lo es en el verbal civil:

- i) Por una parte, sólo precluyen los hechos relevantes que existían y pudieron hacerse valer, como constitutivos de la pretensión o solicitud del demandante, pero no los que, en su día, pudieron ser alegados, y no lo fueron, como impeditivos, extintivos o excluyentes por la parte contraria: así resulta paladinamente del tenor literal del precepto que exige, para que la preclusión afecte a las defensas, que se haya constituido el demandado en reconviniente, lo que obviamente hace inmunes las defensas del demandado, en tanto se mantenga en su posición, al riesgo de la preclusión. En nada, por tanto, se ven afectadas por la regla general de preclusión las defensas del demandado que, en consecuencia, persisten incólumes (15).

y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda, *el legislador ha impedido expresamente que se utilice la institución de la acumulación de procesos para subsanar deficiencias que se hayan cometido en el proceso en el que se pretende la acumulación con el posterior*». Por lo demás, «la preclusión (de alegaciones y acciones que previene el art. 400 de la LEC) debe alcanzar a los litigios que se sustancien a través del juicio verbal. Otra cosa no tendría sentido. Además, otras normas reguladoras en sede de juicio ordinario son también aplicables al verbal, como las que hacen referencia a los efectos de la pendencia del proceso». Vid. TAPIA, cit., pág. 1332.

(15) Sobre la inaplicación de la regla de preclusión al demandado, que no se transforma en reconviniente, alertan OLIVA-DÍEZ-PICAZO, cit., pág. 512: «es muy dudoso, ade-

- ii) Por otra parte, precluye únicamente el uso de aquellas armas que, pudiéndose utilizar, no se hicieron valer. En consecuencia jugará la preclusión sólo si no existía ningún impedimento o imposibilidad para su uso.

Esa imposibilidad, como toda imposibilidad, en principio, puede producirse por dos causas:

- i) Por imposibilidad *subjetiva*, esto es, porque la parte, en el momento en que se seguía el proceso, no conocía la existencia de las defensas cuya preclusión se discute (con toda la incertidumbre e imprecisión que ello produce).
- ii) Por imposibilidad *objetiva*, esto es, porque la parte no podía utilizarlas, aunque las conociese, ya sea por razones materiales o simplemente procesales (16).

20. *Los pronunciamientos previos sobre el derecho a inscribir y la regla de preclusión en el juicio verbal.* Pues bien, ya desde ahora, conviene saber que la aplicación de la regla general de preclusión está sometida en el juicio verbal a límites rigurosos; y se somete a rigurosos límites porque en ese juicio no siempre es posible una confrontación de argumentos abierta y

más que la LEC no permita al demandado (posteriormente impugnar el derecho o negocio), pues la preclusión de alegaciones, establecida en el artículo 400, se refiere (sólo) a las pretensiones del actor o del *reconviniente*». Para el artículo 400 de la nueva LEC, vid. nota anterior. Así el demandado, que fue absuelto en juicio de divorcio y no reconvino podrá, a su vez, reclamar ese mismo divorcio en un pleito distinto posterior, y por tanto reproducir la petición denegada en el primer proceso, siempre que haga servir una *causa petendi* distinta a la hecha valer por su cónyuge: cfr. MONTERO-FLORS, *Tratado de juicio verbal* (2004), pág. 764. Para el Derecho alemán la regla general, por lo que se refiere al demandado, es la misma, aunque con alguna importante (y parcial) matización. Según el parágrafo 767.3 de la Ordenanza Procesal Civil (*ZPO*), el deudor que quiere valer, en ejecución de sentencia, defensas nacidas después de la conclusión de la vista, debe incorporar a su contrademanda ejecutiva todas las excepciones que estaba en condiciones de oponer en el momento de la contestación a la demanda principal. Como dice SCHWAB, «esta disposición se considera un resabio del antiguo *principio de eventualidad* que tiene por objeto contrarrestar posibles retardos en la instancia ejecutiva»: en cualquier caso, «solamente en el caso de plantear una contrademanda ejecutiva, se está obligado a hacer valer en el mismo proceso todas las defensas que fuesen conocidas en el momento de la contestación a la demanda principal». Si no lo hiciese así (por eso hablamos de excepción parcial), precluyen, en su contra, no todas las defensas, ciertamente, pero sí todas las que no fueron utilizadas entre las que eran conocidas: esta preclusión parcial y «retardada» contra el demandado, no es tan extensa como la que se aplica al actor o reconviniente, para los que rige la regla general de preclusión de todas alegaciones que pudieron utilizar en el primer pleito. Cmpr. SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil* (1968), pág. 216 y sigs.

(16) Sobre la incertidumbre que introducen las dificultades para la apreciación de la imposibilidad, sobre todo, de la subjetiva, cfr. SCHWAB, cit., pág. 238.

libre; y no siempre es posible una libre confrontación porque, en ese juicio, existen importantes obstáculos al libre desarrollo del debate.

Como acabamos de ver, siempre que está prohibido el uso de determinadas armas procesales, esas armas no resultan perjudicadas o afectadas por la regla general de preclusión. Ahora bien, si subsisten las armas, habrá que aceptar que la sentencia pronunciada no es irrevocable pero aceptar tal cosa envuelve consecuencias de no poca monta porque una sentencia revocable no podrá proporcionar tutela definitiva y por tanto efectiva.

La preclusión general es presupuesto de la irrevocabilidad de la sentencia y por tanto está ligada internamente al principio constitucional de tutela efectiva.

21. *El limitado alcance de la regla de preclusión en el verbal.* En efecto, como sabemos, la condena irrevocable a inscribir presupone siempre una decisión firme sobre el derecho cuya inscripción se pide: esto es, en este caso, una declaración, con fuerza de definitiva, sobre la existencia y titularidad de un derecho real (con un contenido, en principio, equivalente a una declarativa de propiedad).

Ahora bien, en el verbal, está impedida la acumulación inicial de todas aquellas acciones que no puedan tramitarse por el cauce de ese juicio, por lo que normalmente nunca podrán cursarse simultáneamente la pretensión de inscribir y la de reconocimiento previo del derecho cuya inscripción se pide; y no sólo porque su valor excederá normalmente de 3.000 euros sino, incluso (aunque, dada la práctica de nuestros Tribunales, esta alegación carezca de todo valor), porque estamos ante un proceso que se pronuncia sobre la existencia de un derecho fundamental, el de propiedad, lo que, en principio, si nos atenemos al tenor literal del artículo 249.1.2 de la LEC, impondría la necesidad de un juicio ordinario (17).

(17) Dispone el artículo 249.2 de la LEC, que «se decidirán en juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía: (...) 2.º Las (demandas) que (...) pidan la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental (...)». Por lo que se refiere a la acumulación inicial no es posible la aplicación en el verbal del régimen general por causa del artículo 438.3 de la misma LEC: «no se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes: 1.ª la acumulación de acciones basadas en unos mismos hechos, siempre que proceda en todo caso el juicio verbal». Concluyen MONTERO-FLORES, cit., pág. 659 que, por ello, es necesario que «cada una de las pretensiones (que se pretenda acumular) tenga su cauce procedimental en el juicio verbal». Para, a continuación, añadir una interesante apostilla: «recuérdese que en el caso de que se acumulen pretensiones no acumulables, dado que no todas ellas deben ser conocidas en el mismo procedimiento, en nuestro caso por el juicio verbal, la jurisprudencia viene sosteniendo que el juez debe decidir aquélla para la que sí es procedente este procedimiento». Así dice la STS de 3-10-2000: «si se acumulan en un proceso no deducibles sino en juicios de distinta naturaleza, no por ello la demanda debe ser desestimada, toda vez que la postura correcta es resolver la acción correctamente ejercitada y no hacerlo respecto a la indebidamente acumulada».

22. *La acumulación de acciones en el recurso judicial y la regla general de preclusión.* La petición judicial de inscripción es siempre accesorio de otra previa: la de reconocimiento del derecho de propiedad o derechos reales cuya inscripción se pide. En efecto, el asiento de inscripción, como dice el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, es inseparable del derecho real cuya inscripción se solicita (consecuencia del famoso dogma de Derecho Registral sobre el carácter «accesorio» del asiento o la naturaleza «declarativa» de la inscripción).

Por tanto, como la apreciación de una de las pretensiones (la civil) es presupuesto de la otra (la registral), parece que deberían tramitarse conjuntamente, con lo que estaríamos ante un caso típico de acumulación accesorio (la llamada «eventual impropia») (18).

Lo cierto, sin embargo, es que en el verbal, como vimos, esa posibilidad estará habitualmente cegada para la parte actora, ya intente su ejercicio conjunto mediante una acumulación inicial de acciones ya mediante la acumulación posterior de procesos. Ahora bien, si la declarativa de propiedad no puede acumularse a la de condena a inscribir porque no lo admite el verbal, la acción civil no precluye y, si no precluye, sigue viva (19).

En consecuencia, el principio de preclusión general de alegaciones, por sí sólo, no puede impedir que, con posterioridad al verbal, en el ordinario se vuelva a discutir la propiedad del mismo inmueble o derecho y, por tanto, que la segunda sentencia disponga pronunciamientos absolutamente contrarios a los de la primera.

Dicho llanamente, nada impide que, en el segundo proceso, se ordene la cancelación de un derecho cuya inscripción se había ordenado en el primero (a la inversa, también).

(18) Existe la acumulación «accesorio», «llamada también eventual impropia, cuando el actor interpone una pretensión como principal y otra, u otras, como complementarias o accesorias, debiendo entrar en el examen de éstas sólo en el caso de que la primera sea estimada (...). (Así, por ejemplo), estamos ante una acumulación accesorio (o eventual impropia) cuando el actor ejercita una pretensión reivindicatoria (o declarativa de propiedad) y, para el caso de que sea estimada, pide a continuación que se (...) declare la nulidad, y subsiguiente cancelación, de la inscripción del bien inmueble en el Registro de la Propiedad, procediéndose a inscribirlo a su favor»: vid. MONTERO-FLORES, cit., págs. 653-654

(19) En efecto, para que proceda la acumulación de autos, además de otros requisitos, menos importantes ahora, «ha de tratarse de procesos que se sustancien por los mismos trámites (de modo que nada obste a acumular entre sí juicios verbales (...), o cuya tramitación pueda realizarse sin pérdida de derechos procesales: (así) el juicio verbal puede acumularse al juicio ordinario, siendo éste el más antiguo, pero no cabría acumular a un juicio verbal, el más antiguo, un juicio ordinario, más moderno. (...) (Por lo demás) debe tenerse en cuenta que en el juicio verbal las normas de competencia territorial son imperativas (...) y por ello no cabe acumulación entre procesos de los que estén conociendo tribunales de distinta competencia territorial (...):» cfr. MONTERO-FLORES, cit., pág. 745.

23. *La eficacia limitada de la regla de preclusión en el recurso judicial.* Por consiguiente, podrán utilizarse, en un segundo proceso, las mismas alegaciones y, por supuesto, otras diferentes a los que fueron examinadas en el verbal (aunque, al entablar éste, ya existiesen, y fuesen conocidos por el actor), para tratar de conseguir un pronunciamiento en ordinario posterior, de signo contrario al contenido en la sentencia pasada (20).

En resumen, normalmente la regla general de preclusión no protegerá los pronunciamientos de las sentencias dictadas en los verbales registrales. Por tanto, subsistirán las alegaciones y acciones:

- i) Para conseguir que el derecho cuya inscripción se pide (y, por tanto, también el derecho a que se practique el asiento) sea reconocido en un segundo proceso.
- ii) Y, a la inversa, para que, en el segundo proceso, se desconozcan derechos cuya existencia había sido reconocida en el primero y, por tanto, para forzar la oportuna rectificación de los asientos ya practicados, o su cancelación.

VI. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR Y LA COSA JUZGADA MATERIAL

24. *La distinta eficacia de la regla de preclusión y la eficacia de la cosa juzgada.* Como, en el juicio verbal, la regla general de preclusión rige en tan escasa medida, también debería ser escasa la fuerza vinculante que habría que reconocer a la sentencia en él recaída, si se diese el caso de que, en un segundo proceso, se ventilase de nuevo la misma cuestión.

Una cosa es, sin embargo, la eficacia de la regla general de preclusión y otra la fuerza de la cosa juzgada. Existen notorias diferencias entre una y otra. La preclusión de acciones y alegaciones y la cosa juzgada de la sentencia no se confunden sino que se superponen, y se superponen porque es distinto su alcance y distintas son sus consecuencias.

(20) Es más, como es inaceptable que pueda conseguirse indirectamente, lo que no procede directamente, habrá que extender esta misma conclusión a aquellos casos en que el Tribunal no haya hecho un pronunciamiento explícito sobre la cuestión (esto es, sobre la existencia y la titularidad del derecho que afirma el actor y cuya inscripción solicita), pero deba deducirse así porque, aún sin haber entrado las partes a debatirlo, haya sido reconocido implícitamente por la contraparte, o resulte de la oportuna admisión de hechos: sobre la extensión de la cosa juzgada y los pronunciamientos implícitos, OLIVA-DÍEZ-PICAZO, cit., pág. 512: «si la validez de la compraventa o de cualquier contrato (...) no es debatida y no requiere un enjuiciamiento expreso es porque, voluntariamente, el litigante a quien perjudica el negocio (...) no ha hecho cuestión de su existencia, de su validez y su eficacia».

25. *Eficacia de la regla general de preclusión.* La regla de preclusión no protege directamente la irrevocabilidad del fallo sino indirectamente, excluyendo la posibilidad de que en un nuevo proceso se sirva el actor de medios de defensa que existían, y podían ser utilizados en el primero.

Nada importa, por tanto, que, en el primer juicio, no se haya entablado discusión sobre ellos y, en consecuencia, no llegasen a ser valorados por el Tribunal.

La regla de preclusión comprende, en consecuencia, todas las alegaciones o medios de defensa, incluso aquellos que no guarden relación con el material procesal examinado en el primer proceso.

26. *Eficacia de la cosa juzgada tradicional.* Por el contrario, la fuerza vinculante de la cosa juzgada protege directamente la inmutabilidad del fallo; ahora bien, para poder impedir su revisión, esto es, si se quiere garantizar la inmutabilidad del fallo, la cosa juzgada debe extenderse a algo más que la parte dispositiva de la sentencia.

Ciertamente, en la medida que se da una obligación, tiene que darse necesariamente la oportuna exclusión. En efecto no habría efecto vinculante de cosa juzgada si no tuviese su propio efecto excluyente. Pero, en este caso, el alcance del efecto exclusión es mucho más limitado que el de la regla de preclusión: comprende únicamente aquellas alegaciones o acciones que sirvieron *de facto* para motivar el fallo de la sentencia pasada o, al menos, las que podían deducirse del de material procesal examinado en el primer litigio.

27. *La extensión de la inmutabilidad del fallo.* En resumen, la cosa juzgada protege directamente el fallo pero, para hacerlo de modo efectivo, debe excluir la posibilidad de revisar los argumentos de hecho y de derecho que lo fundamentan, o que resultan del material procesal que tuvo a la vista el Tribunal (21).

(21) La distinción entre la fuerza excluyente de la regla de preclusión y la de la cosa juzgada está ya, claramente, en ROSEMBERG, *Derecho Procesal Civil*, 2 (1955), pág. 545. «En conclusión, la exclusión de las causas de divorcio en el litigio respectivo y las de anulación en el de éste (...) es auténtico efecto de la cosa juzgada (...). Pero si sólo se demandó por divorcio, y (sin embargo) (...) se excluyeran las causas de anulación, o sólo de anulación y se excluyeran las causas de divorcio, entonces no puede hablarse de efecto de cosa juzgada. Se trata, en cambio, de la preclusión de causas de anulación, o en su caso, de divorcio, que no fueron alegadas (...)». Hasta tal punto son diferentes la preclusión y la cosa juzgada que la exclusión que producen tiene distinta naturaleza y fuerza:

- i) Por una parte, *la fuerza excluyente de la preclusión es más extensa que la de la cosa juzgada* ya que destruye todas las acciones y alegaciones que no utilizó el actor en el primer litigio, aunque no guarden ninguna relación con el material procesal examinado en el proceso, siempre que pudieran hacerse servir, en un segundo litigio, para obtener resultados jurídicos contrarios a los del primero.

Todo ello siempre, ciertamente, con un importante y significativo límite: estará excluida una nueva cognición del material procesal pero sólo en la medida en que esa exclusión se demuestre necesaria o precisa para impedir un segundo fallo discrepante con el primero (22).

En definitiva, la fundamentación de la primera sentencia, una vez haya ganado firmeza, se vuelve irrevocable pero sólo en la medida necesaria para justificar, amparar o sostener la resolución adoptada en su parte dispositiva: no, por tanto, si se intentase otra distinta o diferente (23).

-
- ii) Por otra parte, *la fuerza de la preclusión es menos intensa que la de la cosa juzgada*, porque nunca comprende los hechos pasados desconocidos (por tanto, para la parte, *nuevos*): hechos que, dada la evidente imposibilidad «subjettiva», que existía para esgrimirlos, podrían hacerse servir, en un segundo litigio, *aunque guardasen relación con el material procesal examinado en el primero*, con el propósito de destruir las afirmaciones sentadas en la sentencia pasada sino fuese porque su utilización, con esta finalidad, está impedida, precisamente, por la cosa juzgada.

Para apreciar la cosa juzgada, en efecto, poco importa que los hechos o sucesos, que se aleguen, fuesen o no desconocidos; lo realmente importante es si, aún siéndolo, van dirigidos a contradecir los estados de cosas, declarados vinculantes, en la primera sentencia y que prestan soporte lógico al contenido del fallo: cfr. SCHWAB, cit. págs. 227 y 231. Sobre la vidriosa cuestión de si, en las acciones de declaración positivas (y negativas), la cosa juzgada se extiende también a los hechos, que no tienen relación con el material procesal examinado en el primer proceso, incluso aunque esos hechos fuesen desconocidos para la parte, cfr. el resumen de SCHWAB, cit., pág. 231 y sigs., en donde hace un exhaustivo resumen de las diferentes posturas mantenidas en la doctrina y jurisprudencia alemanas.

(22) «Queda excluida del nuevo proceso toda alegación tendente a dar una imagen o crear un juicio que discrepe del material procesal del proceso resuelto con autoridad de cosa juzgada. En cambio, si la nueva alegación no guarda relación con el material procesal discrepante, no quedará excluido por la cosa juzgada (...). Se excluyen por tanto los argumentos jurídicos de las partes cuyo objetivo es lograr una apreciación jurídica discrepante con el material procesal del primer proceso. Además las partes tampoco podrán exponer hechos nuevos tendentes a una constatación discrepante del estado de cosas que en ese proceso estuvo sometido al Tribunal. Naturalmente ello se refiere sólo a los hechos que ya existían en la época de la última vista oral, y no afecta a los acontecimientos posteriormente. La constatación del estado de cosas y su apreciación jurídica en el primer proceso son inimpugnables. De no ser así la cosa juzgada de la resolución recaída sobre la pretensión procesal podía ser soslayada. *Por supuesto que este efecto vinculante de la apreciación jurídica y de la constatación del estado de cosas del primer proceso sólo tiene interés para aquellas demandas que contienen la misma solicitud que la que ya ha sido resuelta con autoridad de cosa juzgada o que tiene por objeto la declaración de lo absolutamente contrario*. En otras demandas, el estado de cosas y la apreciación jurídica de procesos resueltos con autoridad de cosa juzgada pueden desde luego ser atacadas»: SCHWAB, cit., pág. 222.

(23) «La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de que ha repetido hasta la saciedad que la cosa juzgada se forma sobre la parte dispositiva de la sentencia, y no sobre los fundamentos, acostumbra a agregar una coiletila que puede apoyar lo aquí expuesto; «ésta (la parte dispositiva de la sentencia) ha de ser interpretada, si es preciso, por los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo»: SSTs de 9-5-1990, 17-7-1986, 21-7-1988, 26-1-1990, 27-11-1992, 15-7-1992. Cfr. I. TAPIA, *El objeto del proceso. Alegaciones, Sentencia. Cosa juzgada* (2000), pág. 167.

28. *El fallo no se puede separar de sus fundamentos pero los fundamentos tampoco se pueden separar del fallo.* Es, por ello, perfectamente posible, y por tanto legítimo, que, en una sentencia posterior, se hagan afirmaciones distintas, y hasta opuestas, a las hechas en los fundamentos de otra anterior, siempre que el sentido del fallo, en la segunda, no sea contrario al de la primera.

Nada impide, en efecto, que en una segunda sentencia se constanten estados de cosas, o se acepten argumentos jurídicos contrarios a los recogidos en los fundamentos de hecho y de derecho de la primera, si el sentido del segundo fallo no es discrepante sino distinto o diferente. Es, por ello, que el efecto excluyente de la cosa juzgada «tiene interés sólo para aquellas demandas que contengan la misma solicitud que la que haya sido resuelta con autoridad de cosa juzgada, o que tienen por objeto la declaración de lo absolutamente contrario». Por lo tanto,

- i) En principio, cabe perfectamente que, en el fallo de una segunda sentencia, se hagan, sobre la titularidad de derechos, afirmaciones incompatibles con las que se hicieron en los fundamentos de hecho y derecho de otra, sin por ello infringir o quebrar la cosa juzgada material, ni en su vertiente negativa, ni en la positiva.
- ii) Esta contradicción tiene, sin embargo, un límite: puede hacerse, en una segunda sentencia, una declaración discrepante con los estados de hecho o de derecho que se dieron por ciertos en los fundamentos de la primera, siempre que el contenido del fallo no sea contrario sino distinto o diferente.

29. *Consecuencias prácticas.* En resumen, el reconocimiento del derecho a inscribir (por ejemplo, del heredero), exige el reconocimiento previo de la eficacia de su título (de partición) cuya inscripción pide. Pero este segundo reconocimiento, de naturaleza prejudicial, tendrá fuerza vinculante absoluta sólo en el caso de que, en el segundo pleito, el signo del fallo que se persigue fuese completamente contrario al del primero: esto es, si se persiguiese la nulidad o cancelación del asiento (24).

(24) Un análisis detenido, con ejemplos paralelos al que se recoge en el texto, en SCHWAB, cit., pág. 197: «así, por ejemplo, una sentencia que hace lugar a una pretensión derivada de compraventa o retroventa, o que la desestima, no contiene una declaración, susceptible de autoridad de cosa juzgada, del contenido del contrato de compraventa (RG 126, 237) o del derecho de retroventa (RG 135, 34). La sentencia que rechaza una acción contractual basada en error o fraude, declara con autoridad de cosa juzgada la inexistencia de la pretensión contractual, no así del error o fraude (RG 94, 105; HRR 1932, núm. 1604). Si se rechaza una acción redhibitoria se declara con autoridad de cosa juzgada la inexistencia de la pretensión redhibitoria, pero no la ausencia de vicios. *El actor podrá, por consiguiente, ejercer posteriormente la acción quanti minoris* (Warn.

En cambio, el reconocimiento del derecho, cuya inscripción se obtuvo, no impide su desconocimiento en pleito posterior, siempre que, en ese segundo proceso, se pida cosa o cosas distintas: por ejemplo, si lo que se reclama no es la cancelación de la inscripción practicada sino la rescisión de la partición por fraude (25).

Precisamente el legislador ha extendido la cosa juzgada a los fundamentos de hecho y derecho de la sentencia, para impedir esta contradicción: a saber, para impedir que, por la vía de revocar las declaraciones contenidas en esos fundamentos y por tanto desconocer su fuerza prejudicial, se acabe socavando el fallo al destruir las premisas que lo sustentan. En efecto, no habría manera de conservar el efecto si se permitiese eliminar las causas que lo producen.

Por tanto, en el caso de nuestro ejemplo, prohibida, verdaderamente prohibida, estaría sólo una cosa: la consecución de una segunda resolución que declare la nulidad o improcedencia de la inscripción de la partición, cuya práctica había sido ordenada por la sentencia recaída en el verbal.

Ahora bien, si son así las cosas, con ello, tenemos suficiente para garantizar adecuada y correctamente el derecho a la tutela efectiva de la reclamación planteada.

30. *El contenido objetivo de la cosa juzgada.* La condena o absolución de la Administración, que se produzca en el fallo del recurso, no sólo es irrevisable sino que la eficacia general de la cosa juzgada impedirá que, con la finalidad de obtener un pronunciamiento de signo contrario, se vuelvan a discutir los fundamentos de hecho y derecho en que se apoyó; porque (¡ahí está lo importante!), los fundamentos de la primera sentencia, como justificantes que son de su parte dispositiva, han pasado a formar parte de ésta.

1920, 155). El rechazo o estimación de una pretensión fundada en el parágrafo 985 del BGB no declara con fuerza de cosa juzgada la existencia o inexistencia de la propiedad (Warn. 1936, 173) (...)».

(25) Es más, es incluso perfectamente posible que ese segundo fallo (que estima la nulidad y se apoya, por tanto, en afirmaciones discrepantes sobre hechos y derecho), sirva de *antecedente lógico necesario para exigir, en un tercer proceso, pretensiones cuya apreciación no sea incompatible con el sentido de lo decidido por el primero*. «Si el actor ha accionado por el pago de 1.000 marcos, haciéndose lugar a la demanda, no obstante haber alegado el demandado la inmoralidad del contrato, la cosa juzgada no se opondrá a una acción nueva, promovida por el demandado, para que se declare inmorale el contrato por haberse explotado su estado de necesidad. En el primer proceso se resolvió con autoridad de cosa juzgada sobre la pretensión de pago de 1.000 marcos, pero no afirmó o negó con fuerza de cosa juzgada la inmoralidad del contrato que fundaba la pretensión. *La apreciación jurídica que el tribunal hizo del contrato en el primer proceso sólo habría tenido carácter vinculante, en caso de una acción dirigida a lograr lo contrario de lo establecido en la resolución pasada en autoridad de cosa juzgada*»: *Ibidem*, pág. 223.

En definitiva, es irrevocable no sólo el fallo de la sentencia que condena o absuelve a inscribir sino también los fundamentos en que se apoya o resultan del material probatorio, y versen sobre la existencia o inexistencia del derecho, cuya inscripción se pide.

Todo ello con una salvedad: el fallo es irrevocable pero sólo, como resulta de lo hasta ahora dicho, en relación a los títulos que se han alegado para justificar el derecho cuya inscripción se solicita, o de los que pudiesen acaso deducirse del material aportado al proceso; nunca respecto a otros completamente extraños porque, al contrario de lo que pasa con la regla de preclusión general, hasta ahí no llega el efecto excluyente de la cosa juzgada.

El reconocimiento del derecho, cuya inscripción se pide, no impedirá, por tanto, su desconocimiento, en pleito posterior, siempre que, en ese segundo proceso, se pida la cancelación o anulación de la inscripción practicada por causas o títulos distintos, que no integrasen el material del primer proceso.

En efecto, practicada la inscripción por herencia, nada impide que se cancele si, por ejemplo, había sido vendida o donada con anterioridad la finca por el causante a un tercero. Y lo mismo a la inversa: rechazada la demanda de inscribir por título de herencia, nada impide que se intente de nuevo por otro distinto, como compra o donación (26).

31. *La cosa juzgada, al contrario que la preclusión, no se extiende a otras causas de pedir.* En conclusión, la cosa juzgada cubre sólo el material procesal que se ha hecho valer en el primer pleito, o le está indisolublemente unido, porque los hechos absolutamente extraños o autónomos, al no haber sido examinados, no han podido ser tenido en cuenta ni, en consecuencia, han sido «verdaderamente juzgados», por el Tribunal.

En efecto, la cosa juzgada, al contrario que el efecto preclusivo, no impide que, en base a hechos completamente diferentes (acciones no ejercitadas, basadas en títulos o causas de pedir distintas) se intente, en otro proceso, una declaración totalmente contraria a la de la primera sentencia.

Así, ya lo hemos visto, si se niega el derecho a inscribir por herencia, nada se ha juzgado todavía sobre el derecho a inscribir por título de compra. El pronunciamiento sobre la compra, en cambio, incluiría también la usuca-

(26) «(La) causa de pedir (...) también sirve para delimitar la pretensión, y con ello el objeto del proceso y, por tanto, existirá incongruencia si el juez otorga lo pedido por el actor *por causa distinta de la alegada*. Debe tenerse en cuenta (...) que una cosa son los hechos identificadores de la causa de pedir y otra, añadida a ella y por lo mismo diferente, los hechos constitutivos y que la incongruencia también puede referirse a que el juez conceda lo pedido por el actor, pero con base en hechos constitutivos no alegados por éste». MONTERO-FLORS, cit., pág. 98.

pión sí, por ejemplo, del material aportado al primer proceso, se diese por probada la posesión ininterrumpida de la finca por plazo de treinta años (27) y la apreciación de este título de adquisición fuese congruente con el contenido de la demanda presentada: *iura novit curia* (28).

32. *El contenido implícito de la pretensión de acceso al Registro.* En resumen, la pretensión de condena a inscribir que se dilucida en el pleito se ejercita contra la Administración, pero su apreciación es imposible sin hacer un pronunciamiento previo sobre la titularidad cuya inscripción se pide. La existencia de una relación de implicación necesaria entre derechos no tiene nada de sorprendente (29):

Son numerosísimos los casos en que para absolver o condenar, el órgano jurisdiccional ha de decidir si existe y es válida y eficaz una determinada relación jurídica; si se llevó a cabo, con los requisitos exigidos para su validez y eficacia, un negocio jurídico, si alguien es titular, o no, de un derecho o cuál es su concreto contenido: si sobre todo eso —si es imprescindible, básico o fundamental para la decisión—, se juzga tras un debate real o posible.

En Derecho Hipotecario español, lo hemos visto, la inscripción es siempre «accesoria» o «declarativa» y, por tanto, sólo procede, forzosamente, si previamente se reconoce la eficacia del título cuya inscripción se exige. En

(27) «Un hecho no afirmado al menos por una de las partes no existe para el juez, y un hecho afirmado por las dos partes existe para el juez; por el contrario, el juez no puede dar por existente una norma aducida por las dos partes si esa norma realmente no existe, y no puede dejar de tomar en cuenta una norma existente, aunque no haya sido aducida por las partes. Las normas existen o no, independientemente de que las partes las aduzcan y la conformidad entre ellas no puede crearlas (...). La alegación de una norma general y abstracta (un determinado artículo del Código Civil, por ejemplo) no puede servir para distinguir un proceso civil de otro, para individualizarlo, y de ahí que suela entenderse que los Tribunales no tienen ni necesidad ni obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos que le sirven para motivar sus fallos, a las alegaciones de derecho de las partes, y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza la regla del aforismo *iura novit curia*» (STC 20/1982, de 5 de mayo) (...). MONTERO-FLORS, cit., pág. 91.

(28) La incongruencia no puede referirse a los fundamentos de derecho alegados por las partes, pues el principio *iura novit curia* despliega aquí sus plenos efectos, siempre que su aplicación no suponga modificar el objeto del proceso o las excepciones materiales. Por ello el artículo 218.1.II, dice que *el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a los fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*». MONTERO-FLORS, cit., pág. 98.

(29) DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pág. 72. Asimismo, OLIVA-DÍEZ-PICAZO, cit., págs. 510-512.

conclusión, en el verbal se reconoce el derecho a inscribir, ese reconocimiento que acaso se haya hecho en el verbal se vuelve irrevocable y no sólo él: con él, a esos solos efectos, también se ha vuelto irrevocable el reconocimiento de la eficacia del título cuya inscripción se pide.

33. *La sentencia recaída en el recurso judicial, siguiendo las reglas del juicio verbal, es inmutable y proporciona tutela efectiva suficiente del derecho de inscribir.* En definitiva, las declaraciones previas que haga la sentencia del verbal sobre la eficacia del título cuya inscripción se pide, serán inmutables entre las mismas partes, si bien sólo a los exclusivos efectos de condenar o absolver a la práctica del asiento que se solicita por el recurrente.

El juicio verbal, por causa de la fuerza de la cosa juzgada (no de la preclusión general de acciones), como hemos visto, ampara o respalda suficientemente la consecución de ese resultado, siempre, no obstante, con un significativo límite (30):

serán inmutables las declaraciones hechas en la sentencia respecto a estados de cosas o títulos que resulten del material procesal, pero no respecto a otros diferentes que no hayan sido aportados, porque los estados de cosas o títulos extraños al proceso nunca resultan perjudicados por la fuerza excluyente de la cosa juzgada de la sentencia pasada.

Límite que no altera la bondad del resultado y por tanto garantiza de modo suficiente que el recurso verbal proporciona tutela efectiva del derecho a inscribir que reclama el demandante.

La irrevocabilidad de la declaración previa sobre el título cuya inscripción se pide, devenida firme la sentencia recaída en el verbal, no estaría garantizada, por tanto, por la regla general de preclusión sino por la eficacia de la cosa juzgada.

(30) SCHWAB, cit., pág. 225: «si en un procedimiento nuevo se exponen *hechos que no guardan relación con el material procesal del primer proceso*, la nueva alegación (...) cuando la exclusión se halla establecida (...) no podrá ser efecto de la cosa juzgada. *En estos casos se trata de una preclusión, ajena a la cosa juzgada.* Por ejemplo, si en el primer proceso se ha fundado una acción de divorcio en el cese de la comunidad doméstica, pero la demanda ha sido rechazada, el actor no podrá alegar en un proceso nuevo la conducta antimatrimonial de la demandada, salvo que en el primer proceso no hubiese podido valerse de ese hecho. En el primer procedimiento, el tribunal no resolvió sobre la conducta antimatrimonial, ni tampoco pudo hacerlo, por no habérsele expuesto ese estado de cosas. *Por la alegación de la conducta antimatrimonial no se busca tampoco una declaración discrepante del estado de cosas del primer proceso, porque el cese de la comunidad doméstica y la conducta antimatrimonial constituyen dos sucesos distintos y separados. La exclusión de la nueva alegación actora no puede por lo tanto ser efecto de la cosa juzgada.*».

VII. EFICACIA OBJETIVA DE LA SENTENCIA Y TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO A INSCRIBIR

34. *La fase judicial del procedimiento registral.* El procedimiento registral está para garantizar la legalidad de la inscripción, es decir, la concordancia del Registro con la realidad, y lo está porque cualquier discordancia envuelve serios riesgos para todos los posibles derechos perjudicados por los asientos mal practicados.

Es por ello que en el procedimiento registral no tiene otro objetivo que el de discutir la justicia, validez o alcance de los posibles perjuicios, que pueda producir en terceros la declaración de derechos cuya inscripción se pide: el registrador, cuando suspende el asiento, afirma esa posibilidad, el recurrente, en cambio, la niega.

La discusión sobre este punto, tasada como está en el gubernativo la prueba practicable, por tanto con un alcance muy limitado, era, y es, también, el cometido del recurso gubernativo. La Dirección se limita exclusivamente a decidir esta misma cuestión previa: si cree que los terceros designados por el registrador pueden resultar perjudicados, ratifica la suspensión y, en otro caso, accede a la inscripción.

Esta fue la razón de que, en nuestra primera Ley Hipotecaria se permitiese al solicitante forzar la continuación del procedimiento para obtener, ahora ya en fase contenciosa (esto es, ante los Tribunales), una decisión firme que se pronunciase, con fuerza de cosa juzgada, no ya sobre posibles sino sobre efectivos y verdaderos perjuicios en los derechos materiales, cuya colisión, por tanto, a partir de entonces, quedaba resuelta de modo definitivo e irrevocable, en uno u otro sentido. La cognición sumaria, en la fase administrativa previa, dejaba paso así, en la judicial, a una cognición plenaria.

Hasta tal punto, eran así las cosas que, en el viejo recurso judicial, no se discutía directamente sobre la existencia del derecho de inscribir: se discutía sobre la eficacia de los derechos materiales, inscritos o por inscribir; a cuyo fin, si preciso fuere, podía instarse por las partes la declaración de nulidad de títulos, e incluso de asientos ya practicados (art. 66 *in fine* de la Ley Hipotecaria) (31).

35. *El reconocimiento del derecho a inscribir el derecho cuya inscripción se pide es el reverso del desconocimiento de los derechos que presuntamente lo contradigan o limiten.* La tutela judicial efectiva del derecho de inscribir exige un pronunciamiento irrevocable sobre la aptitud registral del título cuya inscripción se pide; lo que necesariamente obliga a entablar un debate sobre la preferencia registral de los derechos involucrados:

(31) Cfr. PARDO, *La revisión*, cit. pág. 3339 y sigs.

- i) En efecto, se reconoce derecho definitivo e irrevocable a inscribir, sólo si se demuestra, de modo indiscutible, que el derecho cuya inscripción se pide, existe; pero un derecho se vuelve indiscutible sólo si media una declaración judicial de que no hay contradictorios de terceros; o que, de haberlos, tienen peor rango registral.
- ii) Ahora bien, pronunciamiento tan delicado sobre los derechos o títulos materiales exige que se ofrezca prueba plena y contradictoria sobre los extremos a que afecte el debate.
- iii) Y, finalmente, exige también que se garantice la defensa, y por tanto la participación en la discusión de todos los posibles interesados, empezando por los eventuales perjudicados que ya habían sido identificados por la Administración.

Pues bien, no hay duda de que el juicio ordinario civil garantiza el despliegue todo este juego: más dudas ofrece, en cambio, el verbal. En el juicio ordinario, ciertamente, no hay tasación de la prueba (por el contrario, rige la prueba libre), y cabe el llamamiento a todos los posibles perjudicados por el asiento, para que puedan defender, en el proceso abierto, la negativa a inscribir; sírvase o no de las mismas razones, o pruebas, alegadas o aportadas por la Administración.

Muchas de estas cosas también lo permite el juicio verbal. Así, por ejemplo, también, en éste, la prueba es plena así como posible la participación de todos los eventuales perjudicados.

Más dudoso, en cambio, es que el debate pueda alcanzar el primero de los extremos a que antes hemos hecho mención, esto es, a si el derecho cuya inscripción se discute, existe, es válido y tiene mejor rango que los contradictorios que se le oponen.

36. *La existencia de obstáculos registrales: la cancelación previa del asiento contradictorio o de mejor rango.* No hay duda de que puede cancelarse por el verbal la pretensión de inscribir cuando su reconocimiento no exija la cancelación de ningún derecho inscrito.

La cuestión no es tan fácil en el caso contrario, y no lo es, porque, mientras la condena de la Administración a inscribir supone una declaración positiva previa sobre la eficacia del título cuya inscripción se pide; la cancelación forzosa exige, en cambio, una (declaración) negativa sobre el derecho, ya inscrito, que sólo procede si demuestran erróneas o inexactas las inscripciones cuya extinción se pide:

- i) Ahora bien, la formulación, en paralelo a la pretensión de inscripción del propio título, de otra sobre la cancelación del ajeno, procederá en el verbal sólo cuando ambas están basadas en los mismos hechos, lo que exige que el título que sea causa de la inscripción del

derecho propio, lo sea también simultáneamente de la cancelación del ajeno (como sucede en las inscripciones de transferencia): por tanto, siempre que la cancelación previa exija un título distinto e independiente de aquél cuya inscripción interesa, parece que estará impedida la acumulación inicial de ambas pretensiones (art. 438.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) (32).

- ii) Por lo demás, lo estará siempre que el valor del derecho, cuya cancelación sea supuesto de la inscripción del propio, superase la cuantía de 3.000 euros (lo que, dados los precios de la propiedad inmobiliaria, sucederá ordinariamente).
- iii) En cualquier caso, aún suponiendo que pueda apreciarse la existencia de conexión objetiva entre ambas pretensiones, a pesar de ser distintos los hechos que determinan la extinción del derecho que se cancela y los que fundan la adquisición del propio, como la acción negatoria tiene los mismos efectos que la desestimatoria de una reconvencción, debería ser inviable esta última, si no se mantiene dentro de la cuantía de los 3.000 euros.

37. *Eficacia irrevocable de los pronunciamientos de la sentencia sobre la existencia de obstáculos registrales y su alcance.* En resumen, normalmente el juicio verbal será inhábil para decidir si el asiento, que se estima contradictorio o preferente, está inexactamente inscrito y por tanto debe cancelarse.

La cancelación del derecho inscrito, que se oponga al que pretende inscribir el suyo, a falta consentimiento de su titular, no puede decidirse en el verbal porque exige acumular una pretensión nueva: a saber, la declaración

(32) Así parece entenderlo, al menos, una gran parte de la más autorizada doctrina española. Cmpr. artículo 438.3 de la LEC: No se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes: 1.ª La acumulación de acciones basadas *en unos mismos hechos, siempre que proceda, en todo caso, el juicio verbal*. «El verdadero problema de esta norma especial (...) es que no es fácil precisar cuándo puede decirse que se está ante unos mismos hechos y no lo es por que la LEC contribuye a la confusión, dado que el artículo 72 viene a igualar «los mismos hechos» con título o causa de pedir idéntico o conexo. Ahora bien, una interpretación razonable es aquella que distinga: 1.º) la expresión «unos mismos hechos» debe interpretarse en el sentido de que la causa de pedir en las dos o más pretensiones sea idéntica, esto es, cuando se puede hablar propiamente de conexión propia. La identidad se produce cuando se trata de unos mismos hechos históricos y no simplemente cuando los hechos son similares. 2.º) En sentido contrario, no se estará ante unos mismos hechos cuando la causa de pedir de las varias pretensiones no sea idéntica sino simplemente conexa o impropia, con lo que se excluye la conexión en el caso de que los hechos no sean los mismos sino diferentes aunque de una misma clase (...). Estamos optando, pues, porque «unos mismos hechos» significa identidad y no conexidad en la causa de pedir». MONTERO-FLORES, cit., págs. 658-659.

previa de inexactitud del asiento a cancelar, lo que normalmente obligaría al ejercicio de una negatoria de derechos, cuya articulación precisará, por tanto, de la interposición del viejo recurso judicial del artículo 66 o del planteamiento de la acción del rectificación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Será, en cambio, hábil el verbal para discutir sobre la existencia de obstáculos registrales, esto es, sobre el alcance de otros asientos contradictorios o incompatibles, o de mejor rango que el que se pretenda inscribir. Por tanto, podrá conseguirse el asiento solicitado cuando el debate se limita a plantear si el asiento cuya vigencia se opone al demandante, tal como está redactado, es efectivamente incompatible o de mejor rango registral.

No otra deberá ser la conclusión cuando los obstáculos no proceden de la vigencia registral de asientos contradictorios, sino de la falta de documentos complementarios que, sin condicionar en modo alguno la eficacia del título, impiden su acceso al registro (prohibición de acceso o cierre registral por una norma habitualmente con rango de ley).

Así, por ejemplo, si falta la licencia de edificación o el seguro en la obra nueva, la nota de liquidación del impuesto, es incorrecta la descripción de los derechos o la identificación de los otorgantes, existe peligro de doble inmatriculación, etc., etc.

En todos esos casos la sentencia pasada en el verbal produce eficacia de cosa juzgada y por tanto no sólo el fallo sino los fundamentos en que se apoya se transforman en irrevocables.

38. *La anulación de títulos viciados o imperfectos.* Es doctrina jurisprudencial consolidada que, por regla general, la anulación o apreciación de nulidad relativa, así como la resolución, revocación o rescisión de títulos, exigen el ejercicio de la oportuna acción, bien acumulándola con la principal en la (misma) demanda o, en su caso, planteando la oportuna reconvencción (33).

Así las cosas, será difícil que, en el recurso judicial, puedan apreciarse la anulación, revocación o resolución de títulos de propiedad y será difícil porque su acumulación inicial a la petición de inscripción, o su ejercicio mediante la oportuna la reconvencción, es difícil que prospere en los juicios verbales:

- i) No parece fácil para el actor conseguir, en el «recurso judicial», como paso previo a la inscripción de su derecho, la anulación del título del tercero que le cierra el paso; y no lo parece porque, como

(33) La anulabilidad o nulidad relativa sólo puede oponerse por vía de acción, no de excepción, lo que lleva a la exigencia, en su caso, de reconvencción (...). También jurisprudencia reiterada ha estimado que la «mera anulabilidad no puede hacerse por vía de excepción, sino exclusivamente a través del ejercicio de la correspondiente acción» (SSTS 15-2-1980, 25-5-1987, 6-10-1988, 7-6-1990, 22-12-1992). Cmp. MONTERO-FLORES, cit., págs. 777-778.

la eliminación del negocio defectuoso, «viciado», o «convaleciente», exige ordinariamente el ejercicio separado de la acción de anulabilidad o resolución, sería necesario, en nuestro caso, interponer, junto con la pretensión de inscripción del propio título, la de invalidación del contradictorio que la obstaculiza. Ahora bien, esta acumulación normalmente no prosperará en el verbal porque, tal como hemos visto, lo impedirá no sólo la cuantía de las peticiones «añadidas» sino también la circunstancia de que, por lo general, las pretensiones acumuladas raramente derivarán de un «mismo hecho» o estado de cosas (34).

- ii) No otra, por lo demás, será la conclusión, y esto sí que es nuevo, cuando la anulación, resolución o rescisión que se pretenda, sea precisamente la del título cuya inscripción se pide y, por tanto, la solicite un tercero, la Administración (caso de que pueda, porque esté legitimado para ello) o incluso el Ministerio Fiscal, en defensa de personas o intereses cuya custodia tenga encomendada. En este caso será preciso interponer la oportuna reconvención cuyas dificultades, para poder darle adecuado curso en el juicio verbal, conocemos bien (35).

39. *La defensa contra la pretensión de inscripción de título anulables o viciados.* Sería, sin embargo, manifiestamente absurdo negar, a los perjudicados por el asiento solicitado, la posibilidad de defenderse contra títulos vicia-

(34) «No se admitirá la reconvención (...) cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza»: artículo 406.2 de la LEC. Por tanto la reconvención en el juicio verbal sólo puede darse cuando corresponda este juicio por la cuantía (art. 250.2 de la LEC, 3.000 euros). Según el artículo 406.1 de la LEC, «sólo se admitirá la reconvención si existiese conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal». «La conexión exigible en la reconvención (respecto de la causa de pedir) es menos intensa que la conexión exigible a la acumulación de acciones *ex* artículo 72. Lo que la LEC pretende evitar es que el demandado pueda traer al proceso pretensiones que, aun dirigidas contra el mismo demandante, nada tienen que ver con aquélla a la que él mismo tiene que hacer frente. Para este tipo de pretensiones inconexas, la LEC considera preferible que el demandado inicie un proceso separado y distinto, ya que las reconvenciones inconexas rara vez suponen una economía procesal (...). Así pues debe entenderse que la reconvención es conexas cuando se basa en hechos que, aunque no constituyan strictu sensu la misma causa de pedir, sí forman parte de la misma relación jurídica que dio lugar a la demanda principal. Por ejemplo, si se presenta una demanda exigiendo el cumplimiento de una obligación, es conexas la reconvención que pide la resolución del contrato por incumplimiento de la parte contraria (...): DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (2001), pág. 680.

(35) También debería ser inviable, porque no proceden en el verbal, si nos atenemos al tenor literal del texto de la ley, reconvenciones sobre la titularidad o protección de derechos fundamentales y fundamental es desde luego el «derecho de propiedad». Pero ciertamente no parece ser ese el estilo que siguen los Tribunales.

dos o, en el más amplio sentido anulables, por mucho que les sea imposible conseguir en el verbal su efectiva anulación (a causa de que, normalmente, por causa de la cuantía, no pueda plantear la imprescindible reconvencción).

Una cosa es que no pueda materializarse la anulación de los títulos defectuosos y otra que no pueda impedirse su ingreso en el Registro. En efecto, impotente la mera excepción para producir la anulación e impedida normalmente la reconvencción, no podrá conseguirse ciertamente, en el verbal, la anulación del título cuya inscripción se pide. Ahora bien, una cosa es conseguir la anulación y otra permitir la inscripción (aunque, ciertamente, para impedirla, habrá que ensayar otro camino).

En efecto, según reiterada jurisprudencia registral, basta que se demuestre la condición «viciada» o claudicante o convaleciente de un contrato o título, para que, por mor del principio de legalidad registral, se vuelva inútil automáticamente para la inscripción, sin necesidad de que se obtenga su efectiva anulación.

En resumen, bastará para conseguir el resultado apetecido con que los demandados se limiten a hacer valer contra la pretensión del actor los vicios del título no como hechos extintivos sino simple y exclusivamente como «impeditivos»: no ejercerían, por tanto, una excepción de anulabilidad, por lo demás imposible, porque para apreciarla se exige acción o reconvencción; se limitarían a ejercer una «impeditiva» de la inscripción por ilegalidad del título a causa de su naturaleza claudicante, defectuosa o incompleta.

40. *La oposición a la inscripción del título por vía de excepción de eficacia «impeditiva».* Otro tanto de lo mismo habrá que concluir cuando, por tratarse más de negocios «inacabados» que de negocios «imperfectos» (36), se aduzca por los demandados la falta de permisos o autorizaciones, que no sólo completan el título sino que determinan su nulidad relativa; como pasa con las habilitaciones para obrar en representación de la Junta de Propietarios o de Consejos de Administración o Asambleas de Socios, insuficiencia de poderes, adquisiciones de inmuebles en los primeros años de una SA, etc.

Todos estos «defectos» podrán alegarse, también, por los demandados o perjudicados, mediante su interposición como excepciones meramente impeditivas de la inscripción.

En resumen, únicamente será necesaria la reconvencción cuando se pretenda, porque sea posible, conseguir la anulación del título; en los otros casos, cuando no fuese así, nada puede impedir que se hagan valer, en el recurso o juicio verbal, los vicios de anulabilidad o ineficacia interponiendo, con alcance meramente impeditivo de la inscripción, la oportuna excepción de ilegalidad del título.

(36) DÍEZ-PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil* (1965), pág. 179 y sigs.

En estos casos, como la cosa juzgada sólo se extiende a lo susceptible de ser enjuiciado, no podrá comprender aquellas alegaciones de fondo que han quedado imprejuzgadas.

41. *La alegación de la nulidad absoluta de los títulos.* Poco cambia el panorama por el hecho de que alegue el demandante la nulidad absoluta de los títulos de terceros que impiden la inscripción del propio; o porque los demandados aleguen la nulidad del título cuya inscripción se pide:

- i) En el primer caso, porque, como sabemos, hay muchas dificultades para que se pueda acumular, en un verbal, a la pretensión de inscribir, la de nulidad de los títulos contradictorios o de mejor rango (inscritos o no).
- ii) En el segundo caso, porque el ejercicio de la reconvencción se encuentra con parecidos obstáculos; y, además, en el verbal no cabe acogerse a la fórmula de posible uso en el ordinario, prevenida en el artículo 408.2 de la LEC.

Es, en efecto, mayoritaria la posición doctrinal que no cree aplicable en el verbal por vía analógica lo dispuesto para el juicio ordinario en el artículo 408.2 de la nueva LEC, con independencia de que la futura estimatoria tenga eficacia *ex nunc*, por tanto constitutiva; o sólo *ex tunc*, por tanto meramente declarativa (37).

Esto no quiere decir que no pueda alegarse en los verbales, por cualquiera de los demandados, *como impeditiva* del asiento, la nulidad absoluta del título, cuya inscripción se pide (38).

(37) «Si el demandado adujere en defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiera dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción»: artículo 408.2 de la LEC. «Debe hacerse notar que en la regulación del juicio verbal no existe una regulación expresa de esta alegación de nulidad similar a la que el artículo 438.2 hace para la compensación. Aunque no resultaría inconcebible aplicar por analogía dicha previsión, parece que la omisión obliga a entender que en el juicio verbal la alegación de nulidad, salvo que se formule expresamente como reconvencción en los términos previstos en el artículo 438.1, es una excepción a todos los efectos: DE LA OLIVA, I. DIEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, *Comentarios*, cit., págs. 685-686.

(38) Sobre excepciones dilatorias materiales, vid. VON THÜR, *Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio*, I (1998), pág. 306, n. 62: *la excepción es suspensiva cuando (...) compete al deudor tan sólo mientras no se aclare cierta situación de incertidumbre: por ejemplo (...) hasta tanto el deudor principal haya ejercido o perdido el derecho de impugnación.* Ahora bien, en estos casos, como la cosa juzgada, ciertamente, sólo se extiende a lo susceptible de ser enjuiciado, nunca comprenderá las alegaciones de fondo que, por tanto, quedarán imprejuzgadas.

En efecto, como «no hay previsión expresa en el artículo 438 de este supuesto (de nulidad absoluta, prevenido en el art. 408.2 de la LEC), habrá que suponer que la alegación de nulidad por el demandado, a falta de reconvencción, será siempre mediante excepción» (38 bis).

42. *Las particularidades de la alegación por los demandados de causas de anulación del título, o de resolución, rescisión, revocación.* Conviene hacer una referencia especial a las particularidades que se presentan cuando se alegue, por los demandados, como «impeditiva» de la inscripción, la posible existencia de causas de anulación, resolución, rescisión, revocación o nulidad del título.

En esos casos, aunque en el verbal registral se deniegue el asiento, como hasta la sentencia que la imponga (lo que, como sabemos, exigirá normalmente juicio ordinario), no hay anulación efectiva del título, seguirá éste vivo, por lo que podrá utilizarse, en otro proceso, para reclamar una pretensión distinta o de naturaleza diferente (v.g., la reclamación del precio alzado). En efecto, para que muera el título, se necesita un nuevo acto, es decir, un nuevo título (un negocio extintivo o una sentencia judicial en ejercicio de un derecho potestativo).

Y no sólo eso. Por la misma razón, la sentencia recaída en el verbal, que acaso haya ordenado la inscripción de una compra viciada, en nada podrá obstaculizar su futura cancelación, si fuese el caso de que, en declarativo posterior, se dispusiese la efectiva anulación o resolución del título: el nuevo asiento (de cancelación) se fundaría en un nuevo título, a saber, la sentencia (o, en su caso, el negocio), en que se anule, resuelva o revoque la compra inscrita.

Precisamente porque la anulación es un *novum*, un efecto nuevo, es por lo que la jurisprudencia, como vimos, viene exigiendo, en esos casos, el planteamiento de la oportuna reconvencción: no cabe alegar nulidad como hecho extintivo antes de que ésta se produzca, pero, para que se produzca en favor del demandado, en el proceso en curso, nuestro Derecho exige reconvencción.

43. *La cosa juzgada y las excepciones o contraderechos: resumen general.* Las armas son reversibles y, por tanto, pueden usarse en procesos diferentes por la misma persona, indistintamente, tanto en la posición de reo como de actor, en defensa del mismo interés. Es decir, según se haya tomado

(38bis) Según MONTERO-FLORS, cit., pág. 778, «el demandado podrá oponer la nulidad radical o absoluta del negocio jurídico como excepción, al contestar la demanda y entonces la única consecuencia es que sobre ella no recaerá la cosa juzgada» (aunque en otro lugar de la misma obra sostiene otra cosa: *ibídem*, pág. 1634). En efecto, «la cosa juzgada alcanza (sólo) a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley»: artículo 222.2 de la LEC.

o no la iniciativa del proceso, las mismas defensas pueden servirnos como acciones o como excepciones; como fundamentos de la demanda o reconvención o sólo de la contestación.

Ahora bien la fuerza de la declaración que sobre ellas haga la sentencia, en uno y otro caso, no puede ser, ni normalmente será, la misma. Para que las defensas del demandado resulten perjudicadas definitivamente es preciso que el reo ejercite una pretensión, es decir, se haga reconviniente y entable por tanto la oportuna (contra)demanda.

Una cosa es servirse de una causa de nulidad absoluta y radical contra la pretensión del actor y otra como justificativa de la propia; y, por tanto, una cosa es utilizarla como excepción o fundamento de la contestación, y otra como fundamento o apoyo de una reconvención:

- i) Y no lo es, en primer lugar, porque las excepciones no resultan afectadas por la preclusión general de acciones que sólo se produce en perjuicio del demandante o reconviniente pero no del demandado (39).
- ii) Pero no lo es, en segundo lugar, sobre todo porque sobre ellas no se hace un pronunciamiento en el fallo y por tanto no quedan cubiertas directamente por la eficacia procesal de la cosa juzgada, ya que la sentencia se limita a conceder, o no, la pretensión formulada por el actor (40).

44. *El contenido del fallo no puede separarse de las excepciones materiales incorporadas a los fundamentos de la sentencia, pero las excepciones tampoco pueden separarse del contenido del fallo.* Si se quiere que la declaración sobre las excepciones forme parte del contenido del fallo, el demandado tiene que pretender alguna cosa: esto es, debe reconvénir directamente o, en el caso del juicio ordinario, al menos, mediante la fórmula atenuada que permite el artículo 408 de la nueva LEC.

Si, por el contrario, se mantiene firme en su posición de demandado y usa las defensas materiales sólo como excepciones, pasarán a integrar, en su caso, los fundamentos de hecho o derecho de la sentencia. Por tanto, la declaración que se haga sobre ellas quedará irrevocable entre las partes, sólo a los efectos de garantizar la inmutabilidad del fallo emitido, pero no de cualquier otro distinto que pueda intentarse con posterioridad y no sea el mismo o su con-

(39) Cfr., más arriba, notas 13 y 20.

(40) Sobre si la cosa juzgada alcanza los pronunciamientos, expresos o implícitos, de la sentencia relativos a las defensas o excepciones del demandado, cfr. DE LA OLIVA, I. DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., pág. 409 y sigs. En un sentido bien diferente, CORTES DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General* (2001), pág. 361 y sigs.

trario. En resumen, en ese caso, el pronunciamiento judicial tendrá un valor menor (prejudicialidad relativa).

La diferencia práctica, entre uno y otro supuesto, es importante porque sólo las declaraciones que se hacen en la parte dispositiva del fallo, no en los fundamentos que lo amparan, tienen valor prejudicial absoluto a efectos de un segundo proceso entre las mismas personas (41): en efecto, la prejudicialidad absoluta se limita sólo a las declaraciones del fallo y siempre además que aparezca como antecedente lógico del objeto que se ventila en el segundo proceso, es decir, en un proceso posterior (art. 222.4 de la nueva LEC).

VIII. UNA ÚLTIMA RESTRICCIÓN: EL JUICIO VERBAL REGISTRAL COMO VARIANTE DEL PROCESO DOCUMENTAL

45. *El juicio verbal en que se controlan las calificaciones es un proceso especial.* Existe una última restricción a la cosa juzgada que deriva del hecho de que se decida, acaso, considerar el recurso judicial como una variante de un proceso documental.

Sin duda el recurso judicial del 328 de la LH es un proceso especial. Se trata ahora de saber hasta dónde debemos llevar la especialidad. En concreto la duda está en si su objeto se circunscribe a la decisión sobre la existencia e inscribibilidad del título material (art. 2 de la Ley Hipotecaria) o sólo del

(41) «Lo *resuelto* con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin al proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de que sea su objeto (...): artículo 222.4 de la LEC. *La prejudicialidad absoluta de las declaraciones del fallo es sólo en pleito posterior y por tanto operativa sólo cuando el segundo pleito es realmente nuevo.* En efecto, están condenados al fracaso, porque violarían la cosa juzgada, los intentos de utilizar, como antecedente lógico, el fallo de una segunda sentencia, para conseguir en un tercer proceso un pronunciamiento contrario al obtenido en el primero: esto es, para revocar en juicio posterior, utilizando como puente la sentencia obtenida en un proceso intermedio, lo fallado en otro anterior. Ciertamente, de la condena a inscribir, en el recurso judicial, no cabe deducir en un proceso posterior otra cosa que el derecho a la inscripción misma pero, de una declaración de la propiedad, obtenida en juicio ordinario, sí cabría deducir, en un tercer pleito, muchas cosas. Y, en efecto, podrán deducirse muchas otras cosas salvo precisamente una: el reconocimiento (o desconocimiento) judicial de la propiedad, incorporado a un fallo, no puede hacerse servir para conseguir en pleito posterior la condena a inscribir (o a cancelar) el título, cuya inscripción (o cancelación) fue ya denegada en pleito anterior: esto es, mediante fallo de sentido contrario al ya dictado en recurso judicial anterior, que se había pronunciado sobre la misma cuestión. La propiedad no puede tenerse por viva y muerta, a la vez, en pleitos distintos, que persiguen el mismo objeto entre las mismas partes. En conclusión, la prejudicialidad del fallo opera sólo sobre pleito posterior, pero no debe tenerse por posterior, a estos efectos, un pleito cuyo objeto estaba decidido porque la misma cuestión ya fue resuelta antes por otro anterior.

título material, pero tal como se recoge en el documento que ha sido presentado y calificado por el registrador (art. 2 en relación con el 3 de la Ley Hipotecaria).

Si fuese así, no habría duda de que el actor no podría fundar su pretensión en pruebas diferentes a los documentos presentados y calificados.

En efecto, aunque el objeto litigioso sea el mismo en ambos casos, la resolución recaerá exclusivamente sobre la pretensión de derecho material, que por su apoyo documental, el Tribunal está autorizado para resolver.

46. *Consecuencias procesales.* Es relativamente fácil demostrar que, de conceptuarse así el proceso, se explicarían con toda facilidad las especialidades, hasta ahora analizadas, del recurso.

Así, por ejemplo, aunque el actor pretenda apoyar su demanda no sólo en el título formal presentado sino en otro distinto, deberá limitarse el Tribunal a resolver sobre la base del primero.

En efecto, aunque la pretensión procesal sea la misma, si se funda en prueba documental no aportada al registrador en su día (desde luego si la prueba que ofrece no es documental), tendrá el Tribunal que abstenerse de resolver. A la inversa, si se considera inválida la escritura por defecto de forma, poco importa que aporte el demandante otro documento distinto para apoyar su petición, el Tribunal tendrá también que rechazar la demanda (42).

Todo ello en nada limita la posición de los presuntos perjudicados por el asiento, que, si se personan, podrán hacer uso de cualesquiera excepciones y medios de prueba para demostrar los posibles vicios del título presentado, hayan sido o no observados por el registrador.

47. *La limitación de excepciones y restricciones de prueba.* Es a este efecto ilustrativa la comparación con el proceso cambiario. Aquí, al igual que allí, no existe limitación alguna por razones de orden procesal.

En principio, la limitación de excepciones puede obedecer tanto a la específica configuración del derecho subjetivo (tasa material de excepciones) como a las particularidades del proceso a través del cual se deduce la pretensión fundada en aquel derecho (tasa procesal de excepciones) (43).

Pues bien, en nuestro caso no existe tasa procesal alguna, porque de ningún sitio se disponen limitaciones semejantes a las que, por ejemplo, resultan para los ejecutivos de los artículos 557 y siguientes de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

(42) Sobre la cosa juzgada y proceso documental, SCHWAB, cit., pág. 209.

(43) Cfr. C. PAZ ARES, «Las excepciones cambiarias», en A. MENÉNDEZ (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (1992), pág. 255. Asimismo OLIVA, DÍEZ PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., pág. 1387.

La oposición de los perjudicados tiene por tanto el mismo alcance y admite el mismo espectro tanto si se tramita la reclamación del asiento por el proceso verbal especial, como si se deduce en un declarativo o mediante el ejercicio de la acción de rectificación (sobre el alcance de la cosa juzgada en el proceso cambiario, cfr. art. 827.3 de la LEC).

48. *Oposición de los perjudicados por asiento y los medios de prueba.* Es evidente que en otro caso, de poco serviría el verbal para controlar la legalidad material de la conducta de la Administración y, en consecuencia, procurar la tutela efectiva que se echaba en falta.

Serán, por ello, admisibles todos los medios de prueba que aporte el demandado y lo serán porque «todos los medios de prueba son admisibles en todos los juicios verbales, aunque no siempre haya sido así (...)». La LEC de 2000 no ha limitado los medios de prueba (ni siquiera para) los procesos sumarios; esos procesos se reconducen hoy, todos ellos, al juicio verbal (art. 250.1) y en la regulación de éste no hay alusión a limitaciones probatorias (art. 445).

IX. JUICIO ORDINARIO Y JUICIO VERBAL: COORDINACIÓN DE ACCIONES

49. *El juicio verbal permite controlar la legalidad de la conducta de la Administración registral al tiempo que proporciona tutela efectiva al derecho de inscribir.* Al contrario que el juicio ordinario sobre la nulidad de los títulos, del que hablaremos después, el verbal registral no sólo procura tutela efectiva a la pretensión de inscribir sino que también, tal como pasa en el contencioso-administrativo, controla la legalidad de la actuación administrativa.

El verbal registral permite, en efecto, el ejercicio de una Jurisdicción, a la vez, «subjetiva» y «plenaria», que son las dos premisas sobre las que nuestra jurisprudencia ha construido el paradigma del control constitucionalmente correcto cuando, de vigilar la legalidad del comportamiento de la Administración, se trata (44).

En cualquier caso el juicio verbal proporciona tutela efectiva suficiente a la pretensión que se ejercita, tal como la CE exige, ya que cancelar asientos y anular títulos no puede ser, en efecto, la función del recurso registral sino decidir si el demandante tiene derecho a que se inscriba el título que se presentó y calificó (45).

(44) Cmpr. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, cit., págs. 576 y 620.

(45) No puede ser cometido de un juicio en que se controla la legalidad de la Administración declarar la invalidez de otros títulos distintos, estén o no inscritos, cuya

Es por ello natural que, así las cosas, haya que preguntarse por el papel que pueda todavía cumplir el «otro» recurso: el que, siguiendo los trámites del juicio ordinario, entendía sobre la validez o nulidad de los títulos y que tan lánguida vida, basta repasar las colecciones de jurisprudencia, llevaba en la práctica.

50. *Dualidad de vías procesales. El juicio ordinario sobre la eficacia o ineficacia de los títulos.* Mantiene el legislador el tradicional plenario para conseguir la inscripción no directa sino indirectamente planteando un juicio ordinario sobre la validez o eficacia de los títulos.

En ese caso será parte sólo aquellos interesados que puedan resultar perjudicados por la práctica del asiento que se solicita (cfr. art. 40 de la Ley Hipotecaria) y no, tal como pasa en el verbal, la Administración, porque legalmente se ha prohibido (art. 139 del Reglamento Hipotecario).

En consecuencia, respeta el legislador las dos vías tradicionales conocidas en nuestro Derecho para conseguir el asiento: la vía administrativa a la que se añade ahora el derecho a la revisión jurisdiccional, y la antigua vía judicial directa (esto es, sin pasar por el gubernativo) ante los Tribunales civiles.

En efecto, aunque el objeto de ambos procesos no sea exactamente el mismo ni tampoco su alcance subjetivo (en uno se ejercita una pretensión declarativa y en el otro de condena, en el primero contra los titulares de derechos que puedan resultar perjudicados, en el segundo contra la Administración); *la causa petendi* normalmente será única y persigue además el mismo resultado, a saber, la práctica del asiento en base a un mismo título (precisamente aquél cuya inscripción se pide).

Es por ello que, de permitirse la tramitación simultánea e independiente de ambos procesos, existe el riesgo de que puedan dictarse pronunciamientos, en todo o en parte, contradictorios, porque además el objeto del declarativo será

cancelación no se había solicitado, ni la anulación efectiva de los presentados a inscripción cuando es innecesaria para la finalidad pretendida, alterando, de esta forma, caprichosamente, el régimen general que, para estas cuestiones, ha dispuesto el legislador procesal. Por tanto, servirá el juicio verbal a nuestros propósitos:

- i) Si, para denegar el asiento, no es necesaria la anulación del negocio claudicante sino que basta la simple estimación de su «convalecencia».
- ii) Si, para denegar el asiento, puede hacer el Tribunal, en el verbal, un pronunciamiento sobre la excepción de nulidad absoluta o radical del título aunque sea a los solos y exclusivos efectos de inscribirlo o no inscribirlo.
- iii) Si, para denegar el asiento, es suficiente la constancia de asientos contradictorios, ya que la presunción de «legitimidad registral» exige para ser enervada una sentencia contraria en juicio ordinario.
- iv) Si, para denegar el asiento, puede apreciar el Tribunal la existencia de obstáculos registrales, cualquiera que sea su índole.

normalmente prejudicial en el verbal y los pronunciamientos de éste perjudicarán a los terceros afectados por el asiento con lo que, a la postre, serán los mismos los demandados en el verbal y el ordinario (cfr. art. 76.1 de la LEC).

51. *La posible concurrencia de los dos procesos: su acumulación.* Según el artículo 328 *in fine* de la LH, el recurso judicial contra la Administración, una vez iniciado, nunca se paralizará o suspenderá definitivamente por la iniciación del ordinario: en efecto, la interposición del «procedimiento judicial (sobre la nulidad o validez del título) en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso».

Entiéndase bien, no es que, en curso el proceso ordinario prohíba el legislador que pueda plantearse el verbal: lo que se prohíbe es sólo que, en curso el verbal, pueda paralizarse la resolución definitiva del recurso por la simple interposición del ordinario:

- i) Así resulta del hecho de que lo que se impide es que, por la simple interposición del ordinario, proceda paralizar no el trámite sino la resolución del verbal lo que, sin duda, exige que ya se hubiese iniciado.
- ii) Y resulta, sobre todo, de que lo que se impide no es exactamente la suspensión del verbal sino sólo la paralización definitiva de su resolución.
- iii) En fin, lo que literalmente se excluye es que se paralice el verbal, si se interpuso antes el recurso contra la Administración, pero no si el primero en entrar fue el ordinario.

52. *La coordinación de procesos: el riesgo de división de la causa.* En consecuencia, la norma privilegia el verbal, si se inicia antes que el ordinario, pero nada nos dice sobre lo que procede, o puede hacerse, si se interpone después.

La predilección por el verbal, hasta cierto punto parece razonable, y no sólo por su superior celeridad, sino también, lo que tiene enorme importancia cuando se discute la inscripción, porque gran parte de los problemas que se plantean no justifican el rigor que impone la opción por el ordinario.

En cualquier caso, lo que no se impide por el legislador es la acumulación del ordinario al verbal anterior, si eso fuese posible según las reglas generales (46), y si fuese imposible, desde luego lo que tampoco impide es la

(46) «Así, si —por ejemplo— el proceso más antiguo es un verbal y a él pretende acumularse un ordinario, es obvio que no resulta aceptable a la luz (...) (del 77.1 de la LEC) que se acumularan y siguieran sustanciándose como un verbal. Ahora bien, del tenor de los artículos 79 y 84 no se deduce que esté prohibida una conversión del procedimiento que se estuviera siguiendo en el proceso más antiguo al más moderno. Así, no se ve cuál

suspensión del verbal hasta que se resuelva el ordinario, si así se solicita y lo entiende el Juez por causa de prejudicialidad civil, siempre que no proceda plantear la excepción de litispendencia en el ordinario (47).

Nada dice, en cambio, la norma sobre si, en curso el procedimiento ordinario, se plantea el verbal, por lo que hay que entender que en ese caso regirán las reglas generales. En efecto, si pendiente el ordinario, pudiese iniciarse el recurso verbal y tuviera que seguirse hasta el final, el riesgo de pronunciamientos contradictorios, y a la postre de algún modo inútiles, desde luego, estaría servido (48).

puede ser el inconveniente para admitir que un ordinario se acumule a un verbal y una vez ambos en similar estado, se continúe la tramitación por las reglas del juicio ordinario (...). En otro orden de cosas, resulta dudosamente admisible la acumulación de un proceso sumario y uno plenario (...). No obstante, si la acumulación no supone pérdidas procesales, no habría motivo para negar la acumulación (...). DE LA OLIVA, DíEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., pág. 212.

(47) «Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de una cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, *sino fuera posible la acumulación de autos*, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá (...) decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial»: artículo 43.1 de la LEC. Comenta I. DíEZ-PICAZO: «La prejudicialidad a que se refiere (...) (el art. 76.1 de la LEC, trata de) evitar que la sentencia firme con fuerza de cosa juzgada que ha de desplegar sus efectos prejudiciales se dicte separadamente y/o con posterioridad a la sentencia dictada en el proceso en que dichos efectos deben desplegarse (...). De este modo, cabe decir que el instituto de la acumulación de procesos se ha querido utilizar por el legislador como instrumento al servicio del tratamiento de la prejudicialidad civil en el proceso civil, en la medida en que en ésta se da el riesgo de resoluciones contradictorias (...); así (...) del mismo modo en que se suele decir que *la litispendencia es una institución protectora o tutelar de la cosa juzgada —en su eficacia negativa—, la acumulación de procesos, en la nueva LEC, pasa a ser con claridad la institución tutelar de la prejudicialidad (...)* (GARCÍA INCHAUSTI). *Ciertamente, la acumulación de procesos (...)* (está al servicio de) *la prejudicialidad (...), pero no es la única. (...) está también el tratamiento dado al problema en el artículo 43*. No obstante, del tenor de este último precepto se deduce su carácter subsidiario respecto a la acumulación de procesos, en la medida en que la suspensión del proceso civil que el mismo *permite sólo es procedente si no fuere posible la acumulación de autos. (...)* Así *si la acumulación ya no es posible (...) porque lo impidan las normas (...) de procedimiento*». DE LA OLIVA, DíEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., pág. 211.

(48) Para un análisis detenido de la acumulación de procesos: DE LA OLIVA, I. DíEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, cit., 212. «(...) sólo procederá la acumulación de procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites, o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales, siempre que concorra alguna de las causas expresadas en este capítulo»: artículo 77.1 de la LEC. «La acumulación de procesos sólo se ordenará: 1.º Cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro. 2.º Cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pida exista tal conexión que, de seguirse por separado, puedan dictarse sentencias con pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes»: artículo 76 de la LEC.

53. *Justificación de la subsistencia del antiguo recurso judicial a tramitar por el declarativo ordinario.* Por tanto, el campo propio del ordinario será cubrir aquellos huecos que deja libres el verbal. Así las cosas, por lo pronto, existen tres:

- i) Cuando la satisfacción de la pretensión de inscripción exija la cancelación de asientos vigentes contradictorios porque se estimen nulos, inexactos o improcedentes.
- ii) Cuando se pretenda por los terceros perjudicados la anulación efectiva del título del presentante, cuya inscripción se pide, porque se estime que adolece de vicios de anulabilidad, nulidad relativa o radical y absoluta.
- iii) Cuando se pretenda justificar la demanda o pretensión de inscribir no en el título formal presentado sino en otro distinto.
- iv) Cuando el pretendiente del asiento exija el reconocimiento de la validez o eficacia de su título a la contraparte o a terceros porque éstos le niegan su concurso, debido o prometido, pero en cualquier caso necesario, para integrar el indicado título, sanarlo o convalidarlo a fin de proceder a su inscripción (así, v.g., cuando se le niegan la ratificación del *dominus* o del mismo poderdante, la elevación a forma pública de los documentos privados, la entrega de certificaciones indispensables de órganos administrativos, societarios o comunidades de propietarios, etc.).

X. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TERCEROS EN EL RECURSO JUDICIAL

54. *Los posibles perjudicados por el asiento que se pide y el recurso judicial.* La firmeza de la resolución que se dicte en el verbal (por la que se estime o desestime la pretensión de inscribir), y, por tanto, la inamovilidad de los «estados de cosas» y de la «apreciación jurídica» que la fundamenta, sólo se conseguirá, si se concede a los posibles perjudicados por la sentencia, la oportunidad de defenderse.

Por tanto habrá que extender a los terceros con posibles derechos en el inmueble, además de a las partes, los pronunciamientos previos, y no sólo la parte dispositiva de la sentencia; y habrá que hacerlo porque, en otro caso, el Tribunal sólo podría hacer sobre la pretensión de condena que ejercita el solicitante, declaraciones provisionales.

