

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVIII • Enero-Febrero 2002 • Núm. 669

CONSEJO DE REDACCION

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. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gálligo.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Vicente Domínguez Calatayud.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«Problemas y soluciones de las Sociedades Profesionales, cara a una futura Ley», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS	9
«Las vicisitudes de los propietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites», por MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS	53
«Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad», por RICARDO FRANCISCO SIFRE PUIG	97
«La publicidad formal y la legislación de protección de datos de carácter personal tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO.....	191

DICTAMENES Y NOTAS

«Breves consideraciones sobre las anotaciones preventivas judiciales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», por JOSÉ MARTÍN PASTOR	231
--	-----

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	267
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional: Nulidad de actuaciones, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	277
--	-----

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LORENTE	283
B) Resoluciones comentadas, por CARMEN BETEGÓN SANZ, PEDRO FERNÁNDEZ-BOADO G. VILLAAMIL, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	288

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	315
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	329
f) Responsabilidad civil, por el Departamento de Derecho Civil de la UNED. Director: Profesor LASARTE	337

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil», de RAFAEL LINARES NOCI, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.	373
«Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria», de ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN	375
«La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, por CARLOS-JAVIER VATTIER LAGARRIGUE.	377
«La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro», de JOSÉ MARTÍN PASTOR, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN	383
«Urbanismo y publicidad registral», de MERCEDES FUERTES, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN	385

ESTUDIOS

Problemas y soluciones de las Sociedades Profesionales, cara a una futura Ley

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD PROFESIONAL. SU ADMISIBILIDAD.—III. LOS TIPOS SOCIETARIOS: A) LA SOCIEDAD CIVIL. B) LA SOCIEDAD COLECTIVA. C) LAS SOCIEDADES DE CAPITALES. ANÓNIMAS Y LIMITADAS.—IV. LA POSIBILIDAD DE LAS SOCIEDADES MULTIDISCIPLINARIAS.—V. EL REGISTRO DE SOCIEDADES PROFESIONALES.—VI. COMPOSICION Y DENOMINACION SOCIAL.—VII. LA FORMALIZACION DEL CONTRATO. LA ESCRITURA PUBLICA.—VIII. LA APORTACION DE LOS SOCIOS. PARTICIPACION EN BENEFICIOS Y PERDIDAS.—IX. OTRAS CUESTIONES: A) LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL Y DE LOS PROFESIONALES. B) Separación y exclusión de socios.—X. LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE NOTARIOS.

I. INTRODUCCION

El fenómeno asociativo en el marco de las profesiones liberales o en la terminología comunitaria, de las profesiones reguladas, es una realidad inquestionable que es necesario afrontar de una forma que sea lo más definitiva posible.

Gran parte de nuestra Doctrina y Jurisprudencia clásicas han negado la realidad a las mismas y se ha intentado ir buscando fórmulas alternativas que en algunos momentos han servido para ir saliendo del paso, pero que, en definitiva, aparcen el problema y no miran hacia delante. El Derecho está para intentar dar soluciones posibles y jurídicas a las nuevas realidades que surgen o, mejor dicho, en el caso concreto que nos ocupa, han surgido ya desde hace años, pero sin tener un auténtico soporte jurídico al que podamos recurrir. Por ello es positivo que a partir de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, elaborado por la Comisión General de

Codificación (1), y que surge por un estudio preparado a solicitud del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, estudio realizado por los profesores PAZ-ARES y AURORA CAMPINS, comencemos a elaborar o reflexionar, partiendo de ese texto, e intentando analizar los problemas que pueden plantear este tipo de Sociedades Profesionales, y que abarcan desde el planteamiento acerca de la posibilidad de su propia existencia hasta su disolución, liquidación y extinción, pasando por temas tan apasionantes como los de su tipología societaria, los de su objeto, los sujetos participantes en la sociedad, la responsabilidad de la sociedad y de los socios, la posibilidad de las Sociedades Profesionales Multidisciplinarias y un largo etcétera.

En este trabajo intentaremos establecer esas pinceladas generales en base al texto ya referido, con la multitud de implicaciones que de él se puedan derivar.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la propuesta establece que: «I. No es necesario encarecer la extraordinaria importancia que tiene el sector de los servicios profesionales en la economía moderna... y complejidad que han ido adquiriendo las organizaciones colectivas que operan dentro de él... no resulta aventurado afirmar que la característica más acusada de la evolución que registra el sector en la hora actual reside, precisamente, en la tendencia a organizar el ejercicio profesional por medio de sociedades... El recelo con que a menudo se han contemplado las Sociedades Profesionales por parte de la doctrina... y la poca atención que les ha dispensado el legislador... no dejan de causar alguna extrañeza...»

Por último, diremos que nuestro punto de partida es, ciertamente, la posición favorable a la existencia de las Sociedades Profesionales en su sentido estricto al que luego haremos referencia, y sobre esta base de actitud positiva a las mismas establecer y analizar los problemas y las soluciones que el legislador debe dar mediante la promulgación de una Ley de Sociedades Profesionales.

(1) Asimismo, el Pleno del Parlamento de Cataluña, en sesión celebrada el 19 de mayo de 1999, adoptó la Resolución 938/V, por la que se acuerda presentar a la Mesa del Congreso de los Diputados, la Proposición de Ley de regulación de las sociedades civiles de actividades entre profesionales. Esta Proposición de Ley se centra en la Sociedad Civil, sin plantearse otras posibles formas societarias, y sin establecer nada en relación con la posibilidad de las sociedades multidisciplinarias. La diferencia, con el texto de la Comisión General de Codificación, es abismal, teniendo una mayor depuración técnica y amplitud en el estudio y solución de los problemas, el de la Comisión General de Codificación.

II. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD PROFESIONAL. SU ADMISIBILIDAD

La necesidad de abordar en profundidad el tema de las Sociedades Profesionales era una demanda que desde hacía tiempo venía planteándose por los profesionales que quieren tener una solución legal, clara y nítida, que despeje todos los factores de inseguridad que hasta el momento presente tienen un protagonismo indudable. Las discusiones y debates, tanto doctrinales como jurisprudenciales, han estado en la palestra para intentar buscar una solución a toda la problemática que plantean las mismas.

Uno de los primeros problemas que se han dado es de la propia delimitación y conceptualización de lo que debe entenderse por Sociedades Profesionales. Para ello es necesario sistematizar el fenómeno asociativo del ejercicio profesional con la multitud de recelos que se han puesto sobre el tapete debido a las especiales características que tienen las profesiones liberales con su prestación personal del ejercicio profesional por los sujetos cualificados para ello, así como su conexión dentro de organizaciones corporativas con las que mantiene unos lazos de unión a través de la colegiación. Para llegar al concepto de Sociedad Profesional en sentido estricto, pueden existir diversos estadios previos que existen y que se desenvuelven en el tráfico jurídico.

En primer término podemos hacer referencia a las llamadas sociedades de medios como una modalidad de este fenómeno asociativo de carácter básico o elemental; en este caso, los distintos profesionales ponen en común un conjunto de bienes, pero el ejercicio profesional es individual, y el objeto de esta agrupación es establecer el conjunto de reglas por las cuales se va a realizar el uso adecuado del equipo puesto en común, pero no el ejercicio profesional. Pueden estar incardinadas en el concepto del artículo 1.678 del Código Civil como sociedades de uso, tratándose de sociedades civiles internas, en ningún caso externas, con todo lo que ello implica.

En segundo lugar existen las Sociedades de Comunicación de Ganancias, donde el objeto de las mismas es el regular las pérdidas y ganancias que se obtengan derivadas de la actividad individual de cada uno de los profesionales. En este caso, tampoco existen mayores problemas para su encuadramiento y conceptualización. A modo de ejemplo, uno de los supuestos que encajaría dentro de éstas, y como aplicación práctica a la profesión notarial, sería la que se deduce del artículo 42 del Reglamento Notarial.

En tercer lugar se encontrarían las Sociedades de Profesionales, que son sociedades de intermediación de servicios profesionales, cuyo objeto sería el actuar como agente o mediador de servicios de esta clase, y cuya única responsabilidad estribaría en la elección del profesional, en definitiva, en regular esa específica organización de los profesionales que ejercen su actividad. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que

han tratado este tema, han aceptado este modelo como el único posible, al contemplar el fenómeno asociativo con el del ejercicio profesional, e incluso, en el mismo sentido, la Doctrina tradicional.