55. *La fuerza vinculante de la sentencia frente a los terceros.* En resumen, si se quiere que los pronunciamientos de la sentencia sobre la relación central debatida puedan perjudicar, de «modo directo e insoslayable», a ter-

ceros, la cosa juzgada deberá extenderse, con el mismo alcance y fuerza, también a las que constituyen su antecedente lógico o necesario.

Ciertamente, porque el proceso discurre por el verbal, y no el ordinario, al estar prohibida o ser muy difícil la acumulación, esos pronunciamientos sólo tendrán un valor meramente prejudicial porque no integrarán la parte dispositiva del fallo.

Por tanto, de dictarse sentencia definitiva con la presencia sólo del petionario insatisfecho (demandante voluntario) y la Administración, demandada por el actor, podrían resultar perjudicados en forma directa otros sujetos (los titulares de los derechos perjudicados si la inscripción improcedente se consuma) y no sólo perjudicados por la sentencia como hecho (como les pasaría a sus acreedores) o por efectos reflejos (como les pasaría a sus causahabientes) (49).

Por tanto, la presencia de los titulares de derechos, en peligro de cancelación o postergación incontestada, para el caso de practicarse el asiento, procede no por razón de utilidad sino de necesidad, a saber, es debida por razón del principio de defensa, no del de armonía o economía (50).

(49) La cancelación o postergación de derechos por causa de una inscripción improcedente, esto es, sin consentimiento de sus titulares, perjudicaría de hecho:

- i) A los acreedores insatisfechos del titular del derecho improcedentemente cancelado o postergado por cuanto no podrán anotar de embargo o deberán contentarse con anotar uno devaluado.
- ii) Y de derecho: en primer lugar, a los propios titulares de los derechos, cancelados o postergados por la inscripción irregular; y, en segundo lugar, a sus causahabientes por cuanto, cancelados o postergados los derechos de sus causantes, no podrán inscribir los suyos o deberán hacerlo con rango inferior.

Los perjuicios de derecho son de triple orden: primero, los derivados del principio de cierre registral por cuanto el derecho perjudicado no podrá inscribirse, en su caso reinscribirse, mientras le vedan el acceso registral los incompatibles, defectuosamente inscritos; segundo, los producidos por el principio de prioridad por cuanto los títulos, aún los irregularmente inscritos, prevalecen, por hipótesis, sobre los cancelados o postergados; tercero, los inducidos por el principio de fe pública, por cuanto los derechos mal inscritos pasarán definitivamente al que los adquiera, a título oneroso y de buena fe. Vid. PARDO, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda* (1997), pág. 29.

(50) Cfr. TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice* (1984), pág. 233 y sigs. Parece sensato exigir la notificación no sólo en los casos en que el Tribunal advierta que las partes están usando el proceso con fines fraudulentos, sino en primer lugar cuando se identifiquen «terceros que puedan verse afectados por la cosa juzgada de la sentencia». En nuestro caso, es presupuesto inseparable del reconocimiento del derecho del solicitante a inscribir su título, la decisión sobre si dañará, o no, efectivamente, el asiento a aquellos terceros que la Administración, cuya resolución se impugna, ha identificado como posibles perjudicados por su práctica. Habrá que notificar, por tanto, a todos cuantos puedan estimarse perjudicados por la pretensión del demandante (recurrente) y, por tanto, afectados directamente por la sentencia, ya que la clarificación de su «situación (jurídica) es el objeto mismo de la discusión»: STC 53/1988, de 24 de mayo. En estos casos, «ante la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario, el instrumento para darles la oportu-

56. *La comunidad en causa y el llamamiento a los terceros.* En resumen, la pretensión de condena a la Administración, que ejercita el actor, presupone el enjuiciamiento previo del derecho cuya inscripción se pide, pero esa declaración implica, como antecedente lógico necesario, otra de naturaleza alternativa sobre asientos o derechos de terceros (con conexión objetiva con el derecho que pretende inscribir el actor: conexión objetiva necesaria) porque todos los asientos o derechos enjuiciados tienen que recaer o, al menos afectar de alguna manera, a la finca sobre la que el recurrente exige inscribir el suyo (51).

En el proceso civil, la «comunidad en causa» venía legitimando para proceder al llamamiento de los posibles afectados por la sentencia. Se discutía sólo si ese llamamiento implicaba siempre «la proposición de una (nueva) demanda que diera lugar a la acumulación necesaria y subsiguiente de una nueva causa conexa con la originaria» (52).

En la doctrina italiana domina el parecer de que, sólo en casos muy contados, para garantizar la utilidad del proceso, debe exigirse la integración del contradictorio y por tanto proceda apreciar la excepción de litisconsorcio (53).

Normalmente se estima suficiente la *litisdenuntiatio* del proceso a los terceros directamente afectados cuya «finalidad (consiste simplemente) en informar legalmente de la pendencia de una causa (denuncia de la litis) (...), al doble efecto de ponerles en condiciones de participar en ella y de extenderles también los efectos de la cosa juzgada que se forme sobre los elementos comunes de la relación debatida (...)» (54).

57. *La situación procesal de los terceros.* Esta declaración no siempre exige el planteamiento de una nueva pretensión que haga adquirir a los terceros la condición de parte y deba producir cosa juzgada sobre el (nuevo) objeto procesal, introducido por la propia llamada; cosa juzgada, por lo demás, que sería objetivamente diferente de la que se produce sobre el objeto originario del proceso.

Precisamente porque no es así, el llamado, que no comparece, no se transforma en rebelde; y la causa que constituía el objeto del proceso sigue siendo la misma, como seguirá siendo el mismo el objeto de decisión de la sentencia: sentencia, por lo demás, con eficacia de cosa juzgada entre las

nidad de intervenir en el proceso será la notificación de la pendencia del mismo»: así CORDÓN, *Comentario al artículo 150*, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, cit., pág. 639 y sigs.

(51) CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, 2 (1922), pág. 715.

(52) Como quería CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4 (1926), pág. 956.

(53) CHIOVENDA, *Principios*, cit., págs. 715-716.

(54) CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2 (1962), pág. 341.

partes iniciales (demandante y Administración) pero no sólo entre ellas porque, aquí está lo importante, extenderá su fuerza prejudicial sobre determinados elementos o aspectos comunes de las relaciones civiles subyacentes (tanto de la que afirma el actor como de las que oponen los terceros) cuya apreciación es presupuesto para la condena o absolución de la Administración demandada (55).

58. *Tutela judicial efectiva de la pretensión de inscribir y llamamiento de los terceros.* Es precisamente en estos casos cuando, no tanto en vista a proteger el interés de las partes o de los terceros como el de la Justicia, procede realizar el llamamiento judicial a los terceros, mejor en la forma prevista en los artículos 60 y 64 de la LJCA, menos severa que la del artículo 107 de la Ley Procesal italiana en la que piensa TROCKER, cuando razona de la misma manera: no se trata tanto de garantizar sentencias «lógica o teóricamente compatibles», sino de evitar «sentencias de hecho incompatibles».

O lo que es lo mismo: se trata de evitar que sentencias jurídicamente válidas, por haberse pronunciado entre «legítimos contradictores», impliquen en la práctica una denegación de tutela y, por tanto, del efectivo cumplimiento de los propios derechos materiales (56).

En otro caso, «la sentencia será inútil e ineficaz, no ya respecto a los no demandados, sino incluso respecto a los litigantes (...). Más que un riesgo (por tanto) de injusta extensión de la cosa juzgada a quienes no litigaron y no pudieron defenderse, el riesgo sería el contrario: que la sentencia sea imposible o inútil porque no afecte a quienes debería afectar, si ha de servir para algo» (57).

Ya CALAVROS sostuvo que las diversas formas de denuncia del litigio protegen los intereses de las partes y no los de los terceros; y reciben sustento constitucional del artículo 103.1 de la Grundgesetz (en su caso, con el apoyo del 19.4) que garantiza no simplemente el derecho de audiencia sino, más allá, también el derecho de acción, esto es, el derecho a la jurisdicción (Justizanspruch) que obliga al Estado a procurar protección efectiva a la pretensión (y oposición) ejercitada (58).

(55) Pues bien, para poder conseguir todo esto, será imprescindible que la fuerza prejudicial de la sentencia no se limite sólo a la parte dispositiva de la sentencia sino que alcance también a sus fundamentos o premisas, tanto fácticas como jurídicas (parágrafo 72 de la ZPO) para lo que basta, desde luego en la legislación alemana, la correcta denuncia de la pendencia del proceso al tercero con independencia de que llegue o no a participar (parágrafo 74.3 de la ZPO).

(56) TROCKER, cit., pág. 456.

(57) Vid. el excelente comentario de I. Díez-PICAZO en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 182.

(58) CALAVROS, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritter* (1978), pág. 26 y sigs. Conculcan el derecho a la tutela efectiva «aquellas normas que impongan requisitos impedi-

59. *El juicio civil y el llamamiento de los terceros por el Tribunal.* Procedera, por tanto, realizar la notificación no sólo en los casos en que el Tribunal advierta que las partes están usando el proceso «con fines fraudulentos» sino, en primer lugar, cuando se identifiquen «terceros que puedan verse afectados por la cosa juzgada de la sentencia».

En nuestro caso, es presupuesto inseparable del reconocimiento del derecho del solicitante a inscribir su título, la decisión sobre si perjudicará, o no, efectivamente, el asiento solicitado a aquellos terceros; en primer lugar, a los que la Administración, cuya resolución se impugna, haya identificado como posibles afectados por su práctica.

En consecuencia, habrá que notificar a todos cuantos puedan estimarse perjudicados por la pretensión del demandante (recurrente) y, por tanto, afectados directamente por la sentencia, ya que la clarificación de su «situación (jurídica) es el objeto mismo de la discusión»: STC 53/1988, de 24 de mayo.

En estos casos, «ante la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario, el instrumento para darles la oportunidad de intervenir en el proceso será la notificación de la pendencia del mismo» (59):

A este fin, recibido el expediente, el Tribunal a vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días (art. 150 de la LEC).

tivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto a los fines que persigue el legislador; como asimismo lo serán (en los mismos casos y bajo las mismas condiciones), la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de acciones o de los recursos legalmente establecidos» (SSTC 206/1987, 60/1988 y 147/1989).

(59) Así CORDÓN, *Comentario al artículo 150*, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, cit., pág. 639 y sigs. Sobre la necesidad de respetar el principio de audiencia, incluso en procesos sumarios, STC 135/1986, de 31 de octubre (indefensión de mujer separada ocupante de la vivienda que no puede intervenir en el juicio de deshaucio contra su marido arrendatario); STC 58/1988, de 6 de abril (indefensión del subarrendatario que no es oído en el juicio de deshaucio seguido contra el arrendatario); y STC 6/1992, de 16 de enero (indefensión del arrendatario a quien se desaloja sin oírle en el sumario hipotecario). Para este último caso, una completa síntesis en LARRONDO, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: exposición sistemática», en *BCERC*, 86 (1999) 305 y sigs.

XI. ALGUNOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN: EL PAPEL DEL ABOGADO DEL ESTADO

60. *La legitimación pasiva del Estado.* Dispone el apartado cuarto del artículo 328 de la Ley Hipotecaria que la Administración del Estado sea representada y defendida por el Abogado del Estado.

Hemos visto que, en nuestro sistema registral, entran unos derechos porque salen (dejan de estar protegidos) los contradictorios o se postergan los compatibles (pérdida de rango) y que, por ello, para practicar el asiento, se exige el consentimiento de todos los posibles perjudicados por su práctica (arts. 18 y 20 de la Ley Hipotecaria).

Ahora bien, perjudicados por una inscripción improcedente, nunca normalmente será el Estado porque los posibles asientos o derechos conculcados, si se practica la inscripción solicitada, habitualmente ni pertenecen no están inscritos a favor del Estado.

Al contrario, los asientos ya extendidos lo están normalmente a nombre de personas privadas y, por lo que se refiere a los derechos, incluso a los públicos (por cuya inmunidad haya que velar aunque no estén inscritos), ni su defensa corresponde forzosamente al Abogado del Estado (¿y el Fiscal?) ni tienen porqué pertenecer necesariamente al Estado sino que pueden ser de los Municipios, Autonomías u otras entidades públicas.

61. *La defensa de los terceros es independiente y no está subordinada a la que realice la representación del Estado.* El Abogado del Estado no puede disponer ni de derechos (ni menos de asientos ya extendidos), cuya titularidad no corresponda al Estado (cuando su postergación sea presupuesto necesario para la práctica de la inscripción discutida); por tanto no podrá arrogarse su gestión procesal a falta del oportuno poder de sus titulares (arts. 24 y 33 de la Constitución):

La indefensión no ha quedado eliminada (...) por el hecho de que la defensa de la legalidad de las resoluciones administrativas impugnadas en el proceso contencioso la asumiera el Abogado del Estado, ya que aquí lo que se denuncia no es otra cosa que la falta de emplazamiento personal y consiguiente posibilidad de hacerse oír directamente en un proceso en el que se debate un asunto que afecta a los derechos e intereses del (no emplazado) que invoca tal infracción constitucional. Con independencia de que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo reitere o no el contenido de la sentencia impugnada, la demandante de amparo tiene derecho de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución y la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional (...) a ser emplazada personalmente en el proceso contencioso porque, en este caso, su derecho es a ser oída

al margen de que las alegaciones coincidan o no, entera o parcialmente, con las de cualquiera de las partes que hayan comparecido en el proceso» (STC 31-5-1983).

Es por ello que los posibles perjudicados por asiento que se solicita, como hemos visto, deben ser llamados por el Juez para que puedan ejercer su propia defensa y no serán nunca representados por el Abogado del Estado. Hasta tal punto es esto así que cuando los posibles derechos o intereses perjudicados pertenezcan al Estado, no será necesario dirigir la demanda al Abogado del Estado y bastará con hacerlo directamente contra el Ministerio Fiscal. En efecto, dispone expresamente el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria que:

cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración tenga un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal.

62. *El verdadero papel de la representación del Estado.* Justifica, en cambio, que la demanda se plantee contra la representación del Estado, el interés que el recurrente tiene en que no se vea entorpecida la ejecución de la sentencia estimatoria que acaso pueda llegar a conseguir. En efecto, es una Administración del Estado, en este caso la registral, la encargada de, y por tanto obligada a, hacerlo (por lo que no bastaría con la presencia de los perjudicados por su práctica).

Por lo demás, la personación de la representación del Estado es necesaria no sólo para evitar que aparezcan sorpresas (obstáculos o resistencias) de última hora de naturaleza puramente registral: un juicio en que interviniesen sólo los particulares, no serviría para que los Tribunales ejerciesen control sobre la actuación administrativa, sencillamente porque en él, por hipótesis, no sería parte la Administración.

Por tanto, por causa del principio de audiencia, ya que, en definitiva, también se hace un pronunciamiento de condena contra el Estado y que le obliga, será indispensable su comparecencia (60).

(60) Por lo demás, el Estado tiene interés en llamar a los posibles perjudicados por el asiento: precisamente para asegurarse de que no incurrirá en responsabilidad por su práctica. *Conexión condicional negativa*: se trata de evitar que la parte (en este caso la Administración), en caso de ser condenada, pueda ser declarada responsable (por mala gestión procesal) frente a un tercero (el titular de los derechos materiales, incritos o no, pero perjudicado por el asiento que se mandó practicar) por los daños que (la sentencia del verbal) pudiera irrogarle: lo que suele pasar cuando, como en nuestro caso, «una parte actuara en un proceso gestionando un derecho ajeno»: LÓPEZ-FRAGOSO, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español* (1990), pág. 134.

63. *La defensa de los perjudicados cuando su identidad es difusa o indeterminada.* Existen, sin embargo, casos en que los posibles perjudicados son terceros desconocidos. Así pasa, por ejemplo, en los supuestos de insuficiente descripción de fincas, deficiente identificación de personas y sus circunstancias personales, infracción del principio de determinación en hipotecas y otros derechos, posibles perjuicios para sustitutos fideicomisarios condicionales, cancelaciones de prohibiciones de disponer, etc.

A todos ellos, si quiere proporcionárseles la tutela efectiva a que tienen constitucionalmente derecho, se precisa nombrarles un defensor. Para evitar su indefensión, es precisamente por lo que el legislador ha decidido que asuma la representación de sus intereses aquel registrador, que en aras a su tutela había dispuesto en su día la suspensión del asiento y extendido la oportuna nota de calificación.

En resumen, los perjudicados directos, a quienes se ha notificado la calificación, se defienden por sí mismos; en cambio, los no notificados, porque no son identificables y no pueden personarse, son defendidos por el registrador (*a contrario*, art. 328.4 reformado de la Ley Hipotecaria).

Esa es la principal razón de por qué, en el procedimiento judicial, se reconoce al registrador una legitimación extraordinaria, que, tanto en la fase administrativa previa como en la posterior judicial, le obliga, so pena de incurrir en responsabilidad, a personarse en el proceso y ejercer la defensa de los susodichos interesados.

XII. CONCLUSIONES

64. *El juicio verbal dispensa la tutela constitucionalmente exigida a todos los derechos e intereses implicados.* El juicio verbal, tal como está regulado en la nueva Ley de Enjuiciamiento, permite cumplir con los objetivos que resultan de los principios constitucionales de legalidad y tutela efectiva; a un nivel parecido al que viene haciéndolo el contencioso-administrativo típico.

En primer lugar porque, como en el contencioso-administrativo, será el actor quien con su petición determinará el objeto del proceso. Corresponderá, en consecuencia, al demandante elegir, como expresamente autoriza la nueva Ley de Enjuiciamiento, el tipo o clase de tutela que quiere y por tanto la pretensión que ejerce (art. 5 de la LEC): simplemente declarativa de la ilegalidad de los motivos invocados por la Administración, constitutiva de anulación de la resolución dictada, o de condena a inscribir el título cuya inscripción fue denegada.

En segundo lugar porque, como en el contencioso-administrativo, la sentencia dictada tendrá eficacia de cosa juzgada formal y material sobre la cues-

tión planteada: la inscribibilidad del derecho cuya inscripción se pide en base a los documentos presentados y calificados negativamente. Para sostener otra cosa sería preciso que el artículo 328 de la Ley Hipotecaria dijese lo contrario; y que se sepa no lo hace en ningún sitio (cfr. art. 447 de la LEC). Por tanto, si el contradictorio fuese integrado correctamente, la pretensión ejercitada de condena y la sentencia estimatoria, el pronunciamiento positivo será firme e irrevocable y la Administración estará obligada a practicar el asiento (61).

En tercer lugar porque, como en el contencioso-administrativo, tampoco en el verbal, el principio dispositivo «constituirá un obstáculo para que (...) el Juez aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir». En efecto, según el artículo 218.1.1 de la nueva Ley Procesal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá el Tribunal conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (62).

En cuarto lugar porque, como en el contencioso-administrativo, no hay oposición tasada y son admisibles todos los medios de prueba aportados por los posibles perjudicados que se opongan a la práctica del acierto; y lo serán porque «todos los medios de prueba son admisibles en todos los juicios verbales (...)». La LEC de 2000 «no ha limitado los medios de prueba (ni siquiera para) los procesos sumarios; esos procesos se reconducen hoy, todos ellos, al juicio verbal (art. 250.1) y en la regulación de éste no hay alusión a limitaciones probatorias (art. 445)» (63).

(61) «*Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen estos efectos*: artículo 447.3 de la LEC. Cfr. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I (2001), págs. 1520-1521. No deja sin embargo de sorprender que algunos continúen defendiendo la idea de que un juicio «pequeñito» sólo pueden producir decisiones «pequeñitas». Como si de un juicio de faltas no pudiesen resultar, al contrario de lo que pasa todos los días, indemnizaciones multimillonarias. Si hay contradicción y prueba libre y el proceso es, por tanto, plenario; estamos ante un juicio jurisdiccional y por tanto un juicio que produce todos sus efectos típicos. Por lo demás, en el Registro se ventilan cuestiones importantes pero también muchas veces, más que formales, formalistas y sobre derechos de escaso valor. Pensemos en la falta de una de las cifras del DNI, existencia de contradicción de apellidos, omisión de juicios notariales, mala descripción de las fincas, falta del recibo del catastro o incluso de la distribución de precio o la hipoteca, etc.

(62) Cfr. MONTERO-FLORS, cit., pág. 88. «Los Tribunales no tienen ni necesidad ni obligación de ajustarse, en los razonamientos jurídicos que les sirvan para motivar sus fallos, a las alegaciones de derecho de las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza el aforismo *iura novit curia*» (STC 20/1982, de 5 de mayo).

(63) Es más, según el artículo 429.1.2 de la LEC, «cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efec-

En quinto lugar porque, como pasa en el contencioso-administrativo y ordena también el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria, nada impide que, para integrar adecuadamente el contradictorio, se llame al proceso a todos los posibles afectados por la sentencia. En el proceso civil, «por disposición del Tribunal también (debe notificarse) la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare» (art. 150.2 de la LEC) (64).

65. *Peculiaridades del juicio verbal*. En resumen, el mal llamado «recurso», introducido por el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, constituye un juicio especial por razón de la materia.

Como nada se dice en el precepto en cuestión de que la tutela sea sumaria, estamos ante una materia que se sustrae al proceso ordinario que correspondería por razón de la cuantía y se reconduce al juicio verbal, independientemente de cuál sea aquélla. Estamos, en consecuencia, ante un juicio plenario rápido y especial.

Como dicen MONTERO y FLORS, en el juicio verbal, «al servicio del acierto en la decisión y del respeto a las garantías de las partes, se pone una regulación procesal y procedimental en la que se cumple con los principios básicos de conformar un proceso con todas las garantías, y en los que se aseguran los de contradicción e igualdad, pero, partiendo de ello, la pronta respuesta a la petición de tutela del ciudadano que acude al órgano judicial pasa a convertirse en el primer fin a conseguir» (65).

66. *Valoración final*. Esto no quiere decir que el ámbito de la posible cognición, y por tanto de la cosa juzgada y de la fuerza preclusiva del proceso, tengan el mismo alcance que en el juicio ordinario.

La apuesta por la celeridad en la tramitación limita, por ejemplo, la posibilidad de reconvenir, o de acumular acciones, lo que no puede menos que

tuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente (...). Esta norma es aplicable al juicio verbal (cfr. art. 443.4.2 de la misma ley).

(64) «Pero el apartado 2 (del art. 150) va más allá, y permite al tribunal notificar una resolución a personas que no son parte en el proceso pero que (...) *pueden verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare* (...). En (este) caso parece que se está refiriendo a sujetos que de acuerdo con el artículo 12.2, aunque deberían ser parte en el proceso, no han sido llamados al mismo. La notificación del tribunal podría originar, pues, la intervención a que se refiere el artículo 13. En estos casos, si no acudiere voluntariamente este sujeto al proceso, el tribunal debería hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 420.3 (...): cfr. DE LA OLIVA, Díez-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (2001), pág. 311.

(65) MONTERO-FLORS, cit., pág. 136.

repercutir en el contenido y alcance del pronunciamiento que es posible conseguir. En efecto, sin discusión, no hay juicio y, sin juicio, tampoco pronunciamiento definitivo: la prohibición de indefensión juega aquí en toda su plenitud.

Así, en concreto, en algunos casos el objeto del debate, en el verbal, sólo podrá versar sobre la existencia de posibles defectos del título o de probables perjuicios para derechos o asientos de terceros.

En esos casos, para rechazar la pretensión o demanda del asiento, no se exige una comprobación judicial de la concurrencia de verdaderos y efectivos vicios o perjuicios y no se exige, porque, en los susodichos casos, el verbal no lo permite. Por ejemplo, para que decaiga el derecho a inscribir que el demandante reclama, en razón de la especialidad del proceso elegido, bastará:

- i) Con que resulte la posible nulidad o ineficacia del título que se esgrime, sin necesidad de tener que proceder a su anulación efectiva.
- ii) O la colisión del asiento, que se pide, con otros ya practicados, sin poder discutir la legalidad de éstos, porque la pretensión de inscripción y la de cancelación del asiento contradictorio son diferentes, y el verbal no siempre permitirá acumularlas.

De ahí que se deje a salvo, por el legislador, el derecho del solicitante, a quien se deniega el asiento, de proponer, en juicio ordinario, «demanda para que se declare la validez» de su título (art. 66.2 de la Ley Hipotecaria).

CELESTINO PARDO NÚÑEZ

Hipoteca de constitución unilateral (*)

SUMARIO: ABREVIATURAS.—1. PLANTEAMIENTO.—2. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL Y EFECTOS DEL ACTO UNILATERAL DE INSCRIPCIÓN POR EL DUEÑO DE LOS BIENES.—3. RÉGIMEN DE LA ACEPTACIÓN DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA UNILATERALMENTE.—4. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL.—BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADC	Anuario de Derecho Civil
art(s).	artículo(s)
BCRE	Boletín del Colegio de Registradores de España

(*) PREMIO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE LA CÁTEDRA BIENVENIDO OLIVER DE DERECHO REGISTRAL DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

La Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba nace de un Convenio de Colaboración firmado entre la Universidad de Córdoba y el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, el día 24 de septiembre de 2003. Según su Reglamento, aprobado por el Colegio de Registradores y la Universidad de Córdoba, el objeto de la Cátedra es la enseñanza, investigación y difusión del Derecho Registral —Inmobiliario, Mobiliario y Mercantil— y de otros campos jurídicos relacionados con el mismo. En los dos cursos que lleva de actividad, la Cátedra Oliver ha desarrollado una intensa actividad en la organización de conferencias, cursos sobre materias jurídico-registrales, concesión de ayudas para el Doctorado, etc.

Especial interés ha puesto la Dirección de la Cátedra en la convocatoria que, conforme al Reglamento de la misma, viene haciendo del Premio de Estudios Jurídicos «Cátedra Bienvenido Oliver de la Universidad de Córdoba», ya en su segunda edición.

El Jurado ha concedido el premio de la primera edición al estudio «Hipoteca de Constitución Unilateral», de la que resultó autora doña BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Profesora de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, trabajo que ahora se acoje a la benevolencia de la prestigiosa Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

A.M.S.

CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
cfr.	confróntese
coord(s).	coordinador(es)
dir(s).	director(es)
ed.	edición
<i>et. al.</i>	y otros
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LRH	Ley de reforma hipotecaria de 1944
núm.	número
<i>op. cit.</i>	obra citada anteriormente
pág.(s).	página(s)
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R(R)DGRN	Resolución(es) de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
y sigs.	y siguientes
S(S)/TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
vid.	véase
vol.	volumen

1. PLANTEAMIENTO

Este tipo de hipoteca está reconocida en nuestro ordenamiento en los artículos 138 y 141 LH.

Ya desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, se preveía en su artículo 138 la posibilidad de constituir una hipoteca voluntaria por acuerdo de las partes o por la voluntad unilateral del dueño de los bienes (1). Así, el vigente

(1) Una de las discusiones doctrinales que surgieron en torno a la regulación de la hipoteca unilateral fue la de la admisibilidad de que se constituyera *inter vivos*. Había quien interpretaba el artículo 138 LH de 1861 como que sólo admitía las hipotecas constituidas por acuerdo de las partes y las testamentarias como unilaterales; y otros, sin embargo, consideraban que también se admitía la hipoteca unilateral constituida *inter vivos*. Sobre esta controversia, vid., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, *La hipoteca unilateral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 16 y sigs.; ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, *Ley del Suelo. Hipotecas*, 8.^a ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 546-547; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», en *ADC*, octubre-

artículo 138 LH dispone expresamente lo siguiente: «*Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan...*». Pero en este precepto simplemente se reconoce la posibilidad pero no se desarrolla la misma, con una previsión legal del procedimiento, requisitos y otras circunstancias.

Posteriormente el Reglamento Hipotecario de 1870 introdujo la necesidad de la aceptación, haciéndola constar en el Registro por una nota marginal con eficacia retroactiva. Pero no es hasta la reforma hipotecaria que tuvo lugar en 1944-1946 (2), cuando se desarrolla en la Ley la figura de la hipoteca unilateral. Y así el vigente artículo 141 LH prevé que: «*En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma. Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó*».

Este precepto tiene su complemento reglamentario en el artículo 237 RH: «*En el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó. Para practicar la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura cancelatoria*».

diciembre, 1994, págs. 86-87, 93 y sigs. y 148 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», en *ADC*, 1950, págs. 55 y sigs.; ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria española», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Tecnos, Madrid, 1976, págs. 579 y sigs.; y CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», en *RGLJ*, 2.^a época, núm. 1, enero, 1943, págs. 10 y sigs. Tras la reforma hipotecaria de 1944-1946 y el desarrollo normativo de la hipoteca unilateral para la mayoría de la doctrina queda fuera de dudas la posibilidad de constituir una hipoteca unilateral *inter vivos*.

(2) En la LH de 1944 se introdujo la regulación de la hipoteca unilateral en el artículo 139, que vino a sustituir al antiguo 138 LH, que señalaba lo mismo que el actual, en cuanto a lo que ya se ha indicado. Pero además desarrollaba la regulación de la aceptación, que se deberá hacer constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, «cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la hipoteca». Asimismo se preveía la posibilidad de que el dueño cancelase la hipoteca una vez que transcurrieran dos meses desde el requerimiento de aceptación y ésta no hubiera tenido lugar. También se regulaba en este precepto la cancelación de las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles al portador, pero esto ya no pasó al vigente artículo 141 LH, pasando a regularse la cuestión en el artículo 156 LH, pero de modo distinto.

De modo que actualmente, en nuestra legislación vigente ya se da desarrollo normativo a la hipoteca unilateral, concretándose su alcance, su constitución y sus efectos, de la forma que veremos (3).

2. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL Y EFECTOS DEL ACTO UNILATERAL DE INSCRIPCIÓN POR EL DUEÑO DE LOS BIENES

Sobre esta cuestión se ha debatido mucho en nuestra doctrina, sobre todo antes de la reforma hipotecaria de 1944, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 138 LH, que, como se ha indicado, simplemente afirmaba la posibilidad de que la hipoteca se impusiera por disposición del dueño de los bienes, sin desarrollar más esta posibilidad.

La discusión se centra básicamente en considerar o no a la hipoteca unilateral como auténtica hipoteca; esto es, se dan distintas respuestas a la cuestión de la eficacia y contenido que hay que atribuir a ese acto unilateral del dueño de los bienes; el valor registral y sustantivo que debe darse a esa inscripción unilateralmente consentida. Y en conexión con esto se encuentra la discusión sobre si es posible separar como actos distintos, con eficacia propia y plena, la constitución de la garantía y la aceptación.

Por parte de nuestra jurisprudencia y la DGRN también se acogen distintas posturas. Para el Tribunal Supremo la hipoteca unilateral nace como hipoteca desde el momento de la inscripción unilateral del dueño de los bienes (cfr., entre otras, las SSTs de 11 de marzo de 1991, de 1 de junio de 1992 y de 3 de julio de 1997 (4); como excepción a esta línea jurisprudencial, cabe

(3) Sobre el interés práctico de esta figura, vid., entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», en NIETO CAROL, UBALDO (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías reales*, vol. 2, *Garantías inmobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1996, págs. 192 y sigs. Señala que la hipoteca unilateral es un instrumento útil cuando se trata de constituir garantía hipotecaria a favor de un número de acreedores muy elevado; asimismo puede responder a objetivos de discreción o «estrategia»; y es también un instrumento apto, o incluso necesario, para dar forma a las hipotecas constituidas en garantía de títulos a la orden o al portador.

(4) Esta STS, de 3 de julio de 1997, señala: la hipoteca unilateral «se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la *conditio iuris* de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio, que es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido». En relación con esta sentencia, SERRA RODRÍGUEZ advierte de que, aunque es una de las sentencias en las que se quiere ver el apoyo y refrendo de nuestro Tribunal a la teoría de la constitución de la hipoteca por la inscripción unilateral del dueño de los bienes, si se analiza e interpreta adecuadamente su contenido, «se concluye que condicionar la eficacia real del derecho de hipoteca a la aceptación del acreedor supone negar

señalar la STS de 4 de octubre de 1915, en la que el Tribunal Supremo rechazaba este tipo de hipotecas, exigiendo para la constitución de este derecho real el acuerdo de los interesados: mientras no fuera aceptada esa hipoteca inscrita carecería de toda eficacia jurídica, ni siquiera la derivada del rango o prioridad registral) (5).

Por su parte, la DGRN aunque en un primer momento sostuvo que con la inscripción la hipoteca unilateral es auténtica hipoteca (cfr., entre otras, las RRDGRN de 27 de octubre de 1892, de 14 y 31 de agosto de 1893 y de 6 de septiembre de 1912), posteriormente acoge una postura contraria y considera que la aceptación es un elemento esencial para la constitución de la hipoteca, de modo que el acto unilateral del dueño de los bienes de inscribir la garantía en el Registro de la Propiedad únicamente es una manifestación del principio de consentimiento formal (RDGRN de 31 de julio de 1928) o, como ha sostenido en más ocasiones y recientemente, una reserva de rango a favor de una hipoteca que surgirá en el momento de la aceptación del acreedor destinatario de la inscripción (cfr., entre otras, las RRDGRN de 26 de octubre de 1982, de 28 de septiembre de 1983, de 19 y 20 de noviembre de 1987 y de 22 de marzo de 1988).

Ahora bien, en su RDGRN de 22 de abril de 1996, la DGRN dejó claro que de los artículos 141 LH y 237 RH se desprende que «desde su inscripción inicial la hipoteca existe como un hecho real, sin perjuicio de que para la eficacia de la misma sea indispensable la aceptación por la persona a cuyo favor se ha establecido e inscrito la hipoteca». De esto parece desprenderse que en tanto no conste la aceptación de la hipoteca no se constituye el derecho real (categoría a la que se contrapone la de «hecho real»), si bien de la inscripción sí surgen determinados efectos jurídicos reales, frente a terceros, lo que se explica, según esta Resolución, a través de la figura del «hecho real» (6).

En cuanto a nuestra doctrina, se pueden destacar las siguientes teorías acerca de la configuración jurídica de la hipoteca unilateral (7):

carácter constitutivo a la inscripción de la hipoteca unilateral» (SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 50-51).

(5) Sobre esta sentencia y las críticas recibidas, vid., entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 199-202.

(6) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 52.

(7) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 547 y sigs.; CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 1503-1505; PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», en *RCDI*, núm. 631, noviembre-diciembre, 1995, págs. 1994 y sigs.; del mismo autor: *La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 12 y sigs.; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 29 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La

A) TEORÍA DE LA HIPOTECA SOMETIDA A UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA

Es la tesis que dominó entre los hipotecaristas hasta la reforma de 1944-1946 (GALINDO y ESCOSURA, MORELL y TERRY, CAMPUZANO, BARRACHINA, ARA-GONÉS).

En opinión de sus defensores con la inscripción por parte del dueño se constituye una hipoteca sujeta a la condición suspensiva de la aceptación del acreedor beneficiario de la misma (en cuanto que hecho futuro e incierto que es). La aceptación también forma parte del proceso constitutivo, de modo que si ésta no se produce, la hipoteca no llega a surgir realmente ni a producir efectos, ya que en ningún momento puede concebirse un derecho sin sujeto. Pero si se cumple esa condición, si el beneficiario acepta, debe dársele publicidad a tal circunstancia mediante la correspondiente nota marginal, y sus efectos se retrotraerán al momento de la inscripción.

Al dueño de los bienes se le reconoce plena libertad y facultad para poder gravar sus bienes con hipoteca, pero, dicen los defensores de esta teoría, a nadie se le puede forzar a adquirir un derecho en contra de su voluntad.

Las críticas a esta postura nacen fundamentalmente por la calificación dada a la aceptación del acreedor. Se la califica de mera condición suspensiva del fenómeno adquisitivo de un derecho, cuando realmente es una *conditio iuris*: no es un mero obstáculo o presupuesto previsto por la voluntad del disponente de cara a la adquisición del derecho, sino un presupuesto legal, una exigencia estructural esencial para la adquisición de la hipoteca por el acreedor. No se trata de un elemento accidental y voluntario del negocio jurídico sino legal e institucional (8).

hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 59 y sigs.; SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Imprenta Viuda de M. Navarro, Madrid, 1945, págs. 402 y sigs.; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 88 y sigs.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 206 y sigs.; ROMERO VIÉTEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, págs. 585 y sigs.; y CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *op. cit.*, págs. 32 y sigs.

(8) En este sentido, cabe señalar, además, como lo hace ROCA SASTRE (ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 563), que no cabe equiparar el supuesto de la hipoteca unilateral con el previsto en el artículo 142 LH de hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva, en cuanto que en este último caso la condición es voluntaria y afecta a la existencia del crédito garantizado y no propiamente al derecho de hipoteca. En la hipoteca unilateral, aunque aún no se haya aceptado por el acreedor, puede existir ya la obligación garantizada. Cfr., asimismo, CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *op. cit.*, págs. 31-32, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 123-125.

B) TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO FORMAL

Es una tesis defendida por JERÓNIMO GONZÁLEZ y DE BUEN y por la RDGRN de 31 de julio de 1928, inspirándose en el principio germánico del consentimiento formal (*formelles Konsensprinzip*) aplicado a la constitución de hipoteca.

Tomando como fundamento lo dispuesto en el artículo 112.2.º RH de 1870 (de igual contenido que el posterior art. 197 RH de 1915) y a la vista de lo dispuesto en el artículo 138 LH, se interpreta que en este último precepto se da cabida a este principio de consentimiento formal, en cuanto que lo que realmente hace el dueño no es constituir una hipoteca, sino simplemente dar su consentimiento a que en el Registro se practique una inscripción de hipoteca (con ausencia de todo elemento sustantivo o material). La hipoteca se constituirá realmente cuando se produjera el acuerdo de las partes en ese sentido; entonces se produciría una rectificación del asiento registral practicado (que al faltar el acuerdo bilateral constitutivo contenía una inexactitud registral, que debía rectificarse) procediéndose a constituir realmente la hipoteca, que, sin embargo, gozaría del rango ganado con esa inscripción imperfecta o «inexacta», sin necesidad de ningún mecanismo de retroacción. Además, a pesar de no haber nacido aún el derecho, el asiento de inscripción, hasta el momento en que se produzca la aceptación por el beneficiario o la cancelación por el disponente, producirá los efectos derivados de los principios de exactitud registral y de fe pública registral, protegiendo a los terceros que confiaron en la apariencia de la existencia de un derecho publicada por el Registro.

Con esto se defiende que, aun siendo necesario para la constitución de la hipoteca el acuerdo de voluntades del acreedor y el hipotecante, cabe que la inscripción de la hipoteca preceda a ese acuerdo. Cuando éste se produzca, se rectifica positivamente el asiento de inscripción y surge el derecho real; y si al final tal acuerdo no tiene lugar, se procederá a cancelar, a rectificar negativamente dicho asiento registral.

ROCA SASTRE y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO critican esta teoría advirtiendo de que en nuestra legislación, con base en el artículo 138 LH, no cabe fundar la admisión del consentimiento formal propio de la legislación alemana (9). Y el primero de estos autores justifica tal postura indicando que el artículo 138 LH, «a diferencia de la legislación alemana, no autoriza un consenti-

(9) Según señala ROCA SASTRE, la única manifestación del consentimiento formal en nuestro sistema se da en materia de cancelaciones, según resulta del artículo 82 LH (ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 548). Vid. asimismo, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 100-101.

miento meramente formal, o sea, dirigido exclusivamente a la extensión de un asiento, sino que se refiere a un consentimiento sustantivo o material, o sea, encaminado a constituir la hipoteca, pues habla de hipotecas «impuestas por disposición del dueño de los bienes». [...] Una cosa es un consentimiento dirigido a provocar un asiento y otra distinta un consentimiento constitutivo de un derecho real, en virtud de un acto dispositivo del dueño. Este es un acto material inscribible comprendido en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. El acto en que el titular registral consiente simplemente que se extienda un asiento, con plena ausencia de un título material, es algo distinto» (10).

ALBALADEJO también critica esta teoría pero sólo en el sentido de atribuir a la inscripción realizada unilateralmente por el dueño de los bienes una inexactitud registral. Considera admisible esta teoría del consentimiento formal, sobre todo teniendo en cuenta que coincide con él (y en contra de la postura de ROCA SASTRE, defensora de la teoría del negocio jurídico dispositivo unilateral constitutivo de hipoteca) en cuanto a estimar que de la sola voluntad del disponente no se deriva la constitución de la hipoteca, no se modifica la realidad jurídica. Pero lo que entiende criticable es el que se señale que ese consentimiento formal provoca una inexactitud registral: esto es, que se haga público como existente una hipoteca que aún no existe en la realidad jurídica. En su opinión, no hay ninguna necesidad de hacer al Registro inexacto, sobre todo teniendo en cuenta que puede acudir a soluciones más perfectas que muestran en todo momento la realidad jurídica existente (11).

Por otro lado, como acertadamente señala ROCA SASTRE (12), indicio importante de que en nuestro ordenamiento no se admite esta teoría del consentimiento formal es que el régimen de la cancelación de estas hipotecas se enfoca por el de *cancelación* de un asiento registral, prescindiendo del procedimiento y de la acción de *rectificación* de asientos inexactos y dejando de lado el instituto del consentimiento formal.

C) TEORÍA DEL DERECHO POTESTATIVO DE ADQUISICIÓN DE HIPOTECA

Es la postura defendida por ROMERO VIÉITEZ, que, partiendo de la idea de que todos los derechos de adquisición preferente pueden crearse unilateralmente, entiende que en este caso, el beneficiario de esa hipoteca unilateral inscrita obtiene, desde la inscripción, un derecho real de adquisición (como

(10) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 548.

(11) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 60-61.

(12) Vid. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 569.

tal, potestativo) del derecho real de hipoteca, con independencia de que, efectivamente, acepte o no esa hipoteca. Afirma que con la inscripción de la declaración unilateral del dueño de la finca «se crea una situación jurídica de naturaleza real de la cual es titular el destinatario de la hipoteca, el cual adquiere, desde la primera inscripción, la potestad de hacerse titular del derecho de hipoteca configurado en la escritura de declaración de voluntad del dueño, mediante la anotación en el Registro de su aceptación. Y ello independientemente de que llegue a aceptar o no. Esta situación jurídica tiene el tratamiento en la Ley Hipotecaria de un verdadero derecho real» (13). Y más adelante señala que «la constitución unilateral de la hipoteca presupone ineludiblemente la creación con ella, de la facultad de adquirirla del destinatario designado. Este presupuesto es contenido necesario del negocio jurídico creador [...], lo que constituye el dueño de la finca es un derecho real de hipoteca para que lo pueda adquirir si quiere el destinatario, o una facultad o derecho real en favor de él de adquirir la hipoteca. La facultad de aceptar nace, pues, de la naturaleza misma del acto unilateral creador, como consecuencia del principio fundamental en Derecho Privado de que nadie adquiere sin su voluntad. La declaración unilateral creadora de una hipoteca es creación conjunta de ella y de la facultad de aceptarla por el destinatario: forman una única realidad jurídica. Así lo ha reconocido el legislador español en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria» (14).

Una crítica que se le hace a esta tesis es la de que la voluntad unilateral no es fuente de derechos reales y que sería una adquisición de un derecho real sin causa, sin necesidad de un contrato (15). Pero ésta sería una crítica que

(13) ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, pág. 601.

(14) ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, pág. 611.

(15) Vid. CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, pág. 1504.

Sobre la posibilidad y eficacia en nuestro ordenamiento del negocio jurídico unilateral, o con mayor precisión, sobre la cuestión de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, se ha debatido en nuestra doctrina durante mucho tiempo sin llegar a conclusiones claras. Pero al respecto interesa poner de relieve la postura de LALAGUNA DOMÍNGUEZ, que, con base en las ideas de FEDERICO DE CASTRO, afirma que «parece hoy abierta la posibilidad de atribución de efectos jurídicos a expresiones de la autonomía privada de carácter unilateral, que en la referencia a una causa suficiente encuentran una base para su reconocimiento en el orden jurídico» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 147). Este autor entiende, con razón, que de la polémica y controversia acerca de la eficacia y fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad deben quedar fuera todos aquellos casos (como la hipoteca constituida por acto unilateral del dueño de los bienes, prevista en el art. 141 LH) en los que el propio ordenamiento jurídico reconoce estos supuestos de negocio jurídico unilateral de naturaleza irrevocable. Y se deben excluir, en su opinión y en la de un amplio sector doctrinal, porque «la fuerza vinculante de

puede tener como destinataria también la teoría del negocio dispositivo unilateral constitutivo de hipoteca y todas aquellas teorías que admiten la constitución y el nacimiento de la hipoteca con la mera declaración de voluntad del dueño de los bienes y la inscripción. Postura que, por otro lado, es la que acoge la literalidad de la ley en el artículo 141 LH.

La crítica fundamental a esta teoría surge de la configuración de esta hipoteca como derecho potestativo de adquisición (crítica compartida por la teoría que se señala a continuación de CHAMORRO). En los derechos potestativos, con la sola declaración de voluntad del sujeto, se transforma jurídicamente el patrimonio ajeno; con estos derechos no surge una pretensión ejercitable frente a otra persona, sino una facultad ejercitable *erga omnes* de producir directamente (sin necesidad de la intervención de otra persona) un cambio jurídico.

Pero se critican estas concepciones porque la ley se refiere a la constitución de «hipoteca» (no de un derecho de adquisición), a lo que ROMERO VIÉITEZ replica que «está clara la potestad del beneficiario de aceptar o no el derecho real de hipoteca» y que «la aceptación es un acto transformador de la realidad jurídica registrada» (16).

D) TEORÍA DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE UNA SUMA DE DINERO

Según CHAMORRO PIÑERO, el derecho real de hipoteca se constituye con la inscripción del acto dispositivo unilateral por parte del dueño de los bienes, sin necesidad de la aceptación del favorecido. Esta aceptación sólo es necesaria cuando se ejecute la hipoteca y el acreedor acepte entonces tomar la suma de dinero obtenida en la ejecución como pago de la deuda que tenían con él.

De este modo este autor lo que hace es configurar la hipoteca constituida unilateralmente como un derecho real de adquisición de la propiedad de una suma de dinero (obtenida mediante la enajenación judicial del bien hipotecado). Y que esto es así «lo prueba la misma tendencia, ya superada, a considerarla como un derecho futuro, eventual o condicional; y sobre todo, la existencia de la acción «especial» llamada «de devastación»» (17). La ins-

la declaración no se deriva del poder de la voluntad como expresión de la autonomía privada, sino que es consecuencia de un precepto legal. En este sentido, se dice que la fuente de las obligaciones no es la voluntad unilateral sino la ley» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE, «Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos», *op. cit.*, págs. 153-154).

(16) ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, pág. 607.

(17) CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *op. cit.*, pág. 152. Asimismo este autor indica que «la consideración de

cripción del acto unilateral provoca, por sí misma, la constitución y adquisición por el favorecido del derecho de hipoteca, que le concede al acreedor únicamente el derecho potestativo a adquirir una suma de dinero para cobrar-se el crédito. En su opinión, en este caso la hipoteca no otorga a su titular un señorío o poder sobre la finca gravada, sino sólo a obtener una suma de dinero con carácter preferente.

La principal objeción hecha a esta tesis es que se le configure como un mero derecho potestativo de adquisición, pues desde que nace, ya en la fase de seguridad, la hipoteca otorga muchas más facultades que la mera adquisición de una suma de dinero cuando se ejecute y, además, desde entonces le refuerza la seguridad en el cumplimiento de su crédito (18).

E) TEORÍA DE LA RESERVA DE RANGO

Una de las posturas más extendidas acerca de la configuración jurídica de la hipoteca es la que pretende ver en la regulación contenida en el artículo 138 LH una situación de reserva de rango registral. Viene apoyada, entre otros, por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (19), GIMÉNEZ

la hipoteca como «derecho real de adquisición» está acorde, además, con el desenvolvimiento histórico de los derechos de garantía, y es la culminación de un proceso de espiritualización que parte de la transmisión incondicionada (en el aspecto dispositivo) del «dominio» con fines de garantía (*fiducia cum creditore*), pasando por un derecho, todavía excesivo, «de adquisición del dominio» (*pignus commissorium*), para terminar en un simple «derecho de adquisición de la suma dineraria debida» al momento del vencimiento de la deuda» (pág. 154).

(18) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 39 y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 103.

(19) Respecto de estos autores hay que señalar que, si bien se les considera precursores de esta teoría de la reserva de rango, se advierte, como PAU PEDRÓN pone de manifiesto (vid. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1995), un cambio de criterio que se ha operado entre la redacción inicial de su obra de anotaciones al *Derecho de Cosas* de WOLFF y la actualizada. Así, mientras que en la edición de 1936 defienden que la constitución unilateral de hipoteca origina una reserva de rango a favor de la hipoteca que publica (hipoteca que no quedaría constituida con la inscripción sino sólo anunciada, pues para la constitución se requerirá la aceptación del beneficiario), en la edición de 1971 señalan: «La hipoteca impuesta por acto unilateral de disposición del propietario de la finca gravada [...] también nace cuando el documento en que consta el acto de disposición queda inscrito en el Registro. [...] Es posible afirmar que la hipoteca se constituye en nuestro Derecho en virtud de un negocio jurídico de disposición. Éste deja establecido el gravamen de manera inmediata y no puede confundirse con el negocio obligatorio, es decir, con el contrato del que sólo nazcan obligaciones en el sentido del artículo 1.862 del Código Civil» (PERÉZ GONZÁLEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, «Anotaciones a Wolff, Martin: Derecho de Cosas», en ENNECERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, *Derecho de Cosas*, vol. 1.º, Pose-

ARNAU, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (20), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (21) y BLASCO GASCÓ (22).

Con la inscripción de la hipoteca por el dueño de los bienes no se constituye el derecho real, sino que lo que se hace es otorgar a ese derecho real que aún no ha nacido (futuro, por tanto), un puesto o rango registral. Este rango será ocupado posteriormente por la hipoteca cuando nazca tras la aceptación del acreedor (con la que ya se completa el acuerdo de voluntades necesario para hacer surgir un derecho real). Entonces esa reserva de rango se convierte en auténtica hipoteca.

El problema de esta tesis está en que los términos en que se expresa el artículo 138 LH son más favorables a una interpretación que defiende la existencia de un acto dispositivo de imposición o constitución de hipoteca, que de una mera reserva de rango en la que no se refleja ningún acto dispositivo. Además, como señala PAU PEDRÓN, la hipoteca unilateral no reúne los rasgos de bilatera-

sión, Derecho Inmobiliario, Propiedad, 3.ª ed. al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 235). Más adelante, en la pág. 262 de esta misma edición de 1971, afirma que: «Tampoco el artículo 141 LH adopta la táctica de la reserva de rango, sino que regula la inscripción de un derecho real de hipoteca constituido con plena validez, aunque no adquirido todavía por su destinatario [...] En lugar de una reserva de puesto nos hallamos en este caso ante un gravamen que goza del rango que le corresponde según el principio de prioridad, lo mismo que otro cualquiera derecho real».

(20) DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, págs. 445-446.

(21) En cierto modo, a este autor podría situársele en la línea de la teoría de ALBALADEJO, que luego se verá: cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 372-376.

(22) Respecto a este autor, su ubicación como defensor de esta teoría puede resultar un poco forzada. Afirma que «la hipoteca se constituye en el acto jurídico unilateral de disposición del dueño de los bienes, de manera que la aceptación del acreedor produce como efecto, no la constitución del derecho real de hipoteca, sino su adquisición (de lo contrario, no podría hablarse de hipoteca unilateral)». Con esto parece defender que la hipoteca nace desde la inscripción. Pero a continuación se pregunta por lo que sucede en el ínterin entre la constitución y la aceptación. Considera que «es difícil pensar que se ha creado un derecho (real) sin sujeto, aunque nuestro Ordenamiento conoce y regula situaciones de interinidad o pendencia subjetiva». Y añade, «posiblemente el problema no sea tanto el de calificación nominal, en que se ha entretenido la doctrina» (vid. las distintas teorías sobre la configuración jurídica de esta hipoteca que se han apuntado en este trabajo), «cuanto el de determinación de los efectos». Desde esta perspectiva, en su opinión, hay que tener en cuenta que los efectos de la aceptación del acreedor son *ex tunc*, se retrotraen al momento de la constitución de la hipoteca. «Así, parece que nos hallamos ante una reserva de rango a favor del acreedor, que debe mantenerse durante dos meses, a contar desde el requerimiento realizado a efectos de la aceptación del acreedor» (BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 141-142).

lidad y temporalidad que caracterizan la reserva de rango (23) y produce más efectos que ella, por cuanto, «mientras que la reserva de rango se limita a anunciar a terceros una hipoteca futura, la hipoteca unilateral despliega todo el contenido de una hipoteca ordinaria (actual)» (24); «la reserva de rango es sólo un aviso frente a terceros y la hipoteca unilateral tiene un contenido —voluntario y legal— que es independiente de la existencia o no de terceros. En la medida en que ese contenido de la hipoteca unilateral es independiente de los terceros sobrepasa la esfera de eficacia de una reserva de rango» (25).

F) TEORÍA DE LA EXPECTATIVA DE HIPOTECA

Postura similar a la anterior es la que defiende ALBALADEJO (26), que entiende que con esta hipoteca «impuesta por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan», lo que se crea es una expectativa de derecho de hipoteca, avisando con la inscripción a los terceros que como se produzca la aceptación del favorecido por ese asiento registral, la hipoteca nacerá formalmente y surtirá efectos desde la inscripción. Por esto le parece acertada y comparte también la teoría de la reserva de rango.

Asimismo, considera que la sola voluntad del disponente no constituye la hipoteca, esto es, no modifica la realidad jurídica. Con la mera inscripción no se constituye la hipoteca, pues ésta requiere la aceptación del acreedor reflejada en el Registro de la Propiedad por medio de la correspondiente nota

(23) Según este autor, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 241.1.º RH, para que la hipoteca unilateral fuera una verdadera reserva de rango, sería necesario el acuerdo de los interesados para su constitución, lo que se contradice con el carácter típico unilateral y de voluntariedad de este tipo de hipoteca (esta tesis incurre en la contradicción o error de convertir la hipoteca unilateral en bilateral, desdibujando la neta distinción legal entre ambas formas de constitución); además la reserva de rango según señala ese precepto es una situación esencialmente temporal, mientras que la hipoteca puede subsistir indefinidamente (y a este argumento no es obstáculo el que se dé posibilidad de cancelar la inscripción de hipoteca tras dos meses a partir del requerimiento al destinatario favorecido, pues la cancelación es una mera posibilidad o facultad concedida al disponente, pero no un supuesto de caducidad o cancelación automática): vid. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1996. Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 67-68, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 100-101.

(24) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 1996-1997. Señala este autor, además, que estos efectos mayores de la hipoteca unilateral (vid. págs. 1997-1998 de esta misma obra citada) no pueden ser explicados por la teoría de la reserva de rango ni tampoco por la eficacia retroactiva de la aceptación.

(25) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 1999-2000.

(26) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 77 y sigs.

marginal, lo cual (la «registración» de esa aceptación) sería una *conditio iuris* para la constitución del derecho (27). La inscripción «es sólo un elemento del negocio jurídico de disposición y real base de la constitución de la hipoteca unilateral»; el otro es la aceptación (28).

En su opinión, y en contra de lo defendido por la teoría del negocio dispositivo unilateral constitutivo de hipoteca, la constitución y la adquisición de la hipoteca son dos momentos que coinciden: la hipoteca nace porque se adquiere. No cabe que la constitución preceda a la adquisición, precisamente porque para que se constituya, nazca, el derecho, es necesaria la adquisición. «El efecto de la registración de la aceptación del favorecido debe ser no sólo la adquisición del derecho, sino también su nacimiento, aunque se produzcan efectos desde la fecha de la inscripción, que precisamente se realizó para eso, para que los efectos de la registración de la aceptación pudiesen retrotraerse *erga omnes*» (29).

Por otro lado, como ya se señaló anteriormente, ALBALADEJO se muestra a favor de la teoría del consentimiento formal, salvo en cuanto a considerar que en el Registro ese acto unilateral del disponente crea una inexactitud registral. Y es que, en su opinión, es cierto que con esa inscripción, el Registro no puede publicar la constitución de una hipoteca, pero no es que se haya producido una inexactitud registral (publicando como existente una hipoteca que realmente aún no existe), lo que sucede es que lo que publica es un «negocio unilateral que es base para constituir esa hipoteca cuando la *conditio iuris* (la anotación de la aceptación del favorecido) se cumpla. [...] Hasta entonces la misión de la inscripción formalmente consentida es, fundamentalmente, reservar su rango; de forma que la retroacción de los efectos del cumplimiento de la *conditio iuris*, no tropiece con la protección que la Ley habría de dispensar a los terceros que hubiesen confiado en un registro en el que no hubiese existido semejante inscripción» (30).

Aparte de las críticas que comparte con las realizadas a la teoría de la mera reserva de rango, destaco una basada en un argumento literalista (argumento en general muy criticado por el propio ALBALADEJO en cuanto a la falta de carácter decisivo por el poco rigor terminológico de nuestra legislación hipotecaria): en el artículo 141 LH se habla de inscripción de la hipoteca antes de la aceptación; pero si, según ALBALADEJO, ese asiento sólo provoca una mera expectativa de hipoteca y no publica un auténtico derecho, el asiento adecuado a esa circunstancia sería el de una anotación preventiva. El hecho

(27) De modo que, como queda manifiesto, este autor rechaza la teoría de la condición suspensiva.

(28) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 82.

(29) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 75.

(30) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 79.

de que se afirme que el asiento registral en el que se hace constar el acto unilateral del dueño de los bienes es una inscripción da muestras de que el contenido de lo que se publica va más allá que el mero aviso de la futura constitución de hipoteca (31).

El problema de estas teorías que exigen para el nacimiento del derecho real de hipoteca la aceptación del acreedor, es que no consiguen explicar los efectos que ciertamente produce la inscripción respecto al deudor, al constituyente y a terceros.

Con estas tesis lo que se hace es excepcionar la regla general de que con la inscripción del título constitutivo nace la hipoteca; de este modo se otorga a la aceptación un protagonismo y valor esencial en el proceso de constitución.

Pero claro, como señala SERRA RODRÍGUEZ, «si admitimos que sin la aceptación del acreedor no queda válidamente constituido el derecho real de hipoteca, estaremos aceptando que se ha practicado la inscripción en el Registro sin haberse perfeccionado el título material, esto es, el negocio jurídico causal que plasma y recoge la escritura pública de constitución unilateral, que sería en realidad un negocio jurídico bilateral (por ello le falta un elemento para su validez: la aceptación del acreedor hipotecario)» (32). Y hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento se acoge un sistema causalista (a diferencia del sistema abstracto del Derecho alemán), de modo que el título material debe preceder a la inscripción (ésta no puede practicarse con abstracción del negocio jurídico que le sirve de causa).

La explicación a esta posibilidad se encuentra en la admisibilidad de la disociación y dilatación temporal de los dos momentos esenciales de la constitución de la hipoteca, como elementos integrantes, ambos, del consentimiento contractual: la inscripción de lo que vendría a ser una oferta contractual por parte del dueño de los bienes y la aceptación de la misma. Con esto se admitiría la ruptura de la unidad del acto constitutivo: se permite inscribir el primer elemento constitutivo (la oferta del dueño de los bienes) y se le reconocen no sólo efectos obligacionales (vinculación del disponente a esa oferta) sino también ciertos efectos reales (los derivados de la reserva de rango), y después se exige el otro elemento consensual conformador del negocio constitutivo, que también se publicará en el Registro a través de la correspondiente nota marginal (33).

(31) Cfr. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 123.

(32) SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 54.

(33) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 55, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 111.

G) TEORÍA DEL NEGOCIO DISPOSITIVO UNILATERAL CONSTITUTIVO DE HIPOTECA

Ésta es, además de la teoría de la reserva de rango, la otra gran tesis defendida por nuestros autores acerca de la naturaleza y la eficacia de la hipoteca unilateral a partir de la reforma hipotecaria de 1944-1946.

Para gran parte de la doctrina (entre otros, SANZ FERNÁNDEZ, DE COSSÍO Y CORRAL, DE CASSO Y ROMERO, ROCA SASTRE, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, ARJONA GUARDADO-FAJARDO y PAU PEDRÓN) la hipoteca constituida unilateralmente es una auténtica hipoteca, que se constituye con el acto unilateral del dueño de los bienes desde el momento de la inscripción, si bien cuenta con la particularidad de que para ser adquirida por el acreedor en cuyo favor se inscribió este derecho real, necesita de su aceptación. Y este carácter de auténtica hipoteca, dicen, viene avalado por la propia redacción dada al artículo 141 LH: éste habla de «hipotecas voluntarias *constituidas por acto unilateral* del dueño de la finca hipotecada», de modo que alude claramente a un negocio jurídico unilateral perfecto con la fuerza y eficacia suficiente para transformar la realidad jurídica, constituir una hipoteca e inscribirse (34).

El acto unilateral del disponente es suficiente por sí mismo, junto con la inscripción, para crear el derecho real de hipoteca, mientras que la aceptación es la *conditio iuris* para la adquisición por el acreedor de ese derecho ya constituido, adquisición cuyos efectos se retrotraerán al momento de la inscripción. Mientras la aceptación no tenga lugar, la hipoteca produce efectos jurídicos tanto respecto al hipotecante y acreedor como frente a terceros, además de los efectos derivados de la inscripción registral en cuanto al rango (35) y a la prioridad.

La base de esta teoría se encuentra en la admisión de la disociación de dos momentos o actos: el de constitución y el de aceptación. Según esta tesis, constitución y aceptación son dos actos distintos, autónomos, de los que derivan efectos propios y plenos: la constitución unilateral por el dueño de los bienes determina el nacimiento del derecho real, mientras que la aceptación supone su adquisición por el acreedor. La aceptación no sería uno de los elementos del consentimiento contractual, uno de los requisitos esenciales del

(34) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 557-558.

(35) La reserva de rango a favor del acreedor favorecido por la inscripción es en principio uno de los efectos reconocidos a la hipoteca constituida unilateralmente, de acuerdo con esta teoría. Pero al respecto, pone de manifiesto SERRA RODRÍGUEZ que bajo esta concepción del artículo 141 LH y atendiendo al artículo 241 RH y a los requisitos en ese precepto exigidos para la reserva de rango, «predicar dicho efecto de la hipoteca unilateralmente constituida es más aparente que real, ya que técnicamente no existiría tal reserva, sino más bien una confirmación del principio de prioridad» (SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 67).

proceso constitutivo de la hipoteca, sino sólo el mecanismo necesario para que ese derecho constituido ingrese en el patrimonio del acreedor.

ALBALADEJO critica esta teoría por cuanto significa admitir (en el período de tiempo desde la inscripción y nacimiento de la hipoteca hasta su aceptación por el favorecido) la existencia de un derecho real de hipoteca sin sujeto, lo que no es posible en nuestro ordenamiento (36). A esta objeción replica PAU PEDRÓN señalando que la reserva de rango «supone *también* un derecho, y de gran valor económico y eficaz *erga omnes*, establecido a favor de una persona que aparece mencionada en la «constitución de la reserva» sin que esta persona lo haya aceptado» (37). Igualmente reacciona frente a esta crítica ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, que pone de manifiesto que hay que tener en cuenta que sí que existe una conexión entre la hipoteca y el favorecido por la inscripción; que aunque ese derecho real no haya ingresado en el patrimonio de nadie, y por tanto en rigor jurídico no tiene titular, lo cierto es que se constituyó a favor de un sujeto determinado, nace a favor de éste y de ahí que si ese sujeto la rechaza pierde su razón de ser (38). En su opinión, la hipoteca antes de la declaración de voluntad del acreedor beneficiario, rechazando o aceptando esa hipoteca en su favor constituida, «debe entenderse integrada ya de alguna forma en el patrimonio del favorecido, si bien que todavía no de un modo cierto y definitivo, sino inestable y eventual: en caso de que esa voluntad sea favorable, el efecto se consolidará y vendrá a ser pleno y definitivo; en caso contrario, se deshará retroactivamente, como si nunca hubiera existido» (39).

(36) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 67 y sigs.

(37) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 2001. Como prueba de que el destinatario de la reserva de rango que implicaría la hipoteca unilateral tiene atribuido un derecho sin haberlo aceptado, menciona: su derecho a ser notificado en caso de ejecución de hipoteca anterior; derecho a la subsistencia de la reserva en tanto no se le haya requerido y haya transcurrido el plazo para contestar (art. 237 RH); que tiene un derecho como elemento activo de su patrimonio susceptible de transmisión *mortis causa e inter vivos*; que en consecuencia tiene la facultad de optar por rechazar o denunciar la hipoteca en lugar de aceptarla; y que ese derecho de modificación jurídica que corresponde al acreedor-destinatario puede ser objeto de acción subrogatoria por sus propios acreedores (PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2001-2002).

(38) Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 119-121. Según este autor, «el significado de esa «aceptación» no es dar titular a una hipoteca que no lo tenía —ésta se constituyó en favor de alguien determinado—, sino resolver la situación de incertidumbre, interinidad o pendencia que caracteriza a los primeros momentos de esa hipoteca. [...] [M]ientras tal aceptación no se verifique, la operatividad del negocio atraviesa una fase interina de eficacia debilitada» (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 119-120). De modo que este autor configura la aceptación como un requisito de eficacia del negocio.

(39) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 121. Así pues, este autor parece mostrarse en cierto modo favorable a la tesis

En relación con esta crítica también se ha afirmado que defender esta teoría lleva a admitir en nuestro ordenamiento la figura de la hipoteca de propietario (cuya existencia en el Derecho español ha sido reiteradamente negada por nuestra jurisprudencia) (40), ya que hasta que no tenga lugar la aceptación, se dice, el propio constituyente aparecerá como titular de la hipoteca constituida sobre sus propios bienes. Pero lo cierto es que hacer esta interpretación del artículo 141 LH y de esta teoría va más allá de la lógica y de la intención del legislador, en cuanto que lo que se afirma es que con la inscripción se constituye un derecho de hipoteca en garantía de un derecho ajeno, del que es titular el acreedor, no el propietario de los bienes (si así fuera entrarían en juego las reglas de la confusión *ex arts.* 1.156 y 1.192 y 513.3.º y 546.1.º del Código Civil). El hecho de que durante un tiempo (entre la inscripción y la aceptación) ese derecho se encuentre sin titular, no significa que el titular sea el dueño de los bienes; la constitución unilateral de la hipoteca busca favorecer a otra persona, titular del crédito que se asegura (41).

En opinión de ALBALADEJO no hay constitución de hipoteca sin adquisición de este derecho. Para él la constitución de la hipoteca se produce, no en el momento de la inscripción del acto unilateral, como defiende esta teoría, sino en el momento de la registración, a través de la nota marginal, de la aceptación del acreedor. Para él la constitución y la adquisición de la hipoteca son momentos que coinciden.

Además, señala, ese argumento literalista que atiende a la redacción del artículo 141 LH no tiene peso suficiente en cuanto que nuestra legislación hipotecaria utiliza con poco rigor e imprecisión los términos «constitución», «adquisición», «inscripción» e «imposición» de hipotecas (42). A esta crítica responde PAU PEDRÓN advirtiendo de que, aunque es cierto que terminológicamente nuestra legislación hipotecaria no es en ocasiones muy precisa, ello no basta para desvirtuar el argumento normativo alegado por la teoría del negocio dispositivo unilateral constitutivo de hipoteca: «con independencia de las palabras empleadas, el artículo 138 atribuye la misma eficacia al «convenio entre partes» que a la «disposición del dueño»: las surgidas por cualquiera de estas dos vías «son hipotecas voluntarias»» (43).

de una adquisición automática del derecho de hipoteca una vez inscrita; ésta formaría parte del patrimonio del favorecido aunque los efectos de tal incorporación quedan pendientes de la declaración de voluntad de ese sujeto beneficiario.

(40) Cfr., entre otras, la STS de 16 de noviembre de 2000 y las RRDGRN de 22 de marzo de 1988, de 9 y 17 de enero de 2002 y de 8 de junio de 2002.

(41) Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 57-58.

(42) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 70 y sigs.

(43) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1994.

Dentro de esta teoría del negocio dispositivo unilateral del que deriva la constitución de la hipoteca, cabe apreciar cómo los distintos autores basan esa posibilidad de que el derecho real de hipoteca se constituya sin una correlativa adquisición en distintos fundamentos.

Así, SANZ FERNÁNDEZ (44) considera que la eficacia de ese acto constitutivo unilateral se funda en el enérgico poder dispositivo que al titular inscrito concede el Registro de la Propiedad.

Similar es el fundamento alegado por ROCA SASTRE (45). Este autor se apoya sobre todo en el poder de disposición del dueño de los bienes. En su opinión hay que reconocer, y no existe ningún obstáculo legal para ello, al dueño del bien la facultad de disponer del mismo constituyendo un gravamen como es la hipoteca. De ese acto dispositivo unilateral se producirá una modificación jurídica de trascendencia real en el patrimonio del disponente que debe ser plenamente reconocida. Asimismo, como ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, considera también que debe admitirse esta hipoteca, pues de esa inscripción de hipoteca se deriva una ventaja para el acreedor destinatario (al menos no le suponen ninguna carga ni contraprestación); se trata de un acto en el que la declaración unipersonal del disponente tiene consistencia propia y que, por las ventajas que de él se derivan, puede apreciarse una alta probabilidad de aceptación (y por tanto de adquisición), lo que «atribuye una energía específica a la declaración unilateral» (46). Según este autor, la aceptación es ciertamente importante para perfeccionar y completar el acto constitutivo provocando la adquisición del derecho por el acreedor, y los efectos de la misma deben retrotraerse al momento de inscripción, esto es, de la constitución unilateral de la hipoteca, momento en el que ha adquirido ya el rango registral.

Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, como ya se ha señalado, basa su postura en que los efectos de esa hipoteca son plenamente favorables al destinatario de ese acto unilateral. En su opinión, la razón que fundamenta esta figura es «la posibilidad que debe existir de relativizar (flexibilizar), cuando nos encontremos en presencia de un negocio cuyos efectos signifiquen un beneficio neto para el destinatario, el principio de no afectación de las esferas jurídicas ajenas sin contar con la voluntad del incidido» (principio de independencia o «intangibilidad») (47). Además, señala, hay que distinguir entre

(44) Vid. SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 403.

(45) Vid. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 550 y sigs.

(46) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 551.

(47) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 104.

la adquisición de derechos contra la voluntad del sujeto y la adquisición sin su voluntad, porque en este último caso el derecho no es impuesto y el sujeto titular puede decidir rechazarlo o no ejercitarlo.

Como consecuencia de todo esto, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO afirma que la constitución de una hipoteca es una circunstancia totalmente favorable para su destinatario, y por eso no es necesaria su intervención en el negocio constitutivo. Si se requiere su aceptación no es para integrar el negocio constitutivo (como contrapartida recíproca de la oferta contractual), sino como una declaración de voluntad que persigue el ingreso de ese derecho en su patrimonio (48).

Mientras, PAU PEDRÓN considera que esos fundamentos dados por ROCA SASTRE y por ARJONA GUAJARDO-FAJARDO no son aceptables. El basar la posibilidad de constituir unilateralmente una hipoteca sin correlativa adquisición en el enérgico poder dispositivo del dueño de los bienes (tanto entendido en sentido hipotecario-registral como civil o sustantivo) no es justificable, entre otras razones, por cuanto por esta misma vía no se entiende por qué sólo cabe constituir unilateralmente una hipoteca y no en cambio cualquier otro derecho real. Igualmente el apoyarse en el carácter beneficioso para el acreedor que tiene la constitución de una hipoteca implicaría la adquisición automática de otras atribuciones distintas de la hipoteca, también favorables, en contra del principio *invito creditorum aliud pro alio solvitur*; y, además, «justifica no sólo la adquisición del derecho a aceptar o no, sino también la adquisición inmediata del derecho real de hipoteca, sin necesidad de aceptación, porque la hipoteca unilateral también es «plenamente favorable» para el acreedor» (49).

Así que, en opinión de PAU PEDRÓN, lo único que justifica la posibilidad de la constitución unilateral de la hipoteca es la peculiar naturaleza de este derecho real de garantía. Y lo argumenta diciendo que: «De la hipoteca sólo deriva una «carga de pagar» que afecta únicamente al bien hipotecado. La esencia de la hipoteca —a la vista del art. 1.876 del Código Civil— radica en que *sujeta* directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone.

(48) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO insiste en que esa declaración de voluntad del favorecido por la inscripción, aunque usualmente se le denomine «aceptación», lo cierto es que no hay que confundirla con la aceptación de carácter contractual que en su encuentro con la oferta contractual forman juntas el negocio constitutivo típico contractual bilateral. A su juicio, para la constitución de la hipoteca unilateral basta la voluntad del hipotecante, pero, al igual que opina ROCA SASTRE, se requiere la declaración del beneficiario para determinar si esa hipoteca ya constituida ingresa o no en su patrimonio (declaración que a su vez garantiza la intangibilidad o indemnidad e independencia patrimoniales del sujeto, respetando el principio *nemo nolo acquirit potest*: nadie adquiere sin su consentimiento). Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 108-109.

(49) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2009-2010.

El lado *pasivo o de gravamen* absorbe todo el contenido de la figura; el lado *activo o de derecho* implica únicamente la facultad de hacer efectivo el *gravamen*: la facultad de exigir la enajenación. Esta «carga» que supone la hipoteca unilateral —como toda hipoteca— no exige, necesaria y automáticamente, una correlativa adquisición por el acreedor. [...] La constitución de hipoteca no implica una *desmembración de la propiedad* que exija una correlativa adquisición de la parte desmembrada» (50).

Según PAU PEDRÓN, en nuestro ordenamiento la constitución de la hipoteca no implica su adquisición, como claramente lo pone de manifiesto el artículo 141 LH: «la constitución grava el inmueble: que este gravamen beneficie al acreedor depende de su aceptación» (51). Así pues, es la aceptación la que determina la adquisición del derecho real de hipoteca, pero no así su constitución.

En opinión de SERRA RODRÍGUEZ, el auténtico problema de esta teoría es cómo calificar esa situación temporal en la que existe el derecho pero sin titular en cuanto que no se ha producido la aceptación por el acreedor favorecido, de manera que el derecho no ha ingresado aún en su patrimonio. No puede decirse que por la mera inscripción se produzca la adquisición automática de la hipoteca (pues eso no es lo que quiso el legislador atendiendo al art. 141 LH), pero sí es cierto que con ella el acreedor se hace titular de unas facultades.

Esta falta de explicación satisfactoria de esta situación temporal o de interinidad es la crítica que, según esta autora, comparten la teoría del negocio jurídico unilateral constitutivo de la hipoteca y la teoría de la reserva de rango. Como señala SERRA RODRÍGUEZ la cuestión estriba en determinar si las facultades derivadas de la inscripción que se conceden al acreedor «se agotan en una simple reserva de rango, en que se traduciría la inscripción de la hipoteca unilateral, o suponen algo más, pudiéndose configurar, incluso, como un auténtico derecho subjetivo, y, en particular, un derecho potestativo» (52).

A juicio de esta autora, la aceptación es un elemento esencial para integrar, junto con esa declaración unilateral del hipotecante, el negocio jurídico constitutivo del derecho real de hipoteca. Pero también es cierto, señala, que los efectos que produce la hipoteca constituida unilateralmente desde la inscripción hasta la aceptación (o cancelación) no se limitan a la reserva de

(50) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2006-2007. Igualmente en su trabajo: «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, pág. 13.

(51) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 2007.

(52) SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 59.

rango sino que pueden alcanzar tanto a terceros como al constituyente y al acreedor favorecido por la inscripción (53).

H) CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto, son varias las soluciones dadas a la cuestión de la configuración jurídica de la hipoteca.

Grosso modo se puede decir que son fundamentalmente dos las posturas en torno al momento de constitución de la hipoteca: o bien ésta nace desde la inscripción del acto unilateral del deudor; o bien desde la aceptación del acreedor favorecido por la inscripción.

En mi opinión, a tenor de lo dispuesto en nuestra legislación hipotecaria, ésta es más favorable a una interpretación de que la hipoteca nace desde el momento de la inscripción del acto unilateral y que la llamada aceptación del acreedor beneficiario no es una declaración de voluntad relativa a la constitución del derecho sino al ingreso del mismo (que ya ha nacido) en su patrimonio.

(53) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 66 y 68. Entre el período que media entre la inscripción de la hipoteca unilateral y la aceptación por el acreedor favorecido o la cancelación por el disponente pueden producirse distintos supuestos en los que la existencia de ese gravamen aún no aceptado produce ciertos efectos. Es el caso de, por ejemplo:

- a) la transmisión de la finca hipotecada a un tercero (este tercero deberá soportar el gravamen, hacer, en su caso, el requerimiento al favorecido y proceder a cancelar la hipoteca); o
- b) de pérdida o destrucción de la finca: aquí entrará en juego la posibilidad de ejercicio por el acreedor de la acción de devastación; posibilidad ésta que precisará de una previa aceptación de esa hipoteca, aunque algunos autores como ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (vid. su trabajo «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 133-134), ven en el ejercicio de esta acción una aceptación tácita. Efectos similares se producirían ante el incumplimiento de la obligación garantizada y ejercicio de la acción hipotecaria; o
- c) supuestos de cesión del crédito (entonces el cesionario adquirirá el crédito con una hipoteca pendiente de aceptar); o
- d) de ejecución de una hipoteca anterior (entonces en el procedimiento de ejecución deberá llamarse a los titulares de las cargas posteriores, entre ellos el beneficiario de la hipoteca unilateral, para repartirse lo que sobre del remate) o posterior (aquí la hipoteca unilateral seguiría gravando la finca mientras no se cancele); o
- e) el supuesto de concurrencia de esa hipoteca unilateral aún no aceptada con una anotación preventiva de embargo por crédito ordinario.

Sobre estos y otros supuestos en los que se puede hallar la finca, la hipoteca o el crédito garantizado con esa hipoteca unilateral aún no aceptada, vid., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 71 y sigs. y 111 y sigs.; y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 133 y sigs.

Y es que hay que tener en cuenta que esta hipoteca se contempla sólo en orden a la especialidad de su constitución. Esto es, más que de una modalidad de hipoteca, se trata de un modo de constitución de este derecho real, y así lo evidencian los artículos 138 y 141 LH: junto con las hipotecas constituidas por acuerdo de ambas partes nos encontramos con las constituidas por decisión unilateral del hipotecante, y ambas son igualmente derechos reales de hipoteca (54).

Y a pesar del poco rigor terminológico con que en general se desarrolla nuestra Ley, lo cierto es que la interpretación más lógica de estos preceptos es la de que éstos admiten la constitución unilateral de la hipoteca (55); y si es «constitución» unilateral, ello significa que nace desde la inscripción sin necesidad de esperar a la aceptación del acreedor, porque si ésta fuera un requisito constitutivo, lo cierto es que no habría motivo para regular dos modos distintos de constitución de la hipoteca (como hace el art. 138 LH): con la aceptación como requisito esencial para el nacimiento de la hipoteca, ésta sería ya de constitución bilateral. Lo que se haría en este caso realmente sería regular, junto con el modo de constitución bilateral (y único posible), un simple mecanismo de reserva de rango de una hipoteca futura que nacerá cuando acepte el acreedor. Pero, en mi opinión, ésta no era la intención del legislador al prever los artículos 138 y 141 LH; la intención es clara: regular dos modos de constitución, unilateral y bilateral, en los que, para ambos, sin excepción, la inscripción es constitutiva (56), y por tanto, con ella nace el derecho.

Cuestión distinta es que, a pesar de que haya nacido con la inscripción, sus efectos no sean plenos, en cuanto que mientras no se acepte el acreedor no puede actuarlo como titular pleno, pues el derecho no ha ingresado aún en su patrimonio (57). A nadie se le puede obligar a adquirir algo que no quiere y, por tanto, no se puede considerar que en el artículo 141 LH se prevé una adquisición automática de la hipoteca; hasta la aceptación el acreedor no se

(54) Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2.004 y sigs.

(55) Cfr. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1994, y ROMERO VIÉTEZ, MANUEL A., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral...», *op. cit.*, pág. 594, nota 37.

(56) Cfr. el artículo 145 LH, que para toda hipoteca voluntaria (por tanto, bilateral o unilateral: art. 138 LH) se requiere para su nacimiento escritura pública donde conste el negocio jurídico (bilateral o unilateral) de constitución e inscripción.

Sobre la posibilidad y eficacia en nuestro ordenamiento del negocio jurídico unilateral, o con mayor precisión, sobre la cuestión de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, vid. lo indicado en la nota 15 de este trabajo.

(57) Vid., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 52, y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE, «Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos», *op. cit.*, pág. 152.

podrá comportar como auténtico titular, en el sentido de que no podrá ejercitar y ejecutar su derecho real de hipoteca.

Pero, por otro lado, hay que reconocer que tras la inscripción y hasta el momento de la aceptación, se generan ciertos efectos derivados del principio de prioridad registral (gozando desde la inscripción del correspondiente rango) (58) y del principio de legitimación también registral, al presumirse como existente y exacto aquello que se publica en el Registro: un gravamen ya nacido y la vocación o potencialidad de una persona de ser su titular (59). Estos efectos tienen sus implicaciones tanto frente a terceros como respecto de las partes implicadas (constituyente y acreedor favorecido por la inscripción). El propio acreedor aún no aceptante tiene respecto de esa hipoteca ciertas facultades reconocidas, como el de aceptar o rechazar activamente esa hipoteca, el de oponerse a una cancelación que se pretenda realizar antes del requerimiento (cfr. art. 237 RH) o antes de que pasen los dos meses tras el requerimiento a partir de los cuales se le permitiría al constituyente cancelar también unilateralmente la hipoteca (cfr. art. 141.2.º LH). Y el constituyente de la hipoteca se encuentra también vinculado por la misma (60).

En cualquier caso, hay que tener claro también que, a efectos prácticos, toda esta cuestión queda resuelta en cuanto que el propio artículo 141.1.º *in fine* LH prevé que los efectos de la aceptación publicada por el Registro a través de la correspondiente nota marginal se retrotraerán al momento de «la constitución de la misma (de la hipoteca)». Y destaco que esa fecha de constitución a la que se retrotrae se ha interpretado mayoritariamente como la fecha de la inscripción; de modo que éste es otro argumento más en orden a la defensa de la teoría de que la hipoteca se constituye con la inscripción. De hecho no cabe otra interpretación en cuanto que si habla de retroacción eso significa que los efectos se reputan producidos desde un momento anterior; esto es, que la constitución de la hipoteca se produce en un momento anterior

(58) Un rango adquirido ya con la inscripción, sin que se trate de una mera reserva de rango, pues, como ya se señaló antes, tampoco se dan los requisitos para que se pueda apreciar en estos casos la existencia de una mera reserva de rango. Vid. al respecto la nota 23 de este trabajo y PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 1996, y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 67-68.

(59) Vid. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 564. Cfr. asimismo, DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 220-221; SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *op. cit.*, págs. 404-406, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 133 y sigs.

(60) Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, págs. 2001-2002 y 2012; y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 111 y sigs.

a la aceptación, y si es así, ello implica que la aceptación no es un elemento esencial en la constitución del derecho real.

Así que con la nota marginal en la que se hace constar la aceptación del acreedor, los efectos de la adquisición del derecho por éste se reputan producidos desde la inscripción, lo que tendrá trascendencia en relación con los distintos supuestos y vicisitudes por las que haya pasado la hipoteca y la relación jurídica real en su conjunto desde el momento de la inscripción (por ejemplo, en caso de declaración de insolvencia y de quiebra del acreedor aceptante; o la posibilidad de ejercitar la acción de devastación por deterioros sufridos por la finca hipotecada antes de la aceptación) (61).

En cuanto a la crítica de que en ese período transitorio entre la inscripción y la aceptación nos encontramos con que existe un derecho sin titular, como ya se comentó y con referencia a lo afirmado por PAU PEDRÓN, ésta no es una circunstancia que se da exclusivamente en estos casos de hipoteca unilateral, sino que también de la mera reserva de rango surgen derechos sin que aún exista un titular. De modo que no es comprensible tal crítica procedente de quienes defienden la existencia únicamente de una reserva de rango tras la inscripción unilateral de la hipoteca.

Además en nuestro ordenamiento se prevén y regulan diversas situaciones en las que surgen y se reconocen derechos a unos sujetos que aún no pueden ser considerados en rigor jurídico titulares de los mismos. Me refiero a la situación de herencia yacente y la del *concepturus* (concebido pero aún no nacido: cfr. entre otros, los arts. 29, 627 y 959-967 del Código Civil). Igualmente se prevén situaciones registrales análogas en las que en el Registro se publica un derecho a favor de una determinada persona que aún no lo han aceptado, ni por tanto adquirido: es el caso, por ejemplo, de los llamamientos a reservatarios o a fideicomisarios (62).

Pero, en cualquier caso, la cuestión relevante no es si se trata o no, según algunos, del único caso en nuestro ordenamiento de existencia de un derecho sin sujeto (lo que sería inconcebible para esos autores), sino si las circunstancias en que vive el derecho de hipoteca hasta su aceptación ponen de manifiesto una situación contraria a nuestro ordenamiento y, posiblemente, de la que se deriven perjuicios para alguna parte o terceros.

En mi opinión, lo mismo que podemos aceptar una indeterminación en la existencia de la obligación garantizada (v.gr., hipoteca en garantía de obligaciones futuras y condicionales), la indeterminación también puede darse en

(61) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 567; y PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 2016.

(62) Cfr. ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 564.

cuanto al sujeto, como así pasa en la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador. En el caso de hipoteca unilateral durante ese período entre la inscripción y la aceptación nos encontramos con que hay un derecho nacido pero no adquirido. Desde la inscripción se pone en conexión el derecho real de garantía con un sujeto (el acreedor favorecido por esa inscripción); hasta su aceptación el derecho no ingresará en su patrimonio y, por tanto, hasta entonces en rigor no es su titular. Pero a pesar de ello la vinculación con un sujeto determinado es clara, como lo demuestra el hecho de que si ese sujeto (y no otro) al final no acepta la hipoteca constituida, ésta dejará de existir por no tener ya razón de ser (63).

El Registro publica la hipoteca desde su inscripción, tal y como existe desde entonces: esto es, como un derecho real nacido pero aún no adquirido por el favorecido, que lo puede hacer con su aceptación en cualquier momento. Desde la inscripción hay constancia expresa en el Registro de quién es el potencial acreedor y titular de la hipoteca. De modo que no hay ningún perjuicio ni para las partes ni, lo que es más importante, para terceros (y en este caso son de especial referencia los acreedores del constituyente y a los del favorecido por la inscripción). A estos últimos les afecta la inscripción en relación con el rango, la prioridad y la legitimación registrales y saben perfectamente a qué se atienen respecto al potencial acreedor hipotecario: si éste llega a aceptar se mantendrán en la misma situación que estaban antes (esto es, con una hipoteca sobre bienes sobre los que pesará la preferencia hipotecaria en orden a su ejecución; o un derecho de su propio deudor que les permitirá confiar mejor en las posibilidades futuras de cobrar sus propios créditos contra el ya acreedor hipotecario); si al final se cancela la hipoteca por rechazo expreso del acreedor o por falta de aceptación expresa en los dos meses tras el requerimiento, se encontrarán simplemente con la situación propia de reclamación ordinaria de sus créditos sin que por encima exista un derecho preferente. Pero lo más importante es que sus derechos no quedan menoscabados en nada, porque el único beneficiario de la hipoteca es el que se señala en la inscripción y éste es, asimismo, el que se vería perjudicado por la no aceptación (64).

(63) Cfr. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 119-121. En opinión de este autor, la hipoteca antes de la declaración de voluntad del acreedor beneficiario, rechazando o aceptando esa hipoteca en su favor constituida, «debe entenderse integrada ya de alguna forma en el patrimonio del favorecido, si bien que todavía no de un modo cierto y definitivo, sino inestable y eventual: en caso de que esa voluntad sea favorable, el efecto se consolidará y vendrá a ser pleno y definitivo; en caso contrario, se deshará retroactivamente, como si nunca hubiera existido» (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 121).

(64) Ciertamente también el constituyente podría verse perjudicado porque al rechazar la hipoteca habrá podido perder la posibilidad de obtener cierta financiación. No hay

Por otro lado, como señala CHAMORRO, los acreedores no hipotecarios del dueño de los bienes no cuentan con la facultad de ejercitar una acción directa contra el titular de la hipoteca anteriormente constituida por acto unilateral, aunque se haya practicado anotación preventiva de embargo a su favor; pero sí pueden, a través de la acción subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil), exigir la cancelación de esa garantía, «dando por renunciada, en nombre del dueño, la obtención futura del crédito asegurado» (65).

3. RÉGIMEN DE LA ACEPTACIÓN DE LA HIPOTECA CONSTITUIDA UNILATERALMENTE

Para la plena eficacia de las hipotecas constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada es precisa la aceptación del favorecido por la misma, que, según el artículo 141 LH se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, retrotrayéndose los efectos de la aceptación a la fecha de constitución de la hipoteca (esto es, a la del asiento de presentación *ex art.* 24 LH) (66).

Esta aceptación aparece configurada, de acuerdo con la postura que en este trabajo se ha acogido respecto a la constitución de la hipoteca unilateral, como una *conditio iuris* para la adquisición de este derecho real en el patrimonio del favorecido por la inscripción, y ello en garantía del principio *nemo nolens acquiri potest*. Pero no es un requisito para la constitución de la garantía: ésta nace con la inscripción, y con ella, entre otros efectos, se adquiere el rango registral.

Normalmente es el favorecido el que realiza la aceptación, pero también podrán hacerlo sus representantes legales en caso de incapacitación (cfr. los arts. 222 del CC y 760.2.º LEC) o, en su caso, los administradores del concurso (67). Por otro lado, no hay ningún inconveniente para admitir la posibilidad de una aceptación de los propios acreedores del favorecido por la vía de la acción subrogatoria prevista en el artículo 1.111 del Código Civil. De

que olvidar que en la mayoría de los casos de hipoteca unilateral, el dueño inscribe con la intención de que, al otorgar ya la garantía, le sea más fácil convencer al acreedor de que le conceda el crédito que necesita. Pero este hipotecante ya sabía a qué atenerse cuando inscribió unilateralmente el derecho real de garantía sin esperar al consentimiento del acreedor.

(65) CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *op. cit.*, pág. 166.

(66) A este respecto se ha puesto de manifiesto que, a pesar de la redacción de este artículo 141.1 LH, los efectos que se retrotraen son los de la aceptación, y no los de la nota marginal en que consta ésta. Así, vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 227.

(67) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 249.

este modo, estos terceros acreedores garantizan indirectamente sus propios créditos, pues se aseguran de que si el favorecido no les paga voluntariamente podrán obtener satisfacción a través del cobro (*ex art. 1.111 del CC*) del concreto crédito garantizado con la hipoteca unilateral o de la ejecución (también por la vía de la acción subrogatoria del art. 1.111 del CC) de esa garantía constituida unilateralmente y aceptada por ellos (68).

Por lo que se refiere al plazo en que debe efectuarse la aceptación, ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario lo señalan expresamente, si bien según el segundo párrafo del artículo 141 LH, «si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó», precisando el artículo 237 RH que dicha posibilidad se determinará expresamente en el requerimiento.

Así pues, la aceptación puede tener lugar en cualquier momento a partir del requerimiento (incluso antes del mismo, pues, como parece derivarse del tenor literal del art. 141 LH, no es presupuesto de la aceptación, sino de la posibilidad de cancelación de la hipoteca instada por el dueño de la finca) (69). Ahora bien, una vez transcurridos dos meses desde ese requerimiento, el dueño de los bienes podrá cancelar unilateralmente la hipoteca. Pero mientras no se practique dicha cancelación, a pesar de que haya pasado ya ese plazo de dos meses, el acreedor podrá aceptar en cualquier momento y esa aceptación será plenamente válida.

Por tanto, el plazo para efectuar la aceptación no existe, pero el acreedor debe tener en cuenta que, mientras que dentro del plazo de los dos meses desde el requerimiento no debe temer a que el dueño de los bienes haya cancelado la hipoteca, esa posibilidad la debe tener muy presente tras esos dos meses, pues una vez practicada la cancelación su aceptación posterior carecería de toda validez y eficacia (70).

(68) Vid., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 250-251, y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 565.

(69) Si este requerimiento no se ha realizado el plazo para aceptar es también indefinido desde que se tenga conocimiento del hecho de la inscripción. La peculiaridad de esta situación es que, al no haberse practicado el requerimiento, tampoco contará en contra del favorecido el plazo de dos meses a partir del cual el dueño de los bienes podrá cancelar unilateralmente la hipoteca *ex artículo 141.2.º LH*; por esta vía el dueño no podrá cancelar la hipoteca inscrita.

(70) Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, págs. 22-23; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 230-235; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 568-569.

En cuanto a la forma de realizar la aceptación, en virtud del artículo 3 LH, para que se extienda la nota marginal en el Registro de la Propiedad, la aceptación deberá constar en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico. Al respecto, SANZ FERNÁNDEZ señala que «el carácter esencialmente formalista de la institución registral impone que la aceptación sea expresa, solemne y pública. Por ello exige nuestra Ley implícitamente que tenga lugar en escritura pública (art. 3.º) y de un modo expreso que se haga constar en el Registro por nota al margen de la inscripción de la hipoteca» (71). Otros autores, sin embargo, discrepan de esta postura y afirman que aunque para practicar la nota marginal se debe presentar al Registrador un documento público del que derive la aceptación, ello no significa que la aceptación deba ser expresa o formal, pues consideran suficiente que del documento público se derive simplemente que se ha producido la aceptación, aunque ésta sea tácita mediante *facta concludentia* (72). Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (73) admite la posibilidad de aceptación tácita sólo en el supuesto de que no hubiera mediado requerimiento al beneficiario de la hipoteca (pudiendo verse implícita esta aceptación en el hecho de ejercitar la acción hipotecaria), pues en caso de que éste sí se efectuase, deberá el acreedor manifestar expresamente su voluntad conforme y hacerse constar en el Registro, no considerándose de lo contrario la aceptación como realizada. Sin embargo, en opinión de PAU PEDRÓN (74), en nuestro ordenamiento no se admite la aceptación tácita de una hipoteca unilateral como consecuencia de haberse ejercitado la acción hipotecaria e iniciarse el procedimiento de ejecución.

La aceptación de la hipoteca por parte del favorecido por la inscripción unilateral deberá constar registralmente por nota al margen de dicho asiento de inscripción (cfr. el primer párrafo del art. 141 LH).

Entre nuestros autores se aprecian posturas contrarias acerca de la naturaleza y eficacia de esta nota marginal. Así, mientras unos autores atribuyen

(71) SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 404.

(72) Víd. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 227; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 565 (este autor señala que «es admisible el caso de aceptación tácita declarada judicialmente tal, en cuyo supuesto, presentada la ejecutoria en el Registro, no cabe duda que deberá extenderse la procedente nota marginal»).

(73) Víd. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 129-131.

(74) Víd. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, EDESA, Madrid, 2000, pág. 32.

a la nota marginal de aceptación una eficacia constitutiva, configurándola como uno de los elementos esenciales para provocar la creación del derecho real de hipoteca o su adquisición (75), otros autores la consideran meramente declarativa de la constitución o adquisición del derecho real por el acreedor producida extrarregistralmente mediante la aceptación de éste (76). Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (77) diferencia entre dos supuestos: si ha habido requerimiento la nota marginal tiene carácter constitutivo de la aceptación (no de la hipoteca que ya está constituida); en cambio si no hubo requerimiento, la nota marginal tiene meros efectos declarativos, surtiendo plenos efectos la aceptación desde que el acreedor emitió su declaración de voluntad en ese sentido.

Otro efecto de la constancia registral de la aceptación por el acreedor es la imposibilidad del dueño de la finca de cancelar unilateralmente la inscripción de la hipoteca conforme a lo dispuesto en los artículos 141-2.º LH y 237 RH, debiendo someterse al régimen general de cancelación previsto en el artículo 82 LH, que exige sentencia firme o documento auténtico en el que conste el consentimiento para la cancelación de «la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación» (en este caso, del acreedor aceptante), o de «sus causahabientes o representantes legítimos» (78).

En caso de falta de constancia de la nota marginal, la consecuencia principal de ello se produce en las relaciones entre partes, puesto que, como señala SERRA RODRÍGUEZ, «los terceros, en virtud de la inscripción de la escritura pública de constitución de hipoteca, ya han podido conocer de la existencia de un derecho real (todavía no perfecto) y de los peculiares efectos que producirá la aceptación por el acreedor (la retroacción a la fecha del asiento de presentación)» (79). Por su parte, el dueño de los bienes podrá prescindir de la aceptación no registrada promoviendo la correspondiente cancelación, sin perjuicio de que si conocía la aceptación del acreedor éste pueda entablar acciones en el procedimiento declarativo oportuno para hacer valer las reglas de la buena fe (pudiendo entonces el cancelante alegar la falta de diligencia del acreedor al no hacer constar la nota marginal) (80).

(75) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 237-238; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 565-566.

(76) Vid. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La constitución unilateral de hipoteca», *op. cit.*, pág. 2014.

(77) Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 128 y sigs.

(78) SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 252-253.

(79) SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 239.

(80) Vid. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 227.

Como supuestos de constitución unilateral de hipoteca que no exigen la constancia registral de la aceptación del acreedor, produciendo ésta todos sus efectos fuera del Registro, se suelen señalar los siguientes (81):

- Las llamadas fianzas hipotecarias que, como garantía de la responsabilidad en que puedan incurrir en el desempeño de sus funciones, deben prestar los Notarios y Registradores. En este caso, la aprobación por la Dirección General de los Registros y del Notariado constará en el correspondiente documento administrativo.
- Las hipotecas constituidas en garantía de títulos-valores transmisibles por endoso o al portador, exceptuando algunos autores la hipoteca cambiaria por razones de seguridad jurídica.
- Las denominadas hipotecas testamentarias, constituidas para garantizar un legado, que se adquirirán automáticamente a la muerte del testador, sin necesidad de aceptación, al igual que se adquiere el legado mismo según el artículo 882 del Código Civil.

4. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA UNILATERAL

Antes de analizar el régimen de la cancelación de esta modalidad de hipoteca propiamente dicho, haré una breve referencia al requerimiento a que se alude en los artículos 141, segundo párrafo, LH y 237 RH.

Este requerimiento está previsto en los artículos 141 LH y 237 RH y podrá hacerse judicial o notarialmente (bajo la forma de acta) (82).

Es este un requisito que viene a servir de enlace entre la constitución y la aceptación de la hipoteca; pero también como se verá, entre esa constitución unilateral y la posibilidad de cancelación del asiento también unilateralmente por el dueño de los bienes.

Ahora bien, el uso del término «requisito» quizá sea excesivo, por cuanto lo cierto es que en la ley se configura no como un deber sino como una posibilidad o facultad (83). Y es que si el favorecido conoce de la constitución de la hipoteca antes de haberse realizado un requerimiento y manifiesta

(81) Cfr., entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 240-247; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 142 y sigs.; y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 233 y sigs.

(82) Vid., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, pág. 21; ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 568; y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 260-263.

(83) Así lo entiende también ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 129.

entonces su voluntad expresa de aceptar o rechazar dicha garantía, el hecho de que no se haya efectuado realmente el requerimiento no debería obstaculizar el proceso normal de la adquisición o cancelación de la hipoteca.

Pero claro, mientras no se efectúe el requerimiento, el dueño de los bienes no podrá cancelar la hipoteca; por mucho que el beneficiario se haya enterado de la constitución de la hipoteca, no comenzará a computarse el plazo de dos meses previsto en el artículo 141 LH a partir del cual el dueño del bien podrá cancelar libremente la hipoteca anteriormente constituida y aún no aceptada (84). En este sentido, ese requerimiento pasa a ser requisito para que se pueda acudir al especial modo de cancelación unilateral reconocido en el artículo 141 LH, mientras no conste en el Registro la aceptación del beneficiario. Aunque ciertamente bien podría ser configurado como una carga para el constituyente, pues si no lo realiza la situación de pendencia e incertidumbre acerca de la hipoteca sobre sus bienes se prolongaría indefinidamente; y esto es, por otro lado, algo que nuestro ordenamiento quiere evitar. De ahí que se establezca el plazo de dos meses a partir del cual, mientras el favorecido por la inscripción siga sin pronunciarse al respecto, el dueño de los bienes podrá cancelar dicho asiento sin necesidad del consentimiento de ese acreedor. Lo contrario, como digo, supondría prolongar la situación de pendencia, interinidad e incertidumbre, lesionando los intereses de certidumbre del estado jurídico de la propiedad y de seguridad del tráfico inmobiliario (85).

En cuanto al contenido de este requerimiento, hay que precisar que junto con la comunicación al acreedor de que se ha constituido la garantía hipote-

(84) En este sentido, la DGRN en varias Resoluciones (vid., entre otras, las RRDGRN de 6 y 21 de noviembre de 1990, de 4 de abril de 1991 y de 28 de octubre de 1992) afirma que para proceder a esa cancelación unilateral de la hipoteca es necesario que se haya efectuado previamente el requerimiento previsto en el artículo 141 LH, sin que a esos efectos sea suficiente probar que el beneficiado conocía ya la existencia de esa inscripción a su favor. Cfr., asimismo, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 226-227; y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 257 y sigs.

En relación con lo anterior, se señala que a la hora de determinar el momento a partir del que se empieza a contar los dos meses de plazo en que se puede aceptar sin temer la cancelación unilateral del dueño de los bienes, se debe tener en cuenta la fecha del requerimiento o de la diligencia de su notificación, y no puede atenderse a la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca ni el día en que el acreedor tuvo conocimiento de tal constitución por un medio distinto al requerimiento. Cfr. PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 32; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 572.

(85) Cfr., entre otros, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, págs. 126-127; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 570.

caria a su favor, también deben señalarse expresamente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 237 RH, los efectos que se derivarían de una actitud pasiva por su parte: esto es, se le avisaría de que si en dos meses no responde, la ley concede al dueño de los bienes la facultad de cancelar unilateralmente esa hipoteca constituida pero no aceptada (86).

Por último, por lo que respecta a la finalidad de este requerimiento, la doctrina se halla dividida: según PEÑA, el fin es avisar al acreedor de que si no responde en dos meses podrá cancelarse la hipoteca; para PAU PEDRÓN lo que se busca fundamentalmente con el requerimiento es poner en conocimiento del acreedor favorecido la constitución de la garantía (se trataría entonces básicamente de una notificación, más que de un requerimiento propiamente dicho), siendo el aviso de cancelación secundario, pues sólo serviría para asegurar que conoce un efecto previsto en la ley, que en cualquier caso se produciría; y en opinión de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE se trata de un medio de compeler al acreedor para que acepte o rechace la hipoteca. A mi juicio, en la línea de SERRA RODRÍGUEZ, la finalidad es doble y de importancia equivalente: dar a conocer al favorecido la constitución de la garantía a su favor y advertirle de que si no acepta en dos meses podrá el dueño de los bienes cancelarla sin contar con su consentimiento (87).

A continuación, y para terminar el estudio de esta figura hipotecaria, procederé a analizar el régimen de su cancelación.

Una vez inscrita la hipoteca, al dueño de la finca hipotecada sólo tiene dos vías si posteriormente desea cancelarla:

— Una, es acudir al especial modo de cancelación previsto para esta modalidad de hipoteca en los artículos 141.2.º LH y 237 RH (88).

(86) Como consecuencia de lo dispuesto en la citada norma reglamentaria, no sería posible que el único contenido del requerimiento fuera el de notificarle la constitución de la hipoteca, menos aún si cabe, si ello fuera hecho simplemente con el envío de una copia de la escritura de constitución de la hipoteca sin avisarle de la posible cancelación unilateral (cfr. art. 202.5 del Reglamento Notarial). Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, pág. 20; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 257 y sigs.; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Derechos reales. Derecho Hipotecario», tomo II, «Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 378, nota 9.

(87) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Derechos reales. Derecho Hipotecario», tomo II, «Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 378, nota 9; PAU PEDRÓN, ANTONIO, «La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación», *op. cit.*, págs. 21-22; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, «La hipoteca de constitución unilateral», *op. cit.*, pág. 132; SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 406; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 260-262; y ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, págs. 568 y 570.

(88) Al respecto es preciso destacar que en estos preceptos se señala que quien está legitimado para cancelar unilateralmente es el «dueño de los bienes»; en ningún momen-

Para poder acudir a esta vía, previamente debe haber realizado el requerimiento al acreedor favorecido por la inscripción para que manifieste su voluntad de aceptar o no la hipoteca (practicándose tal requerimiento con el contenido imperativo fijado en el art. 237 RH). Y si el beneficiario de la hipoteca unilateral no ha hecho constar registralmente su aceptación una vez transcurridos dos meses desde ese requerimiento, el dueño de la finca podrá instar la cancelación unilateral de la hipoteca conforme al artículo 141-2.º LH, debiendo hacerse, según los artículos 3 LH y 237-2.º RH, mediante la presentación de la correspondiente escritura pública a la que se acompañará la copia de los requerimientos efectuados conforme a la legislación notarial. A pesar del tenor literal no parece que exista ningún obstáculo para admitir que, además de por escritura pública, la cancelación pueda realizarse por sentencia judicial (89).

Este modo de cancelación especial, que viene a contemplar una excepción al régimen general de cancelación de inscripciones previsto en el párrafo primero del artículo 82 LH, lo que hace es interpretar la inactividad del favorecido por la inscripción como un rechazo tácito a esa garantía. Y ello porque si no se señalase un plazo concreto a partir del cual la inactividad del acreedor puede derivar en una cancelación unilateral por el constituyente de la hipoteca, se permitiría una situación de incertidumbre jurídica indefinida que la ley quiere evitar.

Pero a este modo de cancelación también podrá acudirse cuando, a pesar de no haber transcurrido esos dos meses, el favorecido haya manifestado su voluntad de no aceptar y así se haya hecho constar (por escritura pública) en el Registro. El dueño de los bienes no tiene entonces porqué esperar a que pase la totalidad del plazo legal, y ello incluso cuando ese rechazo se haya efectuado antes de que se practicara el requerimiento: se podrá cancelar unilateralmente la hipoteca *ex* artículos 141.2.º LH y 237 RH desde el momento en que constase registralmente la no aceptación de la hipoteca (90).

to se refiere al «hipotecante». De modo que si tras la constitución unilateral de la hipoteca y antes de la aceptación, la finca es transmitida a un tercero, es ese tercero dueño del bien hipotecado el legitimado para cancelar el derecho real que grava el bien adquirido. Vid., en este sentido y entre otros, SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 117-11.

(89) Cfr., entre otros, PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 33; SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 289-290; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, «Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 378; y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 229.

(90) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, «Ley del Suelo. Hipotecas», *op. cit.*, pág. 568; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, pág. 229; y SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «La hipoteca unilateral», *op. cit.*, págs. 282-283.

Por último, respecto de este modo de cancelación, recordar que esta hipoteca podrá cancelarse unilateralmente a partir de esos dos meses del requerimiento (o antes si consta el rechazo del acreedor) siempre que no conste antes la aceptación del favorecido; porque si esa aceptación consta en el Registro, a pesar de haber transcurrido ese plazo legal de dos meses, la cancelación unilateral será imposible y habrá que acudir a la segunda vía de cancelación que a continuación indico.

— Esta segunda posibilidad que tiene el dueño de los bienes de cancelar la hipoteca es la de acudir a las reglas generales de cancelación previstas en el artículo 82 LH. No cumpliéndose los requisitos indicados en el apartado anterior (ya sea porque no se practica el requerimiento por el dueño de la finca, ya sea porque dentro del plazo de dos meses desde el requerimiento se publica en el Registro la aceptación de la hipoteca unilateral por el acreedor), la cancelación queda sometida al régimen general del artículo 82-1.º LH, que exige sentencia firme o documento auténtico en el que conste el consentimiento para la cancelación del titular registral (esto es, del acreedor aceptante), o de sus causahabientes o representantes legítimos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: «La hipoteca unilateral», *ADC*, 1950, págs. 55-85.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: «La hipoteca de constitución unilateral», *ADC*, octubre-diciembre, 1994, págs. 85-152.
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 558 págs.
- CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO: «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *RGLJ*, 2.ª época, núm. 1, enero, 1943, págs. 7-48, y núm. 2, febrero, 1943, págs. 123-166.
- CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.ª ed., actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000, 865-1929 págs.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO: «La hipoteca unilateral», en NIETO CAROL, Ubaldo (coord.): *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías reales*, vol. 2, *Garantías inmobiliarias*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Civitas, Madrid, 1996, págs. 185-266.
- DÍEZ PICAZO, LUIS: «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en torno a la sentencia de 3 de febrero de 1973)», *ADC*, abril-junio, 1974, págs. 456-465.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, 523 págs.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 366 págs.

- PAU PEDRÓN, ANTONIO: «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA (dirs.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, EDESA, Madrid, 2000, págs. 28-33.
- «La constitución unilateral de hipoteca», *RCDI*, núm. 631, noviembre-diciembre, 1995, págs. 1991-2016.
- *La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1996, 61 págs.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, 675 págs.
- PEREZ GONZÁLEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ: «Anotaciones a Wolff, Martin: Derecho de Cosas», en ENNECERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN: *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, *Derecho de Cosas*, vol. 1.º, *Posesión, Derecho Inmobiliario, Propiedad*, 3.ª ed. al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, XXXI-761 págs.
- ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS: *Derecho Hipotecario*, tomo VII, *Ley del Suelo. Hipotecas*, 8.ª ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998, VI-632 págs.
- ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A.: «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria española», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, II, Tecnos, Madrid, 1976, págs. 578-612.
- SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Imprenta Viuda de M. Navarro, Madrid, 1945, 563 págs.
- SERRA RODRÍGUEZ, ADELA: *La hipoteca unilateral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 306 págs.

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

DICTÁMENES Y NOTAS

Novación de la obligación accesoria de intereses y modificación de la cobertura hipotecaria

SUMARIO: I. NOVACIÓN, ALTERACIÓN DEL CONTENIDO DEL REGISTRO Y PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—II. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD Y LA NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA CON HIPOTECA.—III. NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA E INTERESES DE DEMORA.

I. NOVACIÓN, ALTERACIÓN DEL CONTENIDO DEL REGISTRO Y PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite novar la obligación garantizada, en determinadas condiciones, sin necesidad de modificar el derecho real de hipoteca que la garantiza y sin coste fiscal. Con esta última característica, la modificación de obligación garantizada con hipoteca, que ha existido siempre (art. 1.203 del Código Civil y 144 de la Ley Hipotecaria), ha pasado de ser una operación esporádica a ser extraordinariamente frecuente. En la medida que cualquier modificación de la obligación garantizada puede y debe acceder al Registro para no producir su inexactitud (art. 40 de la Ley Hipotecaria) es importante tener en cuenta que las partes no sólo han de respetar las escasas exigencias de dicha legislación especial sino también las generales derivadas del ordenamiento y, en los que nos afecta, las propias del sistema registral.

Y es que sea cual sea la norma que ampare la modificación de la obligación lo que nos importa, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, es que la alteración no suponga una violación de los principios y normas que lo conforman. Esta afirmación es relevante, puesto que los derechos publicados por el Registro deben respetar aquellos, no sólo en el momento de su

constitución sino también posteriormente, en caso de modificación. Veamos si esto es realmente así, porqué y hasta qué punto.

El derecho real de hipoteca garantiza una obligación, obligación que debe estar suficientemente determinada en cuanto a sus datos de identificación y su contenido (art. 12 de la Ley Hipotecaria). Si la obligación principal conlleva la accesoria de intereses ordinarios puede ésta quedar cubierta con la hipoteca pero, a diferencia de aquélla, no puede ser objeto de ilimitada garantía, incluso si el valor del bien excede del hipotético importe máximo de débito. La formulación legal de esta limitación viene recogida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria:

Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

Esta limitación temporal puede expresarse bien en los términos que resultan del propio precepto, bien por la conversión del tiempo pactado a la cantidad en dinerario equivalente al producto del tipo por el capital, tal y como autoriza el artículo 220 del Reglamento Hipotecario:

Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses, no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades.

De forma que es lo mismo afirmar que la cobertura de una hipoteca que garantiza 100 se extiende hasta un máximo de cinco años de intereses ordinarios al tipo pactado del 5 por 100, que decir que la cobertura por intereses no puede exceder de 25.

Todo esto es de sobra conocido, por lo que pido disculpas si, con el ánimo de centrar la cuestión, resulto tedioso en extremo.

Porque lo que importa ahora es afirmar que esa coherencia que la Ley exige que se cumpla al constituir el derecho de hipoteca se mantenga en caso de modificación de la obligación garantizada. Y es que la hipoteca, en cuanto garantía de la obligación, es conformada por ésta de modo que a distinto tipo de obligación distinto tipo de hipoteca y de régimen jurídico. Además en la medida en que los límites de la cobertura hipotecaria en cuanto a los intereses se definen por razón del tiempo en que dicha obligación accesoria puede devengarse, cualquier modificación de la obligación que altere los límites temporales de cobertura de la garantía debe respetar los límites establecidos para su constitución.

Si en el momento de la constitución de la hipoteca exigimos que se cumplan las exigencias hipotecarias para que su cobertura se extienda a los intereses ordinarios (contenido de la obligación accesoria, determinación del tipo aplicable, determinación del período de cobertura pactado si es superior al legal) estas mismas exigencias deben mantenerse al tiempo de la modificación, de forma que la obligación accesoria y su cobertura hipotecaria cumplan estrictamente con los requisitos que para la inscripción exige la legislación hipotecaria (es obvio, por ejemplo, que no sería admisible a inscripción una modificación de la obligación accesoria de intereses que dejara indeterminado su devengo o su liquidación).

Establecido esto podemos afirmar que la mera modificación del contenido de la obligación accesoria de intereses no precisará de modificación de su cobertura hipotecaria si ésta sigue, con ese nuevo contenido, respetando las exigencias de la legislación hipotecaria.

Por el contrario, en la medida en que la modificación de la obligación accesoria de intereses ordinarios haga incoherente el derecho de hipoteca, tal y como consta inscrito con dicha alteración, ésta no debe acceder al Registro, salvo que se lleve a cabo una simultánea modificación de la garantía hipotecaria (1) y siempre con cumplimiento de los límites establecidos en la legislación especial. La cuestión se centra ya en determinar cuándo la modificación de la obligación impone la correlativa modificación de la cobertura hipotecaria.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones al respecto aunque, como veremos, no siempre uniformemente ni agotando las muy diversas situaciones posibles.

La Resolución de la Dirección General, de fecha 5 de noviembre de 1999, se enfrentó con el problema siguiente: una inscripción de hipoteca publica la garantía de un préstamo que se extiende al principal y a sus intereses remuneratorios (prescindiendo ahora de los moratorios y de otras eventuales partidas) de modo que éstos quedan garantizados por un período de tres años al tipo máximo del 19 por 100 y hasta determinada cantidad. Cuando la obligación es objeto de novación se hace pactando (entre otras cosas que no son de trascendencia ahora) que el tipo de interés pasa a ser fijo del 10 por 100 y que el límite de la cobertura hipotecaria en cuanto a los intereses no sufre modificación.

El problema que se plantea es que si dicha modificación se inscribiese sin más, el Registro diría una cosa en la inscripción de constitución de la hipoteca y otra en la inscripción de modificación, lo que es propio de cualquier

(1) Este trabajo es fruto de la relectura de un comentario que para el Centro de Estudios Registrales de Cataluña realicé en su día y de la insatisfacción que me ha producido.

modificación, pero, y esta es la clave, en términos que harían imposible la subsistencia simultánea de los dos pronunciamientos registrales. La Dirección General rechaza la inscripción.

Veamos porqué, aunque para ello no tenemos más remedio que descender al ejemplo concreto (2): Imaginemos, en primer lugar, que la inscripción de hipoteca tuviese el siguiente contenido:

Garantía por principal: 100.000; garantía por intereses: los correspondientes a tres años al tipo máximo del 19 por 100 que equivale a 57.000 unidades de cuenta.

Al rechazar el recurso y la inscripción de modificación, la Dirección General se basa en una serie de argumentos que han de servirnos para determinar las bases de la cuestión:

- Primero. El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado hace imposible la discrepancia en los términos definitorios de la obligación y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito. Siendo fijo el tipo de interés remuneratorio, no cabe que su cobertura hipotecaria quede definida por referencia a un tipo de interés distinto.
- Segundo. La interpretación sistemática de la cláusula no permite al Registrador apreciar la existencia de una modificación implícita de la cobertura hipotecaria porque hay expresa declaración en contrario y porque la indeterminación creada impide precisamente afirmar la existencia de dicha modificación.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en otras ocasiones y lo ha hecho de forma idéntica en las Resoluciones de fechas 25 de abril, 2, 4 y 14 de septiembre de 2002 (aunque, como luego veremos, aplicando erróneamente la doctrina en estas tres últimas).

Los argumentos de la Dirección son expresión de la más ortodoxa aplicación de los principios que inspiran el Registro, pero debemos detenernos en ellos y analizarlos para determinar si son de aplicación universal a los supuestos de novación en la obligación accesoria de intereses ordinarios.

La Dirección afirma, primero, que no cabe discrepancia entre los términos definitorios de la obligación y de la extensión de la hipoteca en cuanto a los intereses de forma que si los intereses son fijos no cabe que se amparen en

(2) Y hacerlo, además, sin conocer los datos exactos del supuesto de hecho, pues no resultan más que parcialmente de la Resolución publicada lo que nos lleva a establecer una hipótesis basada sólo en parte en los datos que la Resolución nos proporciona.

una construcción de la hipoteca que se extiende a la cobertura de los intereses variables.

Pero analicemos el supuesto de hecho. Efectivamente la cláusula, tal y como la hemos imaginado más arriba, afirma que la cobertura por intereses ordinarios tiene dos límites: uno cuantitativo, el 19 por 100 de tipo máximo, y otro temporal, tres años o, lo que es lo mismo, 57.000 unidades de cuenta. Si la modificación se limita a decir que el tipo pasa a ser fijo la cláusula seguiría diciendo que la cobertura temporal es de tres años o, lo que es lo mismo, 57.000 unidades de cuenta, y es esto lo que no es cierto, pues con el nuevo tipo aplicable, 57.000 unidades de cuenta no equivale a tres años (36 meses) sino a bastantes más (68,4 meses, incluso por encima pues del límite de cinco años).

La Dirección afirma, en segundo lugar, que ni siquiera cabe inferir que hay una modificación en el contenido del derecho real de hipoteca pues, aparte de la expresa mención de que las partes la excluyen, la lectura simultánea de los dos asientos llevaría a una indeterminación incompatible con el principio de especialidad. Si el primer asiento (el de hipoteca) publica que la cobertura temporal de la garantía por intereses es de tres años, no puede el segundo asiento (de modificación) afirmar que la cobertura temporal de la garantía por intereses es por un plazo distinto y pretender que ambas coberturas subsistan simultáneamente. Tal contradicción implicaría la imposibilidad de conocer el exacto contenido y alcance del derecho de hipoteca inscrito con violación flagrante del principio de especialidad.

Nótese que el problema se centra en el período de tiempo al que se extiende la cobertura y no en el carácter variable o no de los intereses ordinarios, pues en ambos casos la cobertura de la hipoteca en cuanto al *quantum* no presenta problemas ni de identidad ni de cobertura; sólo cuando se combina dicho límite con el temporal surge el problema de coherencia, consecuencia directa de la regulación del artículo 220 del Reglamento Hipotecario.

Y todo esto es importante porque nos lleva a la conclusión siguiente: aún si se modifican los términos definitorios de la obligación garantizada no será exigible la simultánea modificación de la cobertura hipotecaria en cuanto a la extensión objetiva en relación al crédito si la construcción de dicha cobertura permite la subsistencia, sin contradicciones, del asiento de hipoteca.

Con esta afirmación contradecimos frontalmente el primer argumento de la Dirección General, pues el principio de accesoriedad no impone que se modifique la hipoteca cuando se altere el contenido de la obligación sino que es el principio de especialidad el que impone dicha modificación y sólo cuando los asientos no puedan practicarse sin contradicción. O lo que es lo mismo, aun cuando se alteren los términos definitorios de la obligación accesoria de intereses (pasando de variables a fijos) no será preciso modificar la extensión objetiva de la hipoteca si no se producen problemas de especialidad.

Para poner a prueba esta afirmación es preciso someterla a torsión. Establezcamos un segundo supuesto de hecho:

Garantía por principal: 100.000; garantía por intereses variables: los correspondientes a tres años al tipo máximo del 19 por 100.

La novación de la obligación a tipo fijo del 10 por 100 aún cuando se establezca, como en el supuesto de la resolución, que no implica modificación alguna de la cláusula de constitución de la garantía, ya no produce discordancia alguna ni impide en modo alguno la inscripción. Los dos elementos que determinan la cobertura hipotecaria en cuanto a los intereses, el tipo y el tiempo están tan determinados antes como después de la modificación, aún cuando se haya alterado por completo el contenido jurídico de la obligación al pasar de un tipo variable a un tipo determinado. La conclusión antes apuntada se refuerza; es la determinación de la cobertura temporal en atención a su conversión a cantidad máxima en uso de la posibilidad prevista en el Reglamento Hipotecario la que provoca la indeterminación que, a la postre, justifica la necesidad de modificar el contenido de la cobertura hipotecaria en caso de novación de los términos de la obligación.

Y no vale decir que las partes imponen la invariabilidad de la cláusula de constitución de hipoteca, pues lo cierto es que existe dicha alteración. La cobertura de los intereses ordinarios viene determinada por dos variables, el tiempo de cobertura y el tipo de aplicación. Si se altera éste al alza, la cobertura hipotecaria aumenta, y si a la baja, disminuye: en ambos casos lo importante es que esté perfectamente determinado el tipo y su máximo. La afirmación de que no hay modificación de la cobertura sólo puede referirse a la extensión temporal si a la vez se está modificando la extensión cuantitativa.

No lo entendió así la Dirección General en sus Resoluciones de 2, 4 y 14 de septiembre de 2002 en un caso semejante: inscrita una hipoteca con garantía de un año de intereses ordinarios variables al tipo máximo del 12 por 100 y modificada por fijación de un tipo ordinario fijo del 6,5 por 100 exige, con los mismos argumentos que en la Resolución de 25 de abril, la modificación del derecho real de hipoteca (3).

La Dirección aplica dogmáticamente el primer argumento que antes hemos subrayado y se limita a decir que como los intereses ahora son fijos, la cobertura hipotecaria que se pactó para los intereses ordinarios variables ya no puede dar cobertura a aquellos por impedirlo el principio de accesoriedad. Sin embargo, como hemos visto, esta doctrina es errónea, pues el principio

(3) Como se ve, la cobertura hipotecaria ha disminuido (no es lo mismo un año al 12 por 100 que un año al 6,5 por 100, pero sin que ello afecte a la cobertura temporal que sigue siendo un año).

de accesoriedad no se ve violentado (la obligación sigue siendo la misma) ni exige tal adaptación.

Si hemos rechazado el recurso al principio de accesoriedad para la inscripción de la modificación de la obligación garantizada con hipoteca y no hay problemas de especialidad, hemos de afirmar la perfecta inscribibilidad en el Registro de la Propiedad.

Y un tercer supuesto en el que invertimos los términos de la hipoteca inscrita y de la modificación:

Garantía por principal: 100.000; garantía por intereses: los correspondientes a tres años al tipo fijo del 10 por 100.

Nuevamente si la modificación se lleva a cabo pactando intereses ordinarios variables al tipo máximo del 19 por 100, los elementos definitorios de la obligación habrían sido modificados al pasar de tipo fijo a variable, pero sin que ello (dejando de lado las cuestiones relativas a la «mejora» de las condiciones de interés) imponga una modificación hipotecaria. En cuanto al tiempo porque sigue invariable la cobertura temporal de tres años, y en cuanto al *quantum* porque el límite hipotecario del 10 por 100 actúa ahora como tipo máximo sin perjuicio del límite que ahora hayan establecido las partes para dicho tipo de interés ordinario. Esta conclusión es inevitable si nos sujetamos a los límites que nos hemos impuesto, en el sentido que si las partes han establecido expresamente que no se modifica la cláusula de constitución de la garantía, el 10 por 100 no puede entenderse de otro modo más que como máximo hipotecario del tipo variable pactado y sin perjuicio del otro límite que las partes han establecido (el 19) que no tendrá otra virtualidad más que actuar como límite obligacional (4).

Pero aún cuando las partes, al modificar, hayan callado sobre el mantenimiento invariado de la cláusula de hipoteca, no cabe otra interpretación que entender que el 10 por 100 actúa como tope máximo de cobertura hipotecaria del nuevo tipo de interés pactado. Tanto en el caso anterior como en éste, se cumple a rajatabla el principio de especialidad y la hipoteca sigue expresando indubitadamente el alcance temporal y cuantitativo de la cobertura en cuanto a los intereses ordinarios.

Las cosas no tiene porqué ser tan fáciles desde luego y las partes pueden afirmar, al novar, que el límite del 19 por 100 es el máximo de intereses ordinarios a efectos hipotecarios, a efectos de extensión del derecho real de hipoteca. Nuevamente no hay conflicto de especialidad, pues queda claro que

(4) Y es que ahora la modificación del tipo, estableciendo un tipo máximo del 19 por 100, no es incompatible con el mantenimiento de la extensión de la hipoteca, pues tal modificación afecta a las partes pero no a terceros salvo, como vemos a continuación, se pretenda lo contrario, que el máximo lo sea a efectos hipotecarios.

la extensión cuantitativa se ha ampliado hasta el 19 por 100 permaneciendo invariable el límite temporal.

Pero si se hace al mismo la afirmación de que el máximo es a efectos hipotecarios y que no sufre alteración la responsabilidad hipotecaria, la inscripción no puede practicarse porque se están llevando a cabo afirmaciones contradictorias con violación flagrante del principio de especialidad, pues el Registro no puede publicar simultáneamente dos límites cuantitativos distintos de responsabilidad.

En definitiva, es el análisis cuidadoso del supuesto de hecho el que nos va a permitir decidir si efectivamente existe o no violación del principio de especialidad.

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 22 y 26 de septiembre de 2001 son altamente ilustrativas: En la primera Resolución se trata de modificar el interés fijo pactado por otro variable; la hipoteca garantiza en un caso 4.000.000 de pesetas de principal y 1.170.000 pesetas de intereses ordinarios de tres años (el tipo fijo es el 9,75 por 100); en la otra Resolución la hipoteca garantiza un préstamo de 3.000.000 de pesetas por principal y un año de intereses remuneratorios que ascienden a 285.000 pesetas (el tipo fijo es del 9,5 por 100). En ambos casos se modifica a interés variable y se acepta la inscripción, revocando la nota, porque el principio de determinación no puede predicarse más que del derecho real inscrito y no del obligacional que lo sustenta, por lo que no puede imponerse la fijación de un tipo máximo a efectos personales en las relaciones entre acreedor y deudor. En ambos supuestos, la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma que resulta inequívocamente que el límite de la cobertura hipotecaria ha quedado determinado. Nótese, y ésta es la clave del supuesto de hecho, que las partes al novar no han establecido un máximo del interés variable, por lo que la cantidad a que equivale la duración de la extensión de la cobertura hipotecaria no ha sufrido variación al actuar el fijo como tipo máximo; no existiendo variación no hay posibilidad de indeterminación, las hipotecas siguen extendiéndose, en cuanto a los intereses, al mismo período de tiempo de cobertura que antes de la novación actuando el tipo fijo como tope a efectos de la hipoteca. Otra cosa hubiera sido si efectivamente hubieran establecido un tope y se hubiese pretendido darle efectos hipotecarios, pues en tal supuesto la conjunción del tipo y de la cantidad prevista como expresión de la extensión de la cobertura serían, por definición, incompatibles con violación del principio de especialidad (5).

(5) Y fijémonos que con la doctrina inicial de la Dirección General de los Registros y del Notariado las modificaciones no habrían podido inscribirse, pues el mero cambio de tipo fijo a variable habría exigido, por exigencia del principio de accesoriedad, la correlativa modificación de la cobertura hipotecaria. En contra de su propia doctrina, estas dos Resoluciones se centran en lo realmente importante: la especialidad.

Y así podemos caer en una casuística realmente interminable, pues las partes pueden redactar sus pactos de forma muy variada (6). Conviene pues que establezcamos una serie de criterios que nos permitan, dentro de lo razonable, establecer si las modificaciones introducidas en los contratos de préstamo hipotecario producen o no una contradicción en sus términos que impidan la inscripción.

Recapitulando podemos hacer una serie de afirmaciones:

- Cuando la cobertura temporal de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto a la cobertura de intereses ordinarios se hace por referencia a una cantidad al amparo de lo establecido en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario, la modificación del tipo de cálculo conlleva una indeterminación sobre si subsiste el período de tiempo previsto en la constitución o si ha sido modificado por el que resulta de la alteración.
- Una indeterminación semejante viola frontalmente el principio de especialidad registral al dejar en la incertidumbre cual sea el alcance temporal de la garantía, ya que el Registro no puede publicar simultáneamente una cosa y su contraria.
- La indeterminación sobre el período de tiempo cubierto con la garantía puede resultar de la contradicción derivada de una declaración expresa de las partes sobre el mantenimiento de la cobertura hipotecaria y/o del enfrentamiento que resultaría de las modificaciones llevadas a cabo aunque no exista dicha declaración expresa.
- Dicha contradicción no es consecuencia de la violación del principio de accesoriedad pues no hay óbice en la alteración de los términos definitorios de la obligación si la construcción de la garantía hipotecaria no queda violentada.

(6) Cada entidad tiene su propia forma de establecer la cobertura hipotecaria de los intereses y así hay ejemplos para todos los gustos: entidades que definen la cobertura hipotecaria por expresión del número de años, entidades que la definen por expresión de una cantidad conforme al 220 del Reglamento Hipotecario, entidades que, con innecesaria y confusa reiteración, la definen por relación a un número de años y a una cantidad. Todo ello con variaciones en caso de que los tipos sean fijos o variables.

Al novar cada entidad sigue a su vez sus propios criterios y algunas se limitan a establecer que las modificaciones no afectan a la cobertura hipotecaria. Otras hacen esta afirmación mientras que a la vez modifican los topes de interés, y otras, en fin, afirman que no hay modificación de la cobertura al mismo tiempo que afirman que el nuevo tope lo es «a efectos hipotecarios».

La combinación de todas estas posibilidades y de algunas más lleva a una casuística tal que no tiene sentido pretender abarcarla y de ahí que me centre en intentar proporcionar criterios generales.

II. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD Y LA NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA CON HIPOTECA

Para sustentar la tesis hasta ahora mantenida e impugnar en parte la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es preciso profundizar un poco en este aspecto, a fin de dejar perfectamente justificadas las conclusiones anteriores.

La cuestión a dilucidar es si la accesoriadad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada impone o no la correlación directa e inmediata entre crédito y garantía no sólo en el momento de su constitución sino también en caso de modificación de la obligación garantizada.

Ciertamente la hipoteca debe acomodarse al contenido de la obligación y de ahí que, como afirman las Resoluciones que hemos traído a colación: *«El carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito garantizado (art. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria)»*. Ahora bien, una vez constituida la hipoteca con los requisitos legales necesarios para su debida acomodación a la obligación garantizada no se puede afirmar, sin más, que la mera modificación del contenido de la obligación implique una correlativa modificación de la cobertura hipotecaria. Esto sólo será preciso cuando la modificación haga imposible la acomodación de la garantía a la tipología de la obligación. La cuestión de si sucede o no tal cosa puede llegar a ser ardua, pero no debemos renunciar a intentar establecer unos mínimos criterios que nos permitan decidir ante qué supuesto de hecho estamos y su consecuente solución jurídica.

Parece claro que, en primer lugar, es preciso que la modificación de la obligación sea sólo eso, una modificación y no una extinción de la antigua obligación seguida de la constitución de una nueva a la que se pretende extender la cobertura hipotecaria con mantenimiento de su rango. Es evidente que tal modificación no es tal y que no puede acceder a los libros del Registro (en tal caso procede, a lo más, la cancelación de la inscripción y la práctica de una nueva con su propio rango, como afirma el art. 240 del Reglamento Hipotecario). Así resulta de las exigencias derivadas del Código Civil y de la Ley Hipotecaria y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (7).

En segundo lugar es preciso que la modificación de la obligación permita la subsistencia de la cobertura hipotecaria en su forma original sin que se

(7) En los últimos años, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido oportunidad de referirse al principio de accesoriadad en numerosas ocasiones. Véanse las Resoluciones de 26 de mayo de 2001, 17 de enero, 30 de abril, 8 de junio de 2002.

impida el normal desenvolvimiento de la garantía y de su ejecución. Véanse, por ejemplo, los supuestos de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fechas 18 de junio de 2001 y de 9 de enero de 2002 (8).

Y es que en la actualidad es extraordinariamente frecuente que el normal desenvolvimiento de la obligación garantizada implique modificaciones de su contenido durante su vigencia. Tratándose de obligaciones de crédito porque es consustancial a su propia naturaleza y tratándose de obligaciones de tráfico (como los préstamos) porque la hipoteca de amortización ha sustituido a la hipoteca en garantía de préstamo a término final. Y esto que es claro para las modificaciones derivadas del normal desenvolvimiento de la obligación lo es también cuando las modificaciones van más allá y, como consecuencia de una nueva prestación del consentimiento, se altera el contenido de la obligación bien por alteración del plazo, bien porque se confiese recibido parte de la obligación, bien porque se alteren los índices de referencia pactados en caso de intereses variables, bien porque se altere el tipo de interés a devengar de variable a fijo o viceversa. En todos estos supuestos, el principio de accesoriedad no queda violentado por la modificación del contenido de la obligación y no es preciso, en consecuencia, modificar el contenido del derecho real de hipoteca.

Sólo cuando la modificación es de tal envergadura que hace imposible la subsistencia, en los términos inscritos, del derecho real de hipoteca se impone su correlativa modificación. Así ocurre cuando se amplía el principal garantizado, o cuando se pretende que obligaciones que antes no estaban garantizadas lo estén ahora o cuando se altera el plazo de cobertura hipotecaria de los intereses.

(8) El supuesto de la primera Resolución es muy ilustrativo. Se trataba de una hipoteca en garantía de una cuenta corriente de crédito a constructor con la particularidad de que se pactó que al venderse cada finca y subrogarse el comprador quedaría determinado el saldo en función de las cantidades dispuestas, surgiendo la obligación de reintegro a cargo del nuevo deudor mediante amortizaciones mensuales. La Dirección entiende que no es precisa la modificación en ese momento de la hipoteca, pues la conversión de la obligación de crédito a obligación de tráfico (mutuo) no impide, aunque pueda dificultar, el desenvolvimiento de la garantía. Sin perjuicio de que algunos de los aspectos de la Resolución son harto discutibles, lo cierto es que ello no empece lo que nos interesa destacar: que incluso una modificación radical del contenido de la obligación no exige modificación de la hipoteca si con ello no se impide, aunque se dificulte, el normal desenvolvimiento de la hipoteca inscrita.

Un caso distinto es el de la siguiente Resolución, pues hay modificación de hipoteca sin correlativa modificación de obligación. Esta segunda Resolución consideró no inscribible una novación en la que se modificaba la cobertura hipotecaria incluyendo la partida de intereses de demora que hasta entonces no estaba cubierta. La causa de la denegación residió en que no se reguló la obligación de intereses de demora, es decir, ni los supuestos de devengo, ni los plazos, ni su liquidación y exigibilidad. La ruptura del principio de accesoriedad (pues la modificación se hacía en vacío) impedía la inscripción.

También lo podemos decir de otra forma: si la modificación de la obligación implica una sustitución de la existente por otra, se produce una ruptura del principio de accesoriedad por cuanto la misma cobertura hipotecaria no puede extenderse a una nueva obligación. Si la modificación de la obligación no supone la extensión de la hipoteca a una nueva, no hay ruptura del principio de accesoriedad y por consiguiente no hay problema para la subsistencia de la hipoteca. Si a pesar de no existir ruptura del principio de accesoriedad resulta incompatible la cobertura hipotecaria, con el nuevo contenido de la obligación la inscripción no es posible porque hay una violación del principio de especialidad.

Fijémonos en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fechas 22 y 26 de septiembre de 2001, que antes hemos traído a colación: a pesar de que la obligación garantizada es novada sustituyendo el tipo de interés fijo por uno variable, no hay problema de accesoriedad, pues tal cambio no impide mantener la unidad de la obligación.

III. NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA E INTERESES DE DEMORA

He de confesar que el trato doctrinal a la cobertura hipotecaria de los intereses de demora siempre me ha causado cierta perplejidad y, aunque no sea este el tema que me he propuesto desarrollar, lo cierto es que está íntimamente conectado con lo hasta ahora tratado.

Aunque siempre se ha considerado que los intereses moratorios no deben confundirse con los ordinarios y son merecedores de una cobertura especial y propia (Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, 29 de octubre de 1984 y 20 de mayo de 1987), lo cierto es que no ha habido ningún remilgo en aplicar a los moratorios límites y exigencias que la Ley establece exclusivamente para los ordinarios, haciendo con ello una curiosa, cuando menos, aplicación del principio en virtud del cual las limitaciones establecidas en la Ley no son de interpretación extensiva (*vide* art. 4 del Código Civil).

Así la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado reflejada inicialmente en las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y que fueron seguidas por muchas otras en las que, tras aclarar la distinta naturaleza, alcance y efectividad de los intereses de demora respecto de los ordinarios se afirma, sin una sola explicación, que ambos deben computarse conjuntamente al efecto del límite de cinco años previsto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (9).

(9) Lo que llevaba, cuando las partes aplicaban el artículo 220 del Reglamento Hipotecario a una situación absurda que es precisamente la que da lugar a la siguiente Re-

Esta doctrina ha sido parcialmente superada por una más moderna de la propia Dirección en la Resolución de 18 de diciembre de 1999 y otras muchas posteriores en las que se afirma que el límite de los cinco años afecta a ambas coberturas sin que hayan de ser computadas conjuntamente; es decir, que se pueden reclamar intereses ordinarios de cinco años y también moratorios de cinco años, pero devengados ambos en el mismo período: los últimos cinco años en el momento del ejercicio de la acción.

Si los intereses moratorios tienen otra causa de pedir, otra justificación, otra naturaleza jurídica, otros efectos, y otra cobertura hipotecaria, ¿a qué viene aplicar una limitación establecida legalmente para un supuesto completamente diferente? (10).

En cualquier caso y partiendo de la doctrina de la Dirección General, no es infrecuente que al novar la obligación garantizada con hipoteca, especialmente si ha habido subrogación de acreedor, se nove también la obligación accesoria de intereses de demora, a fin de adecuar el contenido global de la obligación a las prácticas y normas internas de concesión de la nueva entidad. Es frecuente que en tales casos se limite la entidad subrogada, junto con el deudor, a introducir su propia cláusula de intereses de demora.

La cuestión se reproduce en términos muy similares a los vistos para los intereses ordinarios con una particularidad y es que, por razones que desconozco, las entidades crediticias utilizan la técnica de definir el plazo de cobertura hipotecaria de los intereses de demora por referencia a una cantidad (la cual, lógicamente, ha de servir, junto al tipo de interés de demora, para hallar el número de años a que dicha cantidad se corresponde por aplicación de los arts. 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento, aplicables de conformidad con la doctrina expuesta) (11).

Si las limitaciones hipotecarias aplicables a los intereses de demora son las mismas que las aplicables a los ordinarios, las conclusiones han de ser las mismas: la modificación de la obligación accesoria de devengo y pago de intereses de demora implicará la necesaria modificación de su cobertura hipotecaria si de la conjunción del contenido del Registro y de lo pactado entre

solución de 18 de diciembre de 1999. Basta leer su supuesto de hecho para comprender la imposibilidad de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

(10) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido desde hace muchos años que el plazo de prescripción de los intereses de demora no es el mismo que el de los ordinarios; sentencias de 24 de mayo de 1918, 20 de febrero de 1925 y 3 de junio de 1932, y más modernamente de 3 de febrero y 17 de marzo de 1994.

(11) Si no existiera dicha doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado las cosas serían distintas. Si la expresión de una cantidad máxima de intereses de demora cubiertos por la hipoteca no es una expresión de tiempo (art. 220 del Reglamento Hipotecario) sino una mera limitación cuantitativa, la modificación del tipo de interés de demora o su conversión a fijo o variable sería una cuestión que, *per se*, no afectaría nunca a la cobertura hipotecaria que seguiría invariada y determinada.

las partes deviene la imposibilidad de conocer el alcance temporal de la extensión de la hipoteca.

Dicha afirmación viene refrendada por la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, sin más, ha extendido sus conclusiones en sede de cobertura de intereses ordinarios a los supuestos de novación del contenido de la obligación accesoria de intereses moratorios. Así en las Resoluciones de fechas 22 y 26 de septiembre de 2001, y 2, 4, 14 de septiembre de 2002.

Consecuentemente cuando la extensión de la cobertura hipotecaria de intereses de demora esté definida, en cuanto al tiempo, por referencia a una cantidad y el tipo que ha servido para el cálculo de la misma varíe, será necesaria la consiguiente modificación de la cobertura hipotecaria, si se produce una indeterminación del tiempo cubierto. En todos los casos sirva lo dicho anteriormente para los intereses ordinarios.

FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO
Registrador de la Propiedad. Notario

DERECHO COMPARADO

La hipoteca y sus requisitos de validez (a propósito del art. 1.099 del Código Civil peruano)

SUMARIO: I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.—III. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA HIPOTECA EN EL ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO CIVIL: A) QUE AFECTE EL BIEN EL PROPIETARIO O QUIEN ESTÉ AUTORIZADO PARA ESE EFECTO CONFORME A LA LEY. B) QUE ASEGURE EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DETERMINADA O DETERMINABLE. C) QUE EL GRAVAMEN SEA DE CANTIDAD DETERMINADA O DETERMINABLE. D) QUE EL GRAVAMEN SE INSCRIBA EN EL REGISTRO.

«Artículo 1.099 del Código Civil de 1984:

Son requisitos para la validez de la hipoteca:

1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a la ley.
2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble».

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En esta última década se han intensificado notablemente los estudios y debates en torno a la hipoteca, dada su importancia como instrumento de acceso al crédito y la urgente necesidad de su modificación.

En ese sentido, podemos referir la publicación del documento de trabajo denominado *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales* —elaborado por un grupo de especialistas por encargo del Ministerio de Economía y Finanzas—, mediante la cual se busca «redi-

señar un sistema de garantías reales eficiente que reduzca los costos de transacción y que permita una rápida y efectiva recuperación de los créditos» (1) (2); asimismo, existe una Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil (3), cuya Subcomisión de Derechos Reales ha planteado recientemente incorporar una nueva clasificación de bienes que modificará el actual régimen legal de transferencia de derechos de propiedad y constitución de gravámenes (4); siendo que los bienes se clasificarán en corporales e incorporeales, a su vez los bienes corporales en muebles o inmuebles, entre otros; además, los bienes serán registrados y no registrados, siendo registrados todos aquellos que estén incorporados a algún registro jurídico (5) (6); tratándose de los bienes registrados, se precisa que «será el Registro el que definirá toda cuestión que pueda suscitarse, de modo que en la eventualidad de que alguien celebre sucesivamente diversos actos de disposición sobre un mismo bien registrado, tendrá trascendencia sólo el acto que hubiera quedado inscrito, dado el carácter constitutivo de la inscripción. Antes del Registro no habrá nada» (7).

Continuando con un proyecto iniciado anteriormente y motivado por los debates producidos en los diferentes eventos académicos realizados, a través de este breve trabajo compartiremos algunas inquietudes y observaciones en torno a los requisitos de validez de la hipoteca, regulados en el artículo 1.099 del Código Civil de 1984.

(1) Documento publicado en el diario oficial «El Peruano» del 16-7-2001.

(2) Véase además, «Mucho ruido, pocas nueces: sobre cómo nuestro sistema legal desincentiva el crédito», del Grupo de Investigación de la Revista *Ius et Veritas* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 25, año XIII, pág. 418.

(3) Esta Comisión fue creada mediante Ley 26394 del 18-11-94 y modificada por Ley 26673 del 21-10-96, principalmente.

(4) Las propuestas modificatorias del Libro de Derechos Reales del Código Civil Peruano alcanzadas por la referida Comisión —además de otros—, pueden revisarse en la página web del Ministerio de Justicia: www.minjus.gob.pe

(5) AVENDAÑO VALDEZ, JORGE, «Algunas reformas del Libro de Reales del Código Civil», en *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)*, Lima, Palestra Editores, S.R.Ltda, tomo I, año 2001, pág. 609.

(6) AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO, «Reforma del Libro de los Derechos Reales en el Código Civil Peruano», en *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)*, Lima, Palestra Editores, S.R.Ltda, tomo I, año 2001, pág. 6019.

(7) CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil de 1984)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, año LXXVII, septiembre-octubre de 2001, núm. 667, pág. 1930.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS (8)

Respecto de los requisitos de validez de la hipoteca, podemos citar como antecedente legislativo el artículo 2.043 del Código Civil de 1852, el mismo que disponía *«se requiere para la validez de las hipotecas (...): 1. Que el gravamen sea de cantidad determinada. 2. Que la finca gravada se designe expresamente y de modo que no pueda confundirse con otra. 3. Que se registre en el oficio de hipotecas. 4. Que este registro se verifique en el término señalado en este título»*.

A su vez, el Código Civil de 1936, en su artículo 1.013 —antecedente inmediato del artículo materia de comentario—, establecía que *«son requisitos de la hipoteca: 1. Que afecte el bien el propietario que tenga su libre disposición o en otro caso quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley. 2. Que el gravamen sea de cantidad determinada y que se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble»*. El inciso 2 fue modificado posteriormente por la Ley 23327 del 24-11-1981, siendo su texto definitivo el siguiente: *«2. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable en los casos de reajuste de capital legalmente admitidos y que se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble»*.

LUCRECIA MAISCH VON HUMBOLDT en un sentido bastante crítico señaló que, el artículo 1.099 del Código Civil de 1984 reiteraba un error anterior, *«al normar conjuntamente las condiciones esenciales (...) con los requisitos meramente formales que deben figurar en el documento constitutivo»* (9).

Desde una perspectiva general, existen dos cambios que se consideran sustanciales en la nueva regulación planteada por el Código Civil de 1984; por un lado, el artículo 1.099 se refiere a los *«requisitos para la validez de la hipoteca»*, no sólo a los *«requisitos de la hipoteca»*, modificación que fue incorporada por la Comisión Revisora a propuesta de MAX ARIAS-SCHREIBER, conforme se refiere en la «Exposición de Motivos Oficial del Código Civil de 1984»; de otro lado, en concordancia con el «principio de especialidad», se ha incorporado un inciso referente a la obligación garantizada con la hipoteca

(8) AYARZA GÓMEZ, OSWALD, «La hipoteca en el Perú, ¿es constitutiva su inscripción?», en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, abril-diciembre de 2002, año MMII, núm. 1, pág. 139. Además del propio texto de las fuentes normativas citadas, resulta recomendable revisar este trabajo en razón del análisis histórico de la institución hipotecaria.

(9) MAISCH VON HUMBOLDT, LUCRECIA, «Libro de Derechos Reales», en *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo V (Compiladora: DELIA REVOREDO), 1985. Asimismo, véase de la autora: «Algunos aspectos que deberían ser esclarecidos en el Libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984», en *Libro homenaje a José León Barandiarán*, Lima-Cultural Cuzco, S. A., 1985, pág. 341.

(inciso 2: «*que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable*») (10).

III. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA HIPOTECA EN EL ARTÍCULO 1.099 DEL CÓDIGO CIVIL

La hipoteca puede definirse como aquel «*derecho real constituido sobre el inmueble de un deudor o de un tercero, en seguridad del cumplimiento de una obligación asumida por el primero, que sin desposeer al constituyente permite, en caso de incumplimiento de la obligación garantida, la realización pública del bien, satisfaciéndose con su precio en forma preferencial a quien la tenga registradas*» (11).

Conforme al artículo 1.097 del Código Civil y dentro de la línea anterior, «*por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado*».

Asimismo, el artículo 1.098 del mismo cuerpo legal, en cuanto a los aspectos formales, establece que la misma se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

A continuación pasaremos a revisar brevemente el contenido y los alcances de los requisitos de validez establecidos en el artículo 1.099 del Código Civil de 1984.

A) QUE AFECTE EL BIEN EL PROPIETARIO O QUIEN ESTÉ AUTORIZADO PARA ESE EFECTO CONFORME A LA LEY

La doctrina en general es pacífica respecto a la necesidad de intervención del propietario en la constitución de la hipoteca, sea directamente o a través de su *representante* —*voluntario o legal*—, considerando que este gravamen puede implicar en última instancia, en caso de incumplimiento y luego del proceso de ejecución de garantías correspondiente, la pérdida del propio derecho de propiedad (12).

(10) «Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984», *Libro de «Derechos Reales»*, separata especial publicada en el diario oficial «El Peruano» el 19-7-1989.

(11) ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, «Exégesis del Código Civil de 1984». Tomo VI. *Derechos Reales de Garantía*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, S.R.L., 1998, pág. 169.

(12) Véase: ORTEGA PIANA, MARCO, «Aspecto personal de las garantías hipotecaria y prendaria reguladas por el Código Civil y posibilidad de constitución *a non domino*», en

Debe precisarse que no basta la sola intervención del propietario, sino que además éste debe tener plena capacidad para gravar el bien. En el caso de las personas naturales, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 42 y siguientes del Código Civil (13); tratándose de las personas jurídicas, privadas o públicas, se estará a lo dispuesto en materia de *personería jurídica por su estatuto o por la ley de su creación* (14).

El inciso 1 del artículo 1.099 del Código Civil se refiere genéricamente al «*propietario*» («*que afecte el bien el propietario...*»), por lo que algunos basados en que en el ordenamiento jurídico peruano rige el «*sistema consensual*» en materia de transferencia de derechos de propiedad inmueble, han concluido que resulta suficiente que grave el bien el «*propietario*» con o sin derecho inscrito (15).

Teniendo en cuenta el carácter *constitutivo* de la inscripción de la hipoteca en nuestro ordenamiento jurídico, creemos que tal conclusión es parcial.

De acuerdo al artículo 2.015 del Código Civil, «*ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane*»; por lo que, si bien el propietario «*no inscrito*» puede igualmente gravar el bien, sin embargo, al no existir tracto sucesivo —al no figurar como «*titular registral*»—, tal acto no podrá acceder al Registro (condición de validez) y consecuentemente, no podrá ser oponible *erga omnes* (condición de eficacia); por lo que inexorablemente el propietario no inscrito, previa o simultáneamente, deberá regularizar su situación registral.