Por último, nos encontramos con las Sociedades Profesionales *estricto sensu*, es decir, aquéllas que se configuran como sociedades externas y cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales. En este caso, los socios se obligan a tal fin a aportar su industria, es decir, su actividad profesional. Este es el concepto en el que se halla inmerso el texto del Anteproyecto de la Ley de Sociedades Profesionales presentado por la Comisión General de Codificación.

En este sentido, la Exposición de Motivos indica que «...y la primera cuestión que aún distaba mucho de estar pacíficamente resuelta era la relativa a la propia admisibilidad y viabilidad jurídica de las Sociedades Profesionales *estricto sensu* (a no confundir con las Sociedades Profesionales cuya finalidad es simplemente la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión)». Es decir, estamos hablando de auténticas sociedades externas para el ejercicio de profesiones liberales y de imputarles la actividad profesional realizada por su cuenta y ofrecer soluciones acomodadas a las expectativas típicas de quienes se asocian para la prestación de servicios profesionales.

En este sentido, el artículo 1 del texto, a la hora de definir las Sociedades Profesionales, las caracteriza como aquéllas que tienen por objeto el ejercicio común de actividad profesional, definiendo a su vez lo que debe entenderse por actividad profesional como aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria e inscripción en el correspondiente colegio profesional (art. 1.1).

Tradicionalmente se ha entendido por gran parte de la Doctrina que no era posible la misma existencia de las Sociedades Profesionales en base a criterios quizá demasiado rígidos y poniendo el acento de esta imposibilidad en varios argumentos. En este sentido, PAZ-ARES se ha inclinado por el criterio favorable a estas Sociedades Profesionales frente a otros que no las consideran viables, bien por el carácter personalísimo de la prestación del trabajo intelectual y el deber de prestación del trabajo, bien por la imposibilidad de la sociedad de prestar actividades profesionales por carecer de la titulación precisa y no hallarse debidamente colegiada y, por último, por la incompatibilidad del régimen societario y el principio de libre determinación del profesional que presta el servicio. Estas argumentaciones pueden irse desvaneciendo como indica el citado autor, en el sentido de que en estos casos los servicios son prestados por los socios profesionales, siendo la sociedad la que sólo representa el punto de conexión de la relación jurídica; asimismo en cuanto a la titulación y colegiación, la finalidad que se persigue en este campo por el Ordenamiento Jurídico en general, en cuanto a estos dos requi-

sitos, se cumple sobradamente, siempre que las prestaciones profesionales que se imputan a la sociedad se desarrollen materialmente por profesionales habilitados, y mediante la colegiación se trata de asegurar el que estos prestadores de servicios se sometan a la disciplina deontológica y corporativa. Para conseguir este extremo bastará con que los socios y administradores de estas Sociedades Profesionales se encuentren colegiados. En último lugar, aunque el socio profesional forme parte de la sociedad, su actividad profesional como tal no debe ni puede quedar constreñida al grupo que configura o conforma la sociedad. El servicio prestado por el profesional constituye el objeto de su aportación de industria, pero en ningún caso su actividad y conducta técnica podrán estar condicionadas por la sociedad, y como consecuencia no se quiebra el principio de libre elección del profesional.

Este criterio positivo ha sido recogido también en el texto del Anteproyecto, y queda reflejada su esencia y filosofía en la propia Exposición de Motivos: «...A pesar de los notables esfuerzos desplegados por los distintos Colegios Profesionales para someter a la disciplina deontológica el ejercicio de la profesión por medio de sociedades, la experiencia muestra que no siempre ha sido posible obtener los resultados deseados. La Ley ha procurado salvar este desfase arbitrando la integración directa de las Sociedades Profesionales en la órbita de los Colegios Profesionales, sobresale en este aspecto la creación del Registro Profesional (art. 7), y previendo diversos instrumentos de garantía para que la práctica profesional de las sociedades no quede hurtada a las exigencias que se desprenden de las normas y principios deontológicos propios de cada profesión. En este último plano son especialmente reveladores la regulación del contenido de la aportación de industria de los socios profesionales (art. 8) y el establecimiento, al lado de la responsabilidad societaria, de la responsabilidad personal de los profesionales que hayan intervenido en la prestación del servicio profesional (art. 10)...»