En un supuesto distinto, una vez transferido la propiedad inmobiliaria, ¿qué sucederá si el «*ex propietario*», que aún figura en el registro como «*titular registral*», grava el bien?, ¿el *verus dominus* debe soportar un gravamen que no constituyó?, ¿el adquirente del derecho que contrata amparado en la fe del Registro —el «*acreedor hipotecario*»—, debería ser protegido igualmente?

Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, enero-diciembre de 2002, núm. 33, pág. 39.

(13) ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*, Lima - Editora y Distribuidora Jurídica Grijley EIRL, junio de 1998, pág. 173.

(14) En materia de personas jurídicas no societarias, véase: DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *La persona jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1991; FERNÁNDEZ SESA-REGO, CARLOS, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Lima, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley EIRL, enero de 2000, y ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, *Derecho de las personas*, Lima, Editorial Huallaga, octubre de 2001; y, en materia de personas jurídicas societarias, véase: BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1994, pág. 177, y ELÍAS LAROZA, ENRIQUE, *Derecho Societario Peruano. Ley General de Sociedades del Perú*, Trujillo, Normas Legales, S. A., Tomo III, septiembre de 2000.

(15) Artículo 949 del Código Civil: «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él (...)».

LUIS DíEZ PICAZO considera que «*la estática de los derechos subjetivos impone que ningún titular pueda ser privado de ellos sin su consentimiento y que la dinámica de esos mismos derechos impone que el adquirente de un derecho subjetivo no pueda ver ineficaz su adquisición en virtud de una causa que no conoció o no debió conocer al tiempo de llevarla a cabo*» (16). En ese sentido, corresponde al ordenamiento jurídico establecer la primacía de los derechos en base a criterios objetivos sustentado en los valores y los fines del Derecho.

Respecto a la protección del tráfico jurídico, es decir, a la protección del derecho subjetivo de los adquirentes, tenemos el principio de fe pública registral consagrado en el artículo 2.014 del Código Civil que dispone: «*el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos*». Asimismo, el artículo 2.022 del Código Civil establece que «*para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone (...)*» (17).

B) QUE ASEGURE EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DETERMINADA
O DETERMINABLE

El artículo 1.013 del Código Civil de 1936 no contenía un dispositivo similar, pese al carácter esencialmente *accesorio* de la hipoteca respecto de la obligación garantizada y al «*principio de especialidad*»; en ese sentido, MAX ARIAS SCHREIBER opina que «*en nuestra legislación no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice*» (18).

En doctrina y conforme al «*principio de especialidad*», «*sólo se pueden gravar bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados*

(16) DIEZ-PICAZO, LUIS, «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial» (Vol. III: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*), Madrid-Editorial Civitas, S. A., 1995, pág. 289.

(17) ALIAGA HUARIPATA, LUIS, «Apuntes sobre el principio de fe pública registral en el Perú», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, año XXXVII, septiembre de 2002, núm. 86.

(18) A la luz de la «*accesoriedad*» de la hipoteca, de la lectura del segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 26639 —que regula la caducidad de sus inscripciones—, habría que preguntarse ¿qué significa «*gravámenes que garantizan créditos (...)*»? es que acaso ¿existen gravámenes que no *garantizan* créditos?

(especialidad en cuanto al crédito)» (19). El inciso 2, materia de comentario, se refiere al principio de especialidad en cuanto al crédito garantizado.

Sobre el fundamento del principio de especialidad debe decirse que, éste busca facilitar a los terceros «*conocer la causa y el monto del mismo y la parte por la cual el bien hipotecado está libre de deudas, y hace posible al deudor obtener créditos, garantizables con el mismo bien*» (MESSINEO, FRANCESCO) (20), evitando la constitución de «*gravámenes universales*» (ARIAS-SCHREIBER). En la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se reitera la idea que subyace en la norma vigente, es decir, que al legislador le interesa que el bien hipotecado siga siendo usado y explotado por el hipotecante, quien no pierde la facultad de enajenarlo. Igualmente, el propietario puede afectar en garantía varias veces el inmueble gravado, ya que se admite la coexistencia de pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien.

Inclusive en el caso de las obligaciones futuras o eventuales, reguladas en el artículo 1.104 del Código Civil, debe respetarse el principio de especialidad a efectos de la salvaguarda del propio deudor, de los demás acreedores y de los terceros adquirentes; en ese sentido, la doctrina exige que cuando menos deban indicarse en el contrato los criterios a tomarse en cuenta para la determinación de las obligaciones garantizadas, tales como «*la causa (fuente), entidad (objeto de la prestación) y la extensión (magnitud) de las mismas*» (21).

Será una «*obligación determinada*» cuando la misma está perfectamente establecida en el contrato y será una «*obligación determinable*» cuando no estando determinada en el contrato, puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil).

Resulta pertinente indicar que en contraposición a la hipoteca «ordinaria», en el que la obligación garantizada está plenamente determinada en todas sus circunstancias *ab initio*, la doctrina y legislación comparadas reconocen otras hipotecas en las que alguno de los elementos obligacionales no está determinada desde el inicio, tal como ocurre con la «hipoteca de seguridad o de máximo» (22) o la «hipoteca global» (23).

(19) AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO, «La cobertura de la Hipoteca», en *El Peruano*, del 23-7-2003, pág. 18.

(20) MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pág. 100.

(21) VILLEGAS, CARLOS ALBERTO, *Las garantías del crédito*, Buenos Aires, Culzoni Editores, t. I, 1998, pág. 370.

(22) GARCÍA-ARANGO, CÉSAR, «Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo», en *Hipotecas y Seguridad Jurídica*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991, pág. 209.

(23) CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, año, pág. 25.

En cuanto a la legislación especial en materia de obligaciones determinables, resulta pertinente citar el caso de la «*garantía sábana*» («general» o «permanente») reconocida a favor de las empresas del sistema financiero, regulada en la Ley 26702 (modificada por la Ley 27682 y luego por la Ley 27851), en virtud de la cual se cubren todos los créditos estipulados por las partes sin necesidad de suscribirse nuevos contratos o actualizar la garantía; luego de las reiteradas modificaciones, el nuevo texto del artículo 172 establece que, «*los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato. Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, éstas sólo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía (...).*»

C) QUE EL GRAVAMEN SEA DE CANTIDAD DETERMINADA O DETERMINABLE

La exigencia de especificar el monto del gravamen se sustenta en la necesidad del ordenamiento de «*proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de un derecho real sobre él (...), favoreciendo con ello la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general*» (24).

El gravamen, igualmente, será «*determinado*» cuando se ha establecido expresamente en el contrato, y será «*determinable*», cuando no estando determinada en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil).

Considerando que, de acuerdo al artículo 1.107 del Código Civil, la extensión de la hipoteca en cuanto a la obligación garantizada comprende el capital (crédito), los intereses, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio, el monto del gravamen debe comprenderlas, por lo que su cuantía es ordinariamente superior al crédito u obligación garantizados; pero nada impediría que se pacte un gravamen por una cantidad menor a la de la obligación garantizada.

Existe un proyecto al interior de la Subcomisión de Reforma del Código Civil, que pretende dar solución a algunos vacíos normativos actuales; en ese sentido, se dispone como uno de los requisitos (de validez) para la constitución de los derechos reales de garantía, «*1056.5. Que el monto del gravamen*

(24) AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 18.

se constituya hasta por una cantidad determinada o determinable. Salvo pacto distinto, se presume que el monto del gravamen equivale al monto de la obligación» (25).

El Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, N.º 540-2003-SUNARP/SN del 17-11-2003, en concordancia con el artículo 1.099 del Código Civil, dispone en el inciso *a*) de su artículo 109 que en el asiento de hipoteca se consignará «*el monto del gravamen o, en su caso, el criterio establecido para su determinación*».

¿Qué sucedería si, finalmente, la cantidad o cuantía del gravamen inscrito resulta ser inferior a los rubros considerados anteriormente?

Pese a reconocer que la doctrina y la jurisprudencia se halla dividida en esta materia, consideramos que la solución a esta cuestión debería ser concordante con el «principio de especialidad» que informa al Código Civil, por lo que el inmueble afectado sólo debería responder hasta por el monto o cuantía del gravamen inscrito, de allí la importancia de que el mismo sea determinado o determinable (AVENDAÑO, FRANCISCO).

D) QUE EL GRAVAMEN SE INSCRIBA EN EL REGISTRO (26)

La hipoteca es uno de los pocos derechos reales cuya inscripción es constitutiva; en efecto, se trata de un derecho real que nace al mundo jurídico con su inscripción registral.

Además del Registro de Propiedad Inmueble (1888), existen otros Registros en los que de acuerdo a sus competencias igualmente se inscribían hipotecas como el ex Registro Predial Urbano y la ex Sección Especial de Predios Rurales, los mismos que se unificaron en el mes de junio de 2004 bajo el «Registro de Predios» creado por la Ley 27755.

Constituye fundamento de la *inscripción constitutiva* el hecho que, la *constitución* de hipoteca no exige desposesión ni desmembración de la propiedad; es decir, el propietario hipotecante mantiene su posesión en todo momento; es por este motivo que es preciso recurrir al Registro como mecanismo objetivo de publicidad y oponibilidad del mismo, en protección de los terceros adquirentes; de ese modo, la inscripción constitutiva busca evitar la existencia de «*hipotecas ocultas*», los mismos que afectan al tráfico jurídico

(25) PIZARRO ARANGUREN, LUIS, «Reforma del Derecho de Garantías en el Código Civil Peruano», en *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)*, Lima, Palestra Editores, S.R.Ltda., tomo I, año 2001, pág. 639.

(26) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en *La Publicidad Registral*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, año 2001, pág. 363.

(históricamente y en términos generales, esa fue la causa inicial de creación de los Registros Inmobiliarios).

En cuanto a las formalidades y requisitos para la inscripción de la hipoteca, debe mencionarse que, conforme al «*principio de titulación auténtica*» consagrado en el artículo 2.010 del Código Civil, «*la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria*», lo que concordado con el artículo 1.098 implica que deberá presentarse el parte notarial de la escritura pública correspondiente u otro documento, en caso exista norma especial que autorice su empleo (documento privado con firmas legalizadas, formulario registral, etc.).

¿Qué sucederá en caso que se inscriba una hipoteca que no cumpla con los requisitos de validez establecidos en el artículo 1.099 del Código Civil?

Todo asiento de inscripción se encuentra amparado por el «*principio de legitimación*», consagrado en el artículo 2.013 del Código Civil, que establece: «*el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez*».

Es decir, existe en nuestro ordenamiento una presunción relativa de validez y exactitud en favor del asiento registral, que como tal admite prueba en contrario, pues la inscripción no es convalidante de nulidades (excepción hecha de la «*adquisición a non domino*» del artículo 2.014 del Código Civil).

Mientras el poder judicial no declare la invalidez o se rectifique —de acuerdo a los procedimientos registrales reglamentarios—, la situación registral publicitada en el asiento surtirá plenos efectos legales; siendo que la carga de la prueba será asumida por quien cuestione la validez del asiento (*onus probandi*) (27).

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Profesor del Seminario de Derecho Empresarial
del Departamento de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú

(27) ALIAGA HUARIPATA, LUIS, «Apuntes sobre la legitimación registral», en *Legal Express*. Publicación mensual de «Gaceta Jurídica», Lima, año 1, núm. 4, abril de 2001.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

Por JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Resolución de 20-12-2004

(BOE 19-5-2005)

Registro de la Propiedad de Vilafranca del Penedés

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. POR DÉBITOS FISCALES. SU PRÓRROGA ANTES DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

No cabe cancelar una anotación preventiva de embargo por débitos fiscales, que se prorrogó antes de la entrada en vigor de la reforma del artículo 86 de la Ley Hipotecaria por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, en el presente caso, también se aplica a las anotaciones de origen administrativo la doctrina establecida respecto de las anotaciones judiciales, de que subsistirán hasta pasados seis meses contados desde la resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento (en este caso, el auto aprobatorio del remate, una vez consignado el precio correspondiente por el adjudicatario). En todo caso, lo que no cabe es la cancelación de una anotación prorrogada antes de 8 de enero de 2000 cuando aún no han transcurrido cuatro años desde la vigencia de la norma que expresamente contempla la posibilidad de prórrogas ulteriores.

Resolución de 16-3-2005

(BOE 19-5-2005)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

HERENCIA. DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE VIUDO SEPARADO LEGALMENTE DEL CAUSANTE POR HECHO CULPABLE ATRIBUIBLE AL MISMO.

Aunque la regla general es que la separación conlleva la pérdida de la legítima para el cónyuge superviviente, sin embargo ello no sucede cuando la causa de separación se debe a un hecho culpable atribuible al cónyuge

causante, conservando, en ese caso aquél sus derechos legítimos, por lo que se requiere su intervención en la partición hereditaria del finado.

Resolución de 17-3-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón

COMPRAVENTA. ARRENDAMIENTOS. NOTIFICACIÓN A EFECTOS DE SU EJERCICIO.

Practicadas las notificaciones al arrendatario con arreglo a la ley, y reiteradas dos veces, es inscribible la escritura de compraventa, aunque no haya llegado a conocimiento de aquél la venta efectuada y sus condiciones, pues es la justificación de la realización de las notificaciones conforme a derecho lo que debe calificar al Registrador, no la exigencia de que material e indefectiblemente tenga que llegar a conocimiento del destinatario.

Resolución de 18-3-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 1

HERENCIA. PARTICIÓN. ALBACEA: SUS FACULTADES. LEGADO ALTERNATIVO. GARANTÍA DE SU CUMPLIMIENTO MEDIANTE HIPOTECA. TITULACIÓN.

Siendo el legado alternativo, corresponde al legatario, y no al albacea, el ejercicio de la opción, máxime cuando se garantiza su cumplimiento mediante hipoteca de renta vitalicia, extendiéndose la calificación registral a dicho extremo.

En el presente caso se cumple con la exigencia de titulación auténtica, pues la hipoteca referida está contenida en una escritura de aprobación y ratificación de operaciones contenidas en un cuaderno particional, por lo que a efectos de la aludida elección bastaría constancia dentro de esa escritura o en otra posterior de la aceptación del legatario como acreedor hipotecario.

Resolución de 19-3-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de La Bisbal

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. SEPARACIÓN DE BIENES. CONSTANCIA REGISTRAL DE NOTA DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE CARGAS Y POSTERIOR CONSTATAción DE ESCRITURAS DE FECHA ANTERIOR A LA ANOTACIÓN DE VENTA DE LA MITAD INDIVISA AL CÓNYUGE QUE YA ESTABA EMBARGADO. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA POR ÉSTE Y POSTERIOR VENTA DE USUFRUCTO DE MITAD INDIVISA.

En nada afecta a la inscripción del testimonio del Auto de aprobación del remate la circunstancia de que los asientos posteriores a la anotación de

embargo se originen en escrituras de fecha anterior a la de la propia anotación. Puesto que no consta en el Registro que se haya interpuesto tercería de dominio, el embargo es eficaz (art. 594 de la LEC) y, conforme a los artículos 175.2.^a del Reglamento Hipotecario (redactado según el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre) y 674 de la Ley procesal, lo que procede es la cancelación de esas inscripciones.

En cuanto a las cancelaciones a practicar, la DG huye del tema.

Resolución de 23-3-2005

(BOE 19-5-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL. DESAFECTACIÓN DE LA VIVIENDA DEL PORTERO. ACUERDOS QUE TIENEN CARÁCTER COLECTIVO.

La desafectación de un elemento común, en este caso, la vivienda del portero y su posterior venta, implica alteración del título constitutivo y la realización de un acto dispositivo, no siendo exigible el consentimiento unánime de los que según Registro, son propietarios, pues lo exigido debe ser el acuerdo adoptado unánimemente por el órgano colectivo de la comunidad, conforme al artículo 17, norma primera de la Ley de Propiedad Horizontal.

Resoluciones de 28-3 y 1-4-2005

(BOE 20-5-2005)

Registros de la Propiedad de Aldaia y Madrid, número 19

REPRESENTACIÓN. RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. SU CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA.

Reitera la doctrina contenida en las últimas Resoluciones en orden a la calificación registral de los poderes y el juicio previo del Notario: no es necesaria transcripción de las facultades del poder en la escritura, ni literalmente ni en relación, aunque sí un juicio concreto de suficiencia.

Contiene una interesante doctrina desde el punto de vista administrativista, acerca de la fundamentación administrativa de las obligaciones del Registrador en la nota de calificación y en el informe, su justificación, y su vinculación jerárquica.

Comienza la DGRN señalando que las obligaciones introducidas por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, tuvieron como finalidad establecer unas mínimas garantías de los administrados en sus relaciones con los Registros, de forma paralela a lo que ocurre en otros ámbitos de la Administración cuando dictan un Acto Administrativo, pues los Registros son también Administración a estos efectos, y el Registrador un funcionario público que presta una función pública.

La primera consecuencia de esta reforma fue la de la necesidad de motivar suficientemente las notas de suspensión o denegación de inscripción, pues con la nota negativa se está negando un derecho a los ciudadanos, cual es el de la inscripción.

Esta motivación suficiente tiene que tener dos características básicas:

1. Tempestividad. Es decir, debe realizarse en tiempo oportuno. Por tanto la nota de calificación tiene que tener ya todos los argumentos o motivos de denegación.

Esta característica tiene su fundamentación en el derecho del ciudadano a la legítima defensa, a conocer desde el primer momento todos los motivos de la denegación, pues sólo así podrá ejercitar una adecuada defensa. Si los motivos no se expresan en la nota de calificación, sino que se añaden en el informe, entonces el ciudadano queda indefenso frente a estos nuevos motivos contra los que no tiene ya oportunidad de defenderse.

Por ello, en el informe, el Registrador debe hacer referencia sólo a cuestiones de mero trámite, como fecha del recurso e incidencias.

2. Suficiencia. La nota debe estar suficientemente motivada, con sucinta relación de hechos y fundamentos de derechos, de forma paralela a lo que ocurre en otros ámbitos de la administración (art. 54 de la Ley 30/1992, que considera aplicable). Tiene su fundamento también en el derecho a la legítima defensa del ciudadano, pues sólo sabiendo los motivos jurídicos que fundamentan la decisión negativa del Registrador puede ejercitar su derecho adecuadamente.

Desde el punto de vista positivo esa suficiencia de la motivación exige la expresión de la *ratio decidendi* o motivos fundamentales de la decisión, aunque no hace falta un razonamiento exhaustivo y pormenorizado.

Desde un punto de vista negativo, no es suficiente motivación la utilización de fórmulas convencionales, la invocación del interés público o general, o la cita de preceptos legales sin una adecuada interpretación o razonamiento. La falta de motivación tiene como consecuencia lógica la devolución del expediente al Registrador, aunque, siempre que el expediente lo permita, y para evitar dilaciones innecesarias puede la DGRN entrar a resolver, según doctrina del TS.

Otra de las consecuencias de dichas reformas es el reforzamiento del principio de jerarquía administrativa y su aplicación a los Registradores, ya que se encuadran dentro de una organización administrativa, cuyo superior jerárquico es la Dirección General de los Registros. Ello se traduce:

1. En el deber de obediencia o vinculación respecto de las Resoluciones de la DGRN que estimen los recursos de los particulares. Efectivamente, la calificación del Registrador bajo su responsabilidad no significa que al calificar pueda desconocer las opiniones de su superior jerárquico, por el citado principio de jerarquía administrativa (sólo los jueces son independientes, al formar parte del Poder Judicial) y porque una mínima coherencia exige que el Registrador acate el criterio de la DGRN, y que todos los Registradores sigan el mismo criterio, pues no es comprensible para el ciudadano la disparidad de criterios ante el mismo hecho, todo lo cual crea inseguridad jurídica e ineficacia administrativa.

2. En la imposibilidad de criticar, desconocer o comentar las Resoluciones de la DGRN en sus notas e informes.

3. En la existencia de Consultas Vinculantes para Registradores y también para Notarios.

En el caso concreto del recurso, la DGRN, quizá como aviso para navegantes, anuncia la apertura de un expediente disciplinario al Registrador, por mantener un criterio contrario a la DGRN, y por tergiversar un razonamiento

de una Resolución de la DGRN que ha sido suficientemente aclarado e interpretado por la propia Dirección posteriormente, aparte de otras deficiencias formales.

Resolución de 28-3-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de Álora

HIPOTECA. CAMBIARIA. GARANTÍA POR INTERÉS DE DEMORA SUPERIOR AL PREVISTO EN LA LEY CAMBIARIA.

Cuando se pacta un interés de demora superior al previsto en la Ley Cambiaria se constituye una obligación que, aunque es accesorio de la cambiaria, no tiene carácter cambiario, pues no deriva de la propia letra, sino del negocio que motiva su emisión, y, por ello, si bien es lícito el pacto que lo establece —siempre y cuando se respeten los límites que para la cobertura hipotecaria de intereses establece el art. 114 de la Ley Hipotecaria—, por virtud de la aplicación de los artículos 1.089, 1.091, 1.108 y 1.255 del Código Civil, se halla sometido a un régimen jurídico distinto, no queda incorporado a la letra, y, en consecuencia, si se quiere garantizar con hipoteca, debe ser objeto de una hipoteca separada de la cambiaria.

Resolución de 28-3-2005

(BOE 19-5-2005)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

INMATRICULACIÓN: TÍTULO PREVIO DE ADICIÓN DE HERENCIA OTORGADO UN MES ANTES.

El artículo 298.1.1 del Reglamento Hipotecario admite la inmatriculación mediante título público de adquisición, «siempre que el transmitente o causante acredite la previa adquisición de la finca que se pretende inscribir mediante documento fehaciente».

Considera que, de los documentos presentados, no se puede presumir un fraude de ley y, en concreto, del hecho de que el título previo haya sido otorgado un mes antes que el título inmatriculador, lo que no es suficiente para destruir la presunción de veracidad del artículo 17 de la Ley del Notariado.

Recuerda que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por sucesión testada e intestada, como señala el artículo 609 del Código Civil, por lo que la sucesión testada e intestada es un modo de adquirir la propiedad.

Resolución de 30-3-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

SEGREGACIÓN DE TERRENO QUE ES ELEMENTO COMÚN DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Una vez inscrito en el Registro de la Propiedad el régimen de propiedad horizontal, todo el terreno —y no sólo la parte ocupada por la edificación— registralmente tiene la consideración de elemento común del inmueble, sobre el que recae el derecho de copropiedad inherente a la propiedad separada que cada uno de los propietarios tiene sobre sus diferentes pisos o locales (art. 396 del Código Civil); de modo que en lo sucesivo no podrá segregarse ninguna porción de dicho terreno sin que previamente medie acuerdo unánime actual de todos los copropietarios de los pisos o locales en que esté dividido el edificio, debidamente adoptada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El defecto debe considerarse insubsanable, porque la ineficacia registral de la segregación, tal como está configurada es definitiva, ya que para que pueda tener acceso el título denegado se requiere un nuevo acuerdo por unanimidad de la Junta de Propietarios que lo convalide y permita realizar esa inscripción y su correspondiente formalización notarial, con la prioridad derivada de la nueva presentación; o bien acudir a un procedimiento judicial contra los actuales titulares registrales (véase arts. 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 31-3-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de Pedreguer

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRA NUEVA: DECLARACIÓN DE UNA PLANTA MÁS DE UN EDIFICIO. NECESIDAD DE LICENCIA. CERTIFICADO DE TÉCNICO DISCREPANTE CON OTRO ANTERIOR DEL MISMO. TRASTEROS CUYO USO EXCLUSIVO SE VINCULA COMO ANEJO A VIVIENDAS.

Declarar (aunque sea como «rectificación») una planta más en un edificio, exige cumplir los requisitos de la obra nueva.

No exime de la acreditación de licencia para la nueva planta declarada el hecho de que el certificado del técnico asegure la adecuación de la declaración a la licencia, ya que la presunción de validez del citado certificado queda en entredicho por la existencia de otro certificado del mismo técnico que decía lo mismo antes de la declaración de la nueva planta o rectificación de la descripción de la inicial obra nueva.

Dentro de la libertad que tienen los propietarios de configurar estatutariamente el régimen de la propiedad horizontal, nada impide que se pueda conceder un derecho de uso exclusivo sobre los trasteros descritos, configurando los mismos como anejos de las viviendas, aunque no haya transmisión por cuotas, siempre que queden suficientemente identificados, conforme a las exigencias previstas al respecto en la ley [el art. 53 b)] de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario, aprobadas por Real Decreto 1093/1997, relativo a la transmisión de cuotas indivisas con adscripción de uso, además de estar referido a las plazas de garaje, no agota la totalidad de posibilidades dentro de la libertad de configuración de la propiedad horizontal vía estatutos.

Además dicha vinculación se considera que es un acto de la junta como órgano colectivo de la comunidad de propietarios, que no requiere la prestación individualizada de los titulares registrales; no tiene aplicación el princi-

pio de tracto sucesivo, al no tratarse de un acto individual de todos y cada uno de los propietarios.

El Registrador debe partir de la presunción de validez del acta, incluso en el caso en el que el nombramiento del secretario se ha hecho en la misma reunión de la que certifica.

Resolución de 31-3-2005

(BOE 19-5-2005)

Registro de la Propiedad de Sagunto, número 1

PARTICIÓN. CONTADOR-PARTIDOR. EXTRALIMITACIÓN DE SUS FACULTADES. DESHEREDACIÓN. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO. RECURSO GUBERNATIVO. CONTENIDO DEL INFORME.

Al resolver el recurso, a juicio del Centro Directivo, no pueden tenerse en cuenta las alegaciones contenidas en el informe, pues en el momento de extender la nota de calificación es cuando el Registrador debe fundamentar los motivos por los que no practica la inscripción.

No puede atribuirse al contador-partidor funciones decisorias que son exclusivas del testador como son la desheredación o la revocación de disposiciones testamentarias, o la declaración de ineficacia de alguna de las disposiciones testamentarias, que sólo incumbe a la autoridad judicial; por lo que no es inscribible la escritura de partición en que el contador-partidor adjudica ciertos bienes, en pago de sus legítimas, a los hijos desheredados por el causante, ya que se requiere que los hijos o descendientes de los desheredados, si los hay, dispongan de su derecho de herederos forzosos, conforme al artículo 857 del Código Civil.

Resolución de 31-3-2005

(BOE 19-5-2005)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

CALIFICACIÓN. DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS. INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA AUTONÓMICA SOBRE PLANEAMIENTO.

Otorgada una escritura por la que un Ayuntamiento, como consecuencia de una pública subasta, vende al adjudicatario de la misma determinadas parcelas procedentes de una cesión obligatoria en un Plan de Actuación Urbanística, y rechazada inscripción por no expresarse que la venta es para la construcción de VPO a otros usos de interés social, con arreglo a la normativa de Castilla-La Mancha, el Centro Directivo, a la luz de la normativa autonómica vigente en aquel momento, llega a la conclusión en base a una interpretación congruente de dicha normativa, que el documento es inscribible.

Cae dentro del ámbito de la calificación registral de los documentos administrativos la interpretación que un Ayuntamiento pueda hacer de la legislación aplicable.

Resolución de 2-4-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1

CALIFICACIÓN. UNITARIA Y GLOBAL (QUE NO HA SIDO «ÍNTEGRA» DESDE UN PRIMER MOMENTO). SEGREGACIÓN: DUDA. IDENTIDAD CON OTRA PARCELA YA INSCRITA.

El que no se haya cumplido con la exigencia de «integridad» desde un primer momento, ello no afecta a la validez de la calificación.

A las segregaciones les es aplicable también el régimen de los artículos 300 y 306 RH (lo que debe advertirse en el pie del recurso).

Resolución de 4-4-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de Valverde del Camino

COMUNIDAD ENTRE NUDO PROPIETARIOS, UNO DE LOS CUALES, A SU VEZ, OSTENTA EL USUFRUCTO DE LA TOTALIDAD. DISOLUCIÓN DE UNA FINCA.

Existiendo una comunidad de bienes sobre la nuda propiedad de una finca, aunque uno de los condóminos sea titular no sólo de la nuda propiedad sino del pleno dominio de su participación, cabe la extinción pactada (de acuerdo con las normas generales).

Resolución de 5 y 6-4-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro de la Propiedad de Olmedo y Valladolid, número 1

OBRA NUEVA. CONSTANCIA DE SU FINALIZACIÓN. SEGURO DECENAL EN CASO DE VIVIENDA UNIFAMILIAR: DECLARACIÓN DE QUE SE DESTINARÁ A USO PROPIO.

El autopromotor «individual» puede ser persona jurídica.

«Uso propio de la vivienda puede serlo como primera, segunda, temporal, etc.».

Ahora bien, el destino a uso propio precisa de manifestación expresa sin que pueda deducirla el Registrador y debe hacerse constar en el cuerpo de la inscripción.

Resoluciones de 7, 8 y 18-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Utrera, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER. EFECTOS RESPECTO DE ACTOS ANTERIORES. PARCELACIÓN URBANÍSTICA. VENTA DE CUOTA INDIVISA: NECESIDAD DE LICENCIA O DE DECLARACIÓN DE INNECESARIEDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.

Este tipo de anotación limita sus efectos claramente a los actos realizados con posterioridad a la misma, pero no puede impedir el acceso de actos anteriores a la práctica de dicha anotación.

A pesar de que los particulares declaren en el título de transmisión de una cuota indivisa que la misma no implica la adquisición del uso individualizado de una parte de la finca (supuesto del art. 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía), el Registrador puede llegar a una conclusión contraria, teniendo para ello en cuenta otros documentos (que no sean simplemente aquéllos que van destinados a advertir, ilustrar o condicionar la calificación). En este caso concreto la existencia de una certificación municipal que ha provocado un asiento de anotación como consecuencia de la apertura de un expediente de disciplina urbanística lleva a que de la interpretación conjunta de los párrafos 4 y 5 del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 se llegue a la conclusión de que el Registrador ha de tener en cuenta aquella certificación, de tal manera que procede que exija la licencia o declaración de innecesariedad de la misma, puesto que no es necesario notificar al Ayuntamiento para esperar su respuesta (párrafo 1 del citado art. 79), ya que la finalidad perseguida con aquella comunicación ya se ha producido.

Nota: Se trata de tres Resoluciones muy importantes en el ámbito de Andalucía. La idea principal es que en el caso de venta de cuota indivisa también es posible que podamos apreciar la existencia de una parcelación escondida aún cuando nada se diga en el título sobre atribución de derecho exclusivo de uso de una parte de la finca o incluso cuando se diga lo contrario, como en este caso.

Resolución de 13-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO. SENTENCIA ESTIMATORIA POR ALLANAMIENTO. ESCRITURA PÚBLICA EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA. HERENCIA. ADJUDICACIÓN DE UN BIEN INSCRITO COMO PRIVATIVO CUYO EXCESO DE ADJUDICACIÓN SE PAGÓ CON FONDOS GANANCIALES.

Al haber sido demandados los herederos en forma particular y no haberse acreditado en el procedimiento que sean los únicos posibles, a fin de evitar cualquier tipo de indefensión, es necesario aportar al Registro los títulos sucesorios pertinentes (testamento o declaración de herederos) para la comprobación de dicho extremo.

Resolución de 14-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 2

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: INEXISTENCIA DE ERROR. ADJUDICACIÓN HEREDITARIA CON OBLIGACIÓN DE COMPENSACIÓN EN METÁLICO POR EL EXCESO.

No hay error si en un supuesto en el que se ha adquirido por título de herencia con obligación de pagar en metálico el exceso de adjudicación, dicho bien se inscribió como privativo. Si para el expresado pago en metálico se utilizaron fondos comunes, lo que existirá será una obligación de reintegro actualizado al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, pero no un cambio en la naturaleza del bien adquirido.

Resolución de 19-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Torrox

TRACTO SUCESIVO. SENTENCIA FIRME QUE CONDENA A LA ENTREGA DE UN LOCAL: TITULARES REGISTRALES QUE NO HAN SIDO DEMANDADOS SINO SOLAMENTE EMPLAZADOS EN EL TRÁMITE DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. BUENA FE.

Apareciendo la finca inscrita a favor de tercero que no ha sido parte en el procedimiento, no puede inscribirse el título correspondiente, tanto por el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos, como los principios registrales de legitimación, salvaguarda judicial de los asientos y tracto sucesivo y procesal de relatividad de la cosa juzgada. El hecho de que el titular registral haya sido emplazado en ejecución de sentencia no significa que haya sido parte en la litis y pudiera defender adecuadamente su derecho.

La posible falta de buena fe le corresponde apreciarla a los Tribunales.

Resolución de 20-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. SOBRE DERECHOS HEREDITARIOS Y DERECHOS, CONSECUENCIA DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES QUE PUEDAN CORRESPONDER A LOS DEMANDADOS.

Solamente es posible si se pretende embargar la cuota global que corresponda en tales patrimonios en liquidación, pero no es posible si lo que se pretende son los derechos que puedan corresponderles sobre bienes concretos.

Nota: Se viene observando que se pone la misma fecha a no pocas Resoluciones, lo cual no tiene sentido y genera confusión. Si se les da la misma fecha, lo correcto sería identificarlas además con un ordinal (1.^a, 2.^a, etc.).

Resolución de 20-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Purchena

CALIFICACIÓN. DE DOCUMENTOS JUDICIALES EN ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. ACTA NOTARIAL DE PROTOCOLIZACIÓN DE ACTA

JUDICIAL DE DESLINDE. DESCRIPCIÓN DE LA FINCA POR REMISIÓN A UN PLANO. EXCESO DE CABIDA.

La calificación registral puede ser más intensa que cuando se trata de resoluciones judiciales que puedan ser consecuencia del ejercicio de verdadera potestad jurisdiccional, especialmente en lo que se refiere a los obstáculos que surjan del Registro.

Aunque la descripción de las fincas puede hacerse por referencia a un plano, es preciso que entre la escritura y el plano exista la debida claridad, que no se da en este caso.

El acta de deslinde no puede ser un medio privilegiado que sirva para eludir los requisitos establecidos para los excesos de cabida.

Resolución de 20-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 6

HIPOTECA. EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE DE CRÉDITO CONSTITUIDA POR ADMINISTRADOR ÚNICO DE DOS SOCIEDADES: ACREDITADA E HIPOTECANTE NO DEUDORA. INFORME DEL REGISTRADOR.

El informe del Registrador no es el momento para añadir nuevos defectos ni nuevos argumentos o ampliar los expuestos en la nota de calificación.

Por hipotecar una deuda ajena no hay extralimitación de las facultades de actuación de los administradores, ya que estamos ante lo que la doctrina ha dado en llamar actos neutros.

Ahora bien, lo que sí habría es conflicto de intereses, pero la DG alude solamente a dicha circunstancia sin poder declarar el defecto por no haber sido puesto previamente en la nota de calificación.

Resolución de 21-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 3

RECURSO INTERPUESTO FUERA DE PLAZO.

Se declara su inadmisibilidad.

Resolución de 21-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 5

FIRMEZA. DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ORDENA LA CANCELACIÓN DE UN ASIENTO. INEXISTENCIA DE UNA LLAMADA «FIRMEZA A EFECTOS REGISTRALES». EXIGENCIA DE LA MISMA EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

No existe un concepto de firmeza «a efectos registrales» distinto del concepto procesal *strictu sensu*. Por lo tanto, si de la misma providencia resulta

que no es firme, no es posible practicar la cancelación ordenada. La calificación de este aspecto por el Registrador se justifica en evitar cualquier tipo de indefensión, pues resulta claro que el titular de anotación podría recurrir la providencia.

Resolución de 21-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 16

INFORME DEL REGISTRADOR. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA.

El informe del Registrador no es el momento para añadir nuevos defectos ni nuevos argumentos o ampliar los expuestos en la nota de calificación.

Las sentencias dictadas en rebeldía mientras no transcurran los plazos establecidos en el artículo 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solamente pueden ser objeto de anotación preventiva.

Resolución de 22-4-2005

(BOE 8-6-2005)

Registro de la Propiedad de Ramales

EXPROPIACIÓN FORZOSA. ANOTACIÓN PREVENTIVA POR TRÁMITE DE URGENCIA: CANTIDAD QUE DEBE ACREDITARSE COMO ENTREGADA.

No cabe exigir la consignación en forma del íntegro importe cuando lo que se pretende es anotar preventivamente; tal depósito se sustituye por la entrega directa al expropiado, sin que sea necesario consignación formal a disposición de terceros, y por la cantidad respecto de la que existe acuerdo entre la administración y el expropiado.

Resolución de 22-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro de la Propiedad de Toro

LICENCIA: DIVISIÓN DE FINCAS RÚSTICAS POR ENCIMA DE LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO. LEGISLACIÓN DE URBANISMO DE CASTILLA Y LEÓN.

Según la legislación urbanística de Castilla y León, toda división o segregación de terrenos necesita de licencia o declaración de innecesariedad, correspondiendo (según dicha normativa) la competencia a los Ayuntamientos.

Resolución de 23-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de Segovia, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO PARA INTERPONERLO. INFORME. COPIA SIMPLE: SU ADMISIBILIDAD.

ALBACEAS (CONTADORES-PARTIDORES): NECESIDAD DE intervención del CÓNYUGE VIUDO. FACULTADES.

Acreditada la extemporaneidad, el recurso debe rechazarse (por la DG).

Cuando no puede fijarse con seguridad la fecha de recepción de la notificación, ha de admitirse.

No puede ser tomada en consideración una copia simple de escritura que no había sido presentada a calificación.

No es el momento idóneo para exponer nuevos argumentos o ampliar los ya expuestos.

Para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, lo que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, algo para lo que es imprescindible el consentimiento de la viuda, pues sólo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes.

Cuando la actuación de los albaceas contadores se separa de unas líneas claramente prefijadas por el testador, se exigiría, para la validez, el acuerdo unánime de los herederos (cfr. art. 1.059 del Código Civil).

Resolución de 25-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de La Carolina

PROPIEDAD HORIZONTAL: RECTIFICACIÓN.

La propia naturaleza del régimen de propiedad horizontal y las determinaciones legales imperativas exigen que las modificaciones de la descripción del edificio contenidas en el título constitutivo hayan de ser consentidas por todos los copropietarios, aunque no de los copropietarios lo sea de un elemento (pasaje) que en su momento no se constituyó de forma independiente.

Resolución de 25-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de Logroño, número 3

NUMERUS APERTUS. NO ADMISIBILIDAD POR NO REUNIR LOS REQUISITOS QUE CARACTERIZAN A LOS DERECHOS REALES.

Pretende el recurrente construir como una nueva categoría de derecho real «el derecho de arrendar y percibir la renta» que, constituido a título lucrativo, tendría como objeto dos bienes inmuebles. Tal supuestamente novedoso derecho no viene a responder a ninguna necesidad de la realidad social o económica que no haya existido con anterioridad (no supone novedad alguna atribuir a una persona diferente al propietario, con carácter real, el derecho a cobrar las rentas de un arrendamiento). Desde el punto de vista técnico, supone una pretensión de desgajar del dominio lo que no es un derecho ni real ni personal, sino unas facultades concretas (la de arrendar y,

vinculada a ella, la de cobrar la renta) que constituyen parte del contenido de derechos reales típicos: el del pleno propietario y el del usufructuario. Es decir, no se constituye derecho actual alguno, sino que independiza de la propiedad una de sus facultades, cual es percibir los frutos civiles de la cosa mediante su cesión a terceros en régimen de arrendamiento. Y desde el punto de vista práctico no se persigue una utilidad que no pueda satisfacerse con un derecho real típico ya existente, cual es el de usufructo. Quizá por ello el propio recurrente se esfuerza, tras mantener la «novedad» del derecho, en asemejarlo a un derecho de usufructo. Tal construcción no puede ser admitida.

Resolución de 25-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

VIVIENDA HABITUAL: COMPARECENCIA DEL CÓNYUGE NO TITULAR EN LA ESCRITURA SIN HACER ESPECIAL DECLARACIÓN DE LA ESCRITURA.

Dado que el cónyuge no titular no es el disponente, si bien asiente en el acto del otorgamiento de la escritura, puede deducirse su aprobación al negocio jurídico formalizado.

Resolución de 26-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de Mazarrón

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. AMPLIACIÓN EN CUANTO A INTERESES Y COSTAS CON UN TERCER POSEEDOR VOLUNTARIO (DONATARIO) INSCRITO.

Cuando se trate de desenvolver el derecho del embargante con respecto a la misma deuda reclamada, haciendo constar la ampliación del embargo por intereses y costas debidos a la dilación del procedimiento, tal ampliación podrá realizarse aunque existieran titulares de derechos posteriores a la anotación ampliada. Y lo mismo ha de entenderse para los casos en los que se trate de terceros poseedores que adquieran voluntariamente el bien.

Resolución de 26-4-2005

(BOE 16-6-2005)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDAR TRACTO.

No puede utilizarse para contratar un exceso de cabida si no se ha tramitado (también) como tal.

Resolución de 26-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de Tarragona, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. SOBRE FINCAS DEL CAUSANTE POR DEUDAS DEL HEREDERO.

Ha de justificarse el carácter de heredero en los términos de los artículos 140 y 166 del RH sin que sea adecuada la declaración hecha en tal sentido en Auto dictado en recurso de reposición.

Resolución de 27-4-2005

(BOE 10-6-2005)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 4

HIPOTECA. SOBRE MITAD INDIVISA PRIVATIVA POR CÓNYUGE EN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES CON ASENTIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE. VENTA POSTERIOR DE DICHA CUOTA AL OTRO CÓNYUGE QUE ACCEDE ANTES QUE LA HIPOTECA.

Aunque sería posible la llamada «convalecencia», para que la misma tenga valor es preciso que el consentimiento que convalida sea un acto que se hace como propio, en contemplación de ser el futuro *dominus negotii*, requisito que no concurre en el presente supuesto pues, como alega el Registrador, la esposa del hipotecante realmente no prestó su consentimiento sino un mero asentimiento al negocio realizado por su marido, puesto que, cuando consintió la hipoteca, ningún derecho ostentaba sobre la finca hipotecada, ni existe constancia de que hubiera la contemplación de ser propietaria en un futuro.

Resolución de 27-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de Ibiza, número 1

NOTA DE CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE DISPONER.

No debe ponerse nota de calificación a los títulos contradictorios conexos, anteriores o posteriores a otro ya calificado.

No es cauce ni para pedir indemnizaciones por posibles perjuicios ni para solicitar la cancelación de artículos practicados.

Mientras esté vigente no es posible inscribir ninguna enajenación o disposición.

Resolución de 28-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de Llíria

SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO.

No basta con que la sentencia declare que una persona es dueña de una finca, sino que debe constar cuál es el título por el que adquirió su derecho, pues en el Registro se inscribe el derecho como consecuencia de su adquisición por un acto o contrato de trascendencia real (cfr. arts. 1 y 2 de la LH), y así lo exige la distinta protección del derecho, según el título de adquisición.

Resolución de 28-4-2005

(BOE 17-6-2005)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

ESCRITURA DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL COMO CONSECUENCIA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL.

Ha de justificarse con previa inscripción de la separación en el Registro Civil.

Resolución de 28-4-2005

(BOE 10-6-2005)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA HACER CONSTAR EXCESO DE CABIDA.

A la afirmación del Juez de que está acreditada la mayor cabida no pueden oponerse, como hace la Registradora, dudas sobre la identidad de la finca, cuestión cuyo juicio depende exclusivamente del Juez, y así lo entiende el Reglamento Hipotecario que estima tal objeción aplicable en exclusiva a la inscripción de excesos de cabida mediante título público, que es el que regula su artículo 298.

Registro Mercantil

Por ANA M.^a DEL VALE HERNÁNDEZ

Resolución de 9-4-2005

(BOE 20-5-2005)

Registro Mercantil de Madrid, número XIII

AUMENTO DE CAPITAL. RESERVAS.

No puede ampliarse el capital con cargo a reservas si las pérdidas son superiores a aquéllas, puesto que en tal caso no son disponibles. La función característica de la reserva es la absorción de las pérdidas.

Resolución de 11-4-2005

(BOE 19-5-2005)

Registro Mercantil de Castellón de la Plana

OBJETO SOCIAL. APORTACIÓN SOCIAL.

El objeto debe ser determinado de manera precisa y sumaria sin que se puedan incluir los actos jurídicos necesarios para el desarrollo de las actividades que lo conforman. La enumeración exhaustiva puede producir confusión.

En la constitución de una sociedad el plazo de dos meses del artículo 19.2 LSRL debe computarse desde la fecha de la certificación que acredita la aportación dineraria.

Resolución de 12-4-2005

(BOE 19-5-2005)

Registro Mercantil de La Rioja

DENOMINACIÓN.

Existe identidad de denominación cuando a una que ya figura inscrita se añade una palabra topónimo o una expresión genérica.

El Registrador Mercantil central califica que la denominación se ajuste a los requisitos reglamentarios, y el Registrador Mercantil provincial que se acomode a la legalidad por lo que resulte del título y de los asientos del Registro.

Resolución de 15-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro Mercantil de Granada

RECURSO GUBERNATIVO.

No puede admitirse un recurso extemporáneo, pues se mantendría a favor de título cuya calificación se recurre el privilegio de la prioridad, en detrimento de otro llamado a lograrla una vez caducado el asiento de presentación de aquél.

Resolución de 16-4-2005

(BOE 3-6-2005)

Registro Mercantil de Madrid, número I

CONVOCATORIA JUDICIAL.

La convocatoria judicial supone una singularidad respecto de la regla general, pero tan sólo en lo tocante a la legitimación para realizarla, no a la forma y contenido de la misma. No tiene por qué ser el Juez, sino los administradores o el promotor del expediente quienes, obtenida la correspondiente resolución judicial, se encarguen de su publicidad o traslado.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DERECHO A LA IMAGEN. MENORES: INTROMISIÓN ILEGÍTIMA POR INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.— Se publicó en la portada como en las páginas interiores la *fotografía de la menor Eva*, así como la solicitud de pasaporte de ésta (está sólo en el interior de la revista); la citada publicación se hizo *sin consentimiento o autorización* de su representante legal y aunque al final del reportaje publicado se hace constar que las fotos proceden de la agencia Korpa, tampoco se acredita que la fotografía publicada y obtenida mediante reproducción de la obrante en la ficha del pasaporte fuera cedida por la reclamante a la citada agencia para su difusión.

Doctrina.— Los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, artículo 3, se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como dice expresamente su preámbulo o exposición de motivos, estableciendo, después de reconocer, como no podía ser menos, el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, de los menores (art. 4.1) y de imponer la intervención del Ministerio Fiscal frente a aquellos actos que puedan constituir intromisión ilegítima en esos derechos (art.4.2), dispone que «*se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*».

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

STS de 12 de julio de 2004 (*La Ley. Juris.* 1729079/2004. Ponente: don Pedro González Poveda); STS de 7 de julio de 2004 (*La Ley. Juris.* 1728949/2004. Ponente: don Alfonso Villagómez Rodil); STS de 2 de julio de 2004 (*La*

Ley. Juris. 1714/2004. Ponente: don Pedro González Poveda); STS de 26 de marzo de 2003 (*La Ley. Juris.* 1446/2003. Ponente: don Xavier O'Callaghan Muñoz); STC de 30 de enero de 2003 (*La Ley. Juris.* 1115/2003. Ponente: don Vicente Conde Martín de Hijas); STC de 2 de julio de 2001 (*La Ley. Juris.* 4591/2001. Ponente: don Carles Viver Pi-Sunyer); STS de 20 de mayo de 1997 (*La Ley. Juris.* 7778/1997. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes); STS de 7 de octubre de 1996 (*La Ley. Juris.* 9263/1996. Ponente: don José Almagro Nosete).

COMENTARIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. GENERALIDADES. II. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: A) DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA. B) ESENCIA DEL DERECHO. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS. C) LA IMAGEN Y LA IDENTIFICACIÓN. D) FINALIDAD DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: EVITAR LA DIFUSIÓN INCONDICIONADA DEL ASPECTO FÍSICO DE UNA PERSONA AL CONFIGURARSE COMO ELEMENTO ESENCIAL Y PRIMARIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.—III.- LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: A) LEGITIMIDAD O ILEGITIMIDAD DE LA INTROMISIÓN. B) SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: a) *Intromisión ilegítima. Ausencia de interés cultural*; b) *Intromisión ilegítima. Ausencia del requisito de imprescindibilidad de la imagen*; c) *Intromisión ilegítima. Inexistencia de interés cultural suficiente*; d) *Intromisión ilegítima. Reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular. La voluntad del titular del derecho y su prevalencia frente al interés público*; e) *Intromisión ilegítima. Vulneración del derecho cuando el individuo no explota su imagen*. f) *Intromisión ilegítima. Captación de fotografías en un ámbito privado. Inexistencia de interés público protegible*. C) INEXISTENCIA DEL DEBER DE SOPORTAR LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. D) EXISTENCIA DE INTROMISIÓN LEGÍTIMA. GRAVEDAD DE LA MISMA. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: a) *Justificación del interés de la investigación y el momento de la misma*; b) *Responsabilidad Patrimonial: cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria*.—IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LOS MENORES: A). EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR Y COOPERACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. B) EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO ESCRITO. C) OTRAS CUESTIONES: a) *Consentimiento en la captación de la imagen. Inexistencia del carácter indefinido*; b) *Consentimiento verbal de la madre*; c) *Consentimiento y madurez del menor de catorce años*.—V. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LOS DEMÁS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: A) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD: a) *La imagen como vehículo material para la vulneración del derecho a la intimidad*; b) *Captación de la imagen e inexistencia de invasión en la intimidad*. B) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DEL DERECHO AL HONOR. C) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO A LOS DERECHOS GENERALES DE LA COMUNIDAD (EL DERECHO DE LA SOCIEDAD A SER INFORMADA DEL RESULTADO DE LA ACTIVIDAD POLICIAL EN RELACIÓN CON UN DELITO, O DE LA SOLICITUD DE COLABORACIÓN CIUDADANA EN LA DETENCIÓN DE OTRO INDIVIDUO). D) SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS MENORES: EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DEBER PATERNO DE VELAR POR LOS HIJOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD. E) EL DERECHO A LA

IMAGEN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.—VI.- DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN, O A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: A) MECANISMO, CRITERIO, ÓRGANO ENCARGADO DE DETERMINAR LA LIMITACIÓN. B) PREVALENCIA DEL DERECHO DE INFORMACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA IMAGEN DEL MENOR.

I. INTRODUCCIÓN. GENERALIDADES

En este breve estudio evolutivo jurisprudencial vamos a analizar *el derecho a la propia imagen de un menor*, para ello vamos a examinar previamente qué entendemos por derecho a la imagen en general, cuando se produce una intromisión en la misma y si ésta es ilegítima, o no, para lo cual es fundamental conocer cuáles son las limitaciones de este derecho fundamental. Igualmente resulta interesante delimitar el contenido de este derecho, a fin de diferenciarlo de derechos de la personalidad próximos, como son la intimidad, el honor... o, para conocer cuándo prevalece este derecho frente a los derechos generales de la comunidad.

Para ello y sabiendo que hay abundante doctrina jurisprudencial, no hemos tratado estas cuestiones dogmáticamente ni *a priori*, sino tras el análisis de diversos casos concretos, pues no hay dos casos iguales, y por consiguiente es bastante difícil hacer generalizaciones. Debe analizarse cada caso concreto, ver su contenido, su alcance y comprobar, por ejemplo, si queda bajo la libertad de información, si está bien delimitado el derecho a la intimidad, si existe consentimiento del menor o de sus representantes legales, si se ha expresado con claridad para aquel contenido de la intimidad, o si se conculcan la imagen y la intimidad unidos en el caso concreto inseparablemente...

II. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

A) DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA

La doctrina contenida en la STS de 7 de octubre de 1996 (FJ 5.º) (1) señala que el derecho a la propia imagen no tiene una protección tan limitada, como

(1) Antecedentes de la STS de 7 de octubre de 1996: don Alejandro H. M. formula como primer motivo (art. 1692.4 LEC) la infracción por inaplicación de lo previsto en el artículo 8.1 LO de 5 de mayo de 1982, sobre derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Relata el recurrente de acuerdo con los hechos probados que, como profesional de la fotografía y en cumplimiento del contrato concertado con el Ayuntamiento de Madrid, captó diversas fotografías, una de las cuales sirvió al Ayuntamiento para difundir una campaña informativa de «respeto a los mayores» en aras a «sensibilizar al público para que adopte un tipo de conducta más humanizada y tolerante con los mayores, concienciándole de que éstos requieren reconocimiento y respeto». Esta campaña publicitaria se adjudicó por concierto directo a la entidad K. A., a través de contrato firmado el 26 de junio de 1990. En el Boletín Informativo publicado por el Ayuntamiento de Madrid con el número 6 del mes de junio de 1990 aparece en la portada la foto entregada por el recurrente al Ayuntamiento en la que se inserta en su ángulo superior derecho la frase «Campaña de respeto a los mayores», y al pie de la foto se puede leer: «educa a tus hijos en el respeto a los mayores, porque ellos se lo merecen. Lo han dado todo y, aún hoy, lo siguen dando: cariño, consejos, enseñanzas... Un caudal

si tan sólo se tratara de preservar la imagen de la persona de aquellos ataques que tengan una finalidad económica, o de divulgación con fines publicitarios. La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 CE, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en *la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen, pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión*.

El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (art. 8.2.a Ley 1/1982).

Evidentemente, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y publica, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada. Ninguna de las personas fotografiadas sin su consentimiento puede decirse que desempeñara cargo o profesión públicos de notoriedad como la que proporcione el hecho de destacar en el arte, la ciencia, la política o el deporte; trátase de ciudadanos, muy respetables, por supuesto, que transitaban o se esparcían en la vía pública cuando fue captada su imagen y después publicada con ocasión de cierta campaña informativa, lo que supone, sin duda, la intromisión ilegítima en el ámbito de protección que dispensa el derecho a la propia imagen, conforme establece el artículo 7.5 de la citada Ley.

El legislador configura el derecho a la propia imagen, al determinar cuáles son las intromisiones ilegítimas en este derecho fundamental, incluso la doctrina jurisprudencial las reitera señalando que el derecho a la propia imagen es *el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*. El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. STS de 7 de octubre de 1996 (FJ 5.º).

de experiencias que tiene un valor incalculable y que ellos te lo dan gratis. Colabora en hacer la vida más grata a los mayores. Se lo merecen».

Son los padres del niño fotografiado y los cónyuges que aparecen en la imagen quienes han interpuesto LA DEMANDA.

B) ESENCIA DEL DERECHO. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

El derecho a la propia imagen, como derecho fundamental, es también un derecho de la personalidad que atribuye a la persona la facultad exclusiva a obtener, reproducir y publicar su propia imagen y, en su aspecto negativo, a impedir la obtención o reproducción y publicación de la imagen por un tercero.

Este es el contenido sustancial del derecho, que con precisión y exactitud define la sentencia de esta Sala de 11 de abril de 1987, citada y reproducida por otras Resoluciones posteriores y que conviene recordar: «Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y, en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en cuanto se trata de un derecho de la personalidad. Aun cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos y contingentes, las más de las veces, es lo cierto que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenece la imagen reproducida origina un derecho al rescamiento por violación de su *derecho a la intimidad*». STS de 7 de octubre de 1996 (FD 7.º).

C) LA IMAGEN Y LA IDENTIFICACIÓN

El derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la *representación de su aspecto físico que permita su identificación*, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º) (2).

Debe tenerse en cuenta que el aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el *primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo* (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.º; 81/2001, FJ 2.º) y por ello nuestro ordenamiento constitucional le dispensa esta especial protección. No obstante, la protección constitucional de este derecho no alcanza su esfera patrimonial, ya que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen, aunque son dignos de protección y en nuestro Ordenamiento se encuentran protegidos —en especial en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen—, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el artículo 18.1 CE (STC 81/2001, FJ 2.º).

Ahora bien, no puede deducirse del artículo 18.1 CE que este derecho, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin re-

(2) STC de 2 de julio de 2001 (FD 6.º).

servas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (STC 81/2001, FJ 2.º).

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa introducción. De ahí que hayamos sostenido que «la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél» (STC 99/1994, FJ 5.º) (3).

D) FINALIDAD DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN:
EVITAR LA DIFUSIÓN INCONDICIONADA DEL ASPECTO FÍSICO DE UNA PERSONA
AL CONFIGURARSE COMO ELEMENTO ESENCIAL Y PRIMARIO DE LOS DERECHOS
DE LA PERSONALIDAD (4)

Lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual [SSTC 231/1988, de 2 de

(3) Cuestión que también se pone de manifiesto en la STC de 30 de enero de 2003.

El demandante de amparo considera que han resultado vulnerados sus derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), como consecuencia de la difusión o distribución por parte de la policía a determinados medios de comunicación, sin resolución razonada del órgano o de la autoridad competente y sin que se le hubiera conferido un previo trámite de audiencia, de la fotografía que el día de su detención se le había tomado en dependencias policiales con destino a su ficha policial, pues tal actuación policial permitió, sin necesidad alguna, que se ofreciese la imagen, que constituye la máxima expresión de su identidad, de una persona sin ningún tipo de relevancia pública a la curiosidad, a la difamación y escarnio públicos, resultando además la fotografía difamante por sí misma, dada la situación en que lo representaba. STC de 30 de enero de 2003 (FD 3.º).

(4) STC de 30 de enero de 2003: El objeto del presente recurso de amparo queda circunscrito a determinar si han resultado vulnerados los derechos del demandante de amparo a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) como consecuencia de la difusión por la Jefatura Provincial de la Policía de Valladolid a diversos medios de comunicación de la fotografía que le fue tomada el día de su detención en las dependencias policiales con destino a su ficha policial.

diciembre, FJ 3.º; 99/1994, de 11 de abril (*La Ley. Juris.* 13125/1994), FJ 5.º; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4.º; 156/2001, de 2 de junio, FJ 6.º; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4.º).

En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las circunstancias del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.º), sino también una esfera personal, y, en este sentido, privada, de libre determinación; en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º; 139/2001, de 18 de junio, FJ 5.º; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4.º). STC de 30 de enero de 2003 (FD 5.º)

III. LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Como todos los derechos, el de la propia imagen no es absoluto en el sentido de que carezca de limitaciones; también los derechos fundamentales se encuentran sujetos a ellas; pero estas limitaciones no pueden restringir, hasta eliminarlo, el contenido y eficacia expansiva de los derechos inviolables de la persona, que, incluso con sus limitaciones, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, según el artículo 10.1 CE. De ahí que, como ha declarado el TC, los límites de *los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos* (SSTC 159/1986 de 12 de diciembre y 254/1988 de 21 de diciembre, entre otras). STS de 7 de octubre de 1996.

A) LEGITIMIDAD O ILEGITIMIDAD DE LA INTROMISIÓN (5)

El paso siguiente en nuestro análisis debe ser, si dada la intromisión, ésta puede considerarse ilegítima, como sostiene el recurrente en amparo, o no, como mantienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en cuyo análisis debe partirse de la consideración de cuál sea la *naturaleza* de esa *fotografía difundida*.

La fotografía cuestionada, distribuida por la Jefatura Provincial de la Policía de Valladolid, había sido tomada al demandante de amparo en las dependencias policiales en su condición de detenido, por resultar presuntamente implicado en la comisión de los hechos delictivos objeto de la investi-

(5) Puede acontecer así que, a pesar de haberse producido una intromisión en el derecho del demandante de amparo a la propia imagen, la misma no resulte ilegítima si se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental (en este sentido, STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4.º, y la doctrina constitucional allí citada).

gación policial y que habían dado lugar a la apertura de diligencias judiciales, y con la finalidad, según se indica en el ya referido informe del Jefe de la Brigada Provincial de la Policía Científica, de que sirviese para su identificación en los reconocimientos posteriores. Asimismo en el mencionado informe se indica que dicha reseña fotográfica conforma el archivo de *reseña de filiación*, que junto al biográfico y dactiloscópico es obtenido, administrado y custodiado por la Brigada de la Policía Científica, enviándose sendas copias de la reseña fotográfica al Servicio Central de la Policía Científica y a la Brigada de la Policía Judicial, suministrándose también todas las copias fotográficas que soliciten las Brigadas o Grupos de la Policía Científica y Judicial para la realización de gestiones de carácter profesional. Se trata, pues, de una actuación policial que se enmarca en la misión constitucionalmente conferida a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE), en concreto en el ejercicio de su función, para el cumplimiento de aquella misión, de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente, y de captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública [arts. 126 CE; 11.1.g) y h) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad —LOFCS—; 445 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, LOPJ; 282 LECrim.; 1 Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la policía judicial] (6).

B) SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

a) *Intromisión ilegítima. Ausencia de interés cultural*

Todo ciudadano debe gozar del derecho fundamental a su propia imagen, como reconoce el artículo 18 CE, pero los derechos protegidos por la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados y existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la Ley. El artículo 8.1 literalmente dice: *No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante* (STS de 7 de octubre de 1996) (7).

(6) En este sentido ha de traerse a colación, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que constituyen principios básicos de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado el deber de secreto profesional, que la Ley les impone, al disponer que «deberán guardar riguroso secreto respecto de todas las informaciones que conozcan por razón de su cargo o con ocasión del desempeño de sus funciones», sin perjuicio del deber de colaboración con la Administración de Justicia y de auxiliarla en los términos establecidos en la Ley [arts. 5.1.e) y 5 LOFCS; 443 LOPJ; 282 LECrim.; 15 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio]; así como, en relación con las personas detenidas, el de respetar en su actuación su honor y dignidad (art. 5.3 LOFCS).

(7) Entiende el recurrente que el interés público y cultural de la campaña en la que se utilizó la fotografía que captó resulta clarísimo. Mas es lo cierto, de acuerdo con el

El propio TS en la citada sentencia de 7 de octubre de 1996, en su FD 3.º entiende que no hay intromisión ilegítima en el caso que enjuicia y fundamenta su afirmación en que «la Sala de instancia considera que la intromisión no está justificada». El dato de la relevancia falta además como elemento sustancial del interés cultural. La intromisión ilegítima de los demandados en el derecho fundamental de los interesados a su propia imagen no puede ofrecer duda alguna. Don Alejandro H. M. capta, por medio de la fotografía, la imagen de los demandantes. Siendo indiferente que la foto la hubiera obtenido él personalmente o alguno de sus colaboradores o empleados, pues debe responder, tanto por sus propios actos (art. 1.902 del Código Civil), como por los de aquellas personas de quienes deba responder (art. 1.903 del Código Civil). Pero es que don Alejandro H. M. no se limita a captar la imagen por medio de la fotografía, sino que, además, hace entrega de la foto o del negativo al Ayuntamiento para que, si por éste se decidiera, fuera publicada, con lo que se convierte en el primer eslabón, indispensable e ineludible, de la publicación de la foto. Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid publica la imagen de los demandantes captada por medio de la fotografía y la utiliza para fines publicitarios. En el artículo 7.6 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, se habla de «fines publicitarios, comerciales...», con lo que se patentiza la idea de tener cabida en este precepto los fines publicitarios que no sean comerciales, es decir, aquellos en los que no exista un interés crematístico, como ocurre en el presente caso con la campaña publicitaria «Respeto a los mayores». Aun admitiendo el interés cultural que se resalta en la expresada campaña, ese interés no tiene un carácter relevante, que le haga prevalecer sobre el derecho de los ciudadanos a su propia imagen, dado que la intromisión ilegítima en ese derecho no resulta ni imprescindible ni necesaria para dar cumplida satisfacción al reseñado interés cultural. La referencia al interés cultural no puede ser «una patente de corso» de los organismos oficiales para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que, por el contrario, debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural (8).

escrito de impugnación del MF, que el interés cultural no cabe considerarlo tan relevante como para que predomine sobre el derecho fundamental a la imagen.

(8) Recordemos que en la STS de 7 de octubre de 1996, se denuncia la infracción (art. 1692.4 LEC) del artículo 8.2.c) de la LO 1/1982, al considerar que dentro de la información gráfica aparecida resulta casual o accesorio la imagen de los actores —y del menor— en el fotograma utilizado. Considera en este orden el recurrente que una simple ojeada revela cómo los adultos se encuentran en un segundo plano, en una perspectiva desprovista de relevancia alguna, soportando la imagen expresiva de la fotografía aquellas personas que no se identifican. Mas, como razona la sentencia recurrida, no nos encontramos en el presente caso ante el supuesto de hecho del que parte este precepto: «información gráfica sobre el suceso o acaecimiento público». Es obvio que la presencia en un parque público, un día soleado, de cinco personas adultas y dos niños, siendo todas ellas desconocidas para el público en general, no puede calificarse de «suceso o acaecimiento público». Pero es que además ese carácter accesorio no puede predicarse ni de la captación de la imagen de los demandantes en relación con la totalidad de la foto, ni de la foto en sí con la globalidad de la campaña informativa. Téngase en cuenta que de las cinco personas adultas y los dos niños que pueden observarse en la foto, los únicos a los que se puede identificar perfectamente por encontrarse de frente son el niño

b) *Intromisión ilegítima. Ausencia del requisito de imprescindibilidad de la imagen*

El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho debe situarse en la *imprescindibilidad* del uso de la imagen en atención a sus fines, imprescindibilidad que, desde luego, no concurre en el caso, pues se pudo y debió solicitar consentimiento o utilizar actores profesionales.

Accesoriedad de la imagen que también ha sido estudiada en relación no sólo con campañas publicitarias, sino como «acompañamiento» a una información gráfica. Así, por ejemplo, en la STC de 2 de julio de 2001 (9), el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas emitió un voto particular, en cuya argumentación destacó la necesidad de resultar imprescindible analizar pormenorizadamente en los supuestos de conculcación del derecho a la propia imagen la *accesoriedad* o no de las fotografías en relación con la información del acontecimiento. En tal análisis además, la especial índole de las fotografías, que lo eran del desnudo de la actora, suponía un elemento problemático adicional a la hora de resolver la relación entre las fotografías y el acontecimiento objeto de la información periodística. Contrasta sobre el particular la explicación de la sentencia de la Audiencia Provincial (FD 4.º), aunque breve, suficientemente expresiva, con la desnuda aserción con la que se rechaza en la del Tribunal Supremo. Conviene resaltar, a mayor abundamiento, el dato normativo, altamente significativo, de que en el artículo 8.2.c), objeto del debate en casación, no se habla de que la imagen de la persona sea accesoría de la información, sino que se cualifica la accesoriedad como *meramente accesoría*. Y en este caso, y habida cuenta de la *especificidad* de la imagen gráfica sobre la que se debatía, el adverbio utilizado en el precepto

y los dos adultos demandantes (además de otro adulto). Y respecto a la campaña informativa, ésta se basa y sustenta, como foto *estrella*, en la que es objeto de estudio en este proceso. STS de 7 de octubre de 1996.

(9) Los antecedentes de hecho de esta STC son los siguientes: La revista *Interviú* publicó un reportaje sobre sectas titulado «Sexo y negocios en nombre de Dios», que llevaba como subtítulo: «Barcelona: las Sectas Ceis y Niños de Dios acusadas de prostitución y corrupción de menores». Este reportaje se ilustraba con dos fotografías de la recurrente en amparo en la que aparecía desnuda y con la reproducción de unas notas manuscritas que el referido artículo atribuye a la recurrente. Dichas notas reproducían un supuesto diario de la ahora demandante en el que se hacía referencia a los contactos sexuales que había mantenido con distintos hombres (las referidas notas se publicaron con el titular «Diario íntimo de una prostituta de Ceis») y unos datos en los que supuestamente la demandante de amparo proporcionaba información sobre sus características físicas, su disponibilidad de tiempo y sus preferencias para seleccionar a las personas con las que mantener contactos. Junto a tales fotografías y manuscritos aparecía su nombre. También se hacía referencia a ella en el texto del reportaje, en el cual se afirmaba que era una prostituta y que trabajaba en los clubes de Valencia. La recurrente interpuso demanda por vulneración de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Solicitaba una indemnización de 100.000.000 de ptas. Esta consideración adquiere especial relevancia en el presente caso, ya que la recurrente obtuvo una sentencia parcialmente estimatoria en la que, a tenor de sus fundamentos jurídicos, sólo se apreció la vulneración del derecho a la propia imagen como consecuencia de haber publicado fotografías de la recurrente en las que aparecía su rostro y su cuerpo desnudo, pero no consideró que la información contenida en el texto del reportaje vulnerase ni su derecho al honor ni su derecho a la intimidad.

legal cobra una especial significación; lo que exigía una *valoración individualizada, ajustada a las circunstancias del caso* (10).

También ha sido analizada últimamente la *accesoriedad de la imagen de menores* en relación con una información gráfica. No es de recibo casacional el argumento de que la fotografía controvertida sólo tenía carácter accesorio de la información del artículo periodístico sobre la venta de alcohol a menores y la adopción de medidas por el Gobierno para acabar con la permisividad. Si bien el pie de la foto: «Jóvenes durante una fiesta estudiantil en Bilbao», resulta cierto, hay que tener en cuenta que se refería a momento distinto y anterior y no convierte la fotografía reeditada en totalmente inócua para el honor de los demandantes, pues hay que considerar que dicha reproducción periodística lo fue totalmente a destiempo, en forma imprudencial, injustificada y claramente ofensiva, al tratarse de foto donde los actores resultan perfectamente identificados y en actitud festiva y con expresión de quien ha ingerido bebidas alcohólicas, lo que para los lectores contiene el inevitable mensaje asociativo de su relación marginal con la tolerancia respecto a la ingesta de alcoholes por menores y de su inclusión directa en este grupo de jóvenes, lo que evidentemente determina que la publicación periodística de referencia constituye decidido ataque a su honor, como acertadamente estimó el Tribunal de Instancia, razones que llevan a decidir el rechazo del motivo (STS de 7 de julio de 2004).

c) *Intromisión ilegítima. Inexistencia de interés cultural suficiente*

El juzgador aclara que no es posible entender comprendida entre los límites del derecho a la propia imagen, que resultan del artículo 8.1 de la Ley 1/1982, la campaña publicitaria de orientación ciudadana acordada por el Ayuntamiento, que motivó la amplia difusión de las imágenes recurridas, *aunque no tuviera finalidad económica y sí tan sólo meramente educativa*, porque la campaña del Ayuntamiento no puede convertirse en título para la vulneración o desconocimiento de un derecho fundamental, cuyo respeto y amparo corresponde a todos los poderes públicos. Esta Sala, en sentencia de 19 de octubre de 1992, citada por la de instancia, ante un caso muy semejante a éste, no dio lugar al recurso de casación: en determinada publicación con fines educativos para la divulgación de ciertas experiencias entre los rectores de la educación, promovida por la consejera de una Comunidad Autónoma, se insertó la fotografía del hijo de la actora, imagen que no tenía ninguna relación con la experiencia y que fue obtenida en un centro hospitalario; ante este caso este Tribunal llegó a la conclusión de que *no hay un interés cultural suficiente para justificar la intromisión* en el derecho fundamental a la propia imagen del hijo de la actora. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 2.º).

(10) Por ello, el Magistrado consideró que, «unida la argumentación que acabo de exponer a la referida en ella de nuestra sentencia, había méritos suficientes para otorgar el amparo por vulneración del derecho a la imagen de la actora, en la medida en que la sentencia recurrida justificó, sin un razonamiento constitucionalmente aceptable, la intromisión en ese derecho».

- d) *Intromisión ilegítima. Reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular. La voluntad del titular del derecho y su prevalencia frente al interés público*

En general, el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera *aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento*, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 5.º).

Esto significa que el derecho a la imagen, se encuentra delimitado por *la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero*. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen.

Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen. A tenor de la doctrina expuesta debemos llegar a la conclusión de que la publicación sin el consentimiento de la ahora recurrente de unas fotografías que reproducen su imagen física de forma claramente identificable constituye una intromisión en su derecho a la propia imagen. Conviene indicar que tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Supremo parten de reconocer que no ha existido este consentimiento. STC de 2 de julio de 2001 (FD 6.º).

- e) *Intromisión ilegítima. Vulneración del derecho cuando el individuo no explota su imagen*

Los usos sociales, los propios actos y las pautas de comportamiento elegidos por los denunciados al exhibirse en la plaza pública conllevan que la preservación de la intimidad *deba entenderse relativizada*. Pero debe remarcar-se que el derecho objeto de violación es el derecho a la propia imagen. Y, desde luego, no hay razones para considerar, en el caso, limitado tal derecho. La sentencia recurrida, con acierto, considera que no estamos en presencia de esta limitación al derecho, afirmando que *las personas cuyos derechos fueron vulnerados jamás han permitido la más mínima explotación de su imagen, por lo que los usos sociales no permiten su captación y mucho menos su publicación*; a lo que el recurrente opone que la exhibición en la plaza pública conlleva que la preservación de la intimidad debe entenderse relativizada, como

si el ciudadano perdiera sus derechos a la intimidad y a la propia imagen por el simple hecho de salir a la vía pública o desde que abandona su propio domicilio. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 6.º).

f) *Intromisión ilegítima. Captación de fotografías en un ámbito privado. Inexistencia de interés público protegible*

Al haberse publicado sin el consentimiento de la recurrente fotografías (imagen) en las que aparece desnuda y tratarse de fotografías que fueron captadas en un ámbito privado —lo que permite deducir su interés en no mostrar al público partes íntimas de su cuerpo—, debemos apreciar la existencia de una intromisión en su derecho a la intimidad que no puede considerarse legítima. Ni la circunstancia de pertenecer a una secta que fomenta la promiscuidad sexual de sus miembros conlleva que la demandante de amparo haya perdido el poder de reserva sobre partes íntimas de su cuerpo, ni tampoco puede considerarse en este caso que la referida intromisión pueda ampararse en la existencia de un bien o derecho fundamental merecedor de mayor protección: no la merece el alegado derecho a comunicar información, ya que, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, resulta claro que carece de interés público digno de protección la difusión de las fotografías en las que aparece el cuerpo desnudo de la recurrente. STC 2 de julio de 2001 (FD 5.º).

C) INEXISTENCIA DEL DEBER DE SOPORTAR LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

En la STC de 30 de enero de 2003, se argumenta que la Audiencia Nacional aduce en su sentencia que el recurrente en amparo tenía razonablemente *el deber de soportar la intromisión* que ha padecido en su derecho a la propia imagen porque en aquel momento estaba situado razonablemente en una posición que le era claramente desfavorable debida a su implicación en los hechos delictivos investigados (FD 11.º).

Mas tal argumentación tampoco puede justificar aquella intromisión, pues este Tribunal tiene declarado que la captación y difusión de la imagen de una persona sólo resulta admisible cuando su propia y previa conducta o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés público o ajeno que pueda colisionar con aquél (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5.º; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6.º). En este caso, y aun admitiendo la desfavorable situación en la que se encontraba el recurrente en amparo, a pesar de que en sus declaraciones ante la policía proclamó su inocencia, no existen otros derechos o bienes constitucionales que prevalezcan sobre su derecho a la propia imagen y, en consecuencia, que resulten más dignos de protección que éste. Ha de concluirse, pues, que en este caso, en atención a las circunstancias del mismo, la difusión o distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica tomada al demandante de amparo el día de su detención en dependencias policiales con destino a su ficha policial ha vulnerado su derecho a la propia imagen.

D) EXISTENCIA DE INTROMISIÓN LEGÍTIMA. GRAVEDAD DE LA MISMA.
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

En la STC de 30 de enero de 2003 se cuestiona la existencia de ponderación entre la intromisión del derecho a la propia imagen del recurrente en amparo y la defensa del interés público que se pretendía proteger. Y bien se comprende que el respeto a esa exigencia requería la fundamentación de la medida por parte de la autoridad que la ha adoptado, que permitiría que fuera apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales pudieran controlar las razones que la justificaron a juicio de la autoridad policial (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.º b).

Sin embargo, en el presente caso la medida tomada por la autoridad administrativa carece en el momento de su adopción de cualquier fundamentación, la cual sólo ha sido ofrecida *a posteriori* durante la tramitación del expediente por *responsabilidad patrimonial de la Administración promovido por el demandante de amparo*, en el que consta el informe emitido, a solicitud de la Instructora, por la Jefatura Superior de la Policía de Valladolid, en el que se justifica la distribución de las fotografías de los presuntos autores de los hechos delictivos investigados, entre ellas la del demandante de amparo, «por la trascendencia social que supuso la gravísima agresión y con la pretensión de que algún testigo, dada la hora y zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión» (FD 10.º).

Por su parte, la Audiencia Nacional justifica en su sentencia la distribución por la policía de las reseñas fotográficas policiales, no sólo de la persona huida, sino también de las dos personas que le acompañaban ese día y en el lugar de los hechos, en atención a los fines perseguidos por dicha actuación policial (11). En el mismo sentido se pronuncian el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, para quienes, en síntesis, la distribución por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo encuentra su justificación en su posible participación en los hechos delictivos investigados, que revestían especial gravedad, y en la finalidad de lograr la colaboración ciudadana en la detención de la tercera persona implicada en aquellos hechos que, en ese momento, se encontraba huida de la Justicia, esto es, en definitiva, como aduce el Ministerio Fiscal, en la salvaguarda de la seguridad pública y la prevención de las infracciones penales.

(11) Enumerando como tales: 1.º) tranquilizar a la opinión pública en un hecho de grave conmoción social; 2.º) transmitir un mensaje de eficacia policial, y 3.º) hacer saber al huido que su cerco era más estrecho. A lo que añade la consideración de que «no fue sino hasta el juicio cuando se pudo precisar el alcance de la conducta más que sospechosa» del recurrente en amparo, «y si tal ocurrió mucho tiempo después y sólo fue posible en ese momento, no hubo ilegitimidad en aquella actuación policial inicial», pues «no fue una publicidad gratuita sino enmarcada, como suele ser normal (vid. fotografías de presuntos miembros de ETA o retratos-robot que se difunden) en ámbito de la investigación para sus específicos fines y con un mínimo de cautela y objetividad en las palabras empleadas». Concluye la sentencia afirmando que: «Aquí el proceder fue legítimo y justificado y el destinatario tenía razonablemente el deber de soportarlo porque también razonablemente y en aquel momento estaba situado en una posición que le era claramente desfavorable» (FD 4.º).

a) *Justificación del interés de la investigación y el momento de la misma* (12)

La justificación de la distribución de la fotografía se centra en los fines de la investigación (13). La Audiencia Nacional parte de la consideración de que la difusión por la policía a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo «no constituyó una publicidad gratuita», enmarcándola en el ámbito de la investigación policial para sus fines específicos. Pero en el presente caso la medida adoptada por la autoridad administrativa *careció de fundamentación en el momento de su adopción*, la cual sólo fue ofrecida *a posteriori durante la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración*, aduciéndose como razones de la difusión, a las que seguidamente nos referiremos, la trascendencia social de los hechos delictivos y la facilitación de nuevos datos que permitiesen la detención del tercer individuo interviniente en la agresión, el hermano del demandante de amparo, que en ese momento se encontraba huido (14).

También debe destacarse que *reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad*, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4.º; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4.º; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8.º; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º (*La Ley. Juris.* 5741/2002); 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4.º). Pues bien, en el presente caso no puede estimarse que la intromisión que ha padecido el recurrente en amparo en su derecho a la propia imagen se encuentre justificada por los distintos bienes constitucionales e intereses

(12) STC de 30 de enero de 2003 (FD 11.º).

(13) El TC ha tenido ocasión de declarar que la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2.º; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.º a; 292/2000, de 30 de noviembre (*La Ley. Juris.* 11336/2000), FJ 9.º; ATC 155/1999, de 15 de junio).

(14) Debe destacarse que las finalidades específicas de la investigación policial que con carácter genérico enuncia la Audiencia Nacional para justificar la difusión de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo ni siquiera son en momento alguno identificadas en su sentencia, por lo que no resulta convincente, en razón de las circunstancias concurrentes en el presente caso, que con la difusión por la policía de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo a determinados medios de comunicación se persiguiesen finalidades específicas en el ámbito de la investigación policial.

Resulta necesario reparar al respecto que en este caso los presuntos autores de los hechos delictivos investigados ya habían sido identificados por la policía, quien, además, contaba con la reseña fotográfica de cada uno de ellos; que dos de ellos, entre los que figuraba el demandante de amparo, se encontraban detenidos en dependencias policiales en el momento de procederse por la policía a la difusión o distribución a determinados medios de comunicación de la fotografía tomada al recurrente en amparo con destino a su ficha policial; y, en fin, que el tercer implicado, aunque se encontraba huido, ya había sido identificado, habiendo difundido también la policía a los medios de comunicación su reseña fotográfica.

públicos aducidos por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid, la sentencia de la Audiencia Nacional y por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones. Por el contrario, tal medida no se revela como idónea, necesaria ni proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dicen perseguir con la difusión a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo (15).

b) *Responsabilidad patrimonial: cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria*

Al objeto de determinar los efectos del otorgamiento del presente recurso de amparo (art. 55.1 LOTC), hemos de recordar que la responsabilidad patrimonial del Estado es una cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria y ajena, por tanto, a este proceso constitucional la determinación de si concurren los presupuestos constitucional y legalmente exigibles sobre la existencia en este caso de una responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, como pretende el demandante de amparo. Procede, en consecuencia, que junto a la declaración de reconocimiento de los derechos fundamentales vulnerados se declare la nulidad de la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de mayo

(15) En este caso, dadas sus circunstancias, tales bienes o intereses en modo alguno requieran para su consecución y satisfacción la difusión por parte de la policía de la reseña fotográfica policial obtenida del demandante de amparo a los fines de la investigación y esclarecimiento de los hechos investigados, pues, identificados los presuntos autores de los hechos delictivos, y encontrándose detenido el demandante de amparo, su satisfacción se alcanzaba perfectamente, sin merma alguna, informando a la opinión pública sobre las investigaciones policiales llevadas a cabo, sus resultados positivos, la detención de dos de las personas presuntamente implicadas en los hechos investigados y la búsqueda de la tercera que se encontraba huida e identificada por su propia reseña fotográfica. En este sentido no puede dejar de resaltarse la contradicción que se advierte en la actuación policial, en cuanto, de un lado, en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid se oculta respetuosamente la identidad del demandante de amparo, al que únicamente se le identifica, como al otro detenido, con su nombre propio y las siglas de sus apellidos; y, de otro lado, se procede a difundir y distribuir a determinados medios de comunicación la reseña fotográfica policial de una persona sin relevancia pública, como lo es el demandante de amparo, reseña fotográfica que constituye la máxima expresión de su identidad.

E igual conclusión ha de alcanzarse en relación con la argumentación de que la finalidad pretendida con la difusión de la reiteradamente mencionada reseña fotográfica policial del demandante de amparo era *la de hacer saber a la persona huida que su cerco era más estrecho y la de lograr la colaboración ciudadana en su detención*. Finalidades estas, sin duda, perfectamente legítimas, pero para cuya consecución y satisfacción tampoco se releva como idónea, necesaria y proporcionada la difusión por parte de la policía de aquella reseña fotográfica, pues para alcanzarla bastaba con hacerle saber a la persona huida que estaba identificaba, que se la estaba buscando y que se encontraban detenidas las otras dos personas implicadas en los hechos investigados, extremos estos que figuraban en la nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid a los medios de comunicación, pudiendo justificar también la pretendida colaboración ciudadana para su detención la difusión de la fotografía de la persona huida, pero no la de quien, como el demandante de amparo, se encontraba ya detenido, pues nada aportaba a la finalidad perseguida.

de 2000, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse la mencionada sentencia, para que se dicte una nueva sentencia respetuosa con los derechos fundamentales declarados vulnerados en la que el órgano judicial, si procede, se pronuncie sobre la pretensión del demandante de amparo de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. STC 30 de enero de 2003 (FD 13.º).

IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LOS MENORES

A) EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR Y COOPERACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Los derechos fundamentales regulados por la LO 1/1982, como derechos de la personalidad, tienen carácter irrenunciable e inalienable, aunque permiten determinadas limitaciones impuestas, unas, por la ley, fundadas en el interés público, y otras, por decisión voluntaria del propio titular del derecho, al que se le permite realizar actos de disposición de alguna de las facultades o poderes que configuran el contenido de esos derechos. Entonces, en realidad, no hay intromisión ilegítima en el ámbito de protección jurídica del derecho fundamental de que se trate. La facultad de disposición sobre algunas de las facultades que integran estos derechos no está totalmente eliminada del tráfico jurídico, pero siempre es preciso que conste el consentimiento expreso del titular del derecho (art. 2.2), que pueden prestarlo no sólo el sujeto que tenga plena capacidad de obrar, sino también los que tienen limitada su capacidad, como los menores e incapaces, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (art. 3.1). Sin embargo, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, como es un niño de tres años, entonces sólo puede manifestar el consentimiento su representante legal (art. 3.2). Pero este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario, además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del MF, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación (16).

B) EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO ESCRITO

El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del MF (art. 3.2). Sólo con la intervención de éste, el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. En cualquier caso, el consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la Ley 1/1982, cuando se trata de menores sin

(16) En la vulneración de un derecho de un menor de edad (que en 1990 cumpliría tres años), Gerardo José G. G. de M., nacido el 22 de noviembre de 1987, respecto al cual cualquier acto de disposición o autorización sobre los derechos fundamentales reconocidos en la CE, y protegidos civilmente en la Ley 1/1982, habría requerido necesariamente la intervención del MF. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 6.º).

condiciones de madurez, sólo se logra por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del MF, que desde luego en el caso debatido no han tenido intervención alguna para permitir la captación y reproducción fotográfica de la imagen del menor. STS de 7 de octubre de 1996 (FD 6.º).

C) OTRAS CUESTIONES

a) *Consentimiento en la captación de la imagen.* *Inexistencia del carácter indefinido*

En el supuesto de la STS de 7 de julio de 2004, se combate abiertamente el *factum* de que no se acreditó la existencia de consentimiento ni expreso ni tácito, tanto para la primera publicación en 1992 como para la que tuvo lugar en 1997. Y, aún en el supuesto hipotético de que hubiera concurrido alguna clase de conformidad en el año 1992, hay que entender que no puede reputarse como *consentimiento indefinido y para siempre vinculante, ya que la posible autorización inicial lo fue para una ocasión bien precisada*, es decir, se trataba de una fiesta estudiantil, por lo que con la publicación en 1997 se produjo efectiva desviación y mal uso de lo consentido al llevar a cabo un aprovechamiento alterador con la inclusión de la fotografía en el reportaje sobre consumo de alcohol por menores, que nada se demostró pudiera relacionarse con los demandantes, tratándose de una incorporación innecesaria y del todo injustificada.

El motivo se rechaza. No hubo consentimiento demostrado, como correspondía a los recurrentes, tanto inicial como posterior y, aún mediando aquél, lo que sí resulta claro y evidente es que la reproducción de la fotografía en 1997 lo fue en contra de la voluntad de los actores y ello determina que hubo ausencia de la autorización que resultaba necesario (sentencias de 10-10-1994, 12-12-1995, 24-4-2000 y 24-12-2003).

b) *Consentimiento verbal de la madre* (17)

Lo anterior debe relacionarse con el *consentimiento* que alcanza a lo manifestado en la entrevista relativo a la supuesta intimidad y a la imagen. Tanto lo que se dice, como la imagen que aparece, se hace en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor; es cierto que debería haber otorgado el consentimiento por escrito y haberlo puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal como obliga el artículo 3.2 de la Ley de Protección del Derecho al Honor, Intimidad e Imagen, cuyo incumplimiento le afecta a ella, no a los demandados. Además, a mayor abundamiento, el artículo 3.1 dispone que el consentimiento lo preste el menor si sus condiciones de madurez lo permiten, lo que coincide con el artículo 162, segundo párrafo, 1.º, del Código Civil.

(17) Consentimiento de la madre, en tanto que representante legal del menor, y de éste en condiciones de madurez para aceptar una entrevista de televisión.

c) *Consentimiento y madurez del menor de catorce años*

No está claro si reunía las condiciones de madurez: la sentencia de instancia dice que «sufría un ligero retraso mental», pero no especifica, y lo cierto es que ni estaba incapacitado ni el retraso era notorio, la sentencia de instancia deduce —no lo declara como hecho probado— que «no había tal madurez» de la situación de limitación por haber recibido dos días antes cinco puñaladas, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y el joven de catorce años, de una vida —como el mismo relata— desgraciada y agitada, no permite negar unas claras condiciones de madurez para consentir una entrevista por televisión. STS de 26 de marzo de 2003 (FD 3.º) (18).

V. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE LOS DEMÁS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, consagrados en el artículo 18.1 de la Constitución, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico.

A) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona *se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen*, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, *también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad*, supuesto este que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada. STC 2 de julio de 2001 (FD 3.º).

(18) Antecedentes de Hecho: Los hechos se reducen a una entrevista al menor de catorce años de edad, cuyo entrevistador no aparece en el Hospital «12 de octubre» de Madrid, donde se halla en la cama y cuenta cómo fue agredido por otros jóvenes que le golpearon y le asustaron varios navajazos, de cuyas heridas se restablece en dicho hospital; cuenta también que su madre le pegaba con la mano y que se marchó de casa y fue llevado a un centro de menores; a continuación, el mencionado presentador entrevista a la madre, que manifiesta que su hijo es muy agresivo, que un familiar le indujo a actuar contra la madre, que la denunció por malos tratos, que se escapaba e iba por la calle vendiendo pañuelos y que se junta con malos amigos.

a) *La imagen como vehículo material para la vulneración del derecho a la intimidad*

El ámbito específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones gráficas de una persona que no lesionen ni su derecho al honor ni su derecho a la intimidad (STC 81/2001, FJ 2.º), pero no cabe descartar la vulneración de aquel derecho en los casos en los que la difusión de una imagen pueda estimarse al mismo tiempo contraria al buen nombre o a la propia estima o a la intimidad. El carácter autónomo de los derechos del artículo 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene, respecto de los demás, la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional. La especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una *imagen* que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad o ambos derechos (19). STC de 2 de julio de 2001 (FD 3.º) (20).

(19) FD 3.º STC de 2 de julio de 2001: Esta constatación lleva a afirmar, en cuanto al canon de enjuiciamiento a aplicar, que, cuando se denuncia que una determinada imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del artículo 18.1 CE, deberán enjuiciarse por separado esas pretensiones, examinando respecto de cada derecho si ha existido una intromisión en su contenido y posteriormente si, a pesar de ello, esa intromisión resulta o no justificada por la existencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso. Sin embargo, en supuestos como el presente, en los que se denuncia la vulneración, a través de unas mismas fotografías, de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, debe advertirse de entrada que si se constata una vulneración del derecho a la intimidad y, al mismo tiempo, una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, no será necesario indagar si respecto de esta injerencia existen causas justificativas —relacionadas con la accesoriadad del reportaje respecto de la noticia, el carácter público de la persona afectada, etc.—, ya que la captación y difusión inconsentida de la imagen de una persona que permita su identificación y al mismo tiempo suponga una vulneración de la intimidad personal o familiar entraña en sí misma una lesión del derecho a la propia imagen. Veamos, pues, si en el caso aquí enjuiciado se han conculcado los derechos alegados.

(20) En el presente caso, las fotografías objeto de enjuiciamiento, no sólo permitían la identificación de la recurrente, sino que al mismo tiempo, de forma inescindible, mostraban su cuerpo desnudo, por ello, como hemos avanzado, la declaración de que esas imágenes gráficas han vulnerado su derecho a la intimidad, permite concluir que la intromisión en su derecho a la propia imagen es también una intromisión constitucionalmente ilegítima, sin que para alcanzar esa conclusión sea necesario analizar si concurren otros bienes o derechos (FD 6.º).

b) *Captación de la imagen e inexistencia de invasión en la intimidad*

La captación de la imagen en el supuesto enjuiciado de la recurrente en la forma y lugar dichos, *no implica invasión alguna a la intimidad de la misma*, no constituye injerencia en ese ámbito reservado e íntimo de la persona, por lo que es ajustada a derecho la sentencia recurrida al desestimar la pretensión actora (21). STS de 2 de julio de 2004 (FD 3.º).

Ateniéndonos a la actuación policial cuestionada y a los términos de las alegaciones formuladas en el escrito de formalización de la demanda de amparo y en el posterior trámite del artículo 52 LOTC, su queja ha de reconducirse a la posible lesión del derecho a la propia imagen y del derecho al honor, sin que como consecuencia de aquella actuación haya resultado afectado su derecho a la intimidad personal, ni al respecto se ofrezca argumentación alguna en relación con su posible vulneración, *ya que la fotografía difundida por la policía no desvela aspectos de su vida privada o partes íntimas de su cuerpo* (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3.º).

B) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DEL DERECHO AL HONOR

En la STC de 30 de enero de 2003, el demandante de amparo considera que la difusión de su reseña fotográfica policial ha vulnerado, además de su derecho a la propia imagen, su derecho al honor (art. 18.1 CE), al resultar dicha fotografía difamante por sí misma, dada la situación en que lo representa. Aduce al respecto, en el trámite de alegaciones del artículo 52 LOTC, que la toma de la fotografía de una persona detenida en dependencias policiales representa a esa persona en un momento importantísimo de su vida, no siendo dicha imagen, que no trasluce lo mejor de ella, la deseada por la persona fotografiada.

El *honor* como objeto del derecho consagrado en el artículo 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso que deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este

(21) Dice la sentencia de 22 de diciembre de 2000 (*La Ley. Juris.* 137/2001) que «el concepto de intimidad personal no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, como ha acreditado esta Sala de Casación Civil (sentencia de 13 de marzo de 1989), pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma patrimonio personal que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que constituye su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica, y como es lógico no es la misma para todos, ya que cada persona tiene su propia intimidad, que actúa como privacidad en exclusiva, a la que acompaña la condición de ser excluyente por mandato constitucional».

Tribunal no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (FD 12.º).

Dado que el derecho al honor posee un objeto determinado, y no se reduce a un simple derecho de reacción frente al incumplimiento de una prohibición constitucional de revelar o divulgar información sobre alguien, no se lesiona por el simple hecho de que un tercero, sea un particular o el Estado, realice determinadas conductas como las que consisten, justamente, en divulgar información u opinar sobre una persona. Es más, esa conducta puede ser ilícita o no estar protegida por el ejercicio de un derecho fundamental y, sin embargo, no lesionar el derecho al honor ajeno porque simplemente no ha mancillado su «honor» en los términos en los que éste viene definido constitucionalmente. En suma, el derecho al honor prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer ante la opinión ajena, de modo que lo protegido por el artículo 18.1 CE es la indemnidad de la apreciación que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquélla desearía tener. Y, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FF.JJ. 4.º y 5.º; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6.º; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5.º; 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6.º; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2.º, por todas).

No cabe negar, en principio, que la difusión de la imagen de una persona en su condición de detenida, como en este caso representa al demandante de amparo la reseña fotográfica policial distribuida a los medios de comunicación, pueda dañar la reputación de esa persona, en cuanto conlleva o puede conllevar, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un desmerecimiento en la consideración ajena, quedando de ese modo menoscabada su reputación.

C) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS GENERALES DE LA COMUNIDAD (EL DERECHO DE LA SOCIEDAD A SER INFORMADA DEL RESULTADO DE LA ACTIVIDAD POLICIAL EN RELACIÓN CON UN DELITO; O DE LA SOLICITUD DE COLABORACIÓN CIUDADANA EN LA DETENCIÓN DE OTRO INDIVIDUO)

En la STC de 30 de enero de 2003 se establece cómo el derecho a la imagen se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en que exista *un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitarlas*. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se

capten o difundan sin su consentimiento, o el interés público en la captación o difusión de su imagen (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6.º) (FD 5.º) (22).

D) SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS MENORES: EL DERECHO A LA IMAGEN
Y EL DEBER PATERNO DE VELAR POR LOS HIJOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD (23)

La jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 30 de noviembre de 1992, *La Ley. Juris.* 12873/1992 y de 2 de diciembre de 1996, *La Ley. Juris.* 467/1997 y 12 de junio de 1999) ha venido admitiendo como medios probatorios las cintas magnéticas, videos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual, y hoy el artículo 382 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil regula, entre los medios de prueba, «la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes», e igualmente admite estos medios de prueba el artículo 299.2 de esta Ley. De ahí la licitud de la obtención de estos medios de prueba, siempre que esa abstención no se haya realizado en forma contraria a Derecho o con vulneración de los derechos fundamentales de las personas a que tales grabaciones o filmaciones se refieran, y de ahí que el artículo 102 del Real Decreto 2364/1994 ponga como límite a la actuación de los detectives privados el que «en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios personales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (art. 102). En el caso, las imágenes han sido captadas, que no reproducidas ni publicadas, en la calle, como ponen de manifiesto ambas sentencias de instancia, recogiendo la entrada y salida de la vivienda de la actora-recurrente y de sus hijos y otras personas no identificadas; si bien el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 considera intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de una persona, su captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o

(22) En resumen, la difusión o distribución por la policía de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo sin su consentimiento a determinados medios de comunicación, lo que ha permitido a éstos su posterior publicación, en cuanto reproduce su imagen física de forma que permite claramente su identificación, puede constituir una intromisión en su derecho a la propia imagen. Asimismo en esta línea argumental no resulta ocioso traer a colación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la toma de fotografía, con o sin su consentimiento, de una persona detenida en un centro militar constituye una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.2 CEDH; STEDH de 28 de octubre de 1994 —caso Murray contra Reino Unido—, §§ 84 y 85) (FD 6.º).

(23) Antecedentes de hecho STS de 2 de julio de 2004: El 5 de octubre de 1994, Adolfo, separado de su esposa, la demandante, por sentencia de 1 de septiembre de 1994, contrató los servicios del detective don Gonzalo para que realizara un servicio técnico de observación sobre la actora y sus hijos por presumir irregularidades en el cuidado y vigilancia de los mismos. Dicho servicio comenzó en noviembre de 1994, siendo el último informe unido a los autos de 16 de marzo de 1995; el servicio se realizó por sistema de grabación continua con cámara y vídeo. Desde la parte trasera de la vivienda de Adolfo se divisa perfectamente la vivienda de la actora, sita en la misma calle. La cámara de vídeo empleada en la investigación se ubicó en una de las ventanas traseras de la vivienda del señor Adolfo, enfocando directamente la vivienda de la actora y sus hijos, captando las personas que entran y salen de la vivienda, si lo hacen o no acompañados.

cualquier otro procedimiento, en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, el propio artículo 7.5 se cuida de excepcionar los casos previstos en el artículo 8.2 de la Ley. Respecto a la enumeración de los supuestos de excepción recogidos en el artículo 8.2, tiene declarado esta Sala —sentencias de 28 de diciembre de 1996 y 25 de septiembre de 1998— que sus apartados son meramente enumerativos y no puede considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso. STS de 2 de julio de 2004 (FD 2.º).

Es deber de los padres el de velar por sus hijos sujetos a la patria potestad (art. 154.1.º del Código Civil), deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en proceso matrimonial; por ello, la *adopción por el progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a comprobar que estos hijos se encuentren correctamente atendidos por aquél a cuya guarda y custodia han sido confiados*, medidas como son las aquí controvertidas, encuentran plena justificación ya que, en otro caso, el padre o madre separado de sus hijos se vería imposibilitado de cumplir con ese deber impuesto por la patria potestad de la que no ha sido privado e incluso, caso de tener que acudir a los tribunales para impetrar las medidas necesarias para el correcto cuidado de los menores, se vería impedido de utilizar medios de defensa legalmente admitidos. En conclusión no hay una vulneración del derecho a la propia imagen, teniendo en cuenta el lugar en que fue captada la imagen y la finalidad perseguida.

E) EL DERECHO A LA IMAGEN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

En la STC de 30 de enero de 2003 se alega que la reseña fotográfica del recurrente en amparo conforma el archivo «reseña de filiación», y que, de conformidad con la legislación en aquel momento vigente, «la recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad» (art. 20.2 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal —LORTAD—; también el artículo 22 de la actualmente vigente Ley Orgánica 15/1999, de 14 de diciembre, de protección de datos de carácter personal —LOPD—). Tales datos, además, de acuerdo con los principios de protección de datos recogidos en el Título II de la mencionada Ley, «no podrán usarse para finalidades distintas a aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos» (art. 4.2 LORTAD; también art. 4 LOPD), estando obligados el responsable del fichero automatizado y quienes interviniesen en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal «al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar las relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo» (art. 10 LORTAD; también art. 10 LOPD). Finalmente, únicamente estaba autorizada su cesión, sin el previo consentimiento del afectado, en los tasados supuestos del artículo 11.2 LORTAD, entre los que no se contempla la cesión a los medios de comunicación de datos per-

sonales que figuren en los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (en el mismo sentido, art. 11.2 LOPD) (FD 7.º).

En definitiva, ha de configurarse la fotografía cuestionada como un dato de carácter personal del demandante de amparo, obtenida y captada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el ejercicio de la función constitucional y legalmente conferida de investigación de los delitos y detención y aseguramiento de sus supuestos autores, y respecto al cual sus miembros están obligados en principio al deber del secreto profesional.

VI. DELIMITACIÓN DEL *CONTENIDO* DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN, DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN, O A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la información, así como la libertad de expresión, al igual que la libertad de creación artística pueden, en determinadas circunstancias, operar como límite al contenido del derecho a la propia imagen (en este sentido, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 4.º; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4.º; 83/2002, de 22 de abril, FFJJ. 3.º y 4.º).

En el supuesto de la STC de 30 de enero de 2001 ha de rechazarse el indicado planteamiento que efectúan el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, al apreciar que se contrae a un conflicto entre el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo y el derecho a la libertad de información, pues, sin necesidad de detenernos, por no resultar necesario para la resolución del presente recurso de amparo, en otras consideraciones sobre el deber de las Administraciones Públicas de informar sobre determinados asuntos que afectan a bienes cuya protección les está encomendada (medio ambiente, sanidad, seguridad pública, etc.), en tanto y cuanto tal información puede facilitar la difusión y recepción de información veraz (STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4.º), los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.º; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11.º; 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2.º; 6/1988, de 21 de enero, FJ 5.º; 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2.º, por todas), pero en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos (en relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4.º; 254/1993, de 20 julio, FJ 7.º; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero) (FD 8.º) (24).

(24) Así, con referencia genérica a la libertad de expresión, se ha declarado en la mencionada STC 254/1993, de 20 de julio (*La Ley. Juris.* 2282, TC 1993), que la información que las Administraciones Públicas recogen, conservan y archivan, ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley y ha de ser, además, adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 CE, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones, desde el reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias o económicas de la Seguridad Social hasta la represión de conductas ilícitas, incluyendo cualquiera de la variopinta multitud de decisiones con que los poderes públicos afectan a la vida de los particulares

A) MECANISMO, CRITERIO, ÓRGANO ENCARGADO DE DETERMINAR LA LIMITACIÓN

Tiene declarado con carácter general el Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.º; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5.º, entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3.º). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 61/1982, de 13 de octubre, FJ 5.º; 13/1985, de 31 de enero, FJ 2.º), *ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone* (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.º) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10.º; 196/1987, de 11 de diciembre, FF.JJ. 4.º a 6.º; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.º; 137/1990, de 19 de julio, FJ 6.º; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.º). STC de 30 de enero de 2000 (FD 9.º).

En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5.º; 55/1996, de 28 de marzo, FF.JJ. 7.º, 8.º y 9.º; 270/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.º e; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.º; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6.º).

B) PREVALENCIA DEL DERECHO DE INFORMACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA IMAGEN DEL MENOR

Hay supuestos de prevalencia del derecho de información, de falta de intromisión ilegítima en la intimidad del menor y de existencia del consentimiento en la divulgación de hechos personales y de la aparición de la imagen del menor en la televisión. Es lo que acontece en la STS de 26 de marzo de

(FJ 7.º). En este sentido, con base en las mismas razones que las esgrimidas en relación con la libertad de expresión, ha de señalarse, en lo que aquí interesa y como se infiere del mencionado auto, respecto a la titularidad por las instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el artículo 20.1.d) CE (ATC 19/1993, de 21 de enero).

2003, el recurso que ha interpuesto Gestevisión Telecinco, S. A. y don Pedro R. tiene un único motivo, que se estima, pues se considera que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 20.1.d) de la Constitución Española, relativo al derecho de información, y los artículos 2.2 y 3.1 de la Ley de protección civil del derecho al honor, intimidad e imagen, relativo al consentimiento, tal como se ha expuesto. Lo cual coincide con el motivo primero del recurso interpuesto por don Julián L. S. J., que alega la infracción del artículo 20 de la Constitución Española, que ciertamente y como se ha dicho, sí se ha producido: por lo cual debe estimarse este motivo, careciendo de interés entrar en el análisis de los restantes (FD 4.º).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de Familia

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FAMILIARES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—Desde hace varios años, más de seis en la actualidad, el citado padre biológico no ha visto a su hija, hasta el punto de que no cree que le reconozca si le ve; igualmente, desde enero de 1992 no se ha preocupado de la alimentación y sustento de su hija, como también resulta haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma sin haber empleado ni una peseta de ella en tales menesteres, dedicándola en su totalidad a sus atenciones.

Doctrina.—El padre y actor, hoy apelado, ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hace acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de su hija, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 del Código Civil. E igualmente esa circunstancia debe llevar a denegarle el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación.

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

STS de 11 de octubre de 2004 (*La Ley. Juris.* Ponente: don José Almagro Nosete); STS de 31 de diciembre de 1996 (*La Ley. Juris.* 508/1996. Ponente: don José Almagro Nosete); STS de 5 de octubre de 1987 (*La Ley. Juris.* 12627-JF/0000. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno).

COMENTARIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PATRIA POTESTAD COMO INSTITUCIÓN PROTECTORA DEL MENOR.—III. FORMAS DE INCUMPLIMIENTO: A) INCUMPLIMIENTO HABITUAL, REITERADO Y PERMANENTE DE LOS DEBERES FAMILIARES POR PARTE DEL PADRE. B) PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE TRAS EL PARRICIDIO DE LA MADRE.—IV. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: A) INTERÉS DE LA MENOR. B) DENEGACIÓN DEL DERECHO DE VISITA.—V. RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. BENEFICIO DEL MENOR: A) INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LOS DEBERES. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. B). INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LOS DEBERES. PRIVACIÓN TEMPORAL DE LA PATRIA POTESTAD. C) INEXISTENCIA INICIAL DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. RECUPERACIÓN «DE HECHO» PROGRESIVA DE LA MISMA.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis jurisprudencial relativo al tema que nos ocupa, la privación de la patria potestad, no supone más que la concreción de los criterios marcados en su día por el legislador constitucional y desarrollados con posterioridad en el Código Civil. No ha habido variación ni cambios jurisprudenciales.

La jurisprudencia es clara por que también lo es la legislación, y más aún los principios generales del ordenamiento jurídico sustentadores de aquélla: *el incumplimiento de los deberes paternos conllevan inexorablemente a la privación de la patria potestad no como una sanción, sino en beneficio del menor en cuyo interés siempre hay que actuar.*

II. LA PATRIA POTESTAD COMO INSTITUCIÓN PROTECTORA DEL MENOR

La sentencia de 31 de diciembre de 1996 (1) ha señalado con toda claridad la línea jurisprudencial a seguir, pues de su Fundamento de Derecho 4.º destacamos cómo el artículo 39 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos; también impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.

Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos (art. 49). Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno.

La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo conte-

(1) STS de 31 de diciembre de 1996. *La Ley. Juris.* 508/1996. Ponente: don José Almagro Nosete.

nido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 del Código Civil.

El carácter familiar de la patria potestad no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esa institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor. De ahí que la privación de la patria potestad en determinados supuestos, como son los comprendidos en el artículo 170 del Código Civil, se establezca como una medida de protección del menor.

Ante un supuesto hecho similar, la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1993, con cita de las sentencias de 9 de marzo de 1989 y 30 de abril de 1991, establece que la patria potestad, al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, está orientada en favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala en que uno y otro se encuentren como la posibilidad de su ejercicio integral.

Evidentemente habrá que estudiar todos los supuestos, pero siempre habrá de tenerse en cuenta, ante todo, el *interés del hijo menor*, su *personalidad*, su *estado emocional* y *demás circunstancias* concurrentes en el caso, en verdad singulares, para llegar a la conclusión de la procedencia de la privación de la patria potestad tras la ponderada valoración de los elementos probatorios y la correcta interpretación de las normas jurídicas aplicables.

III. FORMAS DE INCUMPLIMIENTO

A) INCUMPLIMIENTO HABITUAL, REITERADO Y PERMANENTE DE LOS DEBERES FAMILIARES POR PARTE DEL PADRE

Desde hace varios años, más de seis en la actualidad, el citado padre biológico no ha visto a su hija, hasta el punto de que no cree que le reconozca si le ve; igualmente, desde enero de 1992 no se ha preocupado de la alimentación y sustento de su hija, como también resulta haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma sin haber empleado ni una peseta de ella en tales menesteres, dedicándola en su totalidad a sus atenciones. STS de 11 de octubre de 2004 (2).

(2) STS de 11 de octubre de 2004. *La Ley. Juris*. Ponente. don José Almagro No-sete.

B) PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE TRAS EL PARRICIDIO DE LA MADRE (3)

La patria potestad, por Derecho natural y positivo, viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede, en determinados casos, restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del menor.

El Juzgador a *quo* concluye sobre la privación de la patria potestad, con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, pues difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del referido precepto, ya que *repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo*, cuestión que esta Sala no duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exacerbados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien, según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna.

La privación de la patria potestad se funda en uno de los más graves incumplimientos, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154.1 del Código Civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad, al menos en las actuales circunstancias, de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquél (FD 3.º).

(3) STS de 31 de diciembre de 1996. El núcleo del debate judicial se ha centrado en la privación de la patria potestad al padre (demandado y recurrente) por razón del delito de parricidio que cometió contra su cónyuge y madre del menor de que se trata, privación solicitada por la tía materna del expresado menor cuya guarda y custodia ostenta. La argumentación del motivo insiste en la valoración de los informes psicológicos obrantes en autos, planteamiento que, por sí, denota su nula consistencia jurídica en función de la causa casacional alegada y, con carácter general, su inoperatividad dentro de los márgenes de un recurso de casación que debe partir del respeto a los hechos probados.

IV. EFECTOS DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

A) INTERÉS DE LA MENOR

La concreción del interés de la niña se centra en *privar parcialmente de la patria potestad al padre y confiar la guarda y custodia a la madre*, pero después de dejar sentado que «*el padre ha incumplido sus deberes legales*» y que «*ha satisfecho alimentos en algunas épocas*».

B) DENEGACIÓN DEL DERECHO DE VISITA

El padre ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares, en forma tal que se hace acreedor a la privación por vía de sanción de la patria potestad que comparte hasta ahora con la madre de su hija, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 del Código Civil.

E igualmente esa circunstancia debe llevar a *denegarle el ejercicio de cualquier derecho de visita a la hija*, incongruente con su actitud de desinterés hacia ella, cuyo derecho a relacionarse con la menor sólo está justificado por el bien que a ésta pudiera reportar, no estimándose en absoluto beneficiosa en las actuales circunstancias esa relación.

Para ello se tiene en cuenta no sólo la desidia y desgana hacia la relación con la hija que se desprende de la actitud absolutamente incumplidora de sus deberes, sino además la futilidad de los argumentos que ha venido dando para justificar no ir a ver a su hija (la altura del muro del colegio), que no hacen sino abonar la tesis de que su demanda no es sino una réplica frente a la solicitud de adopción de la menor que realizó el esposo de la madre de la niña, justamente anterior a la presentación de la demanda del padre biológico (FD 1.º).

V. RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. BENEFICIO DEL MENOR

El Código Civil permite la recuperación de la patria potestad, siendo indiferente que el incumplimiento que privó al menor de la patria potestad se hubiese calificado de *grave* (como en la STS de 11 de octubre de 2004) o de parcial o temporal (STS de 5 de octubre de 1987) (4).

A) INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LOS DEBERES. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Posibilidad que se pone de manifiesto en la STS de 11 de octubre de 2004, objeto de estudio.

Tras el análisis de los hechos probados se recoge cómo el padre *ha satisfecho alimentos en algunas épocas*, como si el privarle totalmente de dicho derecho-deber, concebido como función, justificase el no pago de pensión en

(4) STS de 5 de octubre de 1987. *La Ley. Juris.* 12627-JF/0000. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

el futuro, lo que en modo alguno ocurre ni se puede afirmar, teniendo en cuenta que, según el artículo 110 del Código Civil, el deber de prestar alimentos subsiste y que la *recuperación de la patria potestad*, cuando se ha privado de ella, sólo puede acordarse «cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación» (art. 170-2 del Código Civil), lo que implica mayor seguridad para el cumplimiento, si se priva al progenitor de la patria potestad, dado que, si realmente tiene interés en cumplir sus deberes para con la niña, cumplirá, y, de no ser así, parece ajustarse al interés de ésta que no ostente la patria potestad (FD 2.º).

Cumplido cuanto se apunta con anterioridad, procede confirmar la sentencia del Juzgado de Familia, que privó de la patria potestad al padre, previa consignación de que desde el día en que nació la menor, los únicos deberes que ha probado haber cumplido el padre respecto a su hija son el pago de algunas mensualidades de pensión, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente alimentos para su hija. La consideración del incumplimiento especificado como *grave* no impide el control previsto en el artículo 158 del Código Civil, reiterado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (protección jurídica del menor), ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil, que trascienden a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones contenidas en su artículo 39 CE, de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 del Código Penal de 1995, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (art. 10-2 del Código Civil) (FD 2.º).

B) INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LOS DEBERES. PRIVACIÓN TEMPORAL DE LA PATRIA POTESTAD

En la STS de 5 de octubre de 1987 se adopta la *privación parcial y temporal de la patria potestad*. Pensando principalmente en el interés del menor, se concluye en la necesidad de una adaptación progresiva (que puede irse acentuando o suspendiendo) a la convivencia con el padre. Todo ello porque el ejercicio de la patria potestad corresponde, *fundamentalmente y primordialmente* a los padres (5).

(5) Supuesto de hecho de la sentencia de 5 de octubre de 1987: En el proceso instado por don Jesús y doña Pilar, abuelos del niño Ángel contra su yerno don Marcos, sobre privación de la patria potestad, se dictó sentencia en primera instancia por la que se privaba parcial y temporalmente de ella al demandado, quien ostentaría, no obstante, los derechos y deberes inherentes a dicha institución, excepto la guarda del menor, que quedaría en compañía de sus abuelos maternos, salvo finales de semana de 12 horas del sábado a 19 horas del domingo y periodos vacacionales, hasta comienzo del curso 1985-1986, en que quedaba en compañía de su padre con la obligación de atender a la manutención con 10.000 ptas. mensuales y a todos los gastos extraordinarios, todo ello sin perjuicio de las medidas cautelares y disposiciones tuitivas, que, en su caso, se adopten. Dicha resolución fue confirmada en apelación por la aquí impugnada.

El demandado ocultó su desahogada posición económica, haciéndose pasar en ocasiones por pobre en sentido legal, ante la Justicia, con la finalidad de no pagar alimentos al hijo, otros, que maltrató reiteradamente a su esposa, posteriormente fallecida, la que en vida soportó un terrible sufrimiento moral por la conducta del esposo y por los esfuerzos que realizaba para salvar su matrimonio, otro, finalmente, acreditativo de las alteraciones psicológicas del niño; todos estos documentos fueron estudiados y valorados por los juzgadores de instancia y partiendo de lo que ellos acreditan establecieron *un régimen progresivo de adaptación del menor a la compañía del padre que*, en definitiva, es a quien por ley corresponde fundamental, y primariamente, el ejercicio de la patria potestad en toda su amplitud, todo ello como expresa la propia sentencia, sin perjuicio de las medidas cautelares y tuitivas que, en su caso, se adopten, es decir, sin perjuicio de que mediante dicha acción protectora se vayan resolviendo los problemas que el estado emocional del niño y las circunstancias exijan, *acentuando* la intervención del padre en el cuidado y guarda del menor, si la adaptación se va produciendo, o disminuyendo e, incluso, *suspendiendo* la intervención del padre en tal guarda cuando la salud física o mental del niño así lo aconsejen, y cuidando, por otra parte, que la conducta de los abuelos en esa adaptación sea positiva y no coopere al rechazo del hijo hacia su padre, todo lo cual lleva a la desestimación del motivo (FD 2.º).

C) INEXISTENCIA INICIAL DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.
RECUPERACIÓN «DE HECHO» PROGRESIVA DE LA MISMA

El supuesto contrario se desarrolla en la STS de 31 de diciembre de 1996 (6), donde se parte de que ha existido durante años una despreocupación del padre viudo hacia su hijo, motivado por las desavenencias de aquél con su familia política, no existiendo privación de patria potestad, y solicitándose la progresiva «recuperación» de hecho —aunque no de derecho— de la misma.

Debe tenerse también en cuenta que «esta despreocupación, al menos externa y formal, obedece a causas o motivos ya expuestos (desavenencias familiares con la esposa y los padres de ésta), que subjetivamente pueden ser válidos», y que no constituyen causa suficiente para una privación de la patria potestad, pues, como afirma la sentencia de apelación, el demandado sabía que el niño estaba debidamente atendido, y la realidad acredita, además, que los abuelos no están dispuestos a entregarlo al padre, todo ello sin olvidar que el párrafo 3.º del citado artículo 170, faculta a los Tribunales para, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación, y *en el caso de litis ni hubo privación*, por no darse los supuestos a los que está condicionada, ni aun en caso afirmativo, según reconocen las sentencias de instancia, pervivirían las causas que pudieron determinarla (FD 3.º).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(6) 31 de diciembre de 1996. *La Ley. Juris.* 508/199/9. Ponente: don José Almagro Nosete.

1.3. Derechos reales

PROPIEDAD. ACCESIÓN INVERTIDA: REVISIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE SUS PRINCIPIOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2004.)

Antecedentes.—En primer lugar hay que decir que esta sentencia recoge una doctrina eminentemente procesal, sin entrar a debatir sobre la accesión invertida, tema de este comentario. Sin embargo, al ser apreciada por la Audiencia Provincial, aprovechamos su mención para dar un repaso a esta figura.

Los hechos que ocasionan esta sentencia, aunque repito no son relevantes para este comentario, son los siguientes: Se plantea demanda de deslinde por parte de Astur Naval, S. A. contra Astilleros Ría de Avilés, S. L. La demandada se limitó a oponerse a la demanda sin solicitar la apreciación de accesión invertida sobre el terreno en conflicto. El Tribunal de Primera Instancia estimó la demanda y acordó el deslinde de la finca de conforme a lo solicitado en la demanda, reconociendo la propiedad de la misma a la actora y obligando a la demandada a dejar libre la finca y a disposición de la actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y apreció accesión invertida a favor de la recurrente, alegada en el escrito de resumen de pruebas y no en la contestación a la demanda. La sentencia, aceptando el deslinde suplicado, declara la accesión «a la propiedad de la recurrente aquella parte de terreno de la apelada imprescindible para que aquélla pueda continuar desarrollando su actividad industrial, previa la correspondiente indemnización, que comprenderá tanto el valor del terreno accedido como el demérito que sufrirá por tal accesión la finca de la recurrida, teniendo en cuenta su finalidad industrial para la que fue adquirida».

Se recurre en casación esta sentencia por parte de Astur Naval. El Tribunal Supremo estima el recurso por entender que en la sentencia recurrida ha existido clara incongruencia *extra petita*.

Doctrina.—La doctrina del Tribunal Supremo, de nuevo, se refiere únicamente al tema procesal, apreciando la incongruencia *extra petita* de la sentencia de apelación, pues «se han alterado sustancialmente los términos del fondo del pleito, desatendiendo el principio procesal de contradicción al no haberse discutido para nada la institución civil de la accesión invertida, conforme conocida jurisprudencia y doctrina constitucional».

Si bien, a continuación, el Alto Tribunal enumera los requisitos necesarios para apreciar la figura de la accesión invertida, a saber: invasión parcial y de buena fe de terrenos ajenos, indivisibilidad de lo construido y su notoria plusvalía respecto al suelo ocupado.

COMENTARIO

Con base en la sentencia citada y expuesta en los antecedentes, vamos a realizar un comentario general sobre la figura de la accesión invertida y su progresiva admisión jurisprudencial y doctrinal, examinando los requisitos de la misma y los principios que la rigen.

1. ACCESIÓN

Sin ser este el momento de desarrollar en profundidad en qué consiste la accesión y cuál es su problemática, sí que creo que conviene poner de relieve qué es y cuáles son sus principios básicos (aunque sea someramente) para poder entender más tarde en qué consiste la accesión invertida.

La accesión es un modo de adquirir la propiedad que engloba una pluralidad de supuestos de hecho muy diversos y que nada tienen que ver entre sí (1). Podríamos decir, de forma muy genérica, que la accesión da respuesta al problema de quién será el propietario de los frutos producidos por una cosa (accesión discreta), o bien de la cosa resultante, cuando se unen dos cosas distintas pertenecientes a distintos dueños para formar una cosa nueva y diferente a las anteriores, sin que pueda volver a separarse (accesión continua).

Centrándonos en la accesión continua, pues en ella se enmarca propiamente la accesión invertida, hemos de decir que existen muy distintas clases, pero nos fijaremos en una de ellas en concreto: la accesión industrial inmobiliaria, que consiste en la siembra, plantación o construcción en suelo ajeno. ¿A quién pertenece lo sembrado, plantado o construido?

La accesión industrial inmobiliaria regulada en los artículos 358-365 del Código Civil, se rige fundamentalmente por tres principios:

1. Principio *accessorium sequitur principale* (ASP): lo accesorio sigue a lo principal. Lo que quiere decir que aquella de las cosas que se une o incorpora a otra principal pasará a ser propiedad del dueño de la cosa principal.

Los criterios de principalidad vienen establecidos en los artículos 376 y 377 del Código Civil. El primero de ellos nos da el criterio más relevante, que es el de la función o finalidad de la cosa secundaria frente a la principal. Si lo que se une o incorpora es por utilidad meramente ornamental, o para perfeccionar o permitir el uso de la otra, o potenciar su utilidad, aquélla que se incorpore será accesorio respecto de la otra a la cual perfecciona. El segundo criterio de principalidad, y ante la imposibilidad de determinarse por su función cuál es la principal, se entenderá que lo es la de más valor (art. 376.1). Si las dos cosas fueran de igual valor, se entenderá como principal la de mayor volumen (377.2 del Código Civil). Tres criterios, en principio, escalonados: finalidad, valor y volumen. Sin embargo, la doctrina más reciente ha considerado que el valor se constituye como criterio prevalente o prioritario con respecto a la subordinación funcional, convirtiéndose en el primer criterio para determinar la principalidad, pues las nuevas necesidades socio-económicas, así lo sugieren. En cualquier caso, probablemente, la principalidad deberá ser determinada hoy por el conjunto de los criterios y atendiendo al caso concreto, y no acudiendo a ellos de manera subsidiaria, destacando, quizá, el valor económico sobre los demás (2).

2. *Superficie solo cedit* (SSC): Todo lo que se incorpora al suelo pertenecerá al dueño del mismo (art. 358 del Código Civil). Tradicionalmente este principio se ha considerado como una concreción del anterior, pues desde la

(1) Piénsese las diferencias existentes entre, por ejemplo, el aluvión, la conmixción, la producción de frutos o la construcción.

(2) En este sentido, véase ALBALADEJO, págs. 299 y 317; ALONSO, pág. 441; Díez GARCÍA, E., *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), ed Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 513.

concepción propia del Derecho romano, y por razones históricas, el suelo siempre ha sido más importante que lo que sobre él se establecía. Luego, en su origen, el hecho de atribuir la propiedad de lo unido o incorporado al suelo al dueño del mismo, no es sino una repetición del principio «lo accesorio sigue a lo principal», ya que al considerarse siempre que el suelo es lo principal, lo que se le incorpora será lo accesorio; luego, aplicando lo antes explicado, el dueño de lo principal (suelo) recibirá lo accesorio (plantación, construcción o siembra).

Confirma estas ideas la STS de 16 de junio de 1998 que afirma: «El principio que rige en materia de accesión es el de *superficie solo cedit*: el suelo es la cosa principal y el derecho de propiedad sobre el mismo se extiende a lo construido en él; así lo recoge el artículo 358 del Código Civil». En el mismo sentido, afirmando que «lo construido o edificado en un terreno ajeno pertenece al dueño del mismo, encontramos RDGRN de 26 de junio de 1986, y SSTs de 27 de diciembre de 1980 y 27 de marzo de 1950.

3. Buena fe: La buena fe del incorporante consiste normalmente en la creencia de que tiene título o derecho suficiente que justifique la siembra, plantación o construcción en terreno ajeno, pues piensa que es propio o tiene derecho a realizar tales actos. En este sentido, la jurisprudencia, señala que son requisitos de la accesión continua que no exista duda de la titularidad dominical del dueño del terreno y la buena fe por parte del incorporante (STS de 17 de junio de 1999), y que «carece de buena fe el que conoce perfectamente que el terreno en que planta y la casa en que realiza obras no le pertenece (STS de 22 de marzo de 1978).

En resumen, y como consecuencia de estos principios, lo plantado, sembrado o construido en suelo ajeno pertenecerá al dueño del mismo; pero, si se hizo con buena fe, y como dice el artículo 361 del Código Civil, el dueño del suelo no hará suya directamente la obra si no que tendrá derecho a quedársela previa indemnización, o podrá obligar al que incorporó a pagarle el precio del terreno. Es decir, el artículo 361 del Código Civil no admite una accesión automática en beneficio del dueño, sino que le concede «un derecho potestativo que consiste en optar o bien entre hacer suya la obra, previa indemnización u obligar al constructor a la adquisición del terreno (SSTs de 15 de febrero de 1999, 22 de julio de 1993, 31 de diciembre de 1987 y 2 de diciembre de 1960).

Centrándonos en el tema de que sea una construcción lo que se une al suelo, siguiendo los principios generales descritos, esa construcción en suelo ajeno pertenece al dueño del suelo (previa indemnización), pero, ¿y si resulta que lo edificado tiene más valor e importancia (y por tanto es la cosa principal), que el propio suelo donde se eleva? ¿Se han de seguir aplicando los principios y solución descrita, o será una excepción al principio *Superficie solo cedit* (SSC)?

Veamos sus excepciones o derogaciones.

2. PRINCIPIO *SUPERFICIE SOLO CEDIT*: SUPERACIÓN DEL CRITERIO Y EXCEPCIONES AL MISMO

Ya hemos dicho en qué consiste y cuál es el significado e importancia de este principio, pero, sin embargo, últimamente, ha sido cuestionado por la doctrina y calificado de anacrónico por seguir otorgando una importancia mayor al suelo que a las construcciones que se elevan sobre el mismo (3). Por eso, parte de la doctrina lo entiende hoy en día superado, e incluso derogado,

pues existen varios supuestos en los que no se cumple, siendo preferido y calificado como más importante o principal, la obra que se lleva a cabo sobre ese terreno, o admitiendo propiedades separadas del suelo y vuelo por pacto entre los propietarios.

Entre estas excepciones o derogaciones del principio SSC podemos mencionar (4):

- Derecho de superficie: los particulares pueden establecer por pacto la separación de la propiedad del suelo y vuelo, de forma que lo construido en la superficie sea una propiedad separada y distinta de la del suelo durante el tiempo establecido y actuando con independencia del suelo. Se deroga el principio SSC al no hacer suya esa construcción el dueño del suelo.
- El derecho de sobreelevación o sobreedificación: supone también una excepción al principio SSC, puesto que se permite elevar una o más plantas sobre un edificio a favor de persona distinta del propietario del mismo.
- En la propiedad horizontal también encontramos una suerte de excepción a SSC ya que, aunque el suelo sea un elemento común, éste queda incorporado a cada uno de los pisos individuales en la cuota o proporción que les corresponda, en vez de ser al revés, tal y como sugeriría la accesión normal.
- Y por último, y donde nos vamos a centrar, como excepción al SSC está la construcción extralimitada que supone un fenómeno de lo que se denomina accesión invertida (5), pues en ella en vez de hacer suya la construcción el dueño del suelo, es el dueño de la obra quien adquiere el terreno ajeno invadido con la construcción.

Todas estas excepciones al principio SSC, perfectamente admitidas y consagradas en nuestra realidad jurídica, ponen de relieve que el mismo no debe ser aplicado tan rígidamente, sino que debe hacerse una interpretación más

(3) Véase Díez Pícazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 204: «hoy el principio *superficie solo cedit*, entendido como derivación de la regla *accessorium sequitur principale*, representa un anacronismo». López Vilas, R., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1007-1008; Franco de Paz, F., *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 37; Garrido de Palma, V. M., «¿Superficie solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, págs. 89 y sigs.; Alonso Pérez, M., «Comentario al artículo 358 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1980, págs. 232-233.

(4) Sobre las derogaciones o excepciones del principio SSC, véanse los siguientes autores: Alonso Pérez, M., «Comentario al artículo 358», *ob. cit.*, págs. 234-237; López Vilas, R., «Comentario del Código Civil», *ob. cit.*, pág. 1009; Franco de Paz, F., «El derecho de sobreedificación...», *ob. cit.*, págs. 35-39; Garrido de Palma, V. M., «¿Superficie solo cedit?...», *ob. cit.*, págs. 89 y sigs.

(5) Otro supuesto de accesión invertida, se encontraba, como recoge Alonso Pérez en el antiguo artículo 1404.2 del Código Civil, que establecía que eran gananciales «los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges», aunque hoy el nuevo artículo 1359.1 ha vuelto al régimen normal de la accesión con el principio SSC. Para su desarrollo, véase: Alonso Pérez, M., «Comentario artículo 358», *ob. cit.*, págs. 239-242.

flexible del mismo, acorde a las nuevas circunstancias de la realidad, y que cabe su no aplicación, cuando así lo quieran las partes (derecho de superficie, propiedad horizontal, etc.); o su reinterpretación desligándolo del principio *accessorium sequitur principale*, pues ya no puede ser una consecuencia directa del mismo. Esto queda confirmado por la jurisprudencia que, si bien tradicionalmente abogó por una aplicación de carácter imperativo de este principio, como consecuencia del ASP (STS de 27 de marzo de 1950, RDGRN de 19 de mayo de 1952), más tarde admitió una flexibilización del mismo, teniendo en cuenta la realidad social y económica y tratando de resolver en equidad aquello que fuera más conveniente (STS de 22 de enero de 1953 y 3 de abril de 1984), admitiendo claramente la STS de 14 de marzo de 1983 que «la regla contenida en el artículo 358 del Código Civil no tiene carácter imperativo», haciéndose eco de las voces que ya se habían alzado por parte de la doctrina de considerar ese principio como un anacronismo. Todo esto se ha visto reforzado por la admisión clara, a través de una consolidada doctrina por parte del TS, de la construcción extralimitada, como un supuesto de accesión invertida que excepciona la aplicación de ese principio.

Analicemos a continuación esa importante excepción.

3. CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA: UN SUPUESTO DE ACCESIÓN INVERTIDA

Esta es la excepción al principio SSC sobre la que queremos centrar el comentario. Existe construcción extralimitada cuando al llevar a cabo una construcción en suelo propio, se sobrepasa las lindes del terreno propio invadiendo parcialmente un terreno ajeno, propiedad de otra persona. El problema que surge es qué ocurre con esa parte de construcción que se extralimitó en propiedad ajena, ¿hay que aplicar aquí el principio rector SSC? ¿Deberá el dueño del terreno hacer suya la construcción?

El Código Civil no da una respuesta a este supuesto, pero ha sido la doctrina y una consolidada jurisprudencia las que se ha encargado de solucionarlo, en el sentido antes indicado, de excepcionar SSC, entendiendo que debe ser el dueño de la construcción quien debe hacer suya (previa indemnización) la parte del terreno invadida.

La solución se basa en una interpretación acorde a los tiempos del principio de *accessorium sequitur principale*, pues la obra o construcción, generalmente, hoy en día, vale mucho más y tiene mayor importancia (por tanto es principal) que el suelo ocupado. Lo contrario (que el dueño del suelo hiciera suya toda la obra) parece excesivo desde un punto de vista de equidad. Se invierte totalmente el principio (de ahí el nombre de accesión invertida), dando lugar al nuevo principio *solum superficiesi cedit*.

3.1. Requisitos

Al tratarse, en principio, de un supuesto excepcional, han de cumplirse estrictamente todos y cada uno de los presupuestos que jurisprudencialmente (6) se han ido perfilando como necesarios para su admisión.

(6) No hay que olvidar que se trata de un supuesto admitido por la jurisprudencia y doctrina, pero que carece de regulación legal.

La admisión de la construcción extralimitada arrancó de la STS de 30 de junio de 1923, pero fue a partir de la importante STS de 31 de mayo de 1949 cuando se consolida esta figura, olvidando o derogando el principio SSC, para otorgar la propiedad de la parte extralimitada al dueño de la construcción y no al del suelo. Dice esta sentencia, refiriéndose al artículo 361 del Código Civil y los principios normales rectores de la accesión, que «esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo constituido constituye con aquél una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 y 360 del Código Civil, su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio inspirador del artículo antes citado y del 358, por falta de la base necesaria para su aplicación, de que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado».

Posteriormente y sucesivas sentencias (7) han ido perfilando los requisitos necesarios para que pueda operar la accesión invertida, y éstos han sido:

- a) Que quien la pretenda sea el titular dominical de lo edificado.
- b) Que el edificio haya sido construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena.
- c) Que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible.
- d) Que el edificio, unido al suelo del edificante, tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido.
- e) Que el edificante haya procedido de buena fe.

3.2. *Desarrollo jurisprudencial de los requisitos*

Vamos a detenernos en el desarrollo que la jurisprudencia ha hecho de alguno de estos requisitos:

1. En primer lugar, hay que señalar, como ha mantenido la jurisprudencia, que la accesión invertida sólo juega cuando «en los casos de accesión inmobiliaria por edificación» (STS de 22 de marzo de 1996), quedando fuera de la misma los supuestos de plantación o siembra, donde parece que no puede excepcionarse el principio SSC.

2. Que la parte principal del edificio esté construida en suelo propio, y sólo sea una pequeña parte lo que invade el suelo ajeno (SSTS de 27 de junio de 1997; 7 de noviembre de 1995; 11 de septiembre de 1991; 24 de enero de 1986). También es posible que lo que se invada sea el suelo ajeno (SSTS de 3 de abril de 1992, 10 de diciembre de 1980, en contra, SSTS de 22 de noviembre de 1989 y 1 de octubre de 1984). Pero no procede la accesión invertida, como señala PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS (8), para imponer vistas rectas u

(7) Entre otras muchas, las siguientes sentencias repiten los requisitos: SSTS de 12 de noviembre de 1995, 29 de julio de 1994, 11 de junio de 1993, 3 de abril de 1992, 23 de julio de 1991, 8 de noviembre de 1989, 23 de febrero de 1988, 27 de octubre de 1986, 1 de marzo de 1985, 30 de noviembre de 1981, 10 de diciembre de 1980, 23 de octubre de 1973, 17 de junio de 1961 y 13 de mayo de 1959.

(8) PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Tomo I, CER, Madrid, 1999, págs. 225-226.

oblicuas sin respetar los mínimos de distancia prescritos (SSTS de 1 de octubre de 1984 y 3 de abril de 1992), ni tampoco para «menoscabar» un derecho de inmisión (en el vuelo: derecho a desván) que fuere anejo a una propiedad ajena (STS de 9 de julio de 1988).

3. Es absolutamente necesaria la buena fe del constructor que se extra-limita (SSTS de 22 de noviembre de 1989, 1 de octubre de 1984 y 22 de febrero de 1975). La buena fe del constructor hay que entenderla como «la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que se construye no le pertenece» (STS de 22 de febrero de 1975); buena fe que será incompatible con la oposición del propietario invadido (SSTS de 23 de julio de 1991 y 14 de julio de 1988), aunque esto no impide estimar la buena fe, a pesar de la oposición, si las particulares circunstancias permiten probarla (STS de 12 de noviembre de 1985) (9).

4. El valor del edificio construido tiene que ser mucho mayor que el del terreno invadido. En este sentido la STS de 29 de junio de 1984 afirma que «la doctrina jurisprudencial sobre accesión invertida nos lleva a la conclusión de que a través de dicha institución se impone atribuir cualidad de principal al edificio unido al suelo cuando su importe y valor excedan de los del suelo invadido y reconocer al edificante el derecho de adquirir la parte del terreno invadido mediante el pago de su precio». Ese mayor valor o importancia es absolutamente necesario, pues es el que justifica la derogación del principio SSC, para adaptarse plenamente al principio *accessorium sequitur principale* (ASP), que es, en definitiva, el que rige la accesión invertida. En efecto, cuando el edificio tenga mayor valor e importancia que el propio terreno invadido, y solo entonces puede actuar la accesión invertida; pues entiendo que si el suelo tuviera mayor importancia (fuera principal), seguiría aplicándose SSC, pues no sería excepción de ASP, como ha sido tradicionalmente, y no habría ninguna excepción al mismo.

Realmente la accesión invertida es excepción o derogación del principio SSC y no del ASP del que es aplicación estricta cuando ese edificio tiene mayor valor, y por tanto es principal. Por eso, algunos autores, con los que coincido, dicen que no es tanto un supuesto de accesión invertida, sino de la regla SSC, pues aunque ésta no se aplique, sigue aplicándose con toda su eficacia ASP, pues ahora, es el edificio (lo construido) más importante que el propio suelo.

Pero quiero poner de relieve que, hoy en día, normalmente, vale más el edificio que la parte del suelo que se ha invadido, y por eso actúa la accesión invertida; pero no siempre es así, y podemos encontrarnos con algún caso en que ese suelo invadido sea más importante que la construcción. Hay que tener claro que entonces no podría aplicarse la accesión invertida, que tiende a generalizarse peligrosamente. Por tanto, considero esencial probar este requisito y no darlo por supuesto, siempre que una construcción invada suelo ajeno. No hay que olvidar que los criterios de principalidad establecidos en el artículo 376 y 377 del Código Civil señalan como primer criterio la función

(9) Cuando el constructor sea de mala fe, no debe aplicarse la accesión invertida, y las soluciones posibles son varias y discutidas por la doctrina, desde conceder el poder de solicitar la demolición de lo construido al dueño del suelo, una mayor indemnización, etc. En este sentido, véase, ALONSO PÉREZ, M., «Comentario al artículo 358», *ob. cit.*, págs. 247-250; LÓPEZ VILAS, R., «Comentario del Código Civil», *ob. cit.*, pág. 1010.

subsidiaria o no de una cosa respecto a otra, y es probable que consideremos que el suelo (aunque en reducida escala) sea más importante que lo construido, pues sin él no podría elevarse construcción alguna sobre la que se asienta. En este sentido, DE FRANCO PAZ (10) se plantea dos interrogantes: «¿no es acaso el suelo un elemento indispensable para que los materiales que componen cualquier edificio tengan una base física sobre la que sustentarse, y en definitiva, este último pueda existir?, ¿no es verdad que la temporalidad del segundo y la permanencia del primero es algo indudable?»

Considero, por tanto, que este requisito hay que analizarlo caso por caso, y teniendo en cuenta que los criterios de mayor valor y principalidad que rigen hoy en día son coyunturales y pueden cambiar; cambiando, entonces, la esencia de la accesión invertida y volviendo a SSC.

5. Si se cumplen estos requisitos, el constructor adquiere automáticamente el suelo invadido previa indemnización al dueño del mismo. No hay una opción, no es el reverso del artículo 361 del Código Civil a favor del constructor, sino que la accesión invertida, cumplidos sus presupuestos opera *ipso iure*.

Al dueño del terreno invadido habrá que abonarle, además del valor del mismo, una indemnización por los daños y perjuicios causados (SSTS de 29 de julio de 1994, 15 de junio de 1981 y 26 de febrero de 1971).

Como vemos, el perfil de la accesión invertida es muy particular, y al tratarse de una excepción a SSC, y una peculiar aplicación de ASP (que recordemos su interpretación puede variar en el caso concreto o de forma coyuntural con las circunstancias de la sociedad y economía), merece una aplicación e interpretación estricta. El hecho de que se haya elaborado jurisprudencialmente, nos lleva a pensar que esa vía del caso concreto tiene que seguir siendo su sede, pues una generalización del mismo podría llevar a aplicar esa regla de la accesión invertida a casos similares pero no idénticos.

Por eso desde estas líneas abogo por su aplicación al caso concreto tras su siempre minucioso examen de los requisitos, mientras no haya una norma general que contemple este supuesto.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA: EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA Y SUBSISTENCIA DE LA HIPOTECA.
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.—Se formuló demanda solicitando que se declarara la nulidad de pleno derecho de una escritura pública de emisión de obligaciones hipotecarias, y asimismo que se declarase nula y cancelada la inscripción de hipoteca correspondiente en el Registro, y subsidiariamente en el hipotético caso de que quedase justificado el reembolso total de las obligaciones con amortización de éstas, se declarase igualmente cancelada la inscripción registral de hipoteca.

(10) FRANCO PAZ DE, F., «El derecho de sobreedificación...», *ob. cit.*, pág. 39.

El Tribunal de Primera Instancia estimó la demanda y declaró extinguida la hipoteca constituida por extinción de la obligación principal, al haber prescrito la acción para reclamar la deuda principal, por aplicación del artículo 950 del Código de Comercio, que establece un plazo de tres años para la prescripción de las acciones en reclamación de los dividendos, cupones e importe de obligaciones emitidas conforme a este Código. Asimismo, ordenó la cancelación registral de la hipoteca en garantía de dicha obligación.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de Primera Instancia.

Se interpone recurso de casación, a los efectos que nos interesa, por infracción de las normas contenidas en los artículos 1.964 del Código Civil y 128 LH.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto y establece la siguiente:

Doctrina.—Afirma el carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito que garantiza y manifiesta que no puede imaginarse la hipoteca sin el *prius* del crédito asegurado para el cual nace y adquiere la necesaria eficacia, extremo que no pudo olvidar el legislador cuando estableció en el artículo 1.964 del Código Civil un plazo prescriptivo de la acción hipotecaria de veinte años, y de quince para las personales, «con referencia sin duda a las obligaciones que no estuviesen aseguradas con hipoteca, y no dándose en derecho común acciones personales de mayor plazo prescriptivo que las de quince años, no hubiera sido racional señalar un plazo mayor en cinco años a la prescripción de la acción hipotecaria si no había de comprenderse en ese plazo mayor la del crédito asegurado, pues de otro modo y por el tiempo de la diferencia habría que admitir una hipoteca vacía, o hipoteca independiente, o deuda inmobiliaria que en nuestro derecho no tiene cabida». Concluyendo «por todo lo cual, la prescripción del crédito asegurado ha de eliminarse como causa de extinción de la hipoteca que lo garantiza, sin que el carácter accesorio de ésta pueda imponerse en tal supuesto, no operando la prescripción del crédito simple cuando adquirió el hipotecario».

COMENTARIO

1. PLANTEAMIENTO

Prescrito el crédito (ordinario) asegurado con hipoteca, no se extingue la hipoteca que lo garantiza, pues el crédito hipotecario (la acción hipotecaria) no ha prescrito todavía.

Se plantea en esta sentencia el estudio del peculiar plazo de prescripción de la acción hipotecaria, que es de veinte años, diferenciándose del normal de quince de las acciones personales, pero, a la vez, también distinto del de treinta años para las acciones reales inmobiliarias.

El porqué de este plazo especial conecta directamente con la naturaleza del crédito hipotecario; es decir, de la relación existente entre el crédito garantizado y la hipoteca (derecho real) que lo asegura, y por ende de la posibilidad, o no, de subsistencia de la hipoteca sin el crédito que garantiza.

Dos son fundamentalmente las grandes tesis que explican las relaciones entre el crédito y la hipoteca: accesoriedad y unidad de crédito hipotecario. Y

según una u otra encontramos explicaciones para ese peculiar plazo de prescripción.

2. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA

El plazo de prescripción de esta acción, como ya hemos dicho, es de veinte años, tal y como establecen de forma unánime los artículos 128 LH y 1.964 del Código Civil.

Ese especial plazo de prescripción ha sido justificado por la jurisprudencia, tal y como recoge la sentencia que se comenta, poniendo de relieve que a las obligaciones aseguradas con hipoteca «no tendría sentido aplicarles el plazo de quince años y que durante cinco años persistiera una acción hipotecaria vacía de crédito alguno» (SSTS de 8 de noviembre de 1960 y de 12 de marzo de 1985).

REGLERO CAMPOS (1) dice que la justificación de los artículos 128 y 1.964 debe entenderse en el sentido de que «el plazo de veinte años es el de la prescripción del crédito garantizado con hipoteca, pero no el de la hipoteca o acción estrictamente hipotecaria, ni la del crédito en sí. De este modo, la acción personal del derecho de crédito garantizado vería extendido su plazo prescriptivo hasta el señalado para la acción hipotecaria». Y continúa este autor diciendo que: «No obstante, como quiera que la prescripción de la acción personal no lleva aparejada la extinción del derecho de crédito, tal circunstancia hace posible que en los derechos garantizados con hipoteca, prescrita aquélla, no lo esté la acción hipotecaria. De alguna manera, la prescripción de la acción personal convierte a una hipoteca normal en una hipoteca de máximo». Coinciden con este autor en entender que si el crédito es hipotecario, prescribe a los veinte años, cosa distinta por tanto si es ordinario, ALBALADEJO, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (2).

DÍEZ PICAZO entiende que la prescripción extintiva del crédito hipotecario no produce la extinción de la acción hipotecaria, pues prescrito el crédito personal, le queda al acreedor la acción real hipotecaria hasta cumplir los veinte años más.

Sin embargo, LACRUZ BERDEJO (3) considera que, «extinguido el crédito no puede subsistir la hipoteca, a salvo los efectos de la publicidad registral; y ello, no por un perjuicio conceptual sobre el vínculo obligatorio, sino como postulado lógico de la accesoriedad de la garantía, que no puede subsistir sin un quid garantizado, y que en este sentido se ha querido pronunciar el Código».

Como vemos, si se adopta totalmente la postura de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito, como hace LACRUZ, mal se explica el distinto plazo de prescripción, pues, extinguido el crédito (por prescripción), debería extinguirse la hipoteca que lo garantiza, y no «sobrevivir» cinco años más.

(1) REGLERO CAMPOS, F., «Comentario artículo 1.964 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 2193-2194.

(2) Véase, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, vol. 2, José María Bosch Editor, Barcelona, págs. 326 y sigs.; ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario*, tomo IV-2, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 1212; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, III-31, Ed. Bosch, Barcelona, 1974.

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2.º, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 282.

Sólo los efectos de la fe pública registral podrían explicar esa pervivencia del crédito hipotecario frente a terceros, pues mientras no se cancele, no estará extinguido para ellos. Tampoco es comprensible la postura de los otros autores (defensores de la accesoriedad) que simplemente «alargan» el plazo de prescripción del crédito cuando vaya acompañado de una hipoteca. ¿Por qué se extiende el plazo en este caso? ¿Estamos ante un fenómeno distinto del simple crédito con su accesorio?

Sin embargo, si aceptamos la teoría de la unidad del crédito hipotecario, considerando al crédito + hipoteca como unidad inescindible distinta de las partes que la componen, es mucho más fácil entender que al ser diferente al crédito y al derecho real, tenga su propio y distinto plazo de prescripción.

Veamos, a continuación, las distintas tesis.

3. RELACIÓN ENTRE EL CRÉDITO ASEGURADO Y EL DERECHO REAL DE HIPOTECA QUE LO GARANTIZA

3.1. *Teoría de la accesoriedad*

La postura tradicional, y por otra parte mayoritaria, considera que la hipoteca es un derecho real de garantía regulado por las normas relativas al derecho de cosas y accesorio del crédito que está garantizando, el cual, a su vez, se rige por normas del derecho de obligaciones, constituyendo, ambos elementos distintos, el crédito hipotecario como una simple suma o yuxtaposición, sin que entre ellos haya una mayor unidad o complementación en su regulación. La relación entre ambas partes es simplemente una relación de accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza, de manera que se hace inviable la constitución, transmisión o pervivencia de la hipoteca sin la existencia del crédito cuyo cumplimiento asegura.

El mayor defensor de esta doctrina fue ROCA SASTRE, y ha sido mantenida por una pluralidad de autores, entre los cuales destacan (4) LACRUZ BERDEJO, BALLESTER GINER, ALBALADEJO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, PAU PEDRÓN, DÍAZ GONZÁLEZ —aunque con matices en algún supuesto nuevo de hipoteca—, CAMY SANCHEZ-CAÑETE, CASSO ROMERO, CHICO Y ORTIZ, RODRÍGUEZ GARCÍA, COSSÍO y Co-

(4) Cfr., en este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 295; BALLESTER GINER, E., *Derechos reales*, Organización Bello, Valencia, 1989, pág. 296; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, III. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 290; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pág. 414; PAU PEDRÓN, A., *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, FUFAP, Madrid, 1996, pág. 175; DÍAZ GONZÁLEZ, C., *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 6; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías Patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 393; CASSO Y ROMERO, I., *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, págs. 588-589; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre el Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, págs. 1446-1447; RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., «Breve análisis comparativo de los sistemas hipotecarios alemán y español», en *RFDUC*, núm. 81, 1991-92, pág. 311; COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1968, pág. 324; GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «La extinción del crédito hipotecario», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 72, 1997, pág. 471.

RRAL —pero distingue la accesoriedad de la garantía con respecto al crédito, de la inseparabilidad de la responsabilidad real y personal—, y en último lugar a GÓMEZ GALLIGO, que defiende la accesoriedad de la hipoteca de la obligación que garantiza, si bien admite excepciones a esta regla general.

ROCA SASTRE (5) explica las relaciones entre el crédito y la hipoteca, diciendo que «el crédito hipotecario constituye una entidad compleja compuesta de dos elementos: el crédito y la hipoteca. Por ser ésta un derecho de realización de valor al servicio de la garantía de la efectividad de un crédito, éste aparece en un principio como elemento principal y la hipoteca como elemento accesorio. Esta posición de accesoriedad, que hace que lo accesorio siga a lo principal, se manifiesta en muchos aspectos, y uno de éstos es la cesión del crédito hipotecario». La accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito queda clara, y como consecuencia de esto, en la regulación legal del crédito hipotecario tiene una mayor importancia el derecho de obligaciones, quedando el derecho de cosas correspondiente a la garantía hipotecaria en un segundo plano.

En último lugar, conviene hacer referencia a la jurisprudencia —tanto registral como civil—, que también se ha decantado, de manera mayoritaria, por el carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito. Baste ver los siguientes ejemplos: Resolución de 22 de junio de 1995; Resolución de 17 de agosto de 1993; 3 de octubre de 1991; Resolución de 22 de mayo de 1988; 23 de diciembre de 1987; Resolución de 26 de mayo de 1986; Resolución de 4 de julio de 1984; Resolución de 23 de mayo de 1964; Resolución de 2 de noviembre de 1959. Refrendando la teoría de la accesoriedad se encuentran, también, las siguientes sentencias: STS de 6 de octubre de 1995; STS de 29 de junio de 1989; STS de 13 de julio de 1984; STS de 22 de noviembre de 1963; STS de 8 de noviembre de 1960; STS de 19 de mayo de 1958; STS de 23 de abril de 1957.