En nuestra opinión, si todos estos extremos están bien delimitados y regulados, no debe existir el prejuicio de que el ejercicio de la profesión por medio de una sociedad quiebre los principios de disciplina deontológica, y por supuesto de todo el entramado que surge entre el profesional y su respectiva Organización Corporativa que, entre otras funciones, debe y tiene que controlar, y en su caso sancionar o corregir actividades que ponen en peligro a la profesión; no olvidando que además debe existir un doble sistema de responsabilidad, uno derivado de la propia sociedad, y otra responsabilidad personal, de los propios profesionales que hayan intervenido en la prestación del correspondiente servicio profesional. A pesar de ello, y en concreto la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha utilizado específicamente toda una argumentación en contrario para negar la posibilidad de la existencia de las Sociedades Profesionales, y como consecuencia de ello se confirmó la denegación para su acceso e inscripción en el Registro Mercantil.

A continuación transcribiremos algunos párrafos de los fundamentos de derecho de varias resoluciones donde se puede apreciar que se parte de un concepto tradicional y clásico de nuestra Doctrina y donde se ve la imposibilidad sustancial y esencial, expresada por el Centro Directivo, de admitir la viabilidad jurídica de estas sociedades. Argumentos utilizados que hemos intentado contradecir cuando nos hemos referido, líneas arriba, a la admisibilidad de la figura.

Entre otras, cabe citar las Resoluciones de 1 de agosto de 1922, 2 de junio de 1986, 23 de abril de 1993 y 26 de junio de 1995. En la Resolución de 23 de abril de 1993 es denegada la inscripción de una entidad denominada «Estudio de Arquitectura Martín Artajo, Sociedad Limitada». El objeto social era el propio de la actividad profesional de los arquitectos, y la nota de calificación del Registrador, denegatoria de la inscripción, indicaba que: «Por su propia naturaleza, una Sociedad no puede tener por objeto una actividad profesional para la que se requiere un título académico como, sin embargo, consta en el artículo 2 de los estatutos».

En los fundamentos de derecho se intenta justificar esta denegación indicando que «...es un hecho comprobado, en general, que la evolución de las profesiones liberales en estos últimos tiempos... en donde el asesoramiento aislado del profesional se ve sustituido por una labor de equipo que debe su origen a la especialización y división del trabajo entre varias personas, consecuencia de la complejidad cada vez mayor de todas las actividades... lo que supone el nacimiento, dentro de este campo, del elemento organizativo, característico del mundo empresarial...» Esta enunciación de principios, recogida en el fundamento de derecho 2 de la Resolución, tiene una lógica y además resume efectivamente la tendencia que se va dando en el mundo de las relaciones económicas y jurídicas, que es la mayor complejidad de éstas, lo que determina que los profesionales vayan especializándose y dividiendo las parcelas del saber, a fin de dar solución satisfactoria a los clientes para conseguir prestar el mejor y más adecuado servicio profesional.

A continuación, el Centro Directivo empieza a distinguir dos tipos de sociedades, la que en su momento denominamos sociedades de intermediación y las que consideramos Sociedades Profesionales *stricto sensu*. En este sentido, «Las agrupaciones profesionales acuden con frecuencia al ámbito societario. En esta materia se han de distinguir en primer lugar las Sociedades Mercantiles que adoptan como objeto social una actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales y en las que el carácter estrictamente personal de la actividad profesional prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto creado a tal efecto, en lugar de al profesional al que la ley confiere tal actuación, y aquellas otras sociedades que más bien son mediadoras en el sentido de no proporcionar al solicitante la prestación que está reservada al profesional, sino servir no sólo

de intermediaria para que sea este último quien la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas... Respecto de las del primer tipo, siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares para el ejercicio profesional, es claro que no cabe admitirlas, ya que la persona jurídica *per se*, y como ente abstracto, no puede realizar directamente esta clase de prestaciones, pero no sucede así respecto de las del segundo tipo, en donde si bien hay que examinar cada caso concreto y por eso no puede establecerse una formulación de carácter general sobre su admisión o no, es indudable que en la mayor parte de los casos, y siempre que no exista una prohibición legal, junto al contrato base suscrito entre cliente y sociedad, se encuentra el sucesivo contrato, ejecución del primero en el que la intervención del profesional, con su consiguiente responsabilidad, no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente...