Siguiendo la línea determinada por estos antecedentes legislativos y jurisprudenciales, gran parte de la doctrina defiende la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación personal. El carácter accesorio de la hipoteca se manifiesta a lo largo de toda la vida del derecho real, desde su nacimiento hasta su extinción; ya que, en palabras de LACRUZ BERDEJO (6), la hipoteca depende de la obligación que garantiza «en el sí y en el cómo». Lo que implica que la hipoteca sigue al crédito tanto en su nacimiento (no nace hasta que lo hace el crédito), en su desenvolvimiento (transmisión del crédito, siempre con la hipoteca), y en su muerte (extinguida la obligación se extingue la hipoteca). Si bien, es en este último aspecto donde encontramos más excepciones a la accesoriedad, pues no siempre que se extingue la obligación se extingue inmediatamente la hipoteca, que pervive frente a terceros mientras no se cancele, o como en el caso que analizamos, persiste viva al no caducar su acción, tal y como afirma el Tribunal Supremo: «la prescripción del crédito ha de eliminarse como causa de extinción de la hipoteca», y continúa (defendiendo la accesoriedad), «si la prescripción de la acción personal impide acudir al principio de la responsabilidad universal (1911) podrá acudirse, por el contrario, a hacer efectiva la responsabilidad exclusivamente sobre los bienes afectados,

(5) Cfr. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pág. 502.

(6) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 295.

lo que implica admitir la subsistencia de la hipoteca aun prescrita la acción personal».

Admite el Tribunal Supremo, entonces, que la hipoteca «pervive» sin el crédito, hay una separación entre crédito e hipoteca; la prescripción del crédito ordinario no conlleva directamente la de la hipoteca; se están contrariando las ideas más básicas de la teoría de la accesoriedad. Todo esto hace replantearse esta teoría y hace necesario que nos fijemos en las nuevas ideas que se plasman en la teoría de la unidad del crédito hipotecario.

3.2. *Teoría de la unidad del crédito hipotecario o «integrista»*

Surge en el horizonte hipotecario un nuevo y sorprendente punto de vista para analizar la relación entre el crédito y la hipoteca. Los defensores de esta tesis no hacen simples matizaciones o críticas más o menos severas al principio de accesoriedad, sino que, a partir de ahora, cambian la perspectiva o consideración de la relación que une a la hipoteca con el crédito. La hipoteca ya no va a ser accesoría, ni tampoco independiente —como defienden los partidarios de la sustantividad de la hipoteca—, respecto al crédito. La influencia de la hipoteca va a ser tal en el crédito que, desde el momento que se constituye para asegurarlo, nace una nueva entidad compleja que es el crédito hipotecario, distinto del simple crédito. Ya no hay un crédito + una hipoteca, unidos por una relación de accesoriedad o separados por una mayor o menor autonomía de la hipoteca, sino que ambos elementos se funden en una nueva y única figura: el crédito hipotecario. A esta tesis se le denomina la de la unidad del crédito hipotecario, o como muy gráficamente califica REY PORTOLÉS (7), integrista.

El crédito hipotecario está dotado de caracteres tan propios que lo diferencian netamente de sus dos componentes iniciales —crédito personal y el derecho real de hipoteca—, y le caracterizan frente a cualquier otra figura, como una nueva y diferente.

Esta teoría surge gracias a la doctrina que, en sus investigaciones y estudios, se va dando cuenta de los errores de la teoría de la accesoriedad y de las especiales características del crédito hipotecario, basándose en determinados preceptos legales y situaciones reales. Los principales defensores de esta tesis son GULLÓN BALLESTEROS, AMORÓS GUARDIOLA y LALAGUNA DOMÍNGUEZ.

Aunque GULLÓN BALLESTEROS (8) no comparta del todo la tesis de la unidad del crédito hipotecario —pues piensa que éste se compone de dos elementos distintos tratados de forma unitaria, y no en una unidad distinta del crédito e hipoteca, nacida de la fusión de ambas—, sí que cree que existen una serie de supuestos que sólo son explicables desde la unidad del crédito hipotecario. Entre ellos, destaca la exigencia del artículo 149 LH de que el crédito hipotecario se inscriba en el Registro; la posibilidad de que aquél sea embargado para garantizar la ejecución forzosa de una obligación; el legado de crédito hipotecario puede ser anotado como si de un bien inmueble se tratase; y de

(7) Cfr. REY PORTOLÉS, J. M., *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pág. 53.

(8) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A., *El derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, págs. 96-111.

igual forma —como bien inmueble— se calificó en el Estatuto de la Recaudación de 29 de diciembre de 1949; aunque el crédito se haya extinguido en la vida civil, sigue existiendo para terceros gracias a los principios registrales, hasta que no se cancele; en la hipoteca de responsabilidad limitada se manifiesta la superioridad de la hipoteca con respecto al crédito; y por último, el antiguo artículo 164 del Código Civil, que obligaba a los padres a solicitar la autorización judicial correspondiente para enajenar o gravar los bienes de sus hijos menores, y su correlativo 231 RH de 1915, que exigía la misma autorización para cancelar los créditos hipotecarios por los padres a favor de sus hijos menores, ponían de manifiesto que, extinguido el crédito, la hipoteca no se extinguía de igual forma por accesoriedad, sino que era necesario cancelarla con la debida autorización judicial, luego la accesoriedad de la hipoteca no parecía tener aplicación en este caso, pues a pesar de que el padre, representante de su hijo, podía extinguir por sí sólo el crédito, no podía cancelar la hipoteca que lo aseguraba (9).

Probablemente, sea LALAGUNA DOMÍNGUEZ (10) el autor que más lejos ha llevado la teoría de la unidad del crédito hipotecario, o al menos el que más relevancia o resonancia ha tenido entre los hipotecaristas, debido a sus artículos publicados.

Defensor a ultranza de la unidad del crédito hipotecario, su tesis se basa en afirmar que la teoría de la accesoriedad es insuficiente para explicar la verdadera estructura y complejidad del crédito hipotecario. No es válida la teoría de la accesoriedad porque: *a)* siendo una idea común a todas las garantías —deben asegurar el cumplimiento de una obligación—, no explica la función específica de la hipoteca; y *b)* porque no alcanza a explicar el cambio que opera el derecho real de hipoteca en el crédito.

Para este autor la relación que une al crédito y a la hipoteca es más profunda que la mera relación de accesoriedad, lo que se traduce en que «el régimen jurídico del crédito hipotecario no es simplemente el resultado de la suma de efectos de un derecho personal y un derecho real» (11). Para él, cuando se conectan el crédito y la hipoteca se produce «un cuadro de efectos que es el resultado de un juego de recíprocas influencias entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas». De esta manera, el crédito hipotecario queda situado en un área de influencia mixta entre ambos Derechos, ya que uno influye sobre el otro, dotando al crédito hipotecario de una regulación propia y específica, desde cuya perspectiva debe analizarse. Por consiguiente, el crédito hipotecario no queda exclusivamente regido por el Derecho de obligaciones —como sería lo normal al tratarse de un derecho personal—, sino que queda gobernado por principios y normas propias del Derecho de cosas, debido a la enorme influencia que la hipoteca ejerce sobre el crédito, lo que en algún momento le lleva a dejar a este en segundo plano.

(9) De todas formas, esto ha cambiado con las últimas reformas del RH, ya que el trabajo anteriormente citado se escribió en 1957, y posteriormente, tras la reforma de 1982, se exime de la necesidad de dicha autorización para cancelar los créditos hipotecarios.

(10) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los créditos hipotecarios*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, págs. 11-97.

(11) Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Los créditos hipotecarios», *ob. cit.*, pág. 14.

Por esto mismo, algún autor (12) no ha dudado en criticar a LALAGUNA, diciendo que con su tesis se «cosifica» el crédito hipotecario, olvidando en cierta forma, la parte del Derecho de obligaciones que dirige la vida del crédito hipotecario.

Para LALAGUNA, dos son los principios que rigen el conjunto de efectos derivados del complejo entramado que forma el crédito hipotecario: 1) la relación de garantía es accesoria de la relación personal entre deudor y acreedor, 2) la relación personal pasa a un segundo plano ante la nueva significación real que el derecho de hipoteca confiere al crédito.

Esta significación real del crédito hipotecario se manifiesta en que, desde el punto de vista de la naturaleza del derecho, y a diferencia del derecho que corresponde a los acreedores comunes, se puede decir que el derecho de los acreedores hipotecarios goza de autonomía; y desde el punto de vista del contenido del derecho, gracias a la hipoteca se introduce en el derecho del acreedor un elemento nuevo, que es la finca. Ahora el objeto del derecho del acreedor no es sólo un valor realizable, sino una cosa que forma parte de su patrimonio.

Como ejemplos y consecuencias de la unidad del crédito hipotecario, que se traduce en una importante influencia del derecho real de hipoteca, que lleva a dotarle de significación real, regulado por un régimen jurídico especial donde confluyen tanto normas del Derecho de obligaciones, como sobre todo del Derecho de cosas, se pueden destacar los siguientes: en cuanto a la realización del crédito, para LALAGUNA existe la acción hipotecaria, y de modo subsidiario la acción personal, cuando los bienes hipotecados hayan resultado insuficientes; con relación a la extinción del crédito hipotecario hay que decir que no siempre que se extingue la obligación garantizada lo hace la hipoteca—consecuencia normal de la accesoriidad—, sino que es necesario que ésta se cancele para que deje de existir; y por último, en cuanto al plazo de prescripción de la acción hipotecaria, hay que decir que goza de un plazo especial de prescripción de veinte años, debido a que el crédito hipotecario que protege es un crédito real especial, regulado por su régimen jurídico propio.

Coincidiendo con LALAGUNA en considerar como una unidad al crédito hipotecario, y discrepando en sus razonamientos, AMORÓS GUARDIOLA (13) se presenta como el adalid—en palabras de REY PORTOLÉS— de los representantes de esta postura doctrinal.

En su inacabado artículo «La unidad del crédito hipotecario», AMORÓS explica la compleja estructura del mismo. El crédito hipotecario está compuesto por dos elementos distintos: crédito e hipoteca. Cada uno de ellos pertenece a dos mundos distintos, gobernados por principios distintos. Mientras uno pertenece a los derechos personales, el otro a los reales; el primero no es susceptible de inscripción registral, mientras que el segundo la necesita para constituirse; el primero se apoya en la responsabilidad patrimonial universal, y el segundo la concreta en unos bienes determinados. ¿Cuál es la relación o la unión entre estos dos elementos tan dispares? La naturaleza de la conexión entre ambos dará lugar a las dos teorías más importantes: si son sólo dos

(12) Cfr. GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «La extinción del crédito hipotecario», *ob. cit.*, págs. 482 y 500-504.

(13) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1985, págs. 547-578.

elementos distintos pero interrelacionados por una relación de accesoriedad, se tratará del dogma de la accesoriedad de la hipoteca; si por el contrario ambos elementos se unen en una realidad «superior, compleja, distinta y unitaria» (14), se está ante la unidad del crédito hipotecario.

Pues bien, AMORÓS GUARDIOLA es partidario de esta segunda tesis. El crédito hipotecario es una realidad distinta a los dos elementos que la integran, dotada de sus propias características y regulación. Asimismo, es objeto de inscripción en el Registro todo el conjunto y no sólo el derecho real de hipoteca. Lo que se inscribe es el conjunto «crédito hipotecario», de tal forma que en su inscripción se hace difícil distinguir los elementos de uno y otro componente. Pero, no se puede olvidar que, además del crédito hipotecario inscrito, existe el crédito ordinario que subyace siempre por debajo del mismo en la realidad extraregistrarial.

Este autor salva los escollos que ciertos artículos del Código Civil pueden suponer para la unidad del crédito hipotecario, favoreciendo la teoría de la accesoriedad, diciendo que el artículo 1.857 del Código Civil, que dice claramente que las hipotecas se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal —de donde la hipoteca es, entonces, accesorio—, sólo está proclamando la función de garantía de la hipoteca. Este artículo «apunta más a la causa funcional del contrato en que se establece la garantía hipotecaria que al grado de conexión entre hipoteca y crédito garantizado» (15).

Posteriormente, muestra una serie de sentencias (16) que apoyan la tesis de la unidad del crédito hipotecario, y resume las razones prácticas más importantes para la defensa de esta postura, en las siguientes: en muchos casos el obligado al pago del crédito garantizado es el dueño de la finca hipotecada; el comprador de finca hipotecada se subroga en la posición del deudor; crédito e hipoteca son inseparables; en el Registro se inscribe el crédito hipotecario y no sólo la hipoteca; y sólo se explica el plazo especial de prescripción de las acciones hipotecarias si se considera al crédito hipotecario como una unidad.

4. CONCLUSIONES

Parece que la especial unión entre crédito e hipoteca como una nueva unidad explicaría mucho mejor el distinto plazo de prescripción de la acción hipotecaria. Al ser una entidad distinta, y tratarse de un crédito distinto (hipotecario = ordinario + hipoteca, pero más que eso), es lógico que el plazo de prescripción de su acción sea distinto, pues no se trata de un crédito ordinario, sin más, al que se «añade» una hipoteca. Desde mi punto de vista, con esta tesis, sí que encuentra justificación el plazo de prescripción distinto, y no tanto la accesoriedad, que no acaba de poder dar un razonamiento al mismo sin que quiebren sus principios.

(14) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», *ob. cit.*, pág. 552.

(15) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», *ob. cit.*, pág. 558.

(16) Cfr., en este sentido, las siguientes sentencias: STS de 15 de mayo de 1958, STS de 28 de noviembre de 1953, STS de 29 de octubre de 1953 y STS de 22 de noviembre de 1943.

Es más, de las propias palabras de la sentencia que se comenta, parece deducirse que el crédito hipotecario es algo distinto de sus elementos y que por eso tiene distinto plazo de prescripción la acción hipotecaria, y que puede existir hipoteca sin crédito; sin embargo, no cuadra con que antes de señalar este extremo siga manteniendo como dogma la accesoriedad. ¿No habría que ser un poco más flexible, y replantearse que, hoy en día, aunque sea por su aspecto funcional, la hipoteca está ganando terreno en muchos aspectos al propio crédito, en teoría principal?

No comparto todos los planteamientos de la tesis de la unidad, pero creo que la accesoriedad está hoy superada en muchos asuntos a los cuales no puede dar una buena explicación, como es éste. Por tanto, repito la necesidad de que el Alto Tribunal estuviera un poco más pegado a la realidad y fuera capaz de ver las quiebras a la accesoriedad, como en este caso, y no mantenerla a ultranza aunque no dé respuestas válidas a determinados problemas.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

LA DESHEREDACIÓN. ESTUDIO DE DIVERSAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE DESHEREDACIÓN. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL: SENTENCIA NÚMERO 881/2003 DE 25/09/2003 (1), SENTENCIA NÚMERO 632/1995 DE 26/06/1995, SENTENCIA NÚMERO 675/1993 DE 28/06/1993, SENTENCIA NÚMERO 5886/1990 DE 16/07/1990, SENTENCIA NÚMERO 4760/1990 DE 15/06/1990, SENTENCIA NÚMERO 1558/1980 DE 07/03/1980, SENTENCIA NÚMERO 954/1977 DE 4/11/1977, SENTENCIA NÚMERO 3408/1975 DE 30/09/1975, SENTENCIA NÚMERO 125/1959 DE 23/01/1959.

Antecedentes.—Vuelvo otra vez a tocar el tema de la desheredación por la importancia que tiene y por entender que puede una relevancia mayor en un futuro no muy lejano si el Tribunal Supremo o el legislador miran con otros ojos el juego de esta institución.

Al hilo de una conferencia sobre la *Revisión de la desheredación en el Código Civil* (2), cuyo planteamiento me resultó sugestivo, me propuse recogerlo y dar en esta sección unas pequeñas pinceladas sobre la evolución de la jurisprudencia en esta materia. Partía de la defensa a ultranza que hace el Código Civil del desheredado para, inmediatamente después, proponer la revisión de su regulación cuando se den circunstancias que indiquen una dejación de los deberes conyugales o filiales, tales como el abandono asistencial, ya se produzca éste en un centro o en una casa.

(1) Ya se analizó esta sentencia en el número 682 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril de 2004, págs. 1059-1061, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

(2) LASARTE, C., *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 19 de mayo de 2005.

Doctrina.—La desheredación viene recogida en los artículos 848 y siguientes del Código Civil. Regula con minuciosidad este texto legal la desheredación de modo que todo son pegos y restricciones para poder desheredar, siendo necesario que se den todos y cada uno de los requisitos exigidos: sólo puede tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley —art. 848 del Código Civil—, ha de hacerse en testamento —art. 849 del Código Civil—, pero esto no es suficiente sino que ha de expresarse en el mismo la causa legal en que se funde —art. 849 del Código Civil— ha de hacerse de forma clara y patente, la carga de ser cierta la causa de la desheredación recae sobre los herederos del testador si el desheredado la niega —art. 850 del Código Civil—.

COMENTARIO

Dentro de los temas que aparecen en las sentencias del Tribunal Supremo sobre desheredación revisten especial interés los siguientes:

1. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA DESHEREDACIÓN

Como antes se ha expuesto, el Código pone muchas cortapisas para que la desheredación se lleve a cabo, y, además, se impone una interpretación restrictiva. Esta línea es seguida por muchísimas sentencias, tanto de las Audiencias como del Supremo, a modo de ejemplo citaremos la del Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 1993, al poner de manifiesto que esta institución ha de interpretarse de modo restrictivo, que así lo proclama el artículo 848 del Código y abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legítimaria, no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*.

La sentencia de 4 de noviembre de 1977 dice que «la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley».

El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de septiembre de 1975, dice que es un Principio General del Derecho *odiosa sunt restringenda*. En la materia que nos ocupa, la mayoría de las sentencias del Supremo son sumamente restrictivas, lo que hace que se reduzca mucho la aplicación de esta institución.

2. PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR (ART. 851 DEL CÓDIGO CIVIL)

Las facultades de disposición testamentaria del padre en relación con los hijos son claras, en primer lugar, puede disponer de sus bienes respetando la legítima, ya que, como dice la sentencia del Supremo, de 23 de enero de 1959, «los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de éstos, que a la legítima estricta..., todo lo demás depende de su soberana voluntad».

El artículo 851 del Código establece una nulidad limitada o restringida de la institución de heredero, pero salva todas las demás disposiciones testamentarias, siempre que no perjudiquen la legítima. Como dice la sentencia, antes

citada, de 23 de enero de 1959, «desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado», que será la legítima estricta, ya que habiendo otros hijos hay que estar a la voluntad del testador sobre el tercio de mejora y el de libre disposición. Continúa esta sentencia diciendo que «los derechos del heredero necesario, frente al testador, quedan reducidos a la legítima estricta, pues la voluntad expresa de éste de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial, en aquella parte cuya atribución a éste depende, conforme a la ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución».

3. LA RECONCILIACIÓN POSTERIOR DEL OFENSOR Y DEL OFENDIDO. DIFERENCIA ENTRE PERDÓN Y RECONCILIACIÓN

Según el artículo 856, si ya se ha realizado la desheredación, la posterior reconciliación priva de efectos a la desheredación hecha y, si, a pesar de haber existido justa causa para desheredar no lo hubiese ordenado así el testador, ya no puede hacerlo, ya que se le priva de su derecho a desheredar.

Siguiendo con la reconciliación, se ve como esta norma diferencia, según se haya formalizado en testamento la desheredación o no, si bien el efecto es el mismo: la no desheredación, ya sea porque se priva de eficacia a esa disposición testamentaria, ya sea porque se le priva del derecho a desheredar a partir de ese momento.

Se suele distinguir entre perdón y reconciliación. El primero, a pesar de que la Real Academia Española de la Lengua lo define como la «remisión de la pena merecida, de la ofensa recibida o de alguna deuda u obligación pendiente», no hay que olvidar que el artículo 856 sólo se refiere a la reconciliación y no al perdón.

El perdón supone un acto unilateral del desheredante y no tiene por qué implicar reconciliación. La reconciliación parte de una relación recíproca, es un acto bilateral.

Lo anteriormente expuesto hace que nos formulemos diversas preguntas: ¿hay que considerar incluido el perdón en el artículo 856?, ¿tiene que ser expreso?, ¿requiere una forma especial?

A pesar de que el 856 no hace referencia alguna al perdón, se suele incluir siempre que sea especial y concretamente concedido y tenga en cuenta el hecho constitutivo de la causa de desheredación, no siendo necesario documento público, si bien hay quien piensa que si los hechos no muestran una reconciliación, la certeza de la remisión debe resultar de un testamento o, por lo menos, de un escrito autógrafo del desheredante (3).

Diversos hechos pueden implicar un perdón tácito como es el realizar una donación o legado al supuesto desheredado.

Existe una sentencia del Supremo muy antigua, de 4 de noviembre de 1904, que no admite como reconciliación la frase «que le perdonaba de corazón las ofensas». No es de extrañar la interpretación del Alto Tribunal, si se tiene en cuenta la ubicación del mensaje de perdón, ya que dicha frase venía recogida en la propia cláusula de desheredación.

(3) ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, tomo III, Madrid, Trivium, 1991, pág. 814.

Admite el Supremo la reconciliación en la sentencia de 24 de octubre de 1972, en la que una entrevista entre padre e hijo, en la que se encontraban presentes varias personas, no deja ninguna duda sobre la finalidad conciliatoria de la misma, la petición de perdón, la concesión de éste y el abrazo que, tras una y otra, sellan las buenas relaciones que quedan restablecidas entre padre e hijo. En este caso no sólo hubo perdón sino que hubo, también, reconciliación con lo que las injurias graves que el hijo había proferido contra su padre quedaron sin efecto.

4. EL MALTRATO DE OBRA COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN

Entiende el Supremo, en sentencia de 26 de junio de 1995, que entraña maltrato de obra la conducta de un hijo que expulsa a su madre de la casa. El hijo alegaba para impugnar el maltrato de obra como causa de desheredación recogida en el testamento, que no fue él, personalmente, el autor de la expulsión sino su esposa, pero él no adoptó medida alguna al respecto.

No es necesario, según el Alto Tribunal, el empleo de la fuerza física para que la conducta del hijo se reputa como maltrato y, como tal, encuadrado dentro de la norma del artículo 853.2 del Código Civil. Reputa correcta la desheredación, máxime cuando al salir de la casa pasó a ocupar una vivienda cercana en estado ruinoso, viviendo precariamente y sin ser mínimamente atendida por su descendiente durante los años siguientes.

5. LAS INJURIAS GRAVES COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN

No se admiten como injurias graves las declaraciones de la hija al prestar declaración en el procedimiento de divorcio de sus padres cuando al ser preguntada sobre «la condición única de empleada de cierta señorita aclaró: *no es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada, y además la amante de mi padre*». En esta sentencia se dice que no pueden tenerse en cuenta las alusiones genéricas a otras injurias o insultos.

Se admiten, sin embargo, como injurias graves las expresiones proferidas por las hijas a su padre en el procedimiento eclesiástico de separación de aquél y que se dan como probadas, le llamaban «hijo de perra cabrón», «cabrón, hijo de...», «hijo de perra», y, como se dice en la sentencia de 16 de julio de 1990, «si todas estas expresiones se dan como probadas, resulta evidente que todas y cada una de ellas son constitutivas de injurias graves previstas en el número 2 del artículo 853 del Código Civil».

6. OTRAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN

Al hacerse una interpretación restrictiva de las causas de desheredación quedan excluidas causas que podrían entenderse comprendidas dentro del maltrato de obra recogido en el artículo 853, número 2. A continuación se analizan dos sentencias del Supremo que optan por soluciones bien distintas. Es de justicia poner de manifiesto que la más reciente adopta una solución que encaja perfectamente en las normas del Código y en las más elementales normas de carácter ético.

En primer lugar, veamos la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2003, en la que se plantea la desheredación de la esposa *por incumplimiento de los deberes conyugales*. En este caso el esposo testador interpuso demanda de separación el año 94. Quedó entonces demostrado que las relaciones entre los cónyuges no eran buenas y que su mujer se fue a España el año 92, dejando a su marido en Venezuela. Él sufría un cáncer maligno que hizo que se le practicaran dos intervenciones quirúrgicas, una en mayo del 93 y otra en mayo del 94. Posteriormente regresó a España donde falleció en casa de sus hijos en enero del 95. El testador afrontó solo dicha enfermedad, no constando que la esposa fuese a Venezuela a atenderlo. Parece evidente que no ayudó en absoluto a su marido en esos momentos tan duros. Como dice el Supremo, debería haber prestado «asistencia... moral, física, apoyo, comprensión... a lo que estaba obligada conforme disponen los artículos 67 del Código Civil... y 68».

En contraposición con la solución dada en la sentencia anterior, tenemos la de 28 de junio de 1993, en la que se dice que: «la falta de la relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia».

Si todas estas circunstancias corresponden al campo de la moral, y, desde el punto de vista jurídico, no se le pueden exigir a la hija deberes para con su padre, cabe preguntarse si es justo que el padre tenga obligaciones de carácter sucesorio para con ella, a pesar del abandono total que ha estado padeciendo, ¿no hay maltrato en este tipo de conductas?...

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

COMPRAVENTA. OBJETO Y DETERMINACIÓN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JUNIO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—Con fecha 14 de septiembre de 1995, se suscribe un documento por el que se vende un local y el negocio llevado a cabo en el mismo. Del precio de la venta el comprador entrega una determinada cantidad comprometiéndose a remitir el resto en una determinada fecha, fecha en la cual se estipula se hará el cambio de titular en el negocio, al mismo tiempo que el demandante entregará un cheque por valor del resto del precio acordado. Se acuerda con la vendedora que desde el 14 de septiembre hasta el 18 de octubre de 1995, el comprador visitará diariamente el negocio a fin de constatar la actividad y productividad del mismo, y en virtud de ello el comprador acude diariamente al local objeto de contrato, a las horas que la vendedora le indica, coincidentes con las de recepción a los proveedores y devolución de los periódicos no vendidos. El 16 de octubre de 1995 las partes suscriben un

nuevo documento complementario del anterior en el que consta que la vendedora recibe una determinada cantidad y un cheque por importe del resto fechado a 25 de noviembre siguiente para ser canjeado por otro nominativo en la fecha de la escritura y también se hace constar que el comprador recibe las llaves del local objeto del contrato. El comprador estima que fue engañado por la demandada, que, según él, le hizo creer que los ingresos mensuales netos del negocio ascendían a una cantidad cuando en realidad estos eran muy inferiores.

Doctrina.—La entrega de la cosa vendida constituye la obligación principal del vendedor. Entrega quiere decir, sustancialmente, misión de la posesión al comprador, y se define la entrega como el transferimiento de la posesión jurídica de la cosa, que hace adquirir su propiedad o derecho real por el comprador. El pago viene a ser una relación de liquidación o extinción integrada en la fase liquidatoria de un negocio jurídico, y que no puede por ello constituir otro negocio jurídico, sino solamente una de las varias relaciones jurídicas que pueden integrarse o desarrollarse a lo largo de la vida de cada contrato (1). El comprador está obligado a pagar el precio del bien que adquiera y si no lo hace nos encontramos ante una voluntad decidida de no cumplir esa primordial obligación. Así el contratante que satisface su prestación es el que puede pedir el cumplimiento del contrato y también su resolución con indemnización de daños y perjuicios (2). Desde el punto de vista objetivo, el cumplimiento tiene que realizarse exactamente en la forma establecida en el acto constitutivo de la obligación. La prestación a cumplir ha de ser la pactada y no otra distinta. Para determinar cuándo se cumple en debida forma, se tendrá en cuenta la naturaleza del objeto debido. En el caso de deuda de la cosa o prestación específica, dice el artículo 1.166 del Código Civil, que el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aún cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor. En el caso de autos, objeto del contrato, fue única y exclusivamente el negocio que se ejercía en el local vendido y no el negocio de reparto de prensa a domicilio.

Paralelamente a esto decir que, la invocación al artículo 1.282 del Código Civil para hacer una amplia modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida, en contra del criterio de la Audiencia, está en contradicción con la jurisprudencia de la Sala establecida sobre la base del principio *in claris non fit interpretatio*, que viene sosteniendo que las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289, ambos inclusive, del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tienen rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidarias respecto de la que preconiza la interpretación literal (3).

(1) Véase la STS de 10 de noviembre de 2003.

(2) En este sentido se pronuncian las SSTs de 12 de junio de 1986, 9 de mayo de 1994 y 24 de noviembre de 1995.

(3) Véanse las SSTs de 25 de febrero de 1998, 3 de noviembre y 22 de diciembre de 2003.

En este análisis jurisprudencial se hace una mención especial al concepto legal de dolo, exigiendo el mismo dos elementos: uno, el empleo de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que tanto pueden consistir en acciones como en omisiones; y otro, la inducción producida por las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte en términos tales que la determina a celebrar el negocio. El dolo no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que inicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son: Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la reclamación negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas. Que la voluntad del declarante quede iniciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia. Que sea grave si se trata de anular el contrato. Que no hay sido causada por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (4). Así pues, el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue, no bastando al efecto meras conjeturas y se necesita constancia de que fueron utilizadas palabras o maquinaciones al efecto como conducta insidiosa para provocar la declaración negocial y aun cuando sea admisible el dolo negativo o por omisión, siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico, no es posible reprochar a la vendedora el empleo de sugerencias o artilugios de ningún género para incidir en la contratación.

COMENTARIO

En la presente litis la circunstancia de que retirara la mercancía para los dos negocios era el motivo de la existencia de una sola factura, pero esta circunstancia no influyó en el trato, en el que no se prevé el importe del rendimiento del negocio, ya que el comprador tenía perfecto conocimiento de la cantidad de prensa y revistas que se vendían diariamente en el local, conocimiento este adquirido en el mes en que acudió al mismo para conocer la retirada de mercancía que se hacía de madrugada, así como el reparto a domicilio, y después de efectuarlo, ya en hora comercial, se abría el local en que estaba instalado el negocio para atender a la clientela, clientela esta distinta de la que suministraba la vendedora a domicilio. Y es que como ya se ha mantenido de forma reiterada por la jurisprudencia, el problema del cumplimiento o incumplimiento de un contrato es cuestión de hecho, que no se puede impugnar en casación salvo error de derecho en la apreciación de la prueba con cita de la norma infringida, error de derecho, que es el único medio para revisar la valoración probatoria exigiendo no sólo la cita del supuestamente infringido sino también la exposición de la nueva resultancia probatoria. En este sentido mantiene la Sala que cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en su trascendencia jurídica, no basta el mero incumplimiento parcial para

(4) Véase la STS de 29 de marzo de 1994.

la resolución del contrato, pues, en homenaje al respeto al mismo, ha de patentizarse una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, o bien la producción voluntaria de un hecho obstativo, definitivo o irreformable que impida su cumplimiento, valoraciones jurídicas, que ha de ponderar la Sala a través de unos supuestos de hechos dados. Además, alegando por la compradora la existencia de un incumplimiento de su obligación de entregar la cosa de la cualidad pactada en cuanto a su rendimiento, es de tener en cuenta la consolidada doctrina de esta Sala que se orienta a entender que se estará ante la falta de entrega o de entrega de cosa distinta y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada.

ISABEL MORATILLA GALÁN

EJECUCIÓN DE OBRA: POR AJUSTE O PRECIO ALZADO. RESPONSABILIDAD DECENAL POR RUINA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—El tema litigioso se centra en la paralización de la ejecución de una obra porque el dueño de la misma se opone a la modificación del proyecto a su costa, y conviene adelantar para mayor claridad que no hay causa imputable alguna a dicho comitente. La pretensión de modificación del proyecto responde a la intención de los agentes constructivos de cambiar la ubicación de la rampa de acceso a la vivienda porque no se podía construir con arreglo a como estaba proyectada, dado que, al haberse realizado la solera a un nivel más bajo del previsto en el proyecto, la rampa tendría una mayor pendiente que la haría impracticable, pero no existe razón que justifique la construcción de la solera a ese nivel más bajo. Es cierto que como consecuencia de tener que hacer una excavación superior a la proyectada para llegar a terreno firme aumentó la altura de los muros de cimentación respecto del proyecto, pero ello no justifica que se haya de bajar la solera. La construcción de ésta, sin comprobar el nivel de placa y sin autorización de los arquitectos, determina la responsabilidad del contratista y la falta de vigilancia adecuada, la del aparejador.

Doctrina.—El problema del caso de autos se centra en el incremento de obra que ocasiona la mayor dimensión vertical de los muros de cimentación con la finalidad de llegar a terreno firme y es que, evidentemente, alcanzar la cota de solera proyectada determina un aumento del coste de la obra, pero ello no implica: *a)* que deba repercutir en el precio convenido por ajuste precio alzado, en virtud del principio de invariabilidad recogido en el artículo 1.593 del Código Civil; *b)* ni suponga aumento de obra a los efectos previstos en la cláusula contractual; *c)* ni precise de otra actuación que la instrucción del arquitecto que la hubo, sin necesidad de una especial modificación del proyecto definitivo, por cuanto las medidas de los muros de cimentación tienen «carácter orientativo». El contrato por ajuste alzado supone para el constructor la exigencia de aplicar su experiencia para calcular el coste total

de la obra y apreciar la posibilidad de eventualidades e imprevistos que pueden aparecer en el transcurso de la misma, y que debe asumir. Una cosa es que quepa matizar el principio de invariabilidad del precio de una obra contratada por ajuste alzado en determinadas hipótesis de trabajos necesarios y a fin de evitar el enriquecimiento injusto, que es el pensamiento que subyace en la resolución recurrida (1), y otra distinta que quepa comprender en tal doctrina el supuesto de autos. No resulta aceptable atribuir al dueño de la obra el incremento del coste de la misma, ni directamente mediante la supuesta necesidad de una modificación del proyecto; ni indirectamente, tratando de compensar la mayor profundización del muro o cambiando la cota de la solera con la subsiguiente consecuencia, a cargo del comitente, de la modificación a efectuar en la rampa de acceso. Todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad de los arquitectos respecto de los otros agentes intervinientes en la construcción, ya que la absolución de aquellos en este proceso afecta sólo a la relación con el comitente. Además, la paralización de la obra es imputable a los demandados que, al llevar a cabo una actuación constructiva irregular, pretendieron forzar un cambio en el proyecto en relación con la rampa de acceso, haciendo recaer sobre el dueño de la obra el incremento económico. Nos encontramos, pues, ante una actuación de incumplimiento culpable de la que se deriva que deban responder de los conceptos expresados en la sentencia mencionada, incrementos de precio, gastos adicionales e indemnización de daños y perjuicios por ser todos ellos razonables en relación con las circunstancias del caso. Un análisis de la existencia o no de mala fe nos conduciría a circunscribir el tema a la valoración de determinadas conductas deducidas de unos hechos (2). Además, debemos también aludir en este momento a la actualizada doctrina de la Sala, atinente a que la institución del litisconsorcio pasivo necesario no opera en las responsabilidades derivadas de la construcción de edificios a que se refiere el artículo 1.591 del Código Civil, pues no es precisa la llamada al proceso de todos los intervinientes en el hacer constructivo, dado el principio de responsabilidad solidaria, por no poderse concretar y depurar las diversas conductas y actividades concurrentes y que ocasionaría la integración de las responsabilidades plurales que surgen como prioritarias, si se individualizan con específica atribución a cada uno de los actuantes en la ejecución de las obras. Esta responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles y ello sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relaciones internas, se puedan utilizar las acciones de repetición que en su caso procedan por los que se declaren responsables y resultan condenados respecto a los demás intervinientes en la obra. En todo caso, los demandados contaron con los medios procesales suficientes para lograr su absolución, demostrando ausencia de culpabilidad civil, y por ello su exoneración de las responsabilidades que les son exigidas en esta litis, pero en cualquier caso sin la efectividad de la institución de litisconsorcio pasivo para procurar una absolución cuando efectivamente deben ser condenados (3). Además si el sentido de la responsabilidad solidaria por vicios ruinógenos

(1) Véase la STS de 12 de enero de 1999.

(2) Véase la STS de 17 de septiembre de 2003.

(3) Véanse las SSTs de 29 de noviembre de 2002, 6 de mayo y 7 de noviembre de 2003.

responde precisamente a la dificultad de fijar el grado de culpa que corresponde a cada partícipe en el proceso constructivo siendo incoherente que, demostrada la culpa del constructor en las deficiencias de estructuras y cubiertas, éste proponga una asignación de cuotas desde su propia valoración de la prueba y entendiendo más importante o fundamental la del arquitecto o la del aparejador, y todo ello desde la perspectiva de maximizar la culpa de estos últimos y minimizar la propia en un mal hacer compartido.

COMENTARIO

De lo razonado se deduce que no es necesario ningún acuerdo del dueño de la obra para que la misma se lleve a cabo conforme a lo proyectado y contratado, sin que sea aceptable la interpretación de la cláusula contractual efectuada por la sentencia de instancia. De ahí que consideremos sea determinante la condena a la constructora y al aparejador al cumplimiento del contrato por ser factible la realización de la obra proyectada y fácilmente subsanable el defecto cometido. De darse el incumplimiento, éste debería ser de tal entidad que impidiese el fin normal del contrato frustrando las legítimas expectativas de la parte, no lo constituye así el mero retraso. La voluntad rebelde que se exige en el incumplidor puede relevarse por su prolongada inactividad o pasividad frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte, pero para resolverse todo contrato, en el mismo no se necesita una actividad dolosa del incumplidor sino que basta que se frustre el contrato por la contraparte sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las expectativas contrarias.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD AQUILIANA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL OPERARIO Y DEL ARQUITECTO TÉCNICO. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PROPIETARIA DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE OCTUBRE DE 2004.)

Antecedentes.—Los hechos que dan lugar a la interposición de la demanda son los siguientes:

1. Se estaba ejecutando la construcción de un hotel. La empresa propietaria del inmueble contrató los servicios de un arquitecto y de un arquitecto técnico para la realización del proyecto y para el control de ejecución del mismo.

2. La víctima, esposo de la demandante, se hallaba en la cubierta del edificio en construcción cuando fue golpeado en la cabeza y costado derecho por el contrapeso de una grúa que sobresalía 1,5 metros de la cubierta. Debido a la fuerza con la que recibió el golpe se precipitó al vacío, produciéndose el fallecimiento.

3. La grúa era manejada por un empleado de la empresa que fue contratada para la utilización de la grúa, en el momento del suceso el operario se

encontraba en una zona del edificio desde la que no era visible la parte trasera de la grúa.

El Juzgado de Primera Instancia condenó al operario de la grúa y al dueño de la misma a indemnizar a la viuda con una cantidad de dinero, exonerando de responsabilidad al resto de los demandados. Se interpuso recurso de apelación y la Audiencia extendió la responsabilidad a la empresa propietaria del inmueble y al arquitecto técnico. Se recurrió por éstos la sentencia.

Doctrina.—El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense.

La sentencia establece:

«Los motivos han de aceptarse porque, en efecto, no es posible, siguiendo abundante jurisprudencia, imputar una responsabilidad a quien, como la recurrente, se limita en su objetivo de que se realicen unos trabajos en su propiedad, al encargar ese cometido a una empresa como es la contratista y, con los debidos asesoramientos técnicos del arquitecto y aparejador, limitándose, pues, tras efectuar ese encargo, a cumplir con sus obligaciones de pago de la prestación conferida, sin que, en absoluto, intervenga o actúe dentro del campo estricto de esa ejecución, por lo que, cuando, como en autos, el siniestro se produce por esas negligencias, tanto en el manejo de la grúa como en la falta de vigilancia en su operación, nada de ello puede afectar a quien, se repite, se ha limitado a una actuación por completo al margen de esa ejecución, dentro de la cual se produjo el evento dañoso y, sin que sea vinculante en este orden civil, que ha de actuar dentro del campo estricto de la responsabilidad aquiliana ex artículo 1.902 del Código Civil (sería ocioso recordar la distinción en materia o afines de la responsabilidad civil aquiliana de este art. 1.902 de ineludible exigencia, entre otros, del nexo causal de causalidad en el ilícito, con la de ubicación en el Derecho Laboral, e incluso, con la del art. 1.591 del Código Civil, donde la empresa, si además, actúa como promotora, responde en su caso *in solidum* con los demás intervinientes), las posibles extensiones de una responsabilidad derivadas de superadas relaciones entre las partes dentro del contrato de trabajo, superándose los moldes ordenancistas que sólo privarían en el campo laboral, por el objetivo conocido de tutela de los trabajadores, por lo que, en consecuencia, con la acogida de los motivos, se estima el recurso y, actuando ex artículo 1.715-1-3 LEC, se comparte la recta tesis en ese particular de la sentencia del Juzgado cuando afirma en su F.J. 5.º: “Por lo que respecta a la llamada al pleito a la empresa comitente, hay que señalar que se limitó a contratar la ejecución de la edificación con personas que se suponían capacitadas y, con la titulación profesional adecuada al efecto —como fueron un arquitecto, un aparejador y diversos encargados parciales de la obra— sin que aquélla tuviera ningún tipo de intervención en la dirección y ejecución de los trabajos, ni consta tuviese conocimiento de la situación de riesgo que, en definitiva, provocó el siniestro. Por ello, no puede exigírsele ningún tipo de responsabilidad”. En tal sentido, la STS de 9-9-1984, expresa que “no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se

hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia”, reserva que en el presente caso no se dio».

COMENTARIO

1. LA CULPA COMO BASE DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y LA EVOLUCIÓN A LA TEORÍA DEL RIESGO

La base de la responsabilidad extracontractual de nuestro sistema, es la responsabilidad por culpa, así lo pone de manifiesto el contenido del artículo 1.902 del Código Civil al establecer: «El que por acción u omisión causa daño a otro intervinendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado». Esto es, el autor del daño es el que responde porque el daño se ha producido por su culpa. Como afirma RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ (1): «No debe responder del daño el que se ha comportado con la diligencia debida», planteamiento perfecto si basamos exclusivamente la obligación de reparar el daño en la culpa o la negligencia del causante del daño.

Sin embargo, este criterio ha ido avanzando al tiempo que la sociedad ha ido progresando e industrializándose. La razón de esta variación es consecuencia de la aparición de situaciones de riesgo, que han provocado la dificultad de probar por el dañado la culpa del agente. Como afirman DÍEZ PICAZO y GULLÓN (2): «...La quiebra se produjo en los accidentes de trabajo. La responsabilidad por la culpa del patrono podía mantenerse en una industria artesanal, en la que era fácil la apreciación de las conductas, pero inviable cuando se trataba de maquinaria. MIOC señaló la paradoja de que a medida que el trabajo aumentaba, también lo hacía la posibilidad de accidentes y la imposibilidad para el obrero de probar la culpa del patrono».

Y esa evolución se ha ratificado en la jurisprudencia, como claramente lo declara la sentencia de 14 de diciembre de 1999, al alegar que:

«Evidentemente, el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo», encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la Jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose en la línea jurisprudencial indicada, las sentencias, entre otras, de fechas 29 de marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986, 19 de febrero y 24 de octubre de 1987, 5 y 25 de abril y 5 y 30 de mayo de 1988, 17 de mayo,

(1) DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, «Comentario al artículo 1.902», en *Comentario del Código Civil*, coordinado por Ignacio Sierrra Gil, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 336.

(2) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo II, 9.ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 540.

9 de junio, 21 de julio, 16 de octubre y 12 y 21 de noviembre de 1989, 26 de marzo, 8, 21 y 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1990, 5 de febrero de 1991, 24 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de marzo, 9 de junio de 1995 y 4 de febrero y 24 de abril de 1997, así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero».

En el supuesto de hecho objeto de la sentencia, se ve claramente que ha habido una actuación negligente tanto del operario que manejaba la grúa, que no pertenece como trabajador a la empresa de la que formaba parte el operario fallecido, sino a una empresa contratada para esa actuación concreta, como del arquitecto técnico encargado de la misma. Por lo tanto, estamos ante un supuesto de responsabilidad subjetiva o por culpa.

2. PLURALIDAD DE AGENTES

El Juzgado de Primera Instancia exonera de responsabilidad al arquitecto técnico y a la empresa propietaria del inmueble que se está construyendo. La Audiencia extiende la responsabilidad al arquitecto técnico y a la propietaria del inmueble, condenándoles a abonar la indemnización de forma «conjunta y solidaria». El arquitecto técnico recurre, desistiendo posteriormente del recurso, y siguiendo adelante con el suyo, la propietaria del inmueble en construcción.

Esta cuestión se plantea cuando estamos ante un hecho en el que han intervenido varias personas, ya sea por una acción directa o por una omisión. Aunque *a priori* parece claro que tan sólo ha existido un responsable, cuya actuación ha provocado el desenlace, la responsabilidad se extiende al propietario de la grúa y al arquitecto técnico.

Criterio seguido en nuestro ordenamiento y en la jurisprudencia.

En materia de obligaciones y contratos rige en nuestro ordenamiento en el ámbito civil el principio de mancomunidad, si no se especifica otra cosa, así lo establecen los artículos 1.137 y 1.138 (3) del Código Civil.

No existe una norma específica en materia de responsabilidad extracontractual que nos indique qué regla hay que aplicar ante una pluralidad de agentes causantes de un daño, por lo que parecería evidente seguir lo establecido con carácter general (4).

(3) El principio general que rige en Derecho Penal es el de solidaridad.

(4) Señala el profesor LASARTE: «El Código Civil carece de precepto alguno que posibilite responder, inequívocamente y con carácter general, al problema planteado. Es más, como sabemos, por aplicación de las reglas generales en materia de mancomunidad y solidaridad de las obligaciones, habría que pronunciarse por el carácter mancomunado de la obligación extracontractual». LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 9.ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 406.

Sin embargo, esto no es así exactamente. La evolución del tema en esta materia se ha dirigido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a favor del carácter solidario de la obligación extracontractual (5).

Pero ante la anterior afirmación es necesario hacer matizaciones. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, hay que distinguir, en primer lugar, si se puede individualizar el comportamiento de los posibles causantes del daño, si es posible, habrá una fragmentación de la obligación, por lo tanto estaríamos en presencia de una responsabilidad mancomunada, en la que cada parte responde por la cuota del daño causado. Por el contrario, si no es posible llevar a cabo esa individualización, la responsabilidad será solidaria. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, entre otras en la sentencia de 3 de abril de 1987:

«...Y en efecto, si bien es cierto que esta Sala ha reiterado que se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos, ni establecer las distintas responsabilidades —sentencias de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982, 2 de febrero, 31 de octubre y 14 de noviembre de 1984, y 13 de noviembre de 1985—, no lo es menos que en el caso de autos la sentencia recurrida expresa literalmente que son acciones concurrentes con un tanto por ciento idéntico, que nos hace especifiquemos el grado de participación de ambos por partes iguales, y por ello, precisamente, ha de prosperar este motivo, ya que al estimar la Sala de instancia la participación concreta de responsabilidad de cada uno, no procede imponer la solidaridad en la obligación de reparar el daño causado».

No es fácil valorar en el caso de autos qué parte de responsabilidad corresponde al operario que manejaba la grúa, y qué parte de responsabilidad corresponde al arquitecto técnico por su actuación negligente al no haber previsto todas las posibles medidas de seguridad.

Funciones del arquitecto técnico

En el artículo 1 del Real Decreto 265/1971 se establece las facultades y competencias profesionales de los arquitectos técnicos, entre las que figuran:

- Uno. Ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones.
- Dos. Inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas.
- Tres. Controlar las instalaciones provisionales.

En la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se establecen las titulaciones académicas y profesionales habilitantes de los distintos agentes que intervienen en las obras de edificación y sus competencias, según las obras a ejecutar, clasificando estas obras por el uso principal de los edificios y por sus características.

(5) Esta tendencia ha sido recogida en algunas disposiciones legislativas recientes: La Ley de Navegación Aérea, la Ley de Energía Nuclear, la Ley de Caza, e incluso la propia Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo.

En materia de Seguridad y Salud, la Disposición Adicional Cuarta confiere con claridad las competencias:

«Las titulaciones académicas y profesionales para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades».

De lo anterior, se puede afirmar que entre las funciones adjudicadas al arquitecto técnico está la de dirigir la ejecución material de la obra y la de coordinar la seguridad de la misma.

En la actuación del arquitecto técnico del supuesto que nos ocupa, se puede observar que ha existido una conducta negligente, pues dada su capacidad profesional debería haber previsto todos los movimientos de la grúa y la posibilidad de riesgo si se trabajaba en determinadas zonas, de las que el gruísta no tenía visibilidad.

La responsabilidad del arquitecto técnico en relación con los componentes de seguridad en la obra, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se aleja de la que se le otorga al arquitecto superior (6). Han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha declarado la responsabilidad del arquitecto técnico por lesiones sufridas por empleados de otros agentes de la construcción como consecuencia de accidentes laborales. Podemos citar la de 27 de noviembre de 1993 y la de 17 de febrero de 1999, 27 de mayo de 2003 y 25 de noviembre de 2004.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

(6) Así lo ha puesto de manifiesto en la sentencia de 16 de marzo de 2005, en la que se establece que «...no se le puede hacer responsable (al arquitecto superior) de la falta o inadecuado cumplimiento de las medidas de seguridad y protección en el trabajo, pues no está entre sus competencias según el Real Decreto de 23 de enero de 1985, y la Ley 12/1986, de 1 de abril, sino entre las del arquitecto técnico».

2. DERECHO MERCANTIL

MARCAS TRIDIMENSIONALES. PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE REGISTRAR COMO MARCA LAS FORMAS QUE VENGAN IMPUESTAS POR RAZONES DE ORDEN TÉCNICO O POR LA PROPIA NATURALEZA DE LOS VALORES QUE AFECTEN A SU VALOR INTRÍNSECO. NULIDAD DE LA MARCA TRIDIMENSIONAL CONSISTENTE EN LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA DEL LADRILLO DE CONSTRUCCIÓN. EL LLAMADO «CASO LEGO».

Antecedentes.—La disputa judicial que analizamos comienza como consecuencia de una situación competencial en el mercado de los juguetes de construcción. «KIRKBI A/S», el más reconocido fabricante de este tipo de juguetes, ostenta un conjunto de marcas, entre ellas, y además de las reconocidas marcas «LEGO» y «DUPLO», una marca tridimensional con la forma del más popular de sus bloques de construcción. Dos empresas competidoras, «RITVIK HOLDINGS INC.» y «FAMOSA COMERCIAL SOCIEDAD ANÓNIMA», comercializan un juguete de construcción de características semejantes a los comercializados por «KIRKBI A/S» siendo, además, la forma de los bloques de construcción idéntica a la forma protegida como marca tridimensional, cuya titularidad es ostentada por «KIRKBI A/S». Ante esta situación, «RITVIK HOLDINGS INC.» y «FAMOSA COMERCIAL SOCIEDAD ANÓNIMA» presentan demanda contra «KIRKBI A/S», solicitando la declaración de nulidad de la marca tridimensional, demanda que se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia, número 25 de Madrid. Ante dicha interposición, la parte demandada contesta a la demanda argumentando la operatividad de cosa juzgada en base a lo dispuesto en el artículo 113.4 de la Ley de Patentes, que considera aplicable al litigio en cuestión, gracias a la remisión que a dicha norma legal efectúa el artículo 40 de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre. En este sentido, señala la parte demandada, que la adecuación de la marca tridimensional a lo dispuesto en el artículo 11.d) de la Ley de Marcas de 1988, posee el carácter de cosa juzgada, pues ya fue convenientemente examinada mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de noviembre de 1996. Además, la parte demandada ejercita demanda reconvencional, señalando que: A) Posee un derecho exclusivo sobre un signo trimidimensional. B) Que la importación y comercialización en España por los demandantes de juegos de construcción que contengan piezas cuya forma resulte confundible con la marca tridimensional cuya titularidad ostenta, constituye una violación de los derechos de exclusiva que de la misma se derivan. C) Que la importación por «FAMOSA COMERCIAL SOCIEDAD ANÓNIMA» del juguete de construcción «MEGA BLOCKS», fabricado por «RITVIK HOLDINGS INC.», que contengan piezas cuya forma resulte confundible con la protegida por la marca tridimensional cuya titularidad ostenta la demandada, constituyen un acto de competencia desleal. Por ello, «KIRKBI A/S», en el núcleo de su demanda reconvencional, exige, entre otros puntos: A) El cese de la importación y comercialización en España de los juguetes de construcción que posean ladrillos de construcción que vulneren la marca tridimensional. B) La declaración de acto de competencia desleal, la importación y comercialización de los juguetes de construcción cuyas figuras sean confundibles con los comercializados por la marca «LEGO» y el cese de la explotación de dichos productos, así como la retirada del mercado. C) Indemnizar por daños

y perjuicios a «*KIRKBI A/S*». El litigio fue resuelto en primera instancia mediante sentencia de 24 de julio de 2001, con absolución de la parte demandada. Ante esta realidad, la parte demandante ejercita recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid.

Doctrina.—La capacidad para distinguir productos o servicios en el mercado es la piedra angular sobre la que se sustenta la esencia propia de la marca. Una marca sin carácter distintivo no es una marca sino un mero signo. Tradicionalmente, esta fuerza distintiva, este poder diferenciador de la marca, se proyectaba en el tráfico económico a través de los elementos que, por naturaleza, constituían y constituyen la marca, esto es, el elemento gráfico y el denominativo. No obstante, a mediados del siglo xx, y en el pleno proceso de juridificación mercantil del derecho occidental —tanto continental como angloamericano— comenzó a fraguarse la idea de que esta fuerza distintiva podía no sólo provenir de los elementos que constituían tradicionalmente la marca, sino de la forma específica del producto que la marca diferenciaba. En definitiva, comenzó a plantearse la cuestión de si la forma de aquellos productos que fueran capaces de diferenciarlos en el tráfico económico merecían ser protegidos a título de marca.

Como es fácilmente imaginable, la discusión no tardó en plantearse. Ésta se articuló en dos preguntas diferenciadas. Así, junto al interrogante de si las formas podían ser protegidas a título de marca se cuestionó si, en caso de serlo, estas marcas tridimensionales tendrían la misma fuerza distintiva que las marcas denominativas y figurativas.

En relación a la primera cuestión, se argumentó que la forma de los productos no podían ser protegidos a título de marca porque, la marca, como tal, es un elemento externo que diferencia a los productos o servicios; nunca el propio producto quien se diferencia a sí mismo. Dicha situación, se argumentó, atacaba frontalmente la teoría general del Derecho de Marcas. Esta situación rigió hasta fechas recientes en países de nuestro entorno, como en Alemania, donde ni los envoltorios de los productos ni las formas tridimensionales gozaban de protección a título de marca, salvo cuando dichas formas gozasen de notoriedad en determinados sectores de mercado en cuyo caso eran protegibles como marcas no registradas. En cualquier caso, el acceso al Registro de Marcas estaba vetado. No obstante, como ha puesto de manifiesto la relevante doctrina alemana (EICHMANN, *Festschrift für Ralf Vieregge*, Berlín, 1995, págs. 123-132), el peso de la argumentación que justificaba esta realidad era, cuando menos, débil. Y lo era porque, en primer lugar, lo que caracteriza a las marcas no es su carácter externo al producto sino su poder distintivo. De hecho, para que dicho efecto distintivo surta efecto en el tráfico económico, es imprescindible unir la marca al producto. En el supuesto de aquellos productos cuya forma tenga carácter distintivo, únicamente lo que se hace es suprimir esa unión, que ya es intrínseca al producto.

Respecto a la segunda cuestión, inmediatamente se argumentó que las formas de determinados productos poseen *per se* el mismo grado de distintividad intrínseca que la que poseen las marcas denominativas y figurativas. Esta situación no tardó en plantearse ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el «*Caso Procter & Gamble Company contra OAMI*» en el cual, la empresa demandante solicitaba la protección a título de marca de la forma tridimensional de las pastillas de jabón para lavadoras que fabricaba. En este sentido, el juzgador entendió que, si bien no es posible

negar el carácter distintivo de la marca tridimensional, no es menos cierto que el usuario medio no percibe con la misma intensidad el carácter distintivo de estos signos que la de las marcas figurativas pues, en palabras del juzgador, «[...] mientras que el público está acostumbrado a percibir inmediatamente estas últimas marcas como signos identificadores del producto, no ocurre necesariamente lo mismo cuando el signo se confunde con el aspecto del propio producto». Una afirmación de estas características no tardó en generar el debate acerca de si una marca tridimensional poseía o no la misma fuerza distintiva que un signo denominativo o figurativo. En este sentido, parece preciso señalar dos cuestiones: A) La vocación de los productos no es de manera intrínseca el indicar su origen empresarial o el diferenciarlos en el mercado. B) La cualidad de distinguir productos o servicios en el mercado a través de las formas de los productos, y por tanto el carácter distintivo de las marcas tridimensionales, es una realidad frecuente de la que se puede predicar que no ha sido plenamente asumida por el público o, lo que es lo mismo, el usuario medio percibe con total claridad el carácter diferenciador que proviene de una marca denominativa o figurativa pero no tridimensional. Por ello, un sector muy cualificado de la Doctrina (FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2.^a ed., 2004, Madrid-Barcelona, pág. 216) señala que, en principio, la capacidad distintiva de una marca tridimensional es más débil que la de una marca denominativa o figurativa. De esta manera, parece claro que para que una forma ostente un carácter distintivo, la forma del producto no puede ser genérica, esto es, la habitual de dichos productos. Para poseer dicho carácter distintivo, el producto debe poseer una forma *original y arbitraria*, utilizando la terminología del Tribunal de Primera Instancia, que refuerce la débil capacidad distintiva inherente a la forma del producto. Esta cuestión fue, igualmente, dilucidada en el supuesto anteriormente citado. El fabricante de las pastillas de jabón —que presentaban una forma rectangular con un reborde acanalado y esquinas ligeramente redondeadas, moteada y con una cavidad triangular de tono oscuro en el centro de su cara superior— había solicitado ante la OAMI registro de marca comunitaria tridimensional, alegando que dicha forma cumplía sobradamente con los requisitos mínimos que sustentan el carácter diferenciador. Desafortunadamente para la demandante, el juzgador no entendió lo mismo señalando que «[...] la forma de un producto puede registrarse como marca comunitaria, siempre que presente características que sean suficientemente inusuales y arbitrarias como para permitir al consumidor reconocer el producto exclusivamente por su apariencia y atribuirlo a una empresa determinada (...). Según la Sala de Recurso, las formas geométricas básicas (cuadrado, círculo o rectángulo) son las más obvias para dichas pastillas, sin que exista ningún elemento arbitrario ni de fantasía en la elección de una pastilla rectangular para la fabricación de detergentes sólidos. La Sala de Recurso afirma que las características adicionales aducidas por la demandante, es decir, las esquinas rebajadas, los bordes biselados y el centro cóncavo, son variantes banales de la presentación normal de estos productos. Estas características no permiten registrar la forma reivindicada como una marca, por cuanto los consumidores, al fijarse en ellas, no pueden deducir el origen de la pastilla. En opinión de la Sala de Recurso, el que se emplee un tono oscuro para el centro cóncavo no confiere a la forma reivindicada carácter distintivo. Dicha Sala precisa que el uso de colores diferentes es banal y, al margen de su aspecto decorativo, puede indicar la existencia de diferentes ingredientes activos».

De esta manera, parece desprenderse con claridad el hecho de que la forma debe tener una forma *peculiar* que infunda carácter distintivo al producto. No obstante, esta forma no puede ser una mera variación de las formas tradicionales sino que parece exigirse un determinada *altura creativa*. Sin lugar a dudas, nos movemos en la confusión terminológica porque la comunicación, como dijera Wittgenstein, sufre en este supuesto un *hematoma lingüístico*. Por ello, detengámonos un momento. La forma, para ser protegible a título de marca, precisa de carácter distintivo. Asimismo, la forma precisa, en palabras del juzgador, de la presencia de un *elemento arbitrario* que le confiera dicho carácter distintivo. De esta manera, este *elemento arbitrario* podría ser un elemento decorativo sin ningún propósito funcional. No obstante, el propio concepto resulta dudoso y confuso. Por *elemento arbitrario* parece entenderse la cualidad que posee la forma tridimensional que, sin ser meramente derivativa de formas tradicionales, en cuyo caso incurriría en banalidad, otorga el carácter distintivo a la forma. No obstante, también en esto la situación es confusa pues, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha señalado en algunas ocasiones (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de junio de 2002) que la marca tridimensional «[...] *para ser apropiada para distinguir un producto a efectos del artículo 2 de la Directiva, la forma del producto para el que se ha registrado el signo no precisa ninguna adición arbitraria, como un adorno que no tenga ninguna finalidad comercial*».

Con todo, a pesar de ello, lo cierto es que para que una marca tenga carácter distintivo debe poseer *algo* que genere dicho carácter. Ese *algo*, en una primera aproximación, parecería poder identificarse con la petición del requisito de *originalidad* o de *carácter singular*. No obstante, y he aquí la confusión terminológica, estos términos no son propios del Derecho de Marcas sino del Derecho de Autor y del Derecho de Dibujos y Modelos. En este sentido, y partiendo de la base de que dichos requisitos no pueden ser exigibles en el ámbito en el que nos movemos, pocas dudas existen de que éstos pueden resultarnos extremadamente útiles. En este sentido, tal como señala con un extraordinario acierto FERNÁNDEZ NOVOA, la cuestión que se plantea en torno a ese *algo*, que confiere el carácter distintivo, es dilucidar si la *originalidad* o el *carácter singular* de la forma del producto pueden operar como indicios concluyentes de que la correspondiente forma posee carácter distintivo. La respuesta debe ser afirmativa. No obstante, ¿cuándo tiene una forma un carácter singular? Tomando como punto de partida el concepto de carácter singular, ex artículo 5.1, propio de la Directiva 98/71/CEE, sobre protección jurídica de los dibujos y modelos —*se considerará que un dibujo o modelo posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en un usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro dibujo o modelo que haya sido puesto a disposición del público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad*— parece que el propio precepto nos da respuesta. Sustituyendo el *usuario informado* por el «consumidor normalmente informado», es posible afirmar que aquel producto que posea una forma tridimensional cuya impresión genere en el *consumidor normalmente informado* una impresión diferente a la impresión general que produce la forma de los restantes productos existentes en el pertinente sector del mercado, poseerá un *carácter singular* que le otorgará carácter distintivo, cumpliendo así las exigencias de la Ley de Marcas.

COMENTARIO

La comprensión de la realidad descrita en los párrafos anteriores es requisito imprescindible para comprender el objeto del litigio del que ahora nos ocupamos. En éste, el titular de la marca tridimensional que se identifica con la forma del conocidísimo bloque de construcción de juguete LEGO —descrita como una pieza hueca de forma paralelepípeda abierta por una de sus dos caras mayores, en la que de la base cerrada sobresalen ocho tetones cilíndricos distribuidos en dos filas de a cuatro distribuidos equidistantemente a lo largo del lado mayor de dicha cara y dispuestos simétricamente respecto a eje paralelo a la arista de la superficie que forma dicha cara y que pasa por los centros de las aristas menores que conforman el rectángulo de esa cara, y, en la cara abierta, que parece usarse como base, tres casquillos cilíndricos alineados sobre el eje mayor de simetría del rectángulo formado por la base y centrados sobre el mismo— alega que dicha forma tiene carácter distintivo en el mercado. De esta manera, sólo con visualizar el bloque de construcción, el usuario medio es capaz de identificar el origen empresarial del mismo.

Desafortunadamente, la realidad no es tan sencilla. Con carácter general la marca es un medio, compuesto por un signo o conjunto de signos externos, del que se valen los empresarios para distinguir sus productos o servicios de los demás productos o servicios que se ofrecen en el mercado, y que les permite individualizar sus productos o servicios frente al de sus competidores en el mercado y, asimismo, permite al consumidor identificar el origen, procedencia y calidad del producto o servicio que desea adquirir o contratar, mediante una asociación directa entre la marca y los productos y servicios objeto de protección. Con carácter específico, en el ámbito que nos ocupa, son marcas tridimensionales aquéllas que por su naturaleza física reúnen las tres dimensiones de la realidad, esto es, longitud, altura y profundidad. Pues bien, como ya se analizó con anterioridad, la determinación del carácter distintivo en este tipo de marcas ha sido extremadamente conflictivo, siendo, como medio indiciario para obtener su apreciación, necesario acudir a la figura del *carácter singular* que, si bien pertenece al ámbito del Derecho de Dibujos y Modelos, nos es extremadamente útil en este supuesto. Como señala con acierto el juzgador, a pesar de la controversia que en el pasado generó el registro de las marcas tridimensionales, hoy en día es una posibilidad que no ofrece duda alguna en nuestro derecho a partir de la entrada en vigor de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre. No obstante, si bien esto es cierto, no lo es menos el hecho que éstas se encuentran legalmente sometidas a determinadas prohibiciones absolutas que se contienen en el artículo 11.d) de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre, que dispone que no podrán registrarse como marcas las formas que vengan impuestas por razones de orden técnico o por la naturaleza de los propios productos o que afecten a su valor intrínseco. Por otra parte, la Primera Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (89/104/CEE), que deberá ser tenida en consideración por los Tribunales Ordinarios, si bien aplicando el propio Derecho interno, lo ajustarán a una interpretación lo más conforme al Texto de la Directiva de que se trate (STS de 24-6-2002), dispone en su artículo 3, apartado e), que: «Será denegado el registro o, en el supuesto de estar registrados, podrá declararse la nulidad de... Los signos constituidos exclusivamente por: La forma impuesta por la naturaleza del propio producto,

o la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o la forma que da un valor sustancial al producto».

Ante esta realidad, podemos señalar que dos son los problemas a dilucidar en esta sentencia. La apreciación del carácter distintivo de la forma tridimensional y, en caso de apreciarse, la posibilidad de ser registrada:

A) Ante el examen de la marca tridimensional cuya nulidad es reclamada, el juzgador realiza un conjunto de consideraciones no carentes de sentido. La forma protegida, un bloque de construcción de juguete no presenta un *carácter singular* respecto a los bloques de construcción de juguete de otro tipo de fabricantes. Expresado en otros términos, el consumidor medio, con la mera visualización de la forma, no será capaz de identificar el origen empresarial del producto. Tal es así que el fabricante distinga esos productos no con la marca tridimensional consistente en el propio bloque de construcción sino con otras marcas de su titularidad (LEGO y DUPLO). De esta manera, el usuario medio, al ver el envase de los productos no visualiza en el mercado la forma protegida sino que, muy al contrario, visualiza las marcas LEGO y DUPLO, auténticos signos distintivos del producto. Especialmente significativo es el hecho de que en los envases que contienen los juguetes de construcción no figure la forma tridimensional sino figuras resultantes del empleo de los bloques de construcción y las marcas LEGO y DUPLO.



Consecuentemente, con un criterio, a mi juicio impecable, el juzgador declara que, en verdad, la forma tridimensional, más allá de otro tipo de consideraciones, no tiene un carácter distintivo, por lo que no puede ser protegible a título de marca. Esta realidad, a mi juicio, ofrece pocas dudas. No obstante, sí cabría cuestionarse por qué el fabricante de estos juegos de construcción, que conoce la falta de su carácter distintivo, tal como demuestra el hecho de que no la emplee para distinguir sus productos o servicios, solicite su protección. Como es sabido, la protección de la marca tiene un doble aspecto. Por un lado, posee un aspecto positivo, esto es, la concesión al titular del monopolio del uso del signo que constituye su marca. Por otro, existe también un aspecto negativo, el llamado *ius prohibendi*, esto es, el derecho a prohibir a través de las acciones legales otorgadas por la Ley de Marcas, el uso por parte de terceros del signo distintivo a título de marca. Pues bien, la facultad de ejercitar este *ius prohibendi* frente a los terceros que desearan utilizar dicha forma, se revela como la razón de la solicitud de la protección a título de marca. De esta manera nos encontraríamos ante una marca de reserva o de interposición, la cual, desde la utilidad del titular, no tendría otra que la de impedir que terceros la utilizaran con carácter distintivo para distinguir productos o servicios en el tráfico económico. De esta manera, lo que el titular pretende es, al no poder impedir que otros fabricantes comercialicen bloques de construcción, obstaculizar la distinción de los mismos en el tráfico alegando la violación de la marca tridimensional y, en su caso, ejercitando su *ius prohibendi*. En este sentido, no es descabellada la afirmación del juzgador al señalar que: «[...] la marca objeto del presente

procedimiento ha sido solicitada por la demandada para hacerse con un monopolio perpetuo en el mercado del propio producto de los bloques de construcción de juguetes ensamblables y apilables, impidiendo toda legítima competencia, y no para distinguir sus productos en el mercado, que es la función de la marca».

B) Con todo, al margen de esta ausencia de carácter distintivo, requisito suficiente para declarar la nulidad de la marca, el juzgador se detiene a examinar, con carácter específico, la causa por la que la forma tridimensional objeto del litigio, aún en el supuesto de tener carácter distintivo, incurría en prohibición absoluta de registro. Y ello es así por que la forma tridimensional que se pretende proteger viene determinada por su carácter técnico, esto es, es una forma destinada a la consecución del fin del objeto. Así, como es sabido, tanto el artículo 3.e) de la Directiva Comunitaria como el artículo 11.d) de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre, excluyen de la protección como marca tridimensional, entre otros supuestos, a aquellas formas que vengan impuestas por razones de orden técnico. Dicha prohibición tiene como fundamento esencial impedir el soslayo de las normas propias de las patentes y modelos de utilidad para obtener, a través del registro de una marca, una protección ilimitada en el tiempo, y mantener en el dominio público el empleo de posibilidades configurativas técnicas en interés de los competidores y consumidores y del aprovechamiento de las ventajas técnicas, sin que sea tolerable que se utilice el derecho de Marcas para permitir la constitución de un monopolio permanente para la fabricación y comercialización de un producto cuya configuración responde a necesidades técnicas (incluso si dichas necesidades técnicas pueden alcanzarse mediante configuraciones alternativas), a la que el ordenamiento jurídico otorgó u otorgaría, en su caso, tan sólo una protección limitada que dispensa el derecho de patentes, ya que admitir lo contrario significaría interferir el derecho de toda persona de utilizar y beneficiarse de las formas que implican una ventaja técnica, y que han pasado ya al dominio público. Pues bien, esta situación es precisamente la que acontece en el supuesto que nos ocupa. La forma que se pretende proteger, mediante un derecho exclusivo de marca, es una forma impuesta por razón de orden técnico, siendo el único interés del titular de la marca —que el juzgador ha declarado nula— impedir y obstaculizar su comercialización, esto es, impedir la legítima competencia por parte de terceros. Con todo, y en íntima relación a este respecto, el juzgador entró a refutar con buen criterio una de las tesis mantenidas por el titular de la marca. Ante el argumento de los demandantes de que la forma tridimensional no era protegible por incurrir en una forma impuesta por razón de orden técnico, el demandador argumenta una de las tesis que, en el ámbito de las marcas tridimensionales, fue defendida durante largo tiempo por parte de la doctrina alemana. Me refiero a la idea de que la prohibición concerniente a la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, deja de aplicarse cuando se demuestra que existen formas alternativas que permiten obtener el mismo resultado técnico (EICHMANN, *Festschrift für Ralf Vieregge*, Berlín, 1995, pág. 150). El juzgador español, con buen criterio, niega esa posibilidad, indicando que la prohibición rige aún en el supuesto de que la misma solución técnica pueda adquirirse de forma alternativa. A mi juicio, el juzgador español acierta nuevamente. Y lo hace, no ya porque siga la doctrina que al respecto ha establecido el TJCE (STJCE de 8 de abril de 2003), ni porque de otra interpretación resultara forzada la redacción del artículo 11.e) de la antigua Ley de Marcas, sino porque responde al fundamento de la propia prohibición.

Este fundamento se identifica con el hecho de garantizar que, en la práctica, el titular de una marca no va a poder obstaculizar a terceros la explotación en el mercado de determinados productos. Además, si bien es cierto que se podrían buscar formas alternativas, no es descabellado pensar que, si bien estas formas no fueran idénticas, sí serían similares, lo que podría dar lugar a supuestos de confusión por asociación del producto del tercero con la forma tridimensional protegida a título de marca. De esta manera, las consecuencias de orden práctico serían terribles porque, de un lado, las empresas desearían registrar como marcas todas las formas imaginables que alcanzasen el resultado con el fin de obstaculizar la posible explotación de los productos con esa forma por parte de terceros, por otro, los jueces, en caso de conflicto, se verían obligados a efectuar complejas apreciaciones sobre la equivalencia del rendimiento de los distintos procesos técnicos. En definitiva, un sentencia interesante que examina la problemática de las marcas tridimensionales y sus dos principales problemas.

JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ

CONTRATO ESTIMATORIO. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO: CONTRATO ESTIMATORIO O CONTRATO DE COMPRAVENTA. CONSECUENCIAS: PAGO DEL PRECIO O RENDICIÓN DE CUENTAS. (SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Salas Carceller.

Antecedentes.—La entidad demandante (recurrida) «Jacobo Gómez e Hijos, S. A.» solicitaba se calificase el contrato celebrado con la entidad «Python Shoes, S. L.» como un contrato de compraventa, y no como contrato estimatorio, como pretendía la demandada (recurrente). De esta forma, si el contrato subyacente fuera un contrato de compraventa, la recurrida tendría derecho a que se le abonaran íntegramente las cantidades adeudadas por la recurrente, sin que ésta pudiera, como era su pretensión, celebrar «rendición de cuentas».

Doctrina.—Los contratos de compraventa y estimatorio son contratos distintos, que traen consigo consecuencias muy diversas por lo que respecta al pago del precio de las mercancías entregadas: en el primer caso, el comprador debe abonar el importe total de la mercancía entregada, con independencia de su venta en el mercado, mientras que en el segundo caso, el *accipiens* tiene la facultad de abonar al *tradens* sólo el importe de la mercancía efectivamente vendida en el mercado, además de la devolución de la mercancía no vendida.

Hechos.—«Jacobo Gómez e Hijos, S. A.» interpuso demanda contra «Python Shoes, S. L.» en reclamación de la cantidad de 2.226.040 pesetas, en concepto de precio impagado, relativo a un contrato de compraventa mercantil de zapatos, mercadería que había sido entregada a la demandada el 22 de septiembre de 1998. El Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Caravaca de la Cruz, estimó justificada dicha pretensión, condenando a la demandada al pago de la reclamación dineraria, además de las costas causadas.

Presentado recurso de apelación por la demandada (ahora recurrente), ésta alegó que, si bien había recibido de la demandante las mercaderías cuyo

precio ahora se reclamaba, tal recepción no fue en virtud de un contrato de compraventa, sino de un contrato estimatorio. Con fundamento en tal contrato, la demandante había depositado en poder de la demandada la mercancía (zapatos), con el compromiso de que en un momento posterior procedieran a la liquidación de cuentas entre las partes según lo vendido. La Audiencia Provincial de Murcia admitió las pretensiones de la recurrente, al considerar que la relación jurídica subyacente existente entre las partes era en realidad un contrato estimatorio, lo que permitía a la recurrente proceder a la devolución (a la recurrida) de la mercancía no vendida (partida de zapatos).

COMENTARIO

1. La sentencia de la Audiencia Provincial, que nos ocupa en estos momentos, se pronuncia sobre la calificación jurídica del contrato existente entre las mercantiles «Jacobo Gómez e Hijos, S. A.» y «Python Shoes, S. L.»; en particular, se trata de determinar la calificación de la relación jurídica subyacente entre ambas, bien como contrato de compraventa, bien como contrato estimatorio.

Es sabido que el contrato estimatorio cuenta con un gran arraigo en el tráfico comercial español, al tratarse de un contrato muy frecuente en sectores de la distribución comercial de libros y prensa principalmente, y en menor medida, de productos alimenticios perecederos y joyería (1). Se trata de un contrato que persigue como objetivo último facilitar la distribución de tales mercaderías en el mercado, finalidad que ha motivado que incluso en algunas ocasiones los tribunales lo hayan calificado como «categoría contractual al servicio del fenómeno económico de la distribución comercial» (2), o incluso como «un auténtico contrato de distribución» (3). En todo caso, lo que es innegable es que se trata de un útil instrumento de distribución de mercaderías, que proporciona *importantes ventajas o beneficios* para las partes involucradas en la comercialización del producto en cuestión, esto es, tanto para quien entrega la mercadería (*tradens*), como para quien la recibe (*accipiens*). Y es que, de una parte, el *tradens* no corre con los gastos de almacenamiento de las mercaderías, mientras que el *accipiens*, de otra parte, no soporta los riesgos de la reventa (4).

Pese a la importancia que este contrato despliega en el tráfico, tanto por la frecuencia con que se recurre a él para distribuir mercaderías en el mercado, como por los beneficios que reporta a las partes contratantes, es lo cierto que plantea sin embargo algunas cuestiones especialmente problemáti-

(1) Se trata de un contrato generalizado en el comercio al por menor, como se señala en las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 31 de marzo de 1997 (Fundamento núm. 1) (AC 1997/561), y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de enero de 1997 (Fundamento núm. 3) (AS 1997/78).

(2) Vid., entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 7 de junio de 1996, AC 1996/1062.

(3) Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de mayo de 1993, AC 1993/1178.

(4) Expone estas ideas CAMACHO DE LOS RÍOS, J., «Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 23, 1997, págs. 181-207, en especial pág. 185.

cas, seguramente debido a la inexistencia en el Derecho español de una regulación del mismo. Ello no implica desconocer que, pese a su carácter de contrato innominado, algunas de las cuestiones más problemáticas que plantea este contrato no puedan ser resueltas mediante los usos de comercio, además, claro está, de la regulación que las partes contratantes puedan establecer en cada contrato haciendo uso de la facultad que el Código Civil les concede ex artículo 1.255, en virtud de la cual pueden introducir los pactos que estimen oportunos para regir tal relación jurídica, a salvo los límites generales del respeto a la Ley, la moral y el orden público.

Pues bien, las cuestiones relacionadas con el contrato estimatorio a las que más frecuentemente tienen que dar respuesta los tribunales versan, en primer lugar, en torno a la calificación jurídica del contrato; en segundo lugar, sobre algunos aspectos relacionados estrechamente con la rendición de cuentas; y, finalmente, con cuestiones vinculadas a la ejecución del riesgo y asunción de responsabilidad por daño o menoscabo de las mercaderías.

En el presente comentario, nos *centraremos* en las dos primeras cuestiones enunciadas, que son las que se plantearon en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que en estos momentos comentamos.

2. El hecho de que el contrato estimatorio sea un contrato innominado, ha venido planteando múltiples dudas en torno a su *calificación jurídica*, en el sentido de que se trata de un contrato que presenta innumerables similitudes con otros, lo que ha dado pie para intentar aplicar, en la medida de lo posible, el régimen jurídico de éstos a aquél. Así, es innegable que el contrato estimatorio presenta similitudes con el contrato de *compraventa* (así, el vendedor —*tradens*— entrega al comprador —*accipiens*— una mercadería, existiendo en ambos contratos la misma finalidad: el intercambio de cosa por precio), si bien es también innegable que existe una importante diferencia entre ambos contratos: mientras que en la compraventa el comprador compra en firme, en el contrato estimatorio el *accipiens* no adquiere en firme, sino que realmente lo que adquiere es la disponibilidad de las mercaderías. Por ello, sin negar las similitudes entre ambos contratos, no es posible identificarlos plenamente, calificándose más precisamente al contrato estimatorio como «contrato afín al contrato de compraventa».

Se ha intentado también reconducir el contrato estimatorio hacia el contrato de *depósito*, y más en particular, hacia un contrato de depósito *ad vendum*, en el que existirían dos fases perfectamente diferenciadas: en una primera, el *tradens* conserva la propiedad de la cosa, y el *accipiens* se obliga a custodiarla. En un momento posterior, si el *accipiens* vende a un tercero, cesa el depósito y la propiedad de la cosa pasaría al *accipiens*, produciéndose la transformación del contrato de depósito en compraventa.

Y, finalmente, se ha intentado identificar al contrato estimatorio con el contrato de *comisión* (comisión de venta), considerando que en ambos contratos la finalidad perseguida es la misma, esto es, la comercialización de los productos. En todo caso, mientras que en el contrato de comisión el comisionista desarrolla una actividad para un tercero, en el contrato estimatorio el *accipiens* lo que persigue es comprar para revender sin tener que soportar el riesgo de la reventa.

En definitiva, podemos *concluir* que, pese a las analogías existentes entre el contrato estimatorio y los mencionados, ni es posible identificar plenamente al contrato estimatorio con éstos, ni considerarlo tampoco como una subespecie de ellos. En realidad, debemos calificar al contrato estimatorio como

un contrato autónomo, cuyo régimen jurídico está en gran medida condicionado por los pactos y cláusulas que las partes hayan introducido en el contrato.

Junto a tales pactos y cláusulas, resultan de aplicación al contrato estimatorio, en la medida en que resulten aplicables las normas del contrato de compraventa. En todo caso, en la consideración de que la aplicación analógica (normas del contrato de compraventa) no siempre proporciona resultados satisfactorios, la jurisprudencia de intereses resulta de la máxima utilidad, al dar respuesta a la finalidad social y económica requerida por las partes contratantes (5). Se trataría de indagar en la intención de los contratantes al celebrar el contrato, y, en particular, el interés económico que les lleva a concluir el contrato.

Pues bien, en el asunto que comentamos en estas líneas, la cuestión litigiosa se centraba en la calificación del contrato celebrado entre las partes: mientras que para la recurrente (demandado) se trataba de un auténtico contrato estimatorio, para la recurrida (demandante) se trataba de un contrato de compraventa. Y es que la clarificación del tipo de contrato celebrado era una cuestión absolutamente determinante para precisar las obligaciones de las partes contratantes, especialmente por lo que se refería, bien a la denominada «rendición de cuentas» que asiste al *accipiens* (de haber existido un contrato estimatorio) (6), o bien al pago íntegro de la partida de zapatos entregadas al comprador (de haber existido un contrato de compraventa). Sobre este extremo —rendición de cuentas o pago íntegro de la partida de zapatos entregada—, se planteó la principal controversia entre las partes contratantes, que fue precisamente la cuestión que dio lugar al litigio.

En efecto, «Jacobo Gómez e Hijos, S. A.» había planteado demanda contra «Python Shoes, S. L.» en reclamación de 2.226.040 pesetas, en concepto de precio impagado correspondiente a una partida de mercaderías (zapatos), entregada a la demandada el 22 de septiembre de 1998, como justificaban el albarán de entrega y la factura emitida. Por su parte, la demandada alegaba que el importe de la cantidad que le adeudaba a la demandante era inferior (389.273 y 116.724 ptas.), puesto que, al existir un contrato estimatorio, había ejercitado las facultades que la asistían en punto al pago del precio, esto es, la posibilidad de devolver al *tradens* («Jacobo Gómez e Hijos, S. A.») la partida de zapatos no vendidas, junto con el importe de la vendida. Para ello, alegaba la demandada que con fecha 5 de febrero de 1999 habían enviado un telegrama a la demandante, en el que requerían a la demandante para que, siguiendo las indicaciones por ella misma dadas (en particular, por el señor Juan M.) en la reunión del día 1 de febrero de 1999, le indicara cómo enviarles los zapatos no vendidos que les dejaron en depósito, procediéndose seguidamente a descontarse su importe de las cantidades adeudadas (389.273 y 116.724 ptas.).

(5) Vid. Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1993, pág. 287.

(6) Como es sabido, el contrato estimatorio implica una «obligación alternativa», en el sentido de que permite al *accipiens*, bien la devolución de la mercancía no vendida y el importe de la efectivamente vendida, bien el abono del importe total de la mercancía vendida. Existe en las denominadas «obligaciones alternativas», como ha indicado A. CRISTÓBAL MONTES («Momento de la elección en las obligaciones alternativas», en *RCDI*, 1994, págs. 1927-1945, en concreto pág. 1927), una «relativa indeterminación prestacional».

Sin embargo, la demandada no recibió contestación alguna por parte de la demandante sobre esta cuestión, sino solamente la notificación de la demanda interpuesta por aquélla.

A la vista de tales hechos, el Tribunal de Apelación, por su parte, revocando la sentencia de instancia, consideró demostrados los hechos alegados por la demandada (aplicando las presunciones de los arts. 1.249 y sigs., y especialmente, el 1.253 del Código Civil, preceptos ya derogados por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), y admitió la existencia de un contrato estimatorio entre las partes, con la consiguiente consecuencia de que el *accipiens* («Python Shoes, S. L.») pudiera proceder, tal y como había hecho, a realizar la rendición de cuentas que se prevé en el marco del contrato estimatorio, y que se concretaba en la devolución de los zapatos no vendidos y la entrega del importe de los zapatos efectivamente vendidos.

Compartimos con la Audiencia Provincial la consideración de la existencia de un contrato estimatorio entre las partes contratantes, básicamente por los siguientes argumentos: *en primer lugar*, porque la exposición de los hechos realizada con ocasión del litigio pone de relieve que, aunque expresamente las partes contratantes no hicieran constar en el contrato la calificación de éste como contrato estimatorio —o, incluso, pudo haberse tratado de un contrato verbal—, en el ánimo de las partes estuvo presente el celebrar tal contrato, como lo demuestra que la mercancía entregada a «Phyton Shoes, S. L.» lo fuera en concepto de depósito (Fundamento núm. 2), elemento esencial en un contrato estimatorio (7).

En segundo lugar, tal y como demostró la demandada mediante certificación registral, «Jacobó Gómez e Hijos, S. A.» es una entidad cuyo objeto social, según el artículo 2 de sus Estatutos, consiste en «la curtición, elaboración y venta de pieles y de los subproductos de éstas, así como la adquisición de toda clase de materia primas», actividades entre las que no se incluye la venta de zapatos. Esta circunstancia resulta extremadamente relevante en la resolución del litigio planteado, puesto que, a la vista del objeto social de la demandante, resulta evidente que el máximo interés de ésta era que la demandada le abonara el importe total de la partida de zapatos entregada previamente —y que se encontraban en poder de la demandante como consecuencia de una entrega para pago de una deuda realizada por un tercero—, y no una parte del importe y parte de los zapatos entregados, puesto que, al no consistir su actividad empresarial en la venta de zapatos, resulta meridianamente claro que no podrían darles posteriormente salida en el mercado.

En tercer lugar, el dato de que «Phyton Shoes, S. L.» firmara el albarán de entrega de la mercancía, no justifica la calificación del contrato celebrado como contrato de compraventa. Y es que, el albarán es sólo un documento que acredita la entrega de la mercancía, pero que no determina la calificación del contrato del que trae causa. Más problemática resulta que el demandado firmara también, en el momento de la entrega de la mercancía, la factura emitida por «Jacobó Gómez e Hijos, S. A.» correspondiente al importe total de la mercancía entregada, puesto que podría considerarse como reconocimiento de deuda, avocándonos entonces a considerar que la relación causal subyacente sería un contrato de compraventa.

(7) Vid. MUÑOZ PLANAS, J. M., «El contrato estimatorio», ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, pág. 220 y sigs.

Sin embargo, parece que debemos seguir manteniendo que se trató de un contrato estimatorio, en la idea, por una parte, de que el demandado así lo dio a entender al demandante, cuando, en primer lugar, le envió un telegrama con fecha 5 de febrero de 1999, comunicándole que «ante la imposibilidad de vender el resto de zapatos que nos dejaron en depósito, y como quedamos con el señor Juan M. en nuestra visita del día 1 pasado, les ruego nos indiquen por dónde les mandamos dichos pares, esperando que los pares vendidos sean descontados de dos abonos pendientes (...)» (Fundamento núm. 2).

Por otra parte, tampoco debe ignorarse que entre la fecha de entrega de la partida de zapatos a la demandada (22 de septiembre de 1998), y el momento en el que ésta se pone en contacto con la demandante para acordar la forma de envío de los pares de zapatos no vendidos y el pago de las sumas adeudadas (5 de febrero de 1999) —lo que parece poder calificarse como «rendición de cuentas»—, es relativamente breve, lo que en principio parece que se ajusta con el plazo de rendición de cuentas que suele existir en el contrato estimatorio, aspecto este que es comentado seguidamente.

3. Aún admitiendo la existencia de un contrato estimatorio entre las partes, cabría todavía plantearse si la rendición de cuentas —que se concretó en la interpelación realizada por el *accipiens* al *tradens* mediante el envío de un telegrama— se realizó en plazo oportuno, o, si por el contrario, fue extemporánea, planteándonos en este último supuesto si tal circunstancia pudiera tener alguna consecuencia en la propia existencia del contrato estimatorio. En definitiva, se trata de determinar los efectos jurídicos de la rendición de cuentas, distinguiendo según si se fijó a) o no b) una fecha por las partes contratantes.

a) La cuestión más relevante para el supuesto de que las partes contratantes fijaran una fecha de celebración de la rendición de cuentas, se plantea en torno al incumplimiento de ésta por el *accipiens*. Se trata de determinar qué consecuencias jurídicas tendría tal incumplimiento.

Como es sabido, el contrato estimatorio se encuentra regulado en el Código Civil italiano (8), que no se ha pronunciado expresamente sobre la cuestión planteada (consecuencias del incumplimiento de la celebración de la rendición de cuentas), seguramente en la idea del legislador de «redactar una disciplina breve y sumaria, donde se trazaran simplemente las líneas orgánicas de la institución» (9). Sólo podría encontrarse una mención indirecta al incumplimiento de la rendición de cuentas en el artículo 1.556 del Código Civil, al señalarse que «por el contrato estimatorio, una parte entrega una o más cosas muebles a otra y ésta se obliga a pagar el precio, *salvo que restituya las cosas en el término establecido*». De la anterior mención, puede deducirse que si el *accipiens* no cumple con la rendición de cuentas en el plazo establecido, pierde la posibilidad de devolver al *tradens* lo no vendido, surgiendo entonces la obligación de satisfacer a éste el importe total de la mercancía que le fue previamente entregada. En definitiva, el incumplimiento del *accipiens* provocaría que éste perdiera su posibilidad de elección (obligaciones alternativas).

La cuestión del incumplimiento de la rendición de cuentas no ha quedado al margen de los pronunciamientos doctrinales de aquel país, sino que, por el contrario, ha sido objeto de una intensa polémica. Mientras que un sector

(8) Para un análisis general de la regulación del contrato estimatorio en el Derecho italiano, vid. MUÑOZ PLANAS, J. M., «El contrato estimatorio», *op. cit.*, págs. 157-162.

(9) Vid. MUÑOZ PLANAS, J. M., «El contrato estimatorio», *op. cit.*, págs. 157 y 158.

doctrinal ha estimado que, puesto que el momento de fijación de rendición de cuentas, al constituir el término del contrato estimatorio, tiene un carácter esencial en éste, su incumplimiento por el *accipiens* le priva a éste de la posibilidad de devolver la mercadería no vendida, obligándose a satisfacer el importe total de la entregada. Y es que se concluye que el incumplimiento de la rendición de cuentas desnaturalizaría el contrato estimatorio; otro sector doctrinal, a nuestro juicio más acertadamente, ha considerado que no se produce una desnaturalización del contrato, puesto que el fin propio del contrato puede alcanzarse incluso sin que se determine de forma precisa el momento de cumplimiento de la rendición de cuentas (10). Y es que comparáramos la idea de que no debe «castigarse» al *accipiens* (que se retrasa en la rendición de cuentas) con la pérdida de la facultad de devolución de la mercadería no vendida, puesto que, en todo caso, y como sucede en supuestos de obligaciones alternativas como ante la que nos encontramos, el retraso del deudor en la elección de la prestación a realizar (devolución de mercaderías no vendidas y abono de mercaderías vendidas, o abono del importe total de las mercancías entregadas) sólo puede generar una obligación de indemnizar, pero no la pérdida de la facultad de elección (11).

b) Puede suceder que las partes contratantes no hubieran establecido fecha alguna como momento en que deba celebrarse la rendición de cuentas. En este caso, habría que atender a los usos de comercio de la plaza, y, en defecto de usos, la facultad del *accipiens* de elegir entre una u otra prestación se mantendría hasta el mismo momento en que voluntaria o forzosamente (por interpelación del *tradens*) el *accipiens* ejecutase alguna de ellas (12).

De los hechos que dieron lugar a la sentencia que comentamos en estas líneas se desprende que las partes contratantes no habían establecido fecha alguna de rendición de cuentas. Tan sólo se menciona una reunión, celebrada entre el *accipiens* y el señor Juan M., el día 1 de febrero de 1999, en la que se acordó el posible envío de los zapatos que, en su caso, no se vendieran, pero sin que tal reunión pueda calificarse estrictamente como «rendición de cuentas», puesto que en la misma parece que no se pusieron de relieve datos concretos sobre los zapatos vendidos y los no vendidos, ni sobre cantidades adeudadas por el *accipiens*, ni tampoco sobre la forma de envío de los zapatos no vendidos, sino que simplemente se aludió a la posibilidad del *accipiens* de devolver los zapatos que no se vendieran.

Que tal reunión no pudo constituir una auténtica rendición de cuentas lo pone de relieve el dato de que el *accipiens*, con fecha 5 de febrero de 1999, remitiera al *tradens* un telegrama solicitando le informara cómo le enviaban la partida de zapatos no vendida, así como sobre que tales pares de zapatos les fueran descontados de las cantidades adeudadas (Fundamento núm. 2).

Ante la inexistencia de rendición de cuentas, y conforme a la jerarquía expuesta en defecto de pacto, la cuestión que inmediatamente se plantea es si existen usos en el marco del contrato estimatorio referentes a la mercancía en cuestión (zapatos o artículos de moda en general), o si, ante la inexisten-

(10) Vid. MUÑOZ PLANAS, J. M., «El contrato estimatorio», *op. cit.*, pág. 320.

(11) Vid. ALBADALEJO, M., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», ed. Edersa, t. XV-2, pág. 175, 1983. Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, «Actualidad del contrato estimatorio...», *op. cit.*, pág. 202.

(12) Vid. MUÑOZ PLANAS, J. M., «El contrato estimatorio», *op. cit.*, pág. 321. Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., «Actualidad del contrato estimatorio...», *op. cit.*, pág. 201.

cia de aquéllos, son aplicables otros usos. En principio, no existe una recopilación de usos en particular sobre artículos de moda, si bien cabe plantearse si resulta aplicable la recopilación de usos que existen sobre librería (13), habida cuenta de que tal recopilación sí contiene normas específicas sobre el contrato estimatorio, y, en particular, sobre varios aspectos de la rendición de cuentas. En este sentido, expresamente se indica que «el plazo para liquidar cuentas es el de tres meses (...)» (14), «de forma que el vencimiento del término no produce otro efecto que hacer exigible la obligación de liquidar (...)» (15).

Pues bien, creemos que es de aplicación al contrato estimatorio que tiene por objeto artículos de moda, la recopilación de usos de librería, puesto que si bien es cierto que existen diferencias esenciales entre libros, de una parte, y artículos de moda, de otra parte, no es menos cierto que ambas categorías de productos comparten el dato de ser productos que pueden tener salida al mercado en un momento posterior. Así, y por lo que respecta a los libros, sucede que los ejemplares devueltos por el *accipiens* pueden ser solicitados en un momento futuro a la editorial por nuevos compradores o *accipiens*. Por su parte, los artículos de moda, aunque como es sabido responden a las tendencias estéticas del momento, no quedan sin embargo al margen del fenómeno denominado del «eterno retorno», lo que implica que artículos que años atrás eran considerados «de moda», vuelven con el tiempo a ocupar las tendencias de la moda (16), lo que justifica que el *tradens* pueda en un futuro volver a introducir tales artículos en el mercado a solicitud, bien de un nuevo *accipiens*, bien mediante otro tipo de contrato de distribución. En definitiva, no se aprecia razón que impida que artículos como libros y moda, que son objeto de contrato estimatorio, se rijan por los mismos usos en punto al plazo de celebración de la rendición de cuentas.

Admitida la aplicación de los usos en materia de librería para el supuesto que nos ocupa en estos momentos —por lo que respecta al plazo de celebración de rendición de cuentas—, la siguiente cuestión es clarificar los efectos jurídicos que el envío del telegrama por el *accipiens* al *tradens* —que, como hemos indicado, constituye la interpelación para rendir cuentas— produce, al haberse realizado fuera del plazo permitido por los usos, esto es, tres meses desde la entrega de la mercancía (17).

En este supuesto en el que el *accipiens* incurra en mora en el cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas, debe considerarse que el *accipiens* no pierde la facultad de restituir la mercadería no vendida al *tradens*, tal y como expresamente incide el apartado *d*) de la mencionada recopilación de usos del comercio de librería. Para que ello pudiera ocurrir es necesario que previamente *tradens* y *accipiens* lo hubieran pactado (18), lo que no se des-

(13) Vid. apartado *c*) de la recopilación de usos del comercio del libro publicada en 1956. Recopilación que fue realizada por intervención del Instituto Nacional del Libro Español y de las Juntas Nacionales y Provinciales de Editores y Libreros, y que fue publicada el 20 de junio de 1956.

(14) Vid. apartado *c*) de la citada recopilación.

(15) Vid. apartado *d*) de la citada recopilación.

(16) Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., *Competencia desleal a través de actos de imitación sistemática*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 412 y sigs.

(17) La mercancía fue entregada al *accipiens* el día 22 de septiembre de 1998, y el telegrama se envió al *tradens* el día 5 de febrero de 1999.

(18) Vid. MUÑOZ PLANAS, J. M., «El contrato estimatorio», *op. cit.*, pág. 321.

prende de los hechos que dieron lugar a la sentencia que comentamos en estas líneas. Además, en el comportamiento del *accipiens* no cabe apreciar mala fe, puesto que aunque en principio es el *tradens* quien, transcurrido el plazo de rendición de cuentas y ante la ausencia de ésta, debería solicitar la liquidación, fue el *accipiens* quien interpeló al *tradens* para que se celebrase la rendición de cuentas, como lo demuestra la reunión celebrada el día 1 de febrero de 1998 y el envío de un telegrama el día 5 del mismo mes (19). En definitiva, el escaso margen temporal que media entre el plazo de tres meses y el momento en que el *accipiens* interpeló al *tradens* para celebrar la rendición de cuentas denota en el *accipiens* un comportamiento conforme a la buena fe, al constituir tal margen temporal un «lapso temporal razonable», que es lo que se estima deseable en las obligaciones alternativas (20).

EVA M. DOMÍNGUEZ PÉREZ

(19) Una situación distinta se produjo con ocasión de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 31 de marzo de 1997, *op. cit.* (Fundamento núm. 3), en donde la interpelación al *tradens* se produjo un año después de la entrega de la mercadería al *accipiens*, o en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de enero de 2003 (Fundamento núm. 1), donde el *accipiens* demostró una «actitud pasiva» para la celebración de la rendición de cuentas.

(20) Vid. CRISTÓBAL MONTES, A., «Momento de la elección en las obligaciones alternativas», *op. cit.*, pág. 1927.

3. URBANISMO

POR EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

EL DERECHO DE REVERSIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN DE 29 DE JUNIO DE 2001. (RESOLUCIÓN DE 29 DE JUNIO DE 2001, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN VIRTUD DE RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO CONTRA LA NEGATIVA A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA.)

I. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN

Hechos.—El 12 de febrero de 1998, mediante escritura pública otorgada ante Notario, doña A. B. A. vende a don H. T. B. las fincas rústicas descritas en el expositivo III. En la citada escritura se expone que la totalidad de la finca rústica descrita en el expositivo I fue expropiada por la Junta de Andalucía, Consejería de Obras Públicas y Transportes, para la ejecución de una carretera, expropiación que no se reflejó en el Registro de la Propiedad por destinarse a dominio público de acuerdo con lo expuesto en el artículo 62.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa. Con posterioridad, doña A. B. A. solicitó la reversión parcial de los bienes expropiados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, a lo que accedió la Delegación Provincial de Granada de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, Resolución de 4 de agosto de 1993, valorando los terrenos revertidos en determinada cantidad, dinero que fue abonado por doña A. B. A. Que así resultan de la manifestación de los comparecientes, quienes exhiben la certificación acreditativa de la reversión y carta de pago de la citada cantidad, que se incorpora a la matriz. En consecuencia, tras la reversión parcial, según manifiestan, la finca descrita queda reducida su superficie y convertida en cuatro parcelas, tal y como consta en el plano que se adjunta.

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad fue calificada con la siguiente nota: De conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario, calificado el precedente documento, el Registrador que suscribe suspende la inscripción del mismo al observarse los siguientes defectos: 1. No existir concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, al no haber tenido acceso a los libros del Registro el expediente de expropiación forzosa, y con ello, el derecho de reversión de que fue objeto la finca objeto de la escritura calificada (art. 20 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 29 de noviembre de 1978). 2. Por no ser suficientemente clara la escritura, en cuanto a si la finca revertida y objeto de la venta es una sola entidad formada por cuatro parcelas discontinuas como consecuencia de la expropiación o se trata de parcelas independientes y divididas, en cuyo caso no se acompaña certificación correspondiente sobre licitud de dicha división. Contra esta nota de calificación podrá interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. No se ha tomado anotación preventiva por defecto subsanable por no haberse solicitado. A 19 de febrero de 1999. El Registrador.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que no hay quiebra del principio del

tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, toda vez que se pretende no la inscripción de la reversión de la finca expropiada sino su compraventa. Que según la última inscripción, la titular registral del dominio dispone del mismo, haciendo constar las transformaciones efectuadas en su finca como consecuencia de su expropiación y posterior reversión parcial a su favor, mediante el supuesto del tracto abreviado. Que la inscripción de dominio a favor de la Administración expropiatoria no es obligatoria, así lo declara el artículo 62, párrafo 2 del Reglamento de Expropiación Forzosa. Que la escritura documenta el expediente de reversión de que cabe deducir la condición de expropiado de la disponente. También se declara en el mismo que se trata de una reversión parcial, por lo que la inscripción a favor de la Administración debería abrir folio registral y subsistir en parte. Que el supuesto de tracto abreviado que se pretende no es desconocido por la regulación de la expropiación forzosa que al menos conoce dos supuestos: el del artículo 32.2 del Reglamento Hipotecario y el artículo 62.5 del Reglamento de Expropiación Forzosa, y 32.4 del Reglamento Hipotecario. Que hay que recordar que es doctrina de la Dirección General: *a)* La de que la regla del tracto sucesivo no se da con rigor. *b)* La de que la calificación registral se ha de hacer por lo que resulte de los documentos presentados. *c)* La de que las Resoluciones dictadas por los Tribunales y Autoridades Administrativas en los asuntos de su competencia, tienen la misma fuerza que los de los Tribunales ordinarios, siempre que dichos acuerdos tengan el carácter de firmes y ejecutorios. Que no se puede dudar que doña A. B. A. fue la expropiada y la reversionaria, tal y como consta en las certificaciones administrativas, y siendo ella todavía la actual titular registral, es a ella a quien corresponde determinar a qué finca pertenecían originariamente las porciones revertidas, sobre si no es ni era dueña de otra u otras. Así se hizo constar en el acta complementaria.

La Registradora de la Propiedad, en defensa de la nota informó: 1. Que lo que se quiso expresar en el primer punto de la nota de calificación es que el expediente expropiatorio y con ello el derecho de reversión, no habían tenido reflejo registral, por lo que la realidad del Registro no reflejaba la realidad extrarregistral. La falta de tracto sucesivo es evidente. Que lo que se pretende con ello es conectar el Registro de la Propiedad con el expediente expropiatorio, previo al derecho de reversión, para así tener la visión completa de los avatares extrajudiciales de la finca y no una visión parcial al incorporarse sólo a la escritura el certificado del referido derecho de reversión y no, como también procedería, el certificado administrativo comprensivo del expediente expropiatorio. Que el derecho de reversión o recobro de los bienes o derechos expropiados está regulado en los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 a 70 de su Reglamento. Que de todo lo expuesto se pueden hacer las siguientes conclusiones: 1.^a Si el expediente de expropiación forzosa no ha tenido reflejo registral, el derecho de reversión no podrá tenerlo tampoco, a menos que ambos queden reflejados como actos conexos que son. 2.^a Que el tracto sucesivo obliga a hacer constar en el asiento de inscripción todas las situaciones jurídicas que afectan al derecho de propiedad y por ello no sólo el derecho de reversión, sino el acto anterior que motivó el cambio jurídico y físico de finca, esto es, la expropiación de parte de la misma. Que el expediente expropiatorio, que se ha llevado con el titular registral, debe contener una descripción clara de los bienes expropiados. Por lo que al no poder identificar la finca expropiada ni por las manifestaciones de la vendedora ni por el expediente de reversión, lo que provoca dudas sobre su

identidad, se puede acudir a otros medios de prueba, como el expediente expropiatorio, que no actúa, por norma general, de espaldas al Registro. Y, aparte de completar el historial jurídico de la finca en cuestión, salvando los principios de tracto y legitimación, se podrían disipar las dudas que la documentación aportada no soluciona.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota de la Registradora señalando que se trata de un problema de concordancia registral y el tracto sucesivo no resulta satisfecho. El Notario autorizante apeló el Auto Presidencial.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 20 de la Ley Hipotecaria, y 5, 31 y 32 de su Reglamento, 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y 62.2 y 63 a 70 de su Reglamento de 26 de abril de 1957.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

Se presenta en el Registro escritura pública en que la titular registral de una finca expone que la misma fue afectada por un expediente de expropiación forzosa, y que, como consecuencia de ella, quedaron cuatro parcelas sobrantes, que describe, respecto de las cuales ejercitó y obtuvo la reversión por parte de la Administración. Acredita la reversión y la existencia de las cuatro parcelas acompañando el expediente de dicha reversión y vende dichas cuatro fincas a otra persona. Presentada la escritura en el Registro, la Registradora suspende la inscripción, además de otros defectos no recurridos, por falta de inscripción de la expropiación forzosa, y, con ella, del derecho de reversión.

Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso. El Notario apela el Auto Presidencial.

2. El recurso ha de ser estimado. De la documentación aportada —que consta de planos oficiales de las fincas resultantes— resulta la esencia de todo el expediente expropiatorio —que podrá hacerse constar en el Registro mediante el mecanismo del tracto abreviado—, así como las parcelas sobrantes de la expropiación y que fueron el objeto de la reversión, y las resoluciones administrativas que dieron lugar a ésta, por lo que ningún obstáculo existe para poder inscribir las parcelas objeto de la venta. Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el Auto Presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 29 de junio de 2001.—La Directora General de los Registros y del Notariado.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA D. A. 5.^a DE LA LEY 38/99 DE EDIFICACIÓN

Con la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se produce un cambio normativo importante en la regulación del derecho de reversión.

La Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, en su artículo 54, lo configura como un derecho real de adquisición preferente sobre los bienes objeto de la expropiación a favor del reversionista que se materializa a favor de éste cuando no se ejecuta la obra o se establece el servicio que

motivó la expropiación, o cuando ejecutada la obra o establecido el servicio no se destinan los mismos a la *causa expropriandi* (desaparición de la afectación), o si finalmente resta alguna parte sobrante de los bienes expropiados.

Para SANTAMARÍA PASTOR (1), la reversión surge de manera automática al desaparecer sobrevenidamente el fin que justifica la expropiación; se regula por el derecho vigente al momento de su nacimiento; es un derecho de configuración legal (2) y constituye un derecho real de adquisición preferente. Con esta garantía jurídica se pretende compensar la situación inicial del propietario expropiado que ve excepcionado su régimen general de titularidad dominical mediante una privación singular y coactiva de bienes de su patrimonio por causas de utilidad pública o interés social; la denominada función social de la propiedad.

Según JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ CIENFUEGOS la reversión aparece como un complemento de las garantías constitucionales de la propiedad privada y constituye, en último término, un instrumento idóneo para evitar situaciones de abuso o desviación de poder de las Administraciones Públicas.

Configurado pues el derecho de reversión como un derecho real, es evidente que el mismo puede tener acceso al Registro de la Propiedad para gozar de la inmediatividad y eficacia *erga omnes* de todo derecho real.

No obstante, antes de la reforma operada por la Disposición Adicional 5.^a de la Ley 38/99, de 5 de noviembre, el derecho de reversión era oponible a terceros adquirentes de los bienes expropiados, aunque el reversionista no hubiera inscrito tal derecho en el Registro de la Propiedad, siempre que concurrieran los requisitos legales para su ejercicio. De esta manera prevalecía el derecho de recuperar el bien expropiado por su primitivo titular frente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El derecho del reversionista se anteponía al derecho del tercer hipotecario, aunque a éste último se le reconocía legalmente acción de repetición contra quien procediera por los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Prueba de ello es el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa, de 26 de abril de 1957, tácitamente derogado por la Ley 38/99, que establecía que «*cuando se dé alguna de las causas legitimadoras de la reversión, procederá ésta, aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados*».

Sin embargo, con el cambio operado por la Ley 38/99, que da nueva redacción a los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, y mantiene vigentes los artículos 63 a 70 de su Reglamento en cuanto no se opongan a la nueva regulación, vuelve a fortalecerse la posición del tercer hipotecario en detrimento del reversionista, ya que si no consta inscrito su derecho no puede oponerlo frente a terceros adquirentes, y la constancia registral del mencionado derecho no depende de la voluntad del expropiado sino que queda en manos única y exclusivamente del actuar diligente de la Administración, ya

(1) JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, pág. 456. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

(2) La naturaleza del derecho de reversión como derecho de configuración legal se aborda sustancialmente por la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1988.

que es necesario un documento de la misma que acredite la existencia de tal derecho expectante.

Así, el apartado 5.º del nuevo artículo 54 de la LEF dispone que: «*En las inscripciones en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derechos expropiados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y el siguiente, sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme lo previsto en la Ley Hipotecaria*».

No obstante, con el ánimo de dotar de una mayor seguridad jurídica al derecho expectante del reversionista cuya eficacia queda supeditada a su constancia registral, hubiera sido deseable que en la redacción del citado precepto se hubiera concretado a quien le correspondía el deber de promover el reflejo registral del citado derecho y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, ya que si el legislador otorga al titular de un derecho (reversionista) una protección preferente frente a terceros hipotecarios pero condicionada al cumplimiento de un requisito (inscripción registral) que no depende de la voluntad del titular del derecho sino del proceder diligente de la Administración expropiante (que reconozca tal derecho mediante documento administrativo y promueva su inscripción), parece lógico que se refleje normativamente que es a esta última a quien le corresponde tal obligación, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento, pues de lo contrario el derecho condicionado del primero queda notablemente debilitado.

BERMEJO VERA (3) señala que «*la Administración Pública es garante y responsable del potencial ejercicio del derecho de reversión por el expropiado o sus causahabientes*».

En opinión de JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ CIENFUEGOS (4): «*la nueva redacción de este conflicto entre los derechos expectantes del reversionista y los terceros titulares de derechos amparados por el Registro pone de relieve, y esto es lo grave, que la obligación de hacer constar en el Registro el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros adquirentes no aparece rodeada de la suficiente coercibilidad como para que, en todo caso, se garantice el respeto a este derecho preferente*».

Sin embargo, y ante el incumplimiento de la obligación de dejar constancia registral por parte de la Administración del derecho de reversión, el particular expropiado puede ejercitar contra la misma acción de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados, pero sin que en modo alguno pueda recuperar los bienes en su día expropiados y posteriormente revertidos si éstos hubieran pasado a manos de terceros adquirentes protegidos por el artículo 34 de la LH.

Incluso la posición del reversionista frente al tercer hipotecario queda con la nueva redacción más debilitada que la que tenía este último anteriormente, ya que el artículo 69 del REF reconocía expresamente al tercer hipotecario acción de repetición por los daños y perjuicios causados, mientras que actual-

(3) JOSÉ BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Especial*, Editorial Civitas, 1998, pág. 120.

(4) *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 425, págs. 1 a 5, febrero de 2000, «Un ejemplo de oportunismo legislativo: la modificación del derecho de reversión en la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación».

mente al reversionista dicha acción hay que presuponerse, ya que el artículo 54.5 de la LEF nada menciona al respecto.

Resulta evidente que la modificación legislativa operada sobre el derecho de reversión por la Ley de 5 de noviembre de 1999, de Ordenación de la Edificación, debilita la posición del propietario expropiado reversionista en favor del tercer hipotecario, ya que sin la constancia registral del derecho del primero, que no depende del mismo, no será oponible la reversión frente a terceros.

Con el fin de flexibilizar la interpretación tan rigurosa que de la inscribibilidad de la reversión hace la Ley, JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ (5) señala que *«la no constancia de la reserva legal no puede impedir la oponibilidad de la reversión si consta inscrita la causa de adquisición por expropiación, dado que la reversión, de concurrir, despliega institucionalmente los efectos de ella desde el título de adquisición y no desde la reserva. Por tanto, supone una contradicción tan manifiesta la reserva legal con el régimen de la causa que, so pena de destruir ésta y toda la doctrina en que se funda, forzosamente debe tener primacía sobre el contenido meramente formal del asiento, con independencia de que el reversionista refuerce su posición tomando anotación preventiva de su pretensión»*.

III. PROMOCIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE FINCAS ADQUIRIDAS POR EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DEL DERECHO DE REVERSIÓN

En la Resolución de 29 de junio de 2001, tanto el Registrador de la Propiedad como el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, deniegan la inscripción de la escritura de compra-venta de las cuatro parcelas revertidas parcialmente sobre la finca originariamente expropiada y propiedad de la parte vendedora, que es su titular registral, en base a que no constaban previamente inscritos en el Registro ni el expediente de expropiación forzosa seguido sobre la finca inicialmente expropiada ni la reversión parcial derivada de esta última sobre las cuatro parcelas sobrantes de la expropiación.

La resolución objeto de estudio plantea una serie de cuestiones interesantes. ¿Sobre quién recae la carga de promover la inscripción de fincas adquiridas en virtud de un procedimiento de expropiación forzosa?, ¿debe hacerse constar en dicha inscripción el posible derecho de reversión a favor del sujeto expropiado?, ¿qué requisitos son necesarios para inscribir el derecho de reversión?, ¿quién puede promover su inscripción?, ¿pueden reflejarse *a posteriori* con ocasión de un acto concreto, hechos no inscritos en su momento en el Registro pero conexos entre sí mediante la aportación de los documentos pertinentes? Las respuestas a estas y otras preguntas se desarrollan a continuación.

Tradicionalmente las Administraciones Públicas debían inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes inmuebles de carácter privativo integrantes de su patrimonio mientras que estaban facultadas, que no obligadas, para hacerlo con los bienes inmuebles de dominio público. Así se desprende del artículo 2.6 de la Ley Hipotecaria y los artículos 4 y 5 de su Reglamento.

(5) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 2000, núm. 656-657, «El derecho de reversión en las expropiaciones comunes según la nueva Ley de Ordenación de la Edificación y sus repercusiones registrales».

En concreto, el artículo 5 del Reglamento Hipotecario exceptúa la inscripción de bienes de dominio público señalando que *«los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial»*. Ello no implica que las Administraciones Públicas no puedan inscribir los bienes demaniales afectos a su patrimonio, ya que lo que el artículo 5 prescribe es una excepción a la obligación de inscripción de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, pero en modo alguno impone una prohibición.

Sin embargo, con la nueva Ley 33/03, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la interpretación del artículo 5 del RH, que se remite a la propia legislación especial, queda mucho más restringida, ya que el artículo 36 de la misma impone la obligatoriedad de la inscripción de todos los bienes de las Administraciones Públicas independientemente de su carácter patrimonial o público. Así el artículo 36 *in inicio* dispone que *«las Administraciones Públicas deben inscribir en los correspondientes Registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos Registros»*.

Con ello, si antes de la Ley 33/03 las Administraciones Públicas tenían la posibilidad de inscribir bienes demaniales en el Registro, con la entrada en vigor de la nueva ley, dicha posibilidad se convierte en obligación.

El caso que nos ocupa, al ser la finca expropiada destinada para la ejecución de una carretera y la Resolución objeto de estudio de junio de 2001, y por lo tanto de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 33/03, la Administración expropiante no estaría obligada, aunque sí facultada, a inscribir la finca adquirida por expropiación para un uso o servicio público (carretera), ya que quedaría dispensada de tal deber en virtud del artículo 5 del RH. No obstante, tal y como se desprende de la Resolución, aun pudiendo en su momento la Administración promover la inscripción de la finca expropiada no lo hizo.

Tampoco lo hizo el particular expropiado, estando legitimado para ello en virtud del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, ya que puede promoverse la inscripción tanto por el que adquiere el derecho (sujeto expropiante) como por el que lo transmite (sujeto expropiado), si bien es cierto que la transmisión en este caso no surge espontáneamente de la voluntad del *tradens*, ya que viene impuesta coactivamente por el *accipiens*, la Administración expropiante. La no inscripción de la expropiación no implica que tal constancia registral no pueda realizarse posteriormente con ocasión de hechos y actos distintos, pero que traen causa de la misma, conexos entre sí, en virtud del tracto abreviado.

Asimismo en la inscripción de la expropiación implícitamente debe constar la persona del anterior titular, contra quien se dirigió el expediente expropiatorio, es decir, el que figure como expropiado, así como el posible futuro derecho de reversión a favor del mismo o sus causahabientes en caso de concurrir los requisitos necesarios.

Máxime cuando en un primer momento, con la reforma operada por la Ley 38/99, de Edificación, es necesaria la constancia registral del derecho de reversión para su oponibilidad a terceras personas. Y posteriormente, tras la Ley 33/03, según su artículo 36.1, son obligatoriamente inscribibles también todos los actos y contratos que se refieran a bienes inmuebles públicos y que puedan tener acceso al Registro. Por ello los actos (certificaciones administrativas) por los que se declara la existencia del hipotético derecho de reversión

sobre dichos bienes deberían también tener acceso al Registro. No obstante, aunque la Administración expropiante, obligada a ello (6), no promoviera su inscripción, podría instarse por el particular expropiado, en virtud del artículo 6 de la LH, que señala como legitimados para pedir la inscripción «*los que tengan interés en asegurar el derecho que se deba de inscribir*».

Sin embargo, para procederse a su inscripción y dado que en el Registro de la Propiedad impera el principio de rogación, con lo que el Registrador no puede actuar de oficio, sería necesaria la presentación de un documento público (certificación administrativa) donde quedase reconocida por la Administración la existencia de la expectativa del mencionado derecho a favor del expropiado; tal circunstancia podría quedar reflejada en el mismo expediente de expropiación que también debe inscribirse, donde a la cualidad de expropiado se reconoce expresamente su posible derecho de reversión, aunque normalmente tal circunstancia es inherente a la condición de expropiado.

Para algunos autores como GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (7), que consideran el derecho de reversión como un derecho exclusivamente de configuración legal, pero sin rango constitucional, es decir, no incluido implícitamente en el artículo 33.3 de la CE, que alude a la expropiación, no hay una norma en nuestro ordenamiento jurídico que imponga para todos los tipos y casos de expropiaciones el derecho de reversión. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 1996, sostiene que no toda expropiación conlleva el derecho de reversión en su normal intensidad, pudiendo ser eliminado o modulado por el legislador en supuestos específicos, atendiendo de modo razonable y no arbitrario a la finalidad de la expropiación.

IV. DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO EXPECTANTE DE REVERSIÓN Y LA REVERSIÓN EFECTIVA

Como se puede apreciar, hay que distinguir entre el derecho a una hipotética reversión y que deriva de la cualidad misma de expropiado y la reversión efectiva, que se produce cuando concurre alguno de los tres supuestos de hecho contemplados en el artículo 54 de la LEF (no ejecutarse la obra o establecerse el servicio, desaparecer la afectación de los bienes expropiados a tal fin y quedar alguna parte sobrante de los mismos). Es evidente que la reversión efectiva es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad mediante la presentación de la decisión administrativa o judicial donde se acredite que se ha consumado uno de los tres supuestos de hecho que dan lugar a la misma.

Pero también el posible derecho de reversión que se reconoce a favor del expropiado y de sus causahabientes es inscribible por ser análogo a un dere-

(6) El artículo 24.4 de la Ley 33/03, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas relativo a las «Adquisiciones derivadas del ejercicio de la potestad expropiatoria» señala que el ofrecimiento y tramitación de los derechos de reversión serán efectuados por el Ministerio u Organismo que hubiera instado la expropiación, es decir, la Administración Expropiante. Debe entenderse que la tramitación de los mismos impone a las Administraciones Públicas, como consecuencia de la nueva regulación, el deber de dejar constancia registral de éstos.

(7) *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 417, «El nuevo régimen del derecho de reversión de los bienes expropiados».

cho real de adquisición, oponible a terceros, transmisible y perfectamente digno de protección registral.

Así lo reconocen las Resoluciones de la DGRN de 28 de julio y 26 de noviembre de 2001.

En la primera de ellas se supedita la inscribibilidad del mencionado derecho a dos requisitos de carácter registral (exigencias de documentación pública y tracto sucesivo) y uno de carácter fiscal (previa liquidación del impuesto de sucesiones o transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados). Al final se deniega la inscripción porque la solicitud de inscripción del latente derecho de reversión se realiza por una sociedad en base a una escritura de constitución a la que se aportaban los derechos en cuestión por personas que no fueron las expropiadas. Es decir, teóricamente reconoce la inscribibilidad del derecho aunque en la práctica lo deniega al haberse quebrantado el principio de tracto sucesivo.

Más palmario resulta el supuesto de la Resolución de 26 de noviembre de 2001, que conjuga los principios de tracto sucesivo y tracto abreviado para confirmar la constancia registral del hipotético derecho. Según esta Resolución, la cualidad de expropiado y su derecho a una hipotética reversión es susceptible de reflejarse en el Registro si existe el documento administrativo que la reconoce; de esta manera puede solicitarse la inscripción del derecho de reversión a favor de los herederos del expropiado, ya que tal derecho fue reconocido por la propia Administración mediante la presentación del documento administrativo en unión de una escritura pública por la que aquellos transmitían su derecho a terceras personas. Como se puede apreciar no sólo reconoce la inscribibilidad del potencial derecho a favor del expropiado y sus causahabientes, sino la de su transmisibilidad a terceras personas. No obstante, para JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, *«el hecho de que la Ley exija la consignación de la reserva en el Registro no equivale a que se abra la vida registral para un derecho que aún incorporado a los derechos de preferente adquisición realmente es un derecho potencial... por tanto, la cadena de transmisiones de este derecho eventual sigue viviendo fuera del Registro, ajena a su control por el Registrador y, con ello, de las exigencias del tracto en sede registral»*.

En consecuencia, de conformidad con la Resolución de 26 de noviembre de 2001, son tres los hitos de la reversión que pueden tener acceso al Registro: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los Tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. Nada obsta, reconocida la inscribibilidad del primer y el último paso de tal procedimiento, a la inscripción del segundo, que es análogo a un derecho real de adquisición, oponible a terceros, transmisible y perfectamente digno de protección registral.

Una vez diferenciado el hipotético derecho de reversión del sujeto expropiado de la reversión efectivamente materializada, habría que precisar a cuál de los dos derechos hace referencia la nueva redacción del artículo 54.5 de la LEF. Éste, según hemos indicado, declara que *«...se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados... sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria»*.

Parece entenderse que el derecho al que alude el precepto reseñado es la reversión que va implícitamente unida a la cualidad de expropiado; es decir,

el hipotético derecho de reversión cuya eficacia queda pendiente de que concurra alguno de los supuestos referidos en el 54.1 de la LEF.

No obstante, al igual que hemos contemplado la constancia registral, tanto de la expectativa del derecho de reversión como de la reversión efectivamente consumada, también debe preverse como contrapartida de lo anterior que una vez materializada la reversión por haber concurrido alguno de los requisitos del artículo 54.1 de la LEF, si el reversionista no ejercita su derecho en el plazo legalmente previsto (tres meses desde la notificación por la Administración) pueda cancelarse el asiento donde consta el derecho por extinción del mismo. La concordancia entre la realidad jurídica registral y extrarregistral aconseja que una vez extinguido un derecho fuera del Registro proceda a cancelarse la constancia registral del mismo. Del mismo modo procedería la cancelación del asiento cuando se desestimara definitivamente en vía administrativa o jurisdiccional la existencia efectiva del mismo.

V. POSIBILIDAD DE INSCRIBIR HECHOS SUCESIVAMENTE PRODUCIDOS Y CONEXOS ENTRE SÍ MEDIANTE APORTACIÓN DE TÍTULOS SUFICIENTES

Finalmente, y tras comentar las incidencias registrales de la nueva regulación del derecho de reversión, cabe plantearse, en relación con la Resolución de 29 de junio de 2001 de la DGRN, si de los documentos presentados por la titular registral de la finca en su día expropiada y posteriormente revertida parcialmente a la misma mediante las cuatro parcelas sobrantes de la expropiación, cabe proceder a la inscripción de la escritura de compraventa otorgada por la primera a favor de tercera persona.

Como hemos señalado anteriormente, tanto el Registrador como el Presidente del Tribunal Superior de Justicia deniegan la inscripción en base a que previamente no se había hecho constar en el Registro ni el expediente de expropiación forzosa ni el derecho de reversión, con lo que se quebrantaba el principio de tracto sucesivo. Sin embargo la DGRN estima que de la documentación aportada por la solicitante resulta suficientemente acreditada la esencia misma del expediente expropiatorio, así como reconocido su derecho de reversión, por lo que nada obsta a la inscripción de la compraventa.

Al ser la Resolución de la Dirección General de 2001, no era aplicable a las Administraciones Públicas el artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que fija la inscripción obligatoria en el Registro de todos los bienes integrantes de su patrimonio, incluidos los adquiridos en virtud de expropiación forzosa.

Asimismo, si el Registrador suspende la inscripción de la compraventa, como consta en la Resolución, el 19 de febrero de 1999, tampoco estaba vigente a fecha de su solicitud (anterior en todo caso a febrero de 1999) la D. A. 5.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que impone la constancia registral obligatoria del derecho a la reversión. Por ello, no siendo obligatoria a fecha de la solicitud ni la inscripción del expediente de expropiación forzosa ni el derecho de reversión, nada obsta a la inscripción de la compraventa solicitada.

La titular registral, partiendo de la última inscripción de dominio en el Registro, donde figura como propietaria de la parcela que pretende vender, enajena la finca a una tercera persona. De la documentación presentada por

la vendedora se hace constar en el Registro una serie de avatares extrarregistrales de la finca inscrita, cuya constancia registral, según hemos visto, no era obligatorio reflejar en su momento para lograr la concordancia entre una realidad y otra, la registral y la extraregistral.

Así, de los planos oficiales de las fincas resultantes y de las certificaciones administrativas presentadas, resulta acreditada respectivamente la esencia de todo el expediente expropiatorio, así como las cuatro parcelas sobrantes de la expropiación y la reversión efectivamente materializada sobre las mismas. Por ello se cumplen los requisitos de documentación pública y tracto sucesivo exigidos para que, como consecuencia de la consumación del derecho de reversión, el titular del mismo pueda vender la finca revertida parcialmente (comprensiva de las cuatro parcelas no afectadas finalmente por la expropiación) a terceras personas, no existiendo impedimento para la inscripción de la referida compraventa. Los documentos reseñados, más la escritura de compraventa, son títulos suficientes en virtud del tracto abreviado para autorizar dicha inscripción.

Sin embargo, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (8), en una crítica a la Resolución de 29 de junio de 2001, sostiene radicalmente la negativa de la inscripción solicitada por haberse conculcado los principios de tracto abreviado, de título inscribible y de legalidad o calificación, ya que «...no puede considerarse una escritura pública de compraventa el título suficiente para reunir en ella todos los actos sucesivamente producidos —expropiación, reversión y venta— porque entonces la escritura pública no sólo aumenta de tamaño sino que cambia de naturaleza...». No obstante, si concurren, como es el caso presente, documentos públicos que acreditan la expropiación y la consumación de la reversión (como son los planos oficiales y las certificaciones administrativas) junto con la escritura de compraventa, todos ellos son títulos suficientes para proceder a la inscripción por el mecanismo del tracto abreviado de los actos sucesivamente producidos pero conexos entre sí.

VI. CONCLUSIÓN

Con ocasión de la reforma operada por la D. A. 5.^a de la Ley 38/99, de 5 de noviembre, el derecho de reversión debe constar inscrito en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros hipotecarios protegidos por el artículo 34 de la LH, mientras que tradicionalmente no era necesaria su constancia registral para que el propietario originario, una vez consumada la reversión, pudiera ejercitarlo frente a terceros.

El deber de hacer constar el derecho de reversión depende de la Administración expropiante, ya que sin la presentación ante el Registro de documento público, reconociendo la existencia del mismo a favor del propietario primitivo o sus causahabientes, la reversión de una manera explícita no puede tener acceso al mismo, pues el carácter rogado que impera en el sistema hipotecario impide que el Registrador pueda actuar de oficio, aunque implícitamente pueda quedar reconocida en el expediente expropiatorio que ya conste inscrito.

(8) *Boletín del Colegio Oficial de Registradores*, núm. 76, «El tracto abreviado extensible o por estiramiento de la Resolución de 29 de junio de 2001».

La inscripción del derecho de reversión también puede promoverse por el particular expropiado, aunque parece lógico que sea la Administración, que debe reconocer la existencia del mismo, la que promueva su reflejo registral.

Son requisitos para su inscripción que conste en documento público y que la persona a cuyo favor se inscriba sea titular registral de la finca originariamente expropiada, es decir, que se cumpla con el principio de tracto sucesivo.

LORENZO GÓMEZ PARRA

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 1/2005. 20-5-2005. Autoriza la ratificación por España del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29-10-2004.

— Ley Orgánica 2/2005. 22-6-2005. Modificación del Código Penal.

— Ley 8/2005. 6-6-2005. Compatibiliza las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado.

— Ley 9/2005. 6-6-2005. Compatibiliza las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social.

— Ley 11/2005. 22-6-2005. Modifica la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del Plan Hidrológico Nacional.

— Ley 12/2005. 22-6-2005. Modifica el artículo 23 de la Ley de 8-6-1957, del Registro Civil.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 513/2005. 9-5-2005. Modifica el Real Decreto 355/2004, de 5-3-2004, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

— Real Decreto 685/2005. 10-6-2005. Publicidad de resoluciones concursales y modificación del RRM, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19-7-1996, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 687/2005. 10-6-2005. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 1775/2004, de 30-7-2004, para regular el régimen especial de tributación por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, y se eleva el porcentaje de gastos de difícil justificación de los agricultores y ganaderos en estimación directa simplificada.

— Orden 1308/2005. 11-5-2005. Aprueba el modelo 380 de declaración-liquidación del IVA en operaciones asimiladas a las importaciones, se determinan el lugar, forma y plazo de presentación, así como las condiciones generales y el procedimiento para su presentación por medios telemáticos.

— Orden 1635/2005. 2-6-2005. Reduce para el periodo impositivo 2004 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.

— Orden 1731/2005. 10-6-2005. Aprueba el modelo de declaración del IRPF para contribuyentes del régimen especial de tributación por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, así como el modelo de comunicación para el ejercicio de la opción por tributar por dicho régimen, y se modifican disposiciones sobre otros modelos de declaración relacionados con la aplicación del régimen.

— Resolución 29-3-2005. Aprueba el régimen de establecimiento y funcionamiento de los Puntos de Información Catastral.

— Resolución 8-6-2005. Modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del IAE del ejercicio 2005, relativos a las cuotas nacionales y provinciales, y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 689/2005. 10-6-2005. Modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4-2-2000, y el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14-5-1998, para regular la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales.

— Orden 1562/2005. 25-5-2005. Establece normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11-6-2004.

— Orden 1745/2005. 3-6-2005. Regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el artículo 50.a) del Reglamento 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 Real Decreto 2393/2004, de 30-12-2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— STC 70/2005. 4-4-2005. Recurso de amparo 4.114-2000. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: Medidas previas a una separación matrimonial dictadas sin haber oído a la esposa; inasistencia del fiscal.

— STC 78/2005. 4-4-2005. Recurso de amparo 6.698-2002. Vulneración del derecho a un proceso con garantías: Condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública.

— STC 96/2005. 18-4-2005. Recurso de amparo 7.165-2002. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (ejecución): Pensión compensatoria por separación matrimonial dejada sin efecto en virtud de sentencia de divorcio posterior.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS 24-1-2004. Fija la siguiente doctrina legal: «En el supuesto de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos objeto del IBI, no es precisa la declaración de fallido del adquirente o los adquirentes intermedios para que, declarada la del deudor originario transmitente de los bienes afectos al pago de la deuda tributaria, pueda derivarse la acción contra dichos bienes tras la notificación reglamentaria, al adquirente y titular actual de los mismos del acto administrativo de derivación».

— STS 18-2-2004. Fija la siguiente doctrina legal: «La exigencia de que para la imposición de sanciones tributarias se tramite un expediente distinto e independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria, únicamente es aplicable para actas de la Inspección de los Tributos que se extiendan a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/1998, de 26-2-1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, sin que a estos efectos sea de aplicación la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común».

— STS 31-3-2004. Declara la validez del artículo 54.8 del Reglamento del IS y D, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8-11-1991, por estar ajustado a derecho.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 97/2005. 11-4-2005. Establece la ordenación del Parque Nacional y Parque Natural de Doñana.

— Orden 10-6-2005. Regula el Registro Telemático Tributario dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda y las notificaciones, certificados y transmisiones telemáticos en el ámbito de la Administración Tributaria de la Junta de Andalucía.

— Orden 10-6-2005. Regula el procedimiento general para el pago y presentación telemáticos de declaraciones y autoliquidaciones de tributos y otros ingresos gestionados por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, así como el régimen de las actuaciones en representación de terceros realizadas por medios telemáticos.

ARAGÓN

— Ley 4/2005. 14-6-2005. Sobre la casación foral aragonesa.

— Ley 5/2005. 14-6-2005. Ordenación del Sistema Universitario de Aragón.

ASTURIAS

— Ley 1/2005. 9-5-2005. Modifica la Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23-6-2000, de Cajas de Ahorro, para adaptarla a disposiciones básicas de las Leyes 44/2002, de 23-11-2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, y 62/2003, de 30-12-2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

BALEARES

— Ley 5/2005. 26-5-2005. Conservación de los espacios de relevancia ambiental (LECO).

— Decreto Legislativo 67/2005. 24-6-2005. Aprueba el TR de la Ley de Finanzas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

CANARIAS

— Decreto 52/2005. 12-4-2005. Aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de Puertos de Canarias.

— Decreto 121/2005. 7-6-2005. Modifica el Decreto 16/2003, de 10-2-2003, que regula la presentación de declaraciones por medio de representante con el fin de proceder al despacho de importación y exportación relativo a los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

— Orden 18-4-2005. Crea la OL Comarcal Tenerife Dos y se establece para el año 2005 su régimen retributivo.

CANTABRIA

— Ley 1/2005. 16-5-2005. Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 4/2005. 23-5-2005. Modifica la Ley 14/1990, de 28-11-1990, de concentración parcelaria de la Comunidad de Castilla y León.

— Ley 7/2005. 24-5-2005. Función Pública de Castilla y León.

— Ley 9/2005. 17-6-2005. Establece el Programa de Actuación en las Comarcas Mineras durante el periodo 2004-2007.

— Orden 737/2005. 1-6-2005. Modifica el Anexo de la O. PAT/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.

— Corrección de errores. Ley 4/2005. 23-5-2005. Modifica la Ley 14/1990, de 28-11-1990, de Concentración Parcelaria de la Comunidad de Castilla y León.

CATALUÑA

— Ley 3/2005. 8-4-2005. Modifica la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña en materia de Adopción y Tutela.

— Ley 4/2005. 8-4-2005. Recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad de Cataluña.

— Ley 7/2005. 8-6-2005. Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña.

— Ley 8/2005. 8-6-2005. Protección, gestión y ordenación del paisaje.

GALICIA

— Ley 5/2005. 25-4-2005. Reguladora del recurso de casación en materia de Derecho Civil de Galicia.

— Decreto 158/2005. 2-6-2005. Regula las competencias autonómicas en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre.

— Decreto Legislativo 1/2005. 10-3-2005. Aprueba el TR de las Leyes 7/1985, de 17-7-1985, y 4/1996, de 31-5-1996, de Cajas de Ahorro de Galicia.

— Orden 28-4-2005. Regula ayudas para aparceros y arrendatarios de fincas rústicas, que ejerzan su derecho a la propiedad, por aplicación de la Ley 3/1993, de 16-4-1993, relativa a las aparcerías y a los arrendamientos rústicos-históricos de Galicia.

— Orden 19-5-2005. Regula el procedimiento para el pago y la presentación telemáticos de las autoliquidaciones correspondientes al IS y D y se modifican las órdenes que regulan el pago y la presentación telemáticos en el ITP y AJD y en la tasa fiscal sobre el juego.

LA RIOJA

— Ley 4/2005. 1-6-2005. Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

NAVARRA

— Ley Foral 6/2005. 18-5-2005. Modifica parcialmente la Ley Foral 20/2003, de 25-3-2003, de familias numerosas.

— Ley Foral 7/2005. 16-6-2005. Modifica la D. A. 1.^a «Ayudas por maternidad» de la Ley Foral 16/2003, de 17-3-2003, de modificación parcial de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Orden Foral 136/2005. 27-4-2005. Regula el suministro de la información de carácter tributario y la expedición de certificados por la Hacienda Tributaria de Navarra.

— Orden Foral 141/2005. 5-5-2005. Regula la presentación telemática de declaraciones del IRPF y del IP para el periodo impositivo 2004.

— Orden Foral 147/2005. 12-5-2005. Aprueba el modelo del IS e Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes S-90, de autoliquidación para los ejercicios iniciados entre el 1 de enero y el 31-12-2004, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 171/2005. 7-6-2005. Aprueba, para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal, el modelo 220 de autoliquidación del IS para los ejercicios iniciados entre el 1 de enero y el 31-12-2004, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Resolución 462/2005. 26-5-2005. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2006 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

— Acuerdo 7-4-2005. Ratifica el Decreto Foral 5/2005, de 17-1-2005, por el que se modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

PAÍS VASCO

— Decreto 59/2005. 29-3-2005. Aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi.

VALENCIA

— Decreto 98/2005. 20-5-2005. Regula un registro de representaciones de carácter voluntario ante la Generalitat para la realización de trámites por vía telemática.

II. Información de actividades

Aragón

Los días 2 y 3 de junio, organizado por la AJA de Zaragoza y con el patrocinio de *El Derecho*, tuvo lugar el Congreso *Abogacía y nuevas tecnologías*.

El día 3 de junio, organizada por el Gobierno de Aragón, tuvo lugar la conferencia *El Observatorio de la sostenibilidad de España y sus funciones de futuro*, a cargo de DOMINGO JIMÉNEZ BELTRÁN, Director del Obser-

vatorio de la Sostenibilidad de España, ex Director de la Agencia Europea de Medio Ambiente y, en la actualidad, asesor de la Presidencia del Gobierno español. A continuación se entregaron los *Premios Medio Ambiente de Aragón 2005*.

Los días 13 al 15 de junio se celebró el Seminario *Estado de Derecho, Justicia y Derechos Fundamentales en la Constitución Europea*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y las Cortes de Aragón.

Sesión de inauguración:

- FRANCISCO PINA CUENCA, Presidente de las Cortes de Aragón.
- FERNANDO SALINAS MOLINA, Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial.
- «Políticas gubernativas y jurisdiccionales de la protección de las víctimas: la función del Fiscal Europeo», por CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO, Fiscal General del Estado.

Modera:

- FERNANDO ZUBIRI SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- «El gobierno de la Magistratura en Europa: el reto de la independencia y la ética judicial», por LUIS LÓPEZ GUERRA, Secretario de Estado de Justicia. Ministerio de Justicia.

Modera:

- LUIS AGULAR DE LUQUE, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
- «Justicia, opinión pública y ciudadanía: el control democrático de la justicia en Europa», por JUAN JOSÉ TOHARIA CORTÉS, Catedrático de Sociología de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «La implementación de políticas de eficiencia de la Administración de Justicia en Europa», por RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Ramón Llull de Barcelona.
- «El derecho de defensa en Europa», por CARLOS CARNICER DÍEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía de España.
- «La responsabilidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de justicia y libertades fundamentales», por JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, Catedrático emérito de Derecho internacional; Ex-Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- «Democracia, derecho y justicia de Europa: la transformación de las Administraciones Públicas», por DIEGO LÓPEZ GARRIDO, Diputado; Ca-

tedrático de Derecho Constitucional y JESÚS LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Diputado; Abogado del Estado.

Conclusiones:

- JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ, Magistrado; Presidente de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Sesión de clausura.

Los días 13 al 15 de junio tuvo lugar el I Congreso de Innovación Tecnológica de Europa *Innovate! Europa'05*.

El día 16 de junio, patrocinada por el Gobierno de Aragón, tuvo lugar la conferencia *Gestión de conflictos internacionales sobre el agua*, impartida por NANCY ORETSKIN, Catedrática del College of Business Administration and Economics, Universidad del Estado de Nuevo México, y por YEHUDA LUKACS, Catedrático de Relaciones Internacionales de la George Mason University (Virginia). La conferencia concluyó con *Una aproximación a la iniciativa social de mediación en los conflictos del agua en Aragón*, impartida por NACHO CELAYA PÉREZ, Coordinador de la ISM.

El día 1 de julio tuvo lugar la impartición solemne de la última lección del curso de *Master en Práctica Jurídica* de la Universidad de Zaragoza, a cargo de don CARLOS SANCHO CASAJÚS, Fiscal Coordinador de Menores y Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica.

Los días 4 y 5 de julio, en la Universidad de verano de Jaca, se celebró el curso *Los problemas y disfunciones de la democracia contemporánea*.

El día 5 de julio, organizada por la Confederación de Empresarios de Aragón, tuvo lugar la Jornada *Competitividad empresarial y nuevas tecnologías*.

Ese mismo día, en la Universidad de Verano de Jaca, el Secretario de Estado de Universidad e Investigación del Gobierno central y el Consejero de Ciencia, Tecnología y Universidad, inauguraron las Jornadas *Políticas de I + D + i en un mundo global*.

El día 6 de julio se presentó el Programa *CERO CO2. Iniciativa para el cuidado del clima*. Promovido por la Fundación Ecología y Desarrollo y la Fundación Natura. Además se han unido a esta iniciativa el Ayuntamiento de Zaragoza, el Ayuntamiento y la Diputación de Barcelona, el Centro de Recursos Ambientales del Gobierno de Navarra y el INCAE (Escuela de negocios, con Campus en Costa Rica y Nicaragua).

Los días 7 y 8 de julio, en la Universidad de verano de Jaca, tuvo lugar el curso *Las últimas reformas de Derecho de Familia*.

Los días 14, 15, 21 y 22 de julio tuvo lugar el *II Foro de Información y Protección al Consumidor*, integrado en la XXI Edición de la Universidad de Verano de Teruel.

Valencia

El día 11 de abril de 2005 se realizó la II JORNADA SOBRE OFICINAS LIQUIDADORAS con la Conferencia impartida por el Doctor don CARLOS COLOMER y la participación de Registradores de la Propiedad, así como de funcionarios de los Servicios Centrales y Territoriales de la Conselleria y numeroso personal de las Oficinas Liquidadoras de Distrito.

Los días 21 y 22 de junio se han desarrollado juntamente con el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia unas JORNADAS DE DERECHO CONCURSAL, en ellas intervinieron el señor don VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Registrador de la Propiedad de Cullera; Ilmo. señor don SALVADOR VILATA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Valencia; Ilmo. señor don FERNANDO PRESENCIA, Magistrado Juez del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Valencia, y don JOSÉ MARÍA RIBELLES, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Barcelona. El contenido de las ponencias versaba principalmente sobre los aspectos prácticos de la aplicación de la nueva Ley Concursal. Las jornadas que se celebraron en el Aula Magna del Colegio de Abogados de Valencia tuvieron una asistencia numerosa de letrados y auditores quienes intervinieron muy activamente en el diálogo posterior a las conferencias.

El pasado día 4 de mayo se celebró en el aula magna de la Biblioteca de la Universidad Cardenal Herrera CEU de Valencia, la JORNADA SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. Intervinieron durante la mañana diversos especialistas en la materia, como fueron la profesora doctora MARÍA JOSÉ REYES, quien hizo una brillante disertación sobre los aspectos civiles de los daños causados por los atentados producidos en el medio ambiente. A continuación correspondió a los Registradores de la Propiedad, don LUIS ALFREDO SUÁREZ y GABRIEL GRAJERA, exponiendo el tratado de Kyoto, sus motivaciones y medios, así como la representación de la protección del medio ambiente en el Registro de la Propiedad a través de los nuevos sistemas desarrollados por el Colegio Nacional de Registradores. Correspondió a don JOSÉ LUIS SALAZAR, encargado del Secretariado del Medio Ambiente del Colegio de Registradores, hacer una breve síntesis de la situación jurídica en que se halla la cuestión y la exposición del llamado comercio de emisiones. Fueron presentados por la Registradora de la Propiedad doña PILAR GARCÍA GOYENECHÉ.

La sesión de la tarde contó con la conferencia impartida por la profesora doctora doña SUSANA SANZ, de Derecho Internacional Público de la Universidad Cardenal Herrera CEU, quien señaló como misión fundamental la concienciación a los diversos Estados para que se adopten las medidas necesarias para evitar los daños medioambientales, y aunque nos encontramos en un periodo todavía muy inicial ante los diferentes intereses en conflicto, se puede mirar con esperanza el futuro. La última conferencia correspondió al profesor de Derecho Internacional Privado, doctor GUILLERMO PALAO, que trató especialmente los conflictos de competencia que se producen ante los diversos incidentes que ocasionan daños al medio ambiente y sus distintas consecuencias jurídicas. Se centró en supuestos concretos y muy conocidos, lo que hizo especialmente interesante la exposición. Fueron presentados por el encargado de la Cátedra, BIENVENIDO OLIVER.

El acto de clausura fue presidido por el Excmo. y Magfco. Rector de la Universidad Cardenal Herrera-CEU, ALFONSO BULLÓN, y la Secretaria Autonómica de Medio Ambiente perteneciente a la Consellería de la Vivienda y del Territorio de la Comunidad Valenciana, Ilma. señora doña CRISTINA SERRANO. Posteriormente se le concedió la palabra a la Directora del Centro de Estudios en la Comunidad Valenciana, Ilma. señora doña EMILIA ADÁN, Registradora de la Propiedad, que agradeció a la Universidad y a la Consellería la oportunidad de tener una tribuna abierta a la comunidad universitaria para poder exponer las preocupaciones del colectivo de Registradores en materias como ésta, así como la defensa del interés público y de la seguridad jurídica, que es uno de los fines principales de la corporación registral. Finalizó el acto el Director General de la Fundación Universitaria San Pablo CEU, el Ilmo. señor don CARLOS MAYOR, quien agradeció a los Registradores de la Propiedad que, a través de la Cátedra Bienvenido Oliver, hayan estado presentes en la Universidad con docencia, seminarios, jornadas y conferencias, haciendo verdad que la Universidad no puede considerarse como una casa sin ventanas, sino que ha de estar abierta a los distintos sectores de la comunidad. Ante el interés despertado por el tema y la elección de los intervinientes, se produjo un éxito de asistencia de profesores, funcionarios de la propia Consellería y alumnos, tanto los procedentes del Derecho como y, muy especialmente, los de Ciencias de la Información, quienes superaron con creces el límite máximo impuesto por la organización, lo que culminó con las actividades que la Cátedra Bienvenido Oliver ha desarrollado en el presente Curso 2004-2005 en la Universidad Cardenal Herrera CEU.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

I. BIBLIOGRAFÍA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA

- BANACLOCHE PALAO, JULIO: *Los Juzgados de lo Mercantil*.
- BATUECAS CALETRO, ALFREDO: *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico*.
- CGPJ: *Derecho social y nuevas tecnologías*.
- *Derechos procesales fundamentales*.
- *La ejecución civil*.
- *La protección de derechos fundamentales en el orden social*.
- CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS: *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre legitimación indirecta, individual*.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, CARMEN: *El seguro de vida para caso de muerte: Cuestiones actuales de Derecho Civil*.
- CAMPOY CERVERA, IGNACIO: *Los derechos de las personas con discapacidad*.
- CANO HURTADO: *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*.
- CARRASCO PERERA: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*.
- CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO: *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento*.
- CERVILLA GARZÓN: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*.
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO: *El arbitraje de Derecho Privado*.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA MANUEL: *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento*.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO: *El pago de la legítima al cónyuge viudo: La conmutación del usufructo viudal*.
- FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMÓN: *Manual de Derecho Urbanístico*.
- FRANCIS LEFEBVRE: *Memento de urbanismo*.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, CARLOS: *La duración de los arrendamientos urbanos*.
- GONZÁLEZ ACEBES, BEGOÑA: *El contador partidor dativo*.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO: *El agente rehabilitador. Notas sobre gestión en suelo urbano consolidado*.
- LACRUZ MANTECÓN: *La normativa posesoria de liquidación y su generalización*.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ M. y ESPÍN ALBA: *Los arrendamientos rústicos, según la Ley de 26 de noviembre de 2003*.
- LOSCERTALES FUERTES, DANIEL: *Propiedad Horizontal. Comunidades y urbanizaciones*.
- MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS: *La protección jurídica del fabricante de bases de datos: derecho sui generis*.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: *De la designación del beneficiario mortis causa en cuenta de ahorro.*

RODRÍGUEZ LÓPEZ: *El expediente de dominio. Legislación, estudio, jurisprudencia y formularios.*

RUBIÑO ROMERO, JUAN JOSÉ: *El proceso monitorio en la Ley de Propiedad Horizontal.*

SÁNCHEZ DE LA TORRE: *La capacidad jurídica.*

VÁZQUEZ BARROS, SERGIO: *Los interdictos. Acciones posesorias.*

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: *Actualización del Derecho de familia y sucesiones.*

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

DE LA SIERRA, SUSANA: *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*. Prólogo de Jacques Zieller. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 137 págs.

La presente publicación es un capítulo de la Tesis Doctoral, elaborada y defendida por la autora el 8 de noviembre del 2003 en el prestigioso Instituto Europeo de Florencia, bajo la co-dirección de los profesores MARTÍN REBOLLO y ZIELLER (1). Este último escribe en el Prólogo que *más de un siglo después del Congreso de París en el que el Derecho Comparado moderno inició sus pasos, la gran mayoría de las obras generales sobre esta materia continúan ofreciendo una perspectiva esencialmente centrada en el Derecho Privado* (2). Afirmación, por lo demás, corriente que, indudablemente, corresponde a los primeros tiempos del desarrollo y crecimiento del Derecho Comparado, pero que últimamente está empezando a no corresponder a la realidad si se atiende, por ejemplo, a los numerosos componentes de diversos horizontes profesionales que han ido formando parte de la Escuela italiana de comparatistas que dirige el profesor SACCO. Cabría todavía añadir que desde hace bastantes años el Programa de los sucesivos Congresos Internacionales de Derecho Comparado que organiza la Academia Internacional de Derecho Comparado de París (el próximo se celebrará en Utrecht en el 2006), es prueba fehaciente de la enorme amplitud con que se concibe esta asignatura por aquel organismo. Con todo, es motivo de congratulación que la, más bien parva, bibliografía comparatista española, se enriquezca con esta interesante aportación que representa una novedosa perspectiva iuspublicista, y, concretamente, administrativa.