Como podemos apreciar se hace referencia a las Sociedades Profesionales en sentido estricto, y en este caso se niega la posibilidad de su existencia, ya que el objeto social es una actividad que está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales; en cambio, sí se permite a las sociedades que son mediadoras, teniendo en cuenta, en este caso, que éstas no proporcionan al solicitante la prestación que está reservada al profesional. Podemos indicar que la argumentación de la resolución parte de un concepto muy rígido de las ideas, en cuanto a lo que es una persona jurídica. En ningún caso en la sociedad profesional *estricto sensu*, ésta presta los servicios personalmente, sino muy al contrario, esa prestación de servicios la realiza el profesional, de ahí que deba articularse una responsabilidad, no sólo de la sociedad, sino también del socio que presta dichos servicios, corriendo ambas por dos líneas paralelas que no se van a encontrar. En la sociedad de intermediación, a la que alude la resolución, el objeto de éstas, o su responsabilidad, sería la organización de los profesionales, en definitiva, elegir a éstos para que ellos puedan individualmente prestar el servicio; esta es la teoría de la Doctrina tradicional, o al menos la de un sector, pero en la realidad no existe, surgen más en ideas de laboratorio para intentar eludir la posible admisión de la sociedad profesional *estricto sensu*. El carácter personalísimo de que habla la resolución de 1993 y la de 1995, por ejemplo, se podría predicar incluso siendo un poco amplios a un grupo de sujetos, por ejemplo, el legislador español admite, en la Ley de Contrato de Seguro, en su artículo 76.a), la posibilidad de que los servicios de cobertura de defensa se asignen a una sociedad, pero ello no significa que la sociedad preste ese servicio personal que requiere la intervención de un determinado profesional, sino que más bien la sociedad representa un punto de imputación de la relación jurídica.

La Resolución de 2 de junio de 1986, relativa a la inscripción de una Sociedad Limitada en el Registro Mercantil, cuyo objeto es prestar toda clase

de servicios y asesoramientos a empresas o personas físicas, contables, fiscales, jurídicas de administración, gestión y representación. Presentada la escritura en el Registro Mercantil, el registrador suspendió la inscripción por establecerse como objeto social la prestación de determinados servicios para los que exige titulación académica incompatibles con la personalidad jurídica de las sociedades. La Dirección General revoca la nota del registrador utilizando diversos argumentos. En primer lugar se parte del fenómeno de la complejidad en el tráfico de actividades jurídicas, económicas, etcétera, que deriva en el sentido de que el asesoramiento aislado del profesional se vea sustituido por una labor de equipo, lo que supone el nacimiento del elemento organizativo. Como siempre, la apreciación de este fenómeno es compartida por todos, y por ello debemos estar de acuerdo con el planteamiento del Centro Directivo. Lo que ocurre es que, a continuación, la Dirección General vuelve a distinguir los dos tipos de sociedades mercantiles que pueden darse en este fenómeno organizativo dentro de las profesiones liberales. Por una parte, aquellas sociedades mercantiles que adoptan como objeto social una actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales y en las que el carácter estrictamente personal de la actividad profesional prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto creado a tal efecto; de otro lado, distingue la resolución, aquellas otras sociedades que más bien son mediadoras y que sirven no sólo de intermediarias para que el profesional realice la actividad o la prestación que solicita el cliente, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas. Por ello en la lógica del Centro Directivo, respecto de las del primer tipo, siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares, es claro que no cabe admitirlas, no sucediendo así lo mismo respecto de las del segundo tipo, en donde si bien hay que examinar cada caso concreto, es indudable que en la mayor parte de los casos, y siempre que no exista una prohibición legal, junto al contrato base suscrito entre cliente y sociedad se encuentra el sucesivo contrato, ejecución del primero en el que la intervención del profesional con su consiguiente responsabilidad no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente. En el caso resuelto se salva la situación, interpretando la redacción de los estatutos desde un punto de vista finalista, apreciando por reducción al absurdo, que al no ser posible que la Sociedad de Responsabilidad Limitada creada pueda ostentar título académico alguno, la prestación de servicio y asesoramiento, objeto social a que se refiere ese artículo estatutario, hay que entender que ha de ser realizada no por la Sociedad, sino por aquella persona física que reúna las condiciones habilitantes para poder prestar el servicio u obra por exigirlo así las normas legales y se encuentre ligada por cualquier vínculo jurídico a la sociedad contratante. Como podemos apreciar, el Centro Directivo vuelve a insistir sobre su eje

central de la actividad de carácter estrictamente personal, atribuida por ley a determinados profesionales.

La Resolución de 26 de junio de 1995 también trata el tema, en el sentido general de las resoluciones ya comentadas, y además uno específico, ya que la sociedad objeto de inscripción en el Registro Mercantil se denominaba «Bufete de la Fuente, S.L.». En este caso se indica con claridad que tan sólo cabe denominar como bufete al despacho profesional de quienes merezcan la condición de abogado, quedando excluido de tal denominación el despacho de aquellos otros profesionales del Derecho que se limitan a prestar una actividad, de mero asesoramiento sobre temas jurídicos, pero dicha actividad no resulta encuadrable en el concepto de protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica, que es la reservada de forma exclusiva y excluyente a la abogacía profesional.

Al hilo de estas consideraciones, y como conclusión final, recordemos que otro de los escollos para no dar viabilidad a las Sociedades Profesionales es que la sociedad no tiene titulación ni puede estar colegiada. Centrándonos, por ejemplo, en el tema de la titulación, a nadie se le ocurre pensar que una sociedad tenga un título académico, eso sería tanto como llegar a tener una concepción antropomórfica de las personas jurídicas con brazos y ojos. Muy al contrario, lo que se requiere en las Sociedades Profesionales es que los socios, o en algunos casos la mayoría de éstos, sean profesionales que acreditan su competencia a través de un título al que el Estado le reconoce unos determinados efectos, y además estos sujetos individuales tendrán que estar colegiados, si así la ley exige esta circunstancia; y a través de esa colegiación se crea el cordón umbilical que une al profesional con su respectiva Corporación, y de ahí se va a establecer los controles necesarios para el cumplimiento del código deontológico y del buen hacer en el ejercicio profesional de esos sujetos. Por último, tampoco debe quebrar en la sociedad profesional, como en general en el régimen societario, el principio de libre elección de profesional, aunque el sujeto o los sujetos estén dentro de un determinado grupo. No olvidemos que en todo caso el servicio prestado por el profesional es el objeto de aportación de su industria a la sociedad, en algunos casos como en las sociedades capitalistas a través de las denominadas prestaciones accesorias. En este sentido, el artículo 8 del Texto de la Propuesta, relativo a la aportación de los socios, deja bien claro que estos socios prestan la actividad profesional, en definitiva, la aportación de su industria, pero siempre de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de la profesión, y en particular con los de independencia y responsabilidad personal, y que en ningún caso será obstáculo el ejercicio de la profesión a través de una sociedad para la efectiva aplicación a los profesionales del régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional. Ello comple-

mentado con el artículo 10, referente a la responsabilidad de la sociedad profesional y de los profesionales.

También el artículo 4 del mencionado texto deja claro que la sociedad profesional solamente podrá ejercitar la actividad prevista en su objeto social a través de personas específicamente habilitadas para el ejercicio de la correspondiente profesión, y aunque el principio general es que los derechos y obligaciones derivados de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, ello será así sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales.

En este sentido consideramos adecuadas las previsiones de la propuesta de texto que salvan todas estas dificultades, y en general la problemática de la sociedad profesional en los inconvenientes o imposibilidades a los que han hecho referencia las resoluciones de la DGRN.

III. LOS TIPOS SOCIETARIOS

El artículo 1.2 determina que «Las Sociedades Profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes».

Del contenido de este apartado se aprecia una toma de postura clara y rotunda en este tema, no excluyéndose, en principio, ningún tipo social para que las Sociedades Profesionales puedan constituirse en cualquiera de las formas societarias. No se opta por un tipo social específico y sobre él desarrollar todo el régimen jurídico de la sociedad profesional. Muy al contrario, el texto opta por una libertad de tipología o de forma societaria, y como veremos adapta, modifica o flexibiliza algunos aspectos de determinados tipos sociales que en su regulación básica no pueden adaptarse plenamente a las Sociedades Profesionales, pero sí, en cambio, pueden modificarse alguno de sus principios.

Para intentar analizar esta toma de postura y los problemas que de ella se derivan, debemos ir estudiando, aunque sea someramente, esas formas societarias previstas en las leyes.

A) LA SOCIEDAD CIVIL

Como ya hemos puesto de manifiesto en diversas ocasiones, la sociedad civil ha sido olvidada por el legislador desde que apareciera su regulación por primera vez en el Código Civil. La falta de adaptación de muchos de los artículos que la regulan ha provocado que más de un autor la considere como un fósil histórico carente de toda aplicación práctica a la realidad actual

social. También me negué por principio a infrautilizar a la sociedad civil, creyendo que esta forma societaria podría dar un juego importante en determinadas áreas sociales. Uno de los más importantes escollos que se nos planteaban era el de su personalidad jurídica, defendiendo en todo momento que la sociedad civil la tenía, siempre que se constituyera con arreglo a lo establecido en los artículo 1.665 y siguientes del Código Civil. Ello estaba íntimamente relacionado con el artículo 1.669 del mismo cuerpo legal, que deja sin personalidad jurídica a las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con los terceros, aplicándose en este caso las normas de comunidades de bienes. Hemos defendido siempre esta personalidad jurídica, cuando se trata de una sociedad civil externa, e incluso que esa publicidad frente a terceros podría operar a través de la publicidad de hecho, y que no había que identificar la personalidad jurídica de la sociedad civil con la inscripción en un Registro Público.

El problema que se nos planteaba entonces era que el legislador no preveía la posibilidad de la inscripción de las sociedades civiles puras, objetiva y subjetivamente, en ningún registro, ni por supuesto en el Registro Mercantil. La única posibilidad de su acceso al Registro Mercantil la daba el artículo 1.670 del Código Civil, que hace referencia a las Sociedades Mixtas, que son aquellas sociedades civiles que lo son por el objeto que tienen y que pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio y que le serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente código. No obstante, hay que tener en cuenta que esas sociedades civiles, al revestir algunas formas del Código de Comercio, como el caso de las Anónimas o las Limitadas por ley, dejaban de ser sociedades civiles, ya que la legislación específica de las Anónimas y Limitadas establece que por el simple hecho de revestir esas formas se caracterizan y son sociedades mercantiles.

Defendimos que hubiera sido conveniente, a los efectos de conseguir una seguridad jurídica en el tráfico, y a los efectos de eludir los problemas que podía plantear la publicidad de hecho, el que se permitiera el acceso a un registro público de las sociedades civiles, indicando también que por las propias características de las sociedades, este Registro debería ser el Mercantil, creando al efecto una sección especial como ocurría, por ejemplo, en derecho francés, donde la sociedad civil tiene una importancia extraordinaria, llegándose incluso a regular las llamadas sociedades civiles inmobiliarias. También criticamos, en su momento, la Doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado, en concreto una resolución de 1997, donde se confundían radicalmente conceptos, estructuras y bases de la sociedad civil.

La situación ha cambiado en cuanto al aspecto del acceso registral, en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modi-

fican determinados artículos del Reglamento Hipotecario. La Disposición Adicional única de esta norma modifica, en el tema que nos ocupa, el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, cuando establece: «2. Se añade un apartado 3 al artículo 81, que dirá así: 3. Podrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil.

3. Se añade una sección 5.^a al capítulo IX del Título II bajo la rúbrica de la inscripción de las sociedades civiles integrada por un único artículo 269.bis, que dirá:».

Este artículo 269.bis, referente a la inscripción de las sociedades civiles, permite la inscripción de las mismas en el Registro Mercantil cuando se trate de sociedades civiles con forma mercantil en cuyo caso se hará la inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado. Esta cuestión era posible antes, porque al tener forma mercantil necesitaban escritura pública e inscripción, aunque el problema que apuntábamos es que dejaban de ser civiles cuando revistieran algunas formas societarias como las Anónimas o Limitadas, entre otras. También el artículo 269.bis permite, y esto es la verdadera novedad, la inscripción en el Registro Mercantil a las sociedades civiles que no tengan forma mercantil con arreglo a las normas generales del Reglamento del Registro Mercantil en cuanto le sean aplicables. A continuación, el artículo determina las circunstancias que deben hacerse constar en la inscripción de estas sociedades civiles. No obstante, el Real Decreto antes citado ha sido objeto de un recurso ante el Tribunal Supremo en determinados aspectos del mismo, en el que está incluida la propia reforma del Reglamento del Registro Mercantil, por lo que podría ocurrir que se declararan nulos algunos de los artículos o disposiciones de este Real Decreto, entre otros, el que posibilita el acceso de las sociedades civiles puras al Registro Mercantil, por no basarse esta reforma