La estructura de la obra destaca por su sencillez, presentándose dividida en dos partes, la primera dedicada al Derecho Comparado como disciplina, y la segunda al Derecho Comparado como método; en aquélla se ocupa de cuestiones tales como el tratamiento del Derecho extranjero, una breve historia del Derecho Comparado, la problemática de la comparación en el Derecho Público, y las nociones básicas sobre el Derecho Público Comparado en el contexto europeo, especialmente el Derecho Administrativo Europeo; en ésta acomete conceptos organizatorios instrumentales, el problema lingüístico y las fuentes.

(1) El título de la Tesis es el siguiente: *La tutela cautelar contencioso-administrativa; una perspectiva comparada. Los ordenamientos español, francés y alemán en el contexto del Derecho Administrativo Europeo*. Se nos dice que está en curso de publicación.

(2) *Op. cit.*, pág. 15 y sigs.

La autora se propone utilizar el método comparativo para investigar un tema que propiamente pertenece al Derecho Administrativo Europeo; lo que *prima facie* resulta adecuado y correcto, como está ocurriendo ya en relación con el Derecho Civil o Penal. Se nota en este punto la amplia formación jurídica germánica que posee la doctora DE LA SIERRA, así como su activa y fecunda participación en el Grupo Europeo de Derecho Público y en el Instituto Europeo de Administración. En este trabajo, además de utilizar la usual bibliografía comparatista que puede considerarse clásica (ANCEL, BLAGOJEVIC, CONSTANTINESCO, DAVID, GUTTERIDGE, KÖTZ, LAMBERT, ZWIEGERT), echa mano de la más reciente, sea norteamericana, alemana o francesa, con la única laguna, acaso, de la abundante producción italiana (3). No deja de plantearse los temas que habitualmente suelen suscitarse en esta materia (el Derecho Comparado como ciencia o como método), ofreciendo soluciones razonables y defendibles (4). Resultan especialmente de interés las amplias consideraciones que dedica a la comparación en el Derecho Público (págs. 49-67) y, específicamente, al que denomina aspecto cultural del Derecho Administrativo y a su relación con el Derecho Comparado (págs. 67-84). Personalmente me han gustado sus consideraciones, con apoyo en la obra de CHRISTIANE NORD (5), sobre la denominada traducción funcional en relación con los problemas lingüísticos, siempre complejos, y nunca resueltos del todo, que se plantean agudamente en la tarea comparativa (6).

Me parece que es de agradecer la aparición de este breve opúsculo, bien escrito, estructurado y documentado, constitutivo de un capítulo de su Tesis (circunstancia que repercute en su brevedad), porque supone la superación de cierto complejo de inferioridad, que a veces se insinúa, derivado de la no codificación del Derecho Administrativo al tiempo de nacer y consolidarse el Derecho Comparado; y también por confirmar una vez más que, pese al escaso interés oficial por dicha materia, se sigue cultivando este último entre las jóvenes generaciones de profesores españoles; finalmente, por demostrar la autora una alabable preocupación de *estar al día* en Derecho Comparado, aunque se haya orillado la cita de la, ciertamente, escasa bibliografía española. Hay que agradecer, por último, que su publicación haya encontrado acogida en la colección de *Cuadernos Civitas*.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático Emérito de Derecho Civil

Presidente de la Asociación Española de Derecho Comparado

(3) Desde 1857 se citan varias decenas de obras y tratamientos generales sobre el Derecho Comparado escritos en italiano o por autores italianos, algunas de ellas traducidas a otros idiomas.

(4) Así cuando sostiene que *el Derecho Comparado, entendido como un método, no posee una finalidad propia, sino que su función viene determinada por el objetivo propio de cada estudio* (pág. 35); o cuando subraya *la importancia de los estudios de Derecho extranjero como momento previo al Derecho Comparado* (pág. 38), destacando, a este respecto, la utilidad el proyecto francés *juriscope*.

(5) CHRISTIANE NORD, *Einführung in das funktionale Übersetzen* (Tübingen und Basilea 1993).

(6) Véanse las amplias consideraciones de Sacco, *Introduzione al Diritto Comparato*, 5.^a ed., y también vol. I del *Trattato di Diritto Comparato*, dirigido por el mismo autor (Torino, 1995) pág. 21-Al.

Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans: *Manuales de metodología jurídica. III. De la determinación del Derecho*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, 301 págs.

Aunque FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA divide los saberes racionales en común, técnico, científico y filosófico, JUAN BERCHMANS VALLET le rectifica en parte y los clasifica en sapienciales, científicos, prácticos y técnicos, aplicando la distinción aristotélica de *sophia*, *theoria*, *praxis* y *poiesis* (págs. 17-18). Pero la realidad es que en esta distinción se están clasificando saberes que son inseparables. De hecho, el saber común se encuentra en la base de cada uno de los demás saberes, y no se reduce a los primeros principios, sino que se desarrolla entrelazado con los saberes prácticos y políticos. VALLET DE GOYTISOLO manifiesta asimismo que «la determinación del Derecho requiere básicamente un saber práctico, que para recorrer su camino necesita el subsidio de saberes comunes, teológicos, filosóficos, científicos y técnicos, unos externos y otros internos al Derecho mismo como arte prudencial de lo justo» (pág. 18). El elemento metodológico primero para la determinación del Derecho es la noticia de la naturaleza de las cosas (*rerum natura*) y de cada cosa (*natura rei*), dentro del orden general de aquélla. Y para realizar la labor práctica de la determinación del Derecho, la actividad principal que el jurista debe llevar a cabo es la interpretación, que se presenta como una tarea eminentemente práctica, pero que necesita la ayuda instrumental de otros elementos filosóficos, científicos y comunes y el subsidio de los más diversos conocimientos técnicos. ARISTÓTELES entendió que el examen de la naturaleza de las cosas resultaba decisivo para la determinación de lo justo natural, del *dikaion phisikon*. Pero la concepción aristotélica acerca de la naturaleza de la cosa fue explicada más tarde por SANTO TOMÁS DE AQUINO con referencia al concepto de lo justo natural, de la interpretación y de la equidad. A comienzos del siglo XVIII, Vico mantuvo la perspectiva clásica de la naturaleza de las cosas y de su orden en el gobierno de todas las cosas y, también, de la naturaleza de la cosa en cada caso singular en concreto. VALLET DE GOYTISOLO le atribuye al iusnaturalista francés MICHEL VILLEY el mérito de representar al autor que en el siglo XX más ha luchado por retornar a la plenitud de la concepción clásica de la naturaleza de las cosas, al mismo tiempo que lo considera como su maestro en la metodología realista del Derecho. SCHWARS-LIEBERMANN VON WALTENDORF señala que «la razón forma parte de la naturaleza de las cosas, pues forma parte de la naturaleza del hombre» (pág. 26). Para recorrer el camino de la determinación del Derecho es necesaria la utilización de elementos instrumentales y auxiliares, que nos los suministran los saberes práctico-prudenciales, teórico-científicos y poético-técnicos, proporcionando instrumentos de sabiduría, científicos, políticos y técnicos. Aunque son elementos auxiliares pueden resultar tan indispensables como lo son el lenguaje, la memorativa y el razonar jurídico-material (pág. 31).

FRIEDRICH-ERNEST-DANIEL SCHLEIERMACHER, considerado el fundador de la hermenéutica universal, estimó que la relación interpretativa —exégesis o hermenéutica— tenía naturaleza interpersonal (pág. 38). La finalidad perseguida por él era la de comprender lo que el autor tuvo en la mente al expresar el texto de que trata de inteligirse. Por el contrario, la escuela histórica estimaba que lo primordial en el historiador era el intento de comprenderlo todo por su nexo con la historia de la humanidad, sirviendo meramente como fuente, o sea, como material mediador para el conocimiento de su nexo his-

tórico. Una tercera relación interpretativa la planteó GADAMER en la fenomenología de HUSSERL, según el cual toda vivencia implicaba horizontes anteriores y posteriores y se fundía en última instancia con el *continuum* de las vivencias presentes, de antes y también de después. Y otro planteamiento ha sido el de EMILIO BETTI, que centraba la interpretación en una relación intersubjetiva entre dos espíritus, pero en modo alguno imponía al intérprete, que individualmente lo recibía, el significado individual del autor. Según la moderna hermenéutica, HEIDEGGER, HANS GEORG GADAMER y PAUL RICOEUR consideraban la interpretación como comprensión de un texto que, a su vez, es expresión de una realidad en la cual era necesario penetrar (págs. 43-46). VALLET DE GOYTISOLO afirma que «interpretar consiste precisamente en indagar, en comprender y en explicar ese significado, puesto en contraste con la cosa, con la relación, el hecho, el acto o el conflicto concreto que nosotros tratamos de comprender, explicarlo o darle una solución» (pág. 47). Para que la interpretación alcance su meta comprensiva, o intelectual, y explicativa, además de recurrir a las cosas a que se refiere el texto que se interpreta, necesita preguntar y responder en un monodílogo o en un verdadero diálogo (pág. 59). Si bien con los juristas romanos arcaicos la función interpretativa alcanzó un valor de *sensum naturalis* y *naturalis ratio*, hoy día el Derecho es entendido en su genuino significado de la *res iusta* o *quod iustum est*, por lo que su interpretación requiere un tránsito desde la naturaleza de las cosas y de cada cosa hasta la estimación del hecho jurídico que se enjuicia. Para ello es necesario recurrir a los elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos: leyes en sentido lato (leyes divinas y naturales, principios, pautas de valor, *responsae*, *regulae iuris*, doctrina científica y judicial) y en el sentido estricto, costumbres, convenciones y negocios reguladores. Del carácter instrumental de las normas se han pronunciado en el siglo xx diversos autores, como FEDERICO DE CASTRO, EMILIO BETTI o CASALS COLLEDECARRERA. JUAN BERCHMANS VALLET considera evidente «el carácter instrumental de las normas legales para la función mediadora que tiene la interpretación jurídica» (pág. 87). Pero esta consideración instrumental de las normas presupone asimismo «que la interpretación tiene función mediadora entre la justicia... y el hecho concreto respecto del que se trata de configurar la *res iusta* o de determinar *quod iustum est*» (pág. 87). Existen distintas concepciones de ese carácter instrumental que tienen las normas: la que concibe las leyes como normas flexibles, moldeables y adecuables a las diversas circunstancias que se presentan; la concepción intermedia acerca de la flexibilización y adaptabilidad de las normas legales, a través de suposiciones o ficciones, solamente hasta ciertos límites, y la que las considera como instrumentos inmóviles (págs. 88-93).

Al estudiar las teorías hermenéuticas jurídicas pueden distinguirse las que se centran en el autor de las normas el sentido de su intelección —según atiendan a la voluntad o la propia intención del legislador—, y la de la recepción por el destinatario de la ley, según se considere que el receptor de una norma de Derecho es el pueblo, la comunidad de los jurisconsultos o bien los propios jueces (págs. 96-104). Los criterios para intelegir la ley son: el sentido literal, el contexto, el espíritu y finalidad de las normas (págs. 104-124). El primero de ellos es su sentido literal, según establece el artículo 3.1 del Código Civil español de 1889, reformado en 1974, que, conforme a la moderna semiótica, debe examinarse en sus tres aspectos: semántico, pragmático y sintáctico. En cuanto al nivel contextual, los lingüistas hablan no sólo de

contextos lingüísticos, sino también extralingüísticos o extraverbales, ya sean semánticos o bien pragmáticos: el contexto social, histórico, político, económico, vital, etc. El artículo 3.1 del Código Civil, refiriéndose al nivel teleológico de la interpretación, también contempla que la interpretación se haga «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Efectivamente, como señala VALLET DE GOYTISOLO, «toda disposición de Derecho es siempre medio de obtener un fin» (pág. 120). Según KARL LARENZ la misma implica una «interpretación de acuerdo con los fines cognoscibles e ideas fundamentales de una regulación» (págs. 121-122).

La existencia del círculo o espiral hermenéutica la concibe MARTIN HEIDEGGER como «toda interpretación que haya de acarrear comprensión tiene que haber comprendido ya lo que trata de interpretar» (pág. 125). LARENZ rechazó la concepción de la precomprensión con que se iniciaba el círculo hermenéutico de ESSER. Pero el proceso de elaboración del círculo hermenéutico culmina con la puesta en relación de la concretización de la norma y la configuración jurídica del hecho, y cuando la base fáctica —o sea, el hecho del caso— es articulada con una norma preexistente que descansa en un presupuesto fáctico general constitutivo de la base estructural de la norma. De esta forma, se pretende aproximar el hecho del caso y el hecho tipo de la norma (pág. 133). VALLET DE GOYTISOLO entiende que «los hechos del caso llegan a esta fase de la interpretación ya jurídicamente objetivados; y, a su vez, el Derecho —conjunto de principios, normas y pautas de valor— están ya seleccionados y comprendidos en relación al caso» (pág. 134). A continuación hay que proceder a un reajuste final, que HERNÁNDEZ GIL centra en la calificación, que consistiría en determinar la situación antecedente de un efecto jurídico. Cuando el hecho del caso y el hecho tipo de la norma no coinciden totalmente, el complemento de esta operación comparativa se halla en la analogía y en la equidad. Aunque la lógica formal no resulta adecuada al Derecho, tampoco puede decirse que éste sea ilógico o irracional. Más bien hay que buscar la lógica material, como lógica apropiada al razonamiento jurídico, que se sirva de la experiencia acumulada en principios, leyes, reglas o pautas, y en soluciones anteriores. Por ello, esta lógica material «se basaba en buscar sea la *aequalitas* o bien las *differentiae*; en atender a la *similitudo* o analogía, y a lo ajustado o *aequo*» (pág. 136).

En la interpretación de los negocios jurídicos igualmente debemos distinguir la intelección —en este caso referida al negocio jurídico de que se trate—, y la explicación del caso que se plantea. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la interpretación de los negocios jurídicos la voluntad del otorgante o la voluntad concorde de los concertantes es más relevante de lo que en la ley es la del legislador. Pero amén de la intelección del texto, hay que tener muy presente la explicación del hecho al que se refiera el negocio jurídico. De hecho, la intelección del negocio jurídico es también inseparable de los hechos que se aportan en el juicio, referente a la conducta de las partes en la preparación, consumación y realización efectiva del negocio jurídico y de cuáles son las circunstancias del hecho (económicas o de otro tipo) que le acompañan. VALLET DE GOYTISOLO distingue la interpretación contractual complementaria, que significa un primer grado de complementariedad intrínseca, y la interpretación complementaria objetiva técnica o típica, que constituye un segundo grado que admite el recurso a medios complementarios extrínsecos (págs. 144-145).

El término analogía tiene un doble cometido: uno, explicar el caso factual, mediando entre la naturaleza de las cosas y el hecho al que se aplica, y,

otro, intelegir la norma singular con la que se resuelve el caso cuestionado (pág. 169). Aunque puede ocurrir que el hecho tipo de la norma y el hecho del caso coincidan totalmente, no suele ser lo más frecuente. En los demás supuestos es preciso recurrir a la analogía o a la equidad, o bien a ambas a la vez. VALLET DE GOYTISOLO afirma que «hoy la analogía puede basarse en una norma, sea legal, consuetudinaria o bien jurisprudencial que constituya doctrina legal» (pág. 174). Además, para que pueda hablarse de analogía es esencial una similitud de *ratio* que sea común a ambos supuestos normativos. Esta *ratio*, sin duda, debe ser jurídica, es decir, debe ser una razón de justicia. Lo fundamental es que toda *ratio* responda, en líneas generales, a un principio, ya sea éste el principio específico de una institución, el de un conjunto de instituciones de Derecho, el de una disciplina jurídica (Derecho civil, penal, mercantil, laboral, etc.), los del Derecho en general (principios generales del Derecho) o bien ético-jurídicos, y que aquella razón los ponga en relación con una situación real viva. Esta *ratio* puede consistir en la atribución a un sujeto de una cualidad (buena o mala fe), o de una calificación (culpa, dolo, morosidad, diligencia, sea la de un buen padre de familia o la de un buen comerciante), o bien en la determinación de cierta proporcionalidad (tratándose de la justicia distributiva) e, incluso, de una similitud o identidad de razón entre dos casos. Lo que es fundamental es que exista una razón suficiente.

La equidad en su función jurídica interpretativa es otra de las cuestiones espinosas. ARISTÓTELES entendía que lo equitativo se presentaba como mejor que lo justo legal; además permitía la interpretación de la justicia legal, pues estaba contenido en lo justo natural, que es donde se originaría lo justo legal. En el Derecho romano, la equidad se determinaba del mejor modo que procediera conforme el *ius naturale*, el *ius civile* o el *ius praetorium*. Los comentaristas sólo recurrían al Derecho romano como buena razón escrita; de forma que analizaban los textos romanos con una visión universal realista, informada por el ideal de lo bueno y lo equitativo (pág. 186). Por este motivo, JUAN BERCHMANS VALLET entiende que «los comentaristas filtraron el Derecho romano con el cedazo de la equidad y la buena razón; y, de este modo, inteligieron el *Corpus* con gran libertad» (pág. 187). En el siglo XIX, la escuela de exégesis tan sólo concebía como equidad la recogida o autorizada por el legislador. LAURENT llegó, incluso, a oponerse a que el pensamiento del legislador se arguyera en contra del texto de la ley en el caso de que el sentido literal no dejase lugar a dudas. En Alemania se generalizó el recurso a la equidad en la *Wertungsjurisprudenz*, con HENKEL, ENGISCH, LARENZ y ARTHUR KAUFMANN. La equidad se ha estudiado desde una triple perspectiva: como catalizador y principio jurídico rector del Derecho, como criterio rector y la relación equidad-buena fe (págs. 204-207).

En el Medievo, la determinación negocial o consensual del Derecho adquirió una mayor importancia con la consagración de la libertad civil y la formulación expresa del principio *pactum vincit leges* (pág. 213). THOMAS HOBBS elaboró posteriormente su teoría del contrato social que estaba fundamentado en un positivismo estatalista, cuyas normas estaban limitadas solamente por aquellos derechos subjetivos naturales que fueron la causa del pacto y que no quedaron absorbidos por éste. En Alemania, EUGEN EHRLICH afirmó la existencia de un Derecho social extraestatal, que vivía al margen del Derecho del Estado y constituía el fundamento de toda la vida jurídica. VALLET DE GOYTISOLO, al estudiar la determinación negocial, extrae las siguientes conclusiones: a falta de una regulación legal adecuada, la razón práctica de los particulares

provee, para la precisa concreción y regulación negocial de las relaciones jurídicas, presentes y futuras; cuando la regulación legal existente no resulta adecuada para el logro de aquello que el pueblo considera necesario o útil, hay que buscar otros cauces, como los usos negociales, que satisfagan estas necesidades; en caso de que la costumbre haya cristalizado usos negociales, que ya no satisfagan las nuevas necesidades, sería conveniente establecer nuevas determinaciones; en caso de que las leyes califiquen dichos como inmorales, injustos así como contrarios al bien común, al interés general o al orden público, el pueblo puede darse nuevos cauces negociales.

Para la determinación conflictual del Derecho de forma adecuada, se requiere que las partes en conflicto estén adecuadamente informadas en Derecho y defendidas y que resuelva un tercero imparcial: árbitro, juez o tribunal. Esto requiere la existencia de funciones jurídicas profesionales que cubran las necesidades jurídicas de informar, accionar, defender y juzgar: *agere, respondere, advocare y iudicare*. En el periodo postclásico del Derecho romano se produjo una evidente evolución en el campo profesional del Derecho, seguida en el Derecho medieval cristiano.

La introducción en Roma del abogado en la función del *agere* fue, ciertamente, tardía; en cambio, el *postulare* ya fue función típica de su antecesor, el *rhetor*. En la Edad Media aparecieron las escuelas forenses de Derecho de las que salían tanto jueces como abogados (pág. 272). Aunque no puede prescindirse de los hechos que son decisivos para la determinación del Derecho, tampoco puede dejarse de lado las normas de Derecho, a fin de determinar *quod iustum est* en el caso debatido. FIGA FAURA [sobre él ver la voz «Lluís FIGA FAURA (1918-1996)» escrita por VALLET DE GOYTISOLO y recogida en el *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)*, vol. I (A-L), 2005, págs. 320-321, núm. 312] distingue deliberación y argumentación, y le atribuye al juez la pretensión de encontrar una solución satisfactoria al problema cuya solución le corresponde. VALLET DE GOYTISOLO piensa que el mejor camino deliberativo es «el de tipificar los supuestos de hecho normativos, no sólo legales sino jurisprudenciales, que siempre ayudan a diferenciar y distinguir para poder decidir más matizada y afinadamente, que muchas veces es alumbrado o ayudado por la que SAVIGNY denominaba la “intuición viva del juez”» (págs. 283-284). Por regla general, la argumentación no tiene más finalidad que la de justificar la adecuación al caso de la resolución obtenida por deliberación. La deliberación judicial es fruto del *sensum naturalis* y la *bona ratio*, en el discernimiento de la resolución conforme a Derecho más ajustada al caso. Su argumentación es la *rationatio*, que discute las alegaciones de las partes y trata de justificar la resolución previamente discernida en la deliberación efectuada. VALLET DE GOYTISOLO concluye que «la norma singular del caso enjuiciado, reiterada como *ratio decidendi*, se transforma en norma general, como son las leyes, pero no universal, es decir, no son aplicables: a) si el hecho del caso no coincide totalmente con el hecho tipo elevado a doctrina legal o jurisprudencial; b) si es repelida por razones de equidad, y c) si así lo requiere el cambio de circunstancia existente al tiempo de producirse el caso» (pág. 291).

VALLET DE GOYTISOLO ya está consagrado como el mayor experto de todos los tiempos en metodología jurídica, y a lo largo y ancho de estos cuatro volúmenes nos expone teorías y doctrinas en ese ámbito, desde los clásicos hasta autores modernos. Con esta edición de la Fundación Cultural del Nota-

riado nos acerca de forma sencilla, a la vez que científica, a la metodología jurídica.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHMANS: *Manuales de metodología jurídica. IV. Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, 193 págs.

VALLET DE GOYTISOLO señala que «la función de la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho tiene por objeto final una exposición sistemática del Derecho “ya hecho”, después de haberlo observado del modo como las ciencias descriptivas lo efectúan, analizando lo observado, calificándolo y clasificándolo» (pág. 90). Aunque la filosofía y la teología gozan del carácter de ciencias de mayor categoría que la del Derecho, en ambos casos deben tener en cuenta a éste. En Roma, la ciencia del Derecho en todo momento se desenvolvió con retardo histórico respecto de la práctica jurídica y siempre atendió a su genuina finalidad previa, la noticia de las cosas divinas y humanas, para exponer y explicar el Derecho como ciencia de lo justo y de lo injusto, dirigida a observar y mostrar cómo se debía determinar *quod bonum et aequum est* (pág. 18). En la Alta Edad Media, la ciencia del Derecho estuvo condicionada por las constituciones justinianeas *Tanta*, que prohibió toda interpretación más allá de la gramatical, y *Omnium*, por las cuales las escuelas de Derecho se redujeron a las de Roma. La ciencia jurídica de los glosadores se basó en un solo Derecho: el romano. En realidad, la ciencia del Derecho en la Edad Media fue impulsada principalmente por los canonistas en la etapa de comentarios al Decreto de Graciano y a las Decretales junto a glosadores y postglosadores. En el siglo XIV, JUAN DUNS ESCOTO impuso la teología voluntarista, y GUILLERMO DE OCKHAM la filosofía nominalista. HOBBS, que era más nominalista que OCKHAM, partía de que no existía en el mundo social humano orden natural alguno que determinase lo naturalmente justo. El voluntarismo y el constructivismo condujeron a que el Derecho quedara sometido al monopolio del poder político. Aunque en el siglo de las Luces, los filósofos franceses abogaron por la promulgación de códigos perfectos y sencillos, aplicables por igual a todos los hombres. Como reacción contra el racionalismo, la escuela histórica del Derecho se situó como defensa frente a las ideas revolucionarias francesas (págs. 38-41). A finales del siglo XIX surgieron corrientes que han tratado de volver a orientar la ciencia del Derecho hacia la consecución de la justicia y sus concreciones prácticas, y principalmente vendría de la mano de JOAQUÍN COSTA y FRANÇOIS GÉNY. En general, los autores que en el siglo XX han tratado de retornar al Derecho considerado como lo que es justo en concreto, han partido del propio positivismo legalista imperante (págs. 41-45).

El enfoque metodológico se circunscribe al análisis expositivo y explicativo de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho en una doble perspectiva estructural y funcional. La primera de ellas contemplaba las relaciones del Derecho, las instituciones jurídicas y el sistema que integran el conjunto y cada uno de los derechos vivos y cada una de sus ramas; la segunda observaba los hechos jurídicos y su funcionamiento con una visión más universal posible. FRANCESCO CARNELUTTI hizo en la primera edición de su *Teoría general del*

Derecho un enfoque metodológicamente realista para el estudio de la relación de Derecho, instituciones jurídicas y hechos jurídicos (págs. 48-51). VALLET DE GOYTISOLO, sin embargo, hace un planteamiento metodológico de la ciencia del Derecho en el aspecto estructural y estático; pero sin olvidar el carácter dinámico, funcional de la realización de hechos jurídicos, o de su sucesión en series de hechos jurídicos procedimentalmente ordenada. Asimismo, le separa de CARNELUTTI el normativismo de éste, aun no siendo legalista (pág. 52).

Los tres elementos claves de la ciencia del Derecho, a juicio de SAVIGNY —que recibió importantes influencias del pensamiento de INMANUEL KANT y SCHELLING— eran: las relaciones del Derecho, las instituciones jurídicas y el sistema interno del Derecho en su aspecto estructural (págs. 57-119). SAVIGNY admitía relaciones de Derecho privado con «la naturaleza no libre», aunque si bien no con la totalidad de ella, sí en una porción determinada, separada de su conjunto, que se llama cosa. Esta relación de Derecho no era, en su opinión, pura y exclusivamente intelectual, ni tampoco meramente práctica, sino que tenía una naturaleza orgánica que se manifestaba, ya fuese por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibraban y limitaban mutuamente, ya fuera por sucesivos desenvolvimientos, en relación a su origen y por sus descendos (pág. 58). SAVIGNY entendía que toda relación de Derecho se componía de dos elementos: primero, una materia dada, la relación misma (el elemento material, un simple hecho); segundo, la idea de Derecho que regulaba esta relación, al tiempo que ennoblece el hecho y le impone la forma de Derecho. En esta perspectiva, las relaciones jurídicas constituyen, en palabras de SAVIGNY, «la realidad más profunda», es decir, lo primero que la ciencia del Derecho debía observar; y también ayudaba a percatarse de que, primariamente, esas relaciones jurídicas comenzaban por ser relaciones humanas sociales y relaciones de unos hombres con su medio físico o económico que repercutían en los demás. Las distintas clasificaciones de las relaciones jurídicas se dividen en: relaciones entre personas y de personas con cosas, relaciones políticas (en el significado derivado de *polis*) y relaciones civiles (en el sentido que deriva de *civis*, ciudadano) (págs. 77-86). Aunque tanto las relaciones políticas como las civiles incluyen dentro de su ámbito no solamente relaciones entre personas sino también con cosas; y, viceversa, las relaciones entre personas pueden ser tanto políticas como civiles, mientras que las políticas o civiles pueden ser, unas y otras, entre personas o de personas con cosas. Sin embargo, FEDERICO DE CASTRO rechazaba que fueran jurídicas las relaciones de una persona con una cosa (pág. 82). En el pensamiento de SAVIGNY, del mismo modo que toda relación de Derecho típica, también cada institución jurídica tenía una «institución viva» que formaría el elemento intelectual de la práctica. El Derecho que vivía en la concepción del pueblo no era un conjunto de reglas abstractas, sino que era percibido de la realidad en su conjunto, y cuando se hacía sentir la necesidad de la regla, bajo su forma lógica se separaba de la realidad en su conjunto, donde era percibida y se traducía en una forma artificial. VALLET DE GOYTISOLO, al analizar el pensamiento de SAVIGNY, afirmaba que «aunque este modo de operar no sea kantiano, tampoco es el seguido por el realismo metódico. Éste busca alcanzar, o por lo menos aproximarse, a lo justo conforme a la naturaleza de la cosa, y, en él, los principios, las reglas y las leyes no son sino medios para facilitar las conformaciones negociales de cosas justas y las determinaciones de lo que es justo en los casos controvertidos» (pág. 59). Para el fundador de la escuela histórica, las instituciones mismas eran «las bases del Derecho general», de

las cuales por abstracción eran separadas las reglas particulares; y el Derecho que vivía en la conciencia el pueblo no se presentaba como un conjunto de reglas abstractas, sino que era percibido en la realidad en su conjunto. De forma que cuando se hacía sentir la necesidad de la regla, bajo su forma lógica, ésta se separaba entonces de aquel conjunto y se traducía en una forma artificial. JUAN BERCHMANS VALLET piensa que SAVIGNY «se mueve mentalmente entre aquella contemplación total y la regla abstracta, formada mediante un concepto, a su vez, construido por una abstracción sustractiva al modo kantiano» (pág. 88). Además, el significado expuesto por SAVIGNY no enfocaba la institución como una entidad u organismo social, sino más ampliamente, como una figura jurídica. VALLET DE GOYTISOLO hace las siguientes clasificaciones de las instituciones: instituciones órgano, fundación o corporación; de tipo estructurales y funcionales; instituciones típicas y atípicas; instituciones-cauce e instituciones-dique o límite; y, finalmente, instituciones clasificadas según la parte del Derecho a la que corresponden. VALLET DE GOYTISOLO destaca que «el sistema jurídico tiene un aspecto estructural y otro aspecto funcional», y que fue SAVIGNY el primero que explicó qué se entendía por sistema jurídico, al enfocarlo como una construcción teórica, sistemática y explicativa de la realidad estructural formada por las instituciones jurídicas vividas (pág. 102). Efectivamente, el fundador de la escuela histórica del Derecho observó en un primer momento el sistema como el combinado armónico de todas las instituciones de Derecho; pero, más adelante, al tratar de la interpretación, y para sistematizar el conjunto total de las fuentes, empleó un procedimiento igual a aquel en cuya virtud reconstruimos separadamente las relaciones Derecho y las instituciones. Y, al ocuparse de las lagunas y la analogía, afirmó que, a veces, la decisión se sacaba *ex argumento legis*; pero que ordinariamente había que buscarla en las teorías de Derecho formadas por vía de abstracción. Los científicos modernos del Derecho han proporcionado significados distintos del sistema jurídico. CANARIS consideró que en ese concepto debían estar presentes dos notas comunes: la del orden y la de unidad del Derecho, que estaban en estrecha interrelación, pero que debían de ser fundamentalmente separadas. De ahí que considerase injustificados aquellos sistemas que no fueran apropiados para dotar de coherencia y unidad interna al ordenamiento jurídico (págs. 110-111). CANARIS sólo considera adecuado un sistema que reúna las dos notas siguientes: hallarse ordenado de modo axiológico o teleológico y orientarse como ordenamiento de «principios generales del Derecho», entendidos «como elementos determinantes en los que se hace visible la unidad y coherencia internas del ordenamiento jurídico» (pág. 114). En opinión de CANARIS, «un sistema de conceptos teleológicos de instituciones jurídicas y de valores superiores debería, en todo caso, parecer fuertemente a un sistema de principios, el uno debería poder reformularse en gran medida, si no completamente, en el otro» (pág. 115).

Una metodología realista de la ciencia del Derecho, además de ofrecer una perspectiva estructural, debería contemplar el aspecto funcional o dinámico, que se realiza mediante los hechos jurídicos. Para ello deben estudiarse aquellos hechos mediante los cuales se efectúa la determinación del Derecho en la realidad viva, ya sea con mediación de otras concreciones previas —es decir, en costumbres o en leyes (hechos normados)—, o bien efectuados de modo directo (hechos de equidad) (págs. 121-161). Desvalorizado por el positivismo legalista y en el método de la escuela de la exégesis, el hecho ha sufrido una revalorización importante desde finales del siglo xix y a lo largo del xx. De

hecho, VALLET DE GOYTISOLO indica que a veces es difícil descubrir dónde terminan los hechos y comienza el Derecho; además, el Derecho se presenta según los hechos sean; y sin hechos no hay Derecho alguno, sino meras ideas, hipótesis y normas en el papel (págs. 125-126). El realismo metódico clásico, tanto en la filosofía jurídica como en la ciencia del Derecho, opera entre dos polos: la naturaleza de las cosas y los hechos. Según este realismo metódico: justicia, verdad y bien aparecen inseparables. De hecho, la relación bipolar naturaleza de las cosas-hecho fue utilizada por ARISTÓTELES para determinar el Derecho (pág. 126). Pero con el voluntarismo y el nominalismo se produjo un ocaso de la consideración de los hechos en el Derecho. El nominalismo influyó en el siglo XIX en el método de la escuela francesa de la exégesis y en el método conceptualista dogmático del pandectismo alemán, que situaban el Derecho y los hechos en planos distintos, lo cual afectaba de forma negativa a la pretendida lógica del sistema. SAVIGNY adoptó una perspectiva orgánica —aunque era más bien realista—, y denominaba «hechos jurídicos a los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones nacen y terminan. Así, todos estos hechos tienen por carácter común entrañar, con el tiempo, un cambio de las relaciones de Derecho entre personas determinadas» (pág. 134). Los hechos jurídicos en general se pueden clasificar en: producidos por algún elemento de la naturaleza y humanos; involuntarios y voluntarios; socialmente normativos e individualizadores o determinativos de la configuración de una situación concreta; constitutivos, extintivos o modificativos; temporales, espaciales y formales; subjetivos, objetivos y de relaciones; constitutivos, sustitutivos y complementarios; así como, en sentido estricto, actos jurídicos y negocios jurídicos (págs. 137-142). La visión científica del Derecho lo amplía al estudio, exposición sistemática y explicación de las demás labores funcionales precisas para su determinación negocial y conflictual, como *res iusta* o *quod iustum est*, que constituye el objeto de la metodología de la determinación del Derecho (pág. 143). Para la tipificación de las cosas jurídicas, es decir, las instituciones, es necesario: contemplar las instituciones elaboradas por la práctica y observar sus estimaciones y las rectificaciones que de ellas han efectuado los Tribunales de Justicia y, en su caso, su formulación normativa en las leyes; definirlas; después de definidas las instituciones intelectivamente, es preciso analizar sus diversas partes y observar su disposición; es decir, su estructura, así como también su funcionamiento, y, en fin, su encaje armónico con las demás instituciones (págs. 143-144). La tipificación de cada una de las instituciones y de cada serie de tipos institucionales tiene gran importancia tanto teórica como práctica, para diferenciar debidamente las instituciones típicas y las atípicas que les son afines, y para su respectiva utilización. Al estudiar los sistemas jurídicos en su aspecto funcional, IHERING observó que todo organismo podía ser considerado desde un doble punto de vista: anatómico y fisiológico (pág. 149). La perspectiva general del sistema funcionalmente considerado ha tenido diversos enfoques: el sistema formal y autocreador de normas, sistema de acciones, sistema de hechos y sistema dinámico de relaciones jurídicas (págs. 153-159).

Con esta obra se pone el corolario al proyecto en el que se embarcó JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO para llevar a cabo unos resúmenes de la gigantesca tarea que habían supuesto los densísimos volúmenes de *Metodología jurídica* con que nos había sorprendido e ilustrado a la comunidad científica.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 218 (Junio 2005)

«El requisito de publicación de los planes urbanísticos como condición de validez de las actuaciones administrativas. Tipología de situaciones», por SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ/EGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CRÓNICA DE LA CONTROVERSIA. LOS HITOS MÁS DESTACADOS DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL Y LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ANTE ELLOS: 1. LEYES DEL SUELO DE 1956 Y 1976. 2. LA CONSTITUCIÓN DE 1978. 3. LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL DE 1985. 4. TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 1992. 5. LA REFORMA, POR LA LEY 39/1994, DEL ARTÍCULO 70.2 DE LA LRBRL. 6. LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE DE 2003, SOBRE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL.—III. TIPOLOGÍA DE SITUACIONES.—IV. CONCLUSIÓN.

«Régimen jurídico de las cuotas de urbanización en la legislación urbanística en relación con los sistemas de gestión indirecta», por HÉCTOR NOGUÉS GALDÓN y JUAN ESPINOSA BAVIERA, pág. 59 (sin sumario).

«El ordenamiento territorial y urbanístico de la Comunidad de Castilla y León», por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 79 (sin sumario).

«Notas resumidas sobre Kioto», por JOSÉ MANUEL MARTÍN BERNAL, pág. 167.

SUMARIO: I. DESDE EL MEDIO AMBIENTE AL PROTOCOLO DE KIOTO: «CIERTAS COINCIDENCIAS».—II. SU HISTORIA: 1. ENTRE EL MARCO INTERNACIONAL Y LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE: A) *El marco internacional*. B) *El programa de acción comunitaria*. 2. LA CONFERENCIA DE RÍO DE JANEIRO SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. 3. LA CONCURRENCIA ENTRE LA CONFERENCIA DE RÍO Y LA COMUNIDAD EUROPEA.—III. LA ÉPOCA DE LOS PROTOCOLOS HASTA KIOTO.—IV. CALENDARIO DE ACTUACIONES Y FINANCIACIÓN DE POLÍTICAS AMBIENTALES: 1. CALENDARIO DE ACTUACIONES. 2. FINANCIACIÓN DE POLÍTICAS AMBIENTALES.—V. KIOTO: ENTRE EL COMPROMISO Y LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA.

«Eficacia del artículo 45.1 de la Constitución sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Problemas para su desarrollo legislativo», por ANA BEGOÑA MERINO GIL, pág. 185 (sin sumario).

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 128 (Abril-Junio 2005)

«La Ley-Rousseau de entropía de las instituciones democráticas y la necesidad de la educación cívico-política para neutralizarla», por JOSÉ RUBIO CARRACEDO, pág. 5.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. INDIVIDUO LIBERAL, CIUDADANO REPUBLICANO.—2. LA LEY-ROUSSEAU DE ENTROPÍA DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS: 2.1. LA LEY DE ENTROPÍA DEMOCRÁTICA EN LOS RESORTES DEL ESTADO. 2.2. LA LEY DE ENTROPÍA DEMOCRÁTICA EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS. 2.3. LA LEY DE ENTROPÍA EN LA DIALÉCTICA SOBERANÍA POPULAR *VERSUS* GOBIERNO.—3. SIN EDUCACIÓN CÍVICA LA DEMOCRACIA ES INVIABLE. SÓLO LA CULTURA DEMOCRÁTICA PUEDE NEUTRALIZAR LA TENDENCIA ENTRÓPICA INSTITUCIONAL.

«La aleatoriedad en el derecho y el problema de la justicia», por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, pág. 29.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE ALEATORIEDAD: A) *La aleatoriedad como categoría mítica (mágico-religiosa): La idea de imputación.* B) *La aleatoriedad como categoría lógico-racional: Causalidad, indeterminación y aleatoriedad.* 2. EL HECHO ALEATORIO: SU CARACTERIZACIÓN: A) *Noción y naturaleza.* B) *Formas y notas constitutivas:* a) Formas del hecho aleatorio; b) Notas constitutivas del hecho aleatorio: 1.º La futuridad. 2.º La incertitud. 3.º La contingencialidad o suerte.—II. ALEATORIEDAD Y DERECHO: 1. APERTURA DEL DERECHO A LA ALEATORIEDAD Y VÍAS DE PENETRACIÓN DE ÉSTA EN EL DERECHO: A) *El sorteo.* B) *El sufragio.* C) *Sistema mixto.* D) *El negocio jurídico:* a) Negocios jurídicos unilaterales; b) Negocios jurídicos bilaterales y plurilaterales. E) *La lucha:* a) La lucha física: competición (agón) y guerra (pólemos); b) La lucha intelectual o dialéctica. 2. FUNCIONES DE LA ALEATORIEDAD EN EL DERECHO: A) *Determinación de sujetos de Derecho.* B) *Determinación de objetos o cosas.* C) *Determinación de las circunstancias (tiempo, lugar y forma) en que han de realizarse determinados actos.* D) *Solución de conflictos:* a) La apelación a fuerzas superhumanas o extrahumanas; b) El recurso a potencias humanas: Fuerza y destreza físicas. Apelación a la razón.—III. ALEATORIEDAD Y FINES DEL DERECHO: 1. DERECHO, RACIONALIDAD Y ALEATORIEDAD. 2. LA ALEATORIEDAD COMO INSTRUMENTO DE LA JUSTICIA: A) *Aleatoriedad y justicia en el pensamiento mítico.* B) *Aleatoriedad y justicia en el pensamiento lógico:* a) Aleatoriedad y seguridad jurídica; b) Aleatoriedad y justicia: Aleatoriedad e igualdad y aleatoriedad e imparcialidad.

«El Defensor del Pueblo en España: balance de veinticinco años de experiencia constitucional», por JUAN LUIS PÉREZ FRANCESCH, pág. 59.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA RECEPCIÓN DE LA FIGURA EN ESPAÑA.—2. LA SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.—3. EL ESTATUTO PERSONAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.—4. LA ACTUACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.—5. LAS RESOLUCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.—6. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EN EL RECURSO DE AMPARO.—7. EL INFORME ANUAL.—8. CONSIDERACIÓN FINAL: LA «CULTURA DEL OMBUDSMAN».

«Ideología y utopía: una aproximación a la conexión entre las ideologías políticas y los modelos de sociedad ideal», por MIGUEL A. RAMIRO AVILÉS, pág. 87.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SEMEJANZAS ENTRE LOS MODELOS DE SOCIEDAD IDEAL.—3. MODELOS DE SOCIEDAD IDEAL: 3.1. *ABUNDANTIA*. 3.2. *NATURALIA*. 3.3. *MORALIA*. 3.4. *MILLENNIUM*. 3.5. *UTOPIA* (10).—4. EL MARXISMO Y EL MODELO DE *MILLENNIUM*.—5. BIBLIOGRAFÍA.

«Sobre la mano invisible: Valores, sentimientos morales e interés en la Inglaterra moderna», por ÁLVARO ESPINA, pág. 129.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA FORMULACIÓN DE DAVID HUME: LA MORAL COMO SENTIMIENTO.—2. ADAM SMITH: LA CONCILIACIÓN ENTRE EL ESPECTADOR IMAGINARIO Y EL EGOÍSMO.—3. UN PRECEDENTE: LA EDUCACIÓN DE LOS SENTIMIENTOS EN LA REVOLUCIÓN PEDAGÓGICA DE JOHN ÁMOS COMENIUS.—4. EL NUEVO PARADIGMA DEL INTERÉS.—5. OTRA VEZ HUME: LA MORALIDAD DE LA DEUDA PÚBLICA Y LA PRÁCTICA BANCARIA.—6. ADAM SMITH Y EL SISTEMA BANCARIO.—7. UTILIDAD Y MORALIDAD EN ADAM SMITH.—8. LA MANO INVISIBLE Y LA VIRTUD CLÁSICA.—A MODO DE CONCLUSIÓN. UNA TAREA PENDIENTE: LA SECULARIZACIÓN DE LA EDUCACIÓN MORAL EN EL MUNDO LATINO.

«Una propuesta para el análisis de la acción de los gobiernos locales», por CLEMENTE J. NAVARRO y M. ANTONIA RAMÍREZ, pág. 161.

SUMARIO: 1. EL ENFOQUE INSTITUCIONAL: DE LAS RELACIONES CENTRO-PERIFERIA AL SISTEMA DE «MULTI-GOVERNANCE».—2. EL ENFOQUE LOCALISTA: DE LAS RELACIONES GOBIERNO-SOCIEDAD CIVIL A LA ARTICULACIÓN DE REDES POLÍTICAS LOCALES.—3. EL ANÁLISIS DE LA SOCIEDAD POLÍTICA LOCAL: EL GOBIERNO LOCAL COMO ACTOR SITUADO.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Número 20 (Enero-Abril 2005)

«Administración Pública y saneamiento eviccionario (1.^a parte)», por RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ, pág. 11.

SUMARIO: 1. PREÁMBULO: EVICCIÓN, SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS.—2. LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ANÁLOGOS: 2.1. SENTENCIAS, LAUDOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS. 2.2. FIRMEZA Y EJECUTIVIDAD. 2.3. LA INTERVENCIÓN DE ENAJENANTE. TRÁMITE DE AUDIENCIA.—3. EVICCIÓN CAUSADA POR ACTIVIDAD EXPROPIATORIA (SUJETO ACTIVO DE LA EVICCIÓN): 3.1. LOS ACTOS DE IMPERIUM EN EL MARCO DE LA EVICCIÓN. 3.2. EL PROBLEMA DEL DERECHO PREVIO EN LA EXPROPIACIÓN. 3.3. NOTICIA DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO, RENUNCIA DE LA EVICCIÓN Y CONTRATO A RIESGO Y VENTURA. 3.4. ÁMBITO DEL RESARCIMIENTO Y JUSTIPRECIO. 3.5. LA IRREVOCABILIDAD EVICCIONARIA DE LA EXPROPIACIÓN.

«Potenciación del arbitraje administrativo en materia de consumo», por YOLANDA HERNÁNDEZ VILLALÓN, pág. 59.

SUMARIO: 1. EL ARBITRAJE DE CONSUMO.—2. CAUSAS DE LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL.—3. EVOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES Y DENUNCIAS PRESENTADAS EN MATERIA DE CONSUMO.—4. EL ARBITRAJE COMO MÉTODO EFICAZ DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.—5. TIPOLOGÍA DE LA ACTIVIDAD ARBITRAL EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.—6. APLICACIÓN DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN CONSUMO.

«La inconstitucionalidad del matrimonio entre homosexuales y su incidencia en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid», por JOSÉ RAMÓN APARICIO DE LÁZARO, pág. 87.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. EL ARTÍCULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL AUTO 222/1994, DE 11 DE JULIO.—3. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 21 DE ENERO DE 1988.—4. EL DERECHO COMPARADO.—5. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.—6. LOS MATRIMONIOS HOMOSEXUALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—7. LAS UNIONES DE HECHO: ¿SOLUCIÓN AL PROBLEMA?—8. CONCLUSIÓN.

«La extensión de efectos de las sentencias contencioso-administrativas; el artículo 110 de la LJCA», por JAVIER ESPINAL MANZANARES, pág. 123.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 110: 2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.2. REQUISITOS PARA LA EXTENSIÓN DE EFECTOS: 2.2.1. *Requi-*

sitos procesales: 2.2.1.1. Sentencia firme. 2.2.1.2. Sentencia reconocedora de una situación jurídica individualizada. 2.2.1.3. Competencia del Juez o Tribunal sentenciador. 2.2.2. *Requisitos de fondo:* 2.2.2.1. Identidad de situaciones. 2.2.3. *Requisitos de actividad:* 2.2.3.1. Plazo para la solicitud de extensión.—3. PROCEDIMIENTO.—4. CAUSAS DE DESESTIMACIÓN: 4.1. EXISTENCIA DE COSA JUZGADA. 4.2. CONTRADICCIÓN DEL FALLO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA CON LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO O CON LA DOCTRINA SENTADA POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN EL RECURSO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 99 LJCA. 4.3. ACTO FIRME Y CONSENTIDO.—5. RECURSOS.

«Análisis de la política legislativa de la Unión Europea sobre el empleo de los trabajadores discapacitados», por ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ, pág. 141.

SUMARIO: 1. EL AÑO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD Y SU CONTENIDO AXIOLÓGICO.—2. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA UNIÓN EN EL AÑO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD: 2.1. EN LOS TEXTOS INSTITUCIONALES DE LA UNIÓN: 2.1.1. *En el Tratado Constitutivo de la Unión.* 2.1.2. *En la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.* 2.1.3. *En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* 2.1.4. *En el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.* 2.1.5. *Recapitulación.* 2.2. ÁMBITOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN NORMATIVA: 2.2.1. *El principio general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación y sus manifestaciones concretas.* 2.2.2. *El acoso por motivos de discapacidad.* 2.2.3. *En lo que respecta a las capacitaciones profesionales de los trabajadores discapacitados.* 2.2.4. *En el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados:* 2.2.4.1. El régimen de las ayudas directas para la creación de empleo. 2.2.4.2. Las medidas de acción positiva.—3. CONCLUSIONES.

«Cuando se trata de cambiar... ¿Resulta posible la permuta entre funcionarios de cuerpos docentes universitarios?», por JOSÉ IGNACIO RICO GÓMEZ, CONCEPCIÓN CALVO SIMAL y RAFAEL BARRERO GIRALDA, pág. 173.

SUMARIO: 1. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL DE LA FIGURA DE LA PERMUTA.—2. ANÁLISIS DE ALGUNOS DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA SU CONCESIÓN: 2.1. SISTEMA RESIDUAL DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. 2.2. LA AUTORIZACIÓN, FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 2.3. PUESTOS DE TRABAJO DE IGUAL NATURALEZA E IDÉNTICA FORMA DE PROVISIÓN. 2.4. AÑOS DE SERVICIO DE LOS FUNCIONARIOS PERMUTANTES. 2.5. ÓRGANO QUE HA DE EFECTUAR LA AUTORIZACIÓN.—3. APLICABILIDAD DE LA PERMUTA A LOS FUNCIONARIOS DE CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS: 3.1. LA LFCE COMO LEGISLACIÓN GENERAL APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS DE CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS. 3.2. COMPATIBILIDAD DE LA PERMUTA CON LAS PECULIARIDADES DE LOS FUNCIONARIOS DE CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS. 3.3. TRASLACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ADMINISTRATIVOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 62 DE LA LFCE A LA ESFERA DOCENTE UNIVERSITARIA. 3.4. REQUISITOS ADMINISTRATIVOS ADICIONALES QUE PUDIERAN RESULTAR EXIGIBLES EN LA FUNCIÓN DOCENTE UNIVERSITARIA.—4. POSIBLE ENCAJE DE LA PERMUTA COMO SISTEMA EXCEPCIONAL DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN

LA FUNCIÓN DOCENTE UNIVERSITARIA: 4.1. PARA LOS DISTINTOS CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS EN ÁREAS DE CONOCIMIENTO CUYA SITUACIÓN DE PLANTILLA IMPOSIBILITE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA ORDINARIO DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. 4.2. PARA LOS CUERPOS DOCENTES DE CATEDRÁTICOS Y PROFESORES TITULARES DE ESCUELAS UNIVERSITARIAS NO PERTENECIENTES A ÁREAS DE CONOCIMIENTO ESPECÍFICAS. 4.3. POSIBLES RESTRICCIONES PARA LA APLICACIÓN DEL SISTEMA EXCEPCIONAL DE PERMUTA EN EL ÁMBITO INTERNO DE CADA UNIVERSIDAD.—5. A MODO DE CONCLUSIÓN: OBJECIONES Y REVALORIZACIÓN DE LA PERMUTA.

«Las costas de la acusación particular», por JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO, pág. 209.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.—3. LAS COSTAS A FAVOR DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.—4. POSICIONAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA: LA NO NECESIDAD DE ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS COSTAS A LA ACUSACIÓN PARTICULAR.—5. LA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA ACUSACIÓN PARTICULAR.—6. CONCLUSIONES.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 6 (Mayo 2005)

«Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal», por MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO, pág. 13.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE.—2. CONSTITUCIÓN, RETROACTIVIDAD Y REFORMAS PENALES DE 2003: 2.1. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA DE LA LO 7/2003, DE 30 DE JUNIO. 2.2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN FINAL 5.^a DE LA LO 15/2003, CON RESPECTO AL ARTÍCULO 636 CR. 2.3. LA REITERACIÓN DE FALTAS HOMOGÉNEAS CONSTITUTIVA DE DELITO, SEGÚN LA LO 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS.—3. IRRETROACTIVIDAD, LEY TEMPORAL Y NORMAS PENALES EN BLANCO A LA LUZ DE LA REFORMA DE LA LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE.

«La respuesta del sistema procesal penal a los nuevos problemas sociales», por JOSÉ MIGUEL GARCÍA MORENO, pág. 57.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL MODELO PROCESAL PENAL ESPAÑOL EN LA FASE PREVIA AL JUICIO ORAL, JUEZ DE INSTRUCCIÓN VERSUS FISCAL INVESTIGADOR.—3. LAS VÍCTIMAS DEL DELITO ANTE EL PROCESO PENAL.—4. MECANISMOS ALTERNATIVOS AL PROCESO PENAL.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«El régimen disciplinario de los funcionarios», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 83.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN.—2. EL FUNCIONARIO ANTE UNA DENUNCIA.—3. EL CARÁCTER OPCIONAL DE LA FASE DE INFORMACIÓN RESERVADA.—4. DISCUSIÓN DE ESTA FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, CONTRADICCIÓN E IGUALDAD DE ARMAS: A) LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. B) ¿LA IGUALDAD DE ARMAS? C) EL DERECHO DE ACCESO A LOS MEDIOS DE DEFENSA.—5. EL ABUSO DE DENUNCIA COMO CAUSA DE INADMISIBILIDAD.—6. SITUACIONES EN TORNO AL «ABUSO DE DENUNCIA»: A) EL DERECHO PUNITIVO COMO *ULTIMA RATIO*. B) LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN. C) OTROS LÍMITES.—7. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. LA FASE DE INSTRUCCIÓN: A) DE LA INICIACIÓN A LA INSTRUCCIÓN. B) EL DESARROLLO DE LA INSTRUCCIÓN. C) LAS ETAPAS DE LA INSTRUCCIÓN: DECLARACIÓN DEL INCUPLADO, PLIEGO DE CARGOS, PRUEBAS Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.

«La distribución equitativa de beneficios y cargas: examen particular del suelo urbano no consolidado», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 121.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA DELIMITACIÓN URBANÍSTICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EQUIDISTRIBUCIÓN: 1.1. LA DELIMITACIÓN URBANÍSTICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD. 1.2. LA LOTERÍA URBANÍSTICA Y EL PRINCIPIO DE EQUIDISTRIBUCIÓN.—2. EL SUELO URBANO NO CONSOLIDADO: BENEFICIOS Y CARGAS: 2.1. CONCEPTO DE SUELO URBANO NO CONSOLIDADO: 2.1.1. *Ley del Suelo de 1976*. 2.1.2. *Ley del Suelo y Valoraciones de 1998*. 2.1.3. *Legislación autonómica*. 2.1.4. *Carácter reglado del suelo urbano*. 2.2. BENEFICIOS Y CARGAS DE LOS PROPIETARIOS DEL SUELO URBANO NO CONSOLIDADO: 2.2.1. *Beneficios*. 2.2.2. *Cargas*.—3. TÉCNICAS DE EQUIDISTRIBUCIÓN EN SUELO URBANO NO CONSOLIDADO: 3.1. EQUIDISTRIBUCIÓN EXTERNA E INTERNA. 3.2. EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO DE REFERENCIA COMO TÉCNICA EQUIDISTRIBUTIVA: 3.2.1. *El aprovechamiento urbanístico*. 3.2.2. *Aprovechamiento aplicable en el suelo urbano no consolidado*. 3.2.3. *Aprovechamiento aplicable a terrenos sin aprovechamiento concreto*. 3.2.4. *Aprovechamiento urbanístico patrimonializable*. 3.3. LA EQUIDISTRIBUCIÓN INTERNA A TRAVÉS DE LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO: SISTEMAS. REFERENCIA A LA REPARCELACIÓN: 3.3.1. *Sistemas de ejecución*. 3.3.2. *Aplicación de la reparcelación en los diferentes sistemas*. 3.3.3. *Referencia a la reparcelación*.—4. CONCLUSIÓN.

«La evolución de la normativa sobre Cajas de Ahorro en la Comunidad Autónoma de Castilla y León», por MARÍA JESÚS PEÑAS MOYANO, pág. 167.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LAS PECULIARIDADES DE LAS CAJAS DE AHORRO COMO ENTIDADES DE CRÉDITO.—2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE CAJAS DE AHORRO.—3. LAS CAJAS DE AHORRO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CASTILLA Y LEÓN. EL DECRETO 50/1984.—4. DE LA LEY 4/1990, AL TEXTO REFUNDIDO: DECRETO

LEGISLATIVO 1/1994.—5. LA LEY ACTUAL 5/2001 Y SUS MODIFICACIONES: LAS LEYES 7/2003 Y 6/2004: 5.1. DISPOSICIONES GENERALES. 5.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS CAJAS EN LA LEY 5/2001. 5.3. ASPECTOS REGISTRALES. 5.4. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LAS CAJAS EN CASTILLA Y LEÓN. 5.5. FACULTADES DE SUPERVISIÓN Y RÉGIMEN SANCIONADOR. 5.6. LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 5/2001.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«La costumbre y el derecho municipal en los Ayuntamientos constitucionales de Castilla y León (1876-1924)», por CARLOS MERCHÁN FERNÁNDEZ, pág. 219.

SUMARIO: 1. LA COSTUMBRE Y EL DERECHO MUNICIPAL CON ANTERIORIDAD AL ESTATUTO MUNICIPAL (1924).—2. ESTUDIO SECTORIAL DE ALGUNOS ASPECTOS DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LOS AYUNTAMIENTOS EN LA RESTAURACIÓN: 2.1. NORMAS URBANÍSTICAS. 2.2. LOCALES. 2.3. PASTOS. 2.4. ROTURACIÓN. 2.5. CAZA Y PESCA. 2.6. LABORES DE POLICÍA. 2.7. FERIAS Y MERCADOS. 2.8. FIESTAS PATRONALES. 2.9. ENTRADA EN HEREDADES AJENAS. 2.10. SUSPENSIÓN DE SESIONES ORDINARIAS DEL AYUNTAMIENTO. 2.11. ARRENDAMIENTO O VENTA DE BIENES O DERECHOS MUNICIPALES. DERECHOS DE CONSUMO. 2.12. SEGURIDAD CIUDADANA.—3. ORDENANZAS MUNICIPALES: 3.1. ASPECTOS GENERALES. 3.2. REGULACIÓN DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES. 3.3. MUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS. 3.4. EL MEDIO AMBIENTE.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 3 (2005)

«El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña..., una propuesta de reforma de sus competencias», por MANUEL GERPE LANDÍN, MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPÍERREZ y MARTA FERNÁNDEZ DE FRUTOS, pág. 669.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CARACTERIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA: 2.1. EL TSJ ES UN ÓRGANO JUDICIAL CREADO PARA VINCULAR LA JUSTICIA AL ESTADO AUTONÓMICO. 2.2. EL TSJ CULMINA LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA, SIN PERJUICIO DE LA JURISDICCIÓN QUE CORRESPONDE AL TRIBUNAL SUPREMO. 2.3. EL TSJ ES UN ÓRGANO DEL PODER JUDICIAL ÚNICO.—3. LA ARTICULACIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. EN EL ORDEN CIVIL. 3.3. EN LOS ÓRDENES PENAL Y SOCIAL. 3.4. EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 3.5. RESOLUCIÓN DE CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS JUDICIALES UBICADOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. 3.6. RECURSOS SOBRE CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS REFERENTES AL DERECHO PROPIO QUE TENGAN QUE TENER ACCESO A LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD. 3.7. RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN ENTRE ÓRGANOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE ATRIBUCIONES ENTRE CORPORACIONES LOCALES. 3.8. RECURSOS SOBRE PROCESOS ELECTORALES CELEBRADOS EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. 3.9. VALORACIÓN.—4. PROPUESTAS DE

REFORMA DE LA FUNCIÓN Y LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: 4.1. LIBRO BLANCO DE LA JUSTICIA (CGPJ, 1997). 4.2. PROPUESTAS DEL DOCUMENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO (2000). 4.3. PROPUESTAS DEL INFORME DEL CGPJ DE 2000. 4.4. PROPUESTAS DEL PACTO DE ESTADO.—5. UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL REPARTO DE ATRIBUCIONES ENTRE EL TRIBUNAL SUPREMO Y LOS TSJ: 5.1. COMPETENCIAS DEL TS. 5.2. COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—6. LA COMPLEJA ARTICULACIÓN NORMATIVA DE LA PROPUESTA DE REFORMA.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

«L'Europa constitucional: una anàlisi del tractat constitucional», por MARC CARRILLO, pág. 699.

SUMARI: 1. EL PROCÉS D'ELABORACIÓ: UNA FASE DECISIVA EN LA CONSTRUCCIÓ POLÍTICA D'EUROPA.—2. EL TRACTAT, ÉS UNA CONSTITUCIÓ?—3. LA CARTA DE DRETS FONAMENTALS COM A LÍMIT A L'APLICACIÓ DEL DRET CONSTITUCIONAL EUROPEU: 3.1. A MODE D'EVOLUCIÓ HISTÒRICA. 3.2. ELS DRETS FONAMENTALS S'INTEGREN A LA PART SEGONA DEL TRACTAT CONSTITUCIONAL. 3.3. LA CARTA DE DRETS FONAMENTALS A LA UNIÓ. 3.4. LES GARANTIES JURISDICCIONALS.—4. L'ORGANITZACIÓ INSTITUCIONAL: UNA DIVISIÓ DE PODERS AMB UN PARLAMENT MÉS RELLEVANT.—5. EL SISTEMA DE FONTS DE L'ORDENAMENT EUROPEU.—6. L'ARQUITECTURA JUDICIAL DE LA UNIÓ.—7. LA UNIÓ EUROPEA I LES REGIONS.—8. L'ESPAI DE LLIBERTAT I SEGURETAT: DE LA INTERGOVERNAMENTALITAT A LA COMUNITARIETAT: 8.1. ELS PRINCIPIS GENERALS DE LA REGULACIÓ DE L'ESPAI DE LLIBERTAT, SEGURETAT I JUSTÍCIA. 8.2. LES POLÍTQUES SOBRE ELS CONTROLS DE FRONTERES, ASIL I IMMIGRACIÓ. 8.3. LA COOPERACIÓ JUDICIAL EN MATÈRIA CIVIL. 8.4. LA COOPERACIÓ JUDICIAL EN MATÈRIA PENAL. 8.5. LA COOPERACIÓ POLICIAL.—9. REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES.

«Una nueva doctrina de la prueba en el proceso penal», por PEDRO MARTÍN GARCÍA, pág. 735.

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: A) REGLA GENERAL. B) EXCEPCIONES. C) EL ARTÍCULO 714 DE LA LECRIM: a) *Interpretación jurisprudencial*; b) *Crítica a la interpretación jurisprudencial*.—II. MOMENTO ACTUAL DE LA DOCTRINA DE LA PRUEBA.—III. LA LEY ORGÁNICA 5/1995: ARTÍCULO 46 AP. 5: A) SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 714 LECRIM. B) INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL. C) CRÍTICA A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—IV. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA: CRÍTICA A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL.—V. CONCLUSIONES.

«Aproximación a la LO 1/2004, de 2 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», por PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ, pág. 753.

SUMARIO: 1. LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER.—2. LOS CRITERIOS DE POLÍTICA LEGISLATIVA.—3. OBJETO

DE LA LEY.—4. ALCANCE DE LAS MEDIDAS QUE ADOPTA LA LEY INTEGRAL: a) LA INTEGRALIDAD; b) LA HETEROGENEIDAD DE LAS MEDIDAS.—5. LA TUTELA JUDICIAL: a) EL PRINCIPIO DE ESPECIALIZACIÓN JURISDICCIONAL EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER; b) BASES COMPETENCIALES DE NATURALEZA PENAL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER; c) BASES COMPETENCIALES DE NATURALEZA CIVIL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER; d) REGLAS PROCESALES ESPECIALES DE CAREER CIVIL.—BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 38 (Julio-Diciembre 2004)

«Urbanismo y vivienda», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUELO Y LA VIVIENDA: 1. EL SUELO DESTINADO A VIVIENDA. 2. EL PLANTEAMIENTO URBANÍSTICO: a) *La ordenación urbanística*; b) *Las determinaciones del plan general*; c) *El planeamiento de desarrollo*. 3. EJECUCIÓN DEL PLANTEAMIENTO. 4. CESIÓN AL MUNICIPIO DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO QUE FIJA EL PLANEAMIENTO. 5. LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO COMO CAUSA DE DISTORSIÓN DEL MERCADO DEL SUELO.—III. VIDA DE LA EDIFICACIÓN: 1. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DIRECTA EN LA EXISTENCIA DE LA VIVIENDA. 2. SUJECCIÓN A LICENCIA. 3. INSPECCIÓN PERIÓDICA DE CONSTRUCCIONES. 4. ÓRDENES DE EJECUCIÓN: a) *Obras para conservar los edificios en buen estado*; b) *Obras impuestas por las normas sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos*; c) *Obras de rehabilitación urbana*. 5. LÍMITES DE LOS DEBERES DE CONSERVACIÓN Y REHABILITACIÓN.—IV. LA EXTINCIÓN DE LA VIVIENDA: 1. LA VIDA DE LAS EDIFICACIONES. 2. LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA DE LA EDIFICACIÓN. 3. LA MUERTE PREMATURA DEL EDIFICIO: a) *Las modificaciones de la ordenación urbanística*; b) *Edificaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación*; c) *Edificios que no impidan la ejecución del nuevo planeamiento*; d) *Modificaciones del uso preexistente*.—CONCLUSIÓN.

«La ejecución urbanística como marco de las actuaciones de suelo y vivienda», por MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZÁRRAGA y JULIÁN IGNACIO CAÑAS LABAIRU, pág. 35.

SUMARIO: I. EJECUCIÓN URBANÍSTICA Y VIVIENDA.—II. LAS MODIFICACIONES QUE LA LFOV INTRODUCE EN LA LFOU.—III. EL PRECIO DEL SUELO Y EL PRECIO DE LA VIVIENDA.—IV. LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA DE LA EJECUCIÓN URBANÍSTICA.—V. OBJETO Y FINALIDAD DE LA EJECUCIÓN URBANÍSTICA.—VI. LA ELECCIÓN DEL SISTEMA DE ACTUACIÓN PARA CADA UNIDAD DE EJECUCIÓN.—VII. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE CADA SISTEMA DE ACTUACIÓN: 1. SISTEMA DE COMPENSACIÓN. 2. SISTEMA DE REPARCELACIÓN VOLUNTARIA. 3. SISTEMA DEL AGENTE URBANIZADOR. 4. SISTEMA DE COOPERACIÓN. 5. SISTEMA DE EJECUCIÓN FORZOSA. 6. SISTEMA DE EXPROPIACIÓN SISTEMÁTICA. 7. LA EJECUCIÓN MEDIANTE LOS CONVENIOS DE GESTIÓN.—VIII. LA VIVIENDA EN EL MEDIO RURAL.—IX. REFLEXIONES FINALES.

«Los procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. Su encaje en el marco constitucional español», por XAVIER BOLTAÑA I BOSCH, pág. 57.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN PREVIA: CONCEPTO Y SIGNIFICADO DE LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL.—II. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES DE LA PARTICULARIDAD EN LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE NAVARRA.—III. EL SISTEMA NAVARRO DE FUNCIÓN PÚBLICA. MARCO NORMATIVO.—IV. FUNCIONARIOS Y PERSONAL LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO NAVARRO. LA FUNCIONARIZACIÓN EN LA COMUNIDAD FORAL.—V. EL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL: 1. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD DE LA FUNCIONARIZACIÓN. DESVIRTUACIÓN DEL PRINCIPIO. 2. PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO *AD HOC* DE INTEGRACIÓN: 2.1. *La excepción al principio de voluntariedad: la funcionarización forzosa*. 3. REQUISITOS EXIGIDOS. 4. UNIFICACIÓN FUNCIONARIZADORA DE TODO EL PERSONAL DE LA COMUNIDAD. 5. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS E INTEGRACIÓN PROVISIONAL. 6. PARTICULARIDADES DEL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN EN LAS ENTIDADES LOCALES DE NAVARRA.—VI. MODELO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN EN NAVARRA Y SU ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN: 1. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA FUNCIONARIZACIÓN EN LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA. 2. PROCESO DE INTEGRACIÓN Y ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN. 3. FUNCIONARIZACIÓN Y RESPETO AL ORDENAMIENTO LABORAL.—VII. UN APUNTE FINAL: LA FUNCIONARIZACIÓN EN NAVARRA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 38/2004, DE 11 DE MARZO.

«La competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa», por JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 91.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN COMPETENCIAL COMÚN SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. TÍTULOS COMPETENCIALES. 2. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. 3. DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO. 4. EL MODELO ESTATAL: LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DESDE LA ÓPTICA COMPETENCIAL. 5. LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL Y DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DE CONTRATOS PÚBLICOS.—III. LA SINGULARIDAD COMPETENCIAL DE NAVARRA EN MATERIA DE CONTRATOS: 1. UNA COMPETENCIA HISTÓRICA O FORAL DE CARÁCTER EXCLUSIVO, CON UN TECHO SUPERIOR AL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. EL ALCANCE DE LA COMPETENCIA HISTÓRICA SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO. 3. LA LEY FORAL DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE NAVARRA DE 1998: MANIFESTACIÓN DE LA SINGULARIDAD COMPETENCIAL.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3.ª) DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2004: 1. SUPUESTO DE HECHO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA. 2. LA NEGACIÓN DE LA SINGULARIDAD COMPETENCIAL DE NAVARRA SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3. CRÍTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ERROR SOBRE LOS CRITERIOS DE DELIMITACIÓN COMPETENCIAL.—V. REFLEXIÓN FINAL.

«Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo», por José ANTONIO TARDÍO PATO, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN, CONCEPTO Y DELIMITACIÓN.—II. ASPECTOS DERIVADOS DEL CARÁCTER CAUTELAR Y DE LA NATURALEZA PROVISIONAL DE LAS MEDIDAS.—III. CONTENIDO DE ESTAS MEDIDAS Y SUS LIMITACIONES.—IV. REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA MEDIDA.—V. EL ACUERDO QUE ADOPTA LA MEDIDA HA DE SER MOTIVADO.—VI. SE ADOPTAN DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE POR EL ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER.—VII. ESTAS MEDIDAS PUEDEN ADOPTARSE ANTES O DESPUÉS DE INICIADO EL PROCEDIMIENTO.—VIII. EL PROBLEMA DE SI ES NECESARIA LA AUDIENCIA DEL INTERESADO.—IX. LA CUESTIÓN DE LAS CONTRA CAUTELAS.—X. PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS COMO CONSECUENCIA DE LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

«Un diagnóstico de la justicia española (a propósito del libro de Alejandro Nieto *El desgobierno judicial*», por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 131.

SUMARIO: I. UN LIBRO EN EL QUE SE HABLA DE «LES GENS DE JUSTICE»: 1. LA DEDICATORIA. 2. SE ENTENDERÍA MAL AL AUTOR SI, DESORIENTADOS POR LA EXPRESIÓN —NO EXENTA DE AMBIGÜEDAD— «DESGOBIERNO JUDICIAL», SE PENSARA QUE ESTE LIBRO CONSTITUYE UN ATAQUE A LA JUSTICIA ESPAÑOLA. 3. EL CONTENIDO: INTENTO DE DEMOSTRACIÓN DE DOS HIPÓTESIS DISTINTAS PERO RELACIONADAS.—II. UN LIBRO ESPECULAR QUE, POR SERLO, NOS DEVUELVE LA IMAGEN DE ESE DRAMA —EL PROCESO— QUE REPRESENTAMOS A DIARIO EN EL «GRAN TEATRO DE LA JUSTICIA» QUIENES —COMO DIRECTORES DE ESCENA, ACTORES, APUNTADORES O UTILEROS— FIGURAMOS EN LOS PROGRAMAS DE MANO, SEA CON VOZ O SIN ELLA: 1. EL RETORNO DE RABELAIS. 2. UN ELENCO TIPOLÓGICO DE JUECES: a) *El juez funcionario y el juez burócrata*; b) *De los jueces que quieren hacer justicia —«jueces justos» les llama el autor— y de su deformación caricaturesca: los «jueces justicieros»*; c) *El juez estrella*; d) *El juez político*.—III. UN LIBRO EN EL QUE SE EXAMINA CLÍNICAMENTE A UN PACIENTE «DE APELLIDO NOTORIO»: LA JUSTICIA ESPAÑOLA: 1. «*VOX POPULI*». 2. LA PRIMERA HIPÓTESIS: LA JUSTICIA ESPAÑOLA PADECE UN SÍNDROME DE DESGOBIERNO QUE ES RESULTADO DE UNA ALTERACIÓN PATOLÓGICA CUYA ETIOLOGÍA SE ENCUENTRA —FUNDAMENTAL AUNQUE NO EXCLUSIVAMENTE— EN LA PATRIMONIALIZACIÓN Y EN LA MASIFICACIÓN. 3. LA SEGUNDA HIPÓTESIS (RELACIONADA CON LA ANTERIOR Y QUE AQUÍ NO VOY A EXAMINAR): EL PODER JUDICIAL NO ES TAL SINO UN MERO SERVICIO PÚBLICO.—IV. UN LIBRO EN EL QUE EL AUTOR —QUE LLEVA AÑOS COLECCIONANDO SÍNTOMAS Y SIGNOS INDICATIVOS DEL MAL QUE AQUEJA A LA JUSTICIA— EMPIEZA EMITIENDO UN DIAGNÓSTICO DE NIVEL INTERMEDIO QUE ES EL SINDRÓMICO: LA JUSTICIA ESPAÑOLA PADECE UN SÍNDROME DE DESGOBIERNO: 1. DE LA SEMIÓTICA MÉDICA EN GENERAL Y DE SU APLICACIÓN A ESE «QUIÉN» AL QUE LLAMAMOS «LA JUSTICIA».

REVISTA DI DIRITTO CIVILE

Número 2 (Marzo-Abril 2005)

- «Procreazione assistita e sorte del nascituro», por GIORGIO OPPO, pág. 99.
- Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto», por UGO MAJELLO, pág. 113.
- «Diritti della famiglia e identità della persona», por DAVIDE MESSINETTI, pág. 137.
- «La garanzia convenzionale nella vendita al consumo», por ARMANDO PLAIA, pág. 155.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Número 213 (Enero-Junio 2003)

- «Las reformas introducidas en la Ley número 19.496, sobre protección de los derechos del consumidor por la Ley número 19.955, de 14 de julio de 2004», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 7.
- «Juzgados de familia», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 57.
- «Limitaciones a la libertad personal», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ y MACARENA MANSO VILLALÓN, pág. 73.
- «Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley 19.950», por JUANA SANHUEZA ROMERO, pág. 83.
- «Divorcio a la chilena: O el matrimonio ante el oficial del Registro Civil incompetente», por JÜRGEN SAMTLEBEN, pág. 105.
- «El cumplimiento e incumplimiento del contrato de trabajo, una proposición sistémica en el Derecho Civil y Laboral chileno», por PATRICIO MELLA CABREIRA, pág. 111.
- «El proyecto de reforma al procedimiento laboral: Un protagonista del futuro», por RODOLFO WALTER DÍAZ, pág. 125.
- «El apremio de arresto contemplado en el artículo 12 de la Ley 17.322. ¿Prisión por deuda?», por GABRIELA LANATA FUENZALIDA, pág. 143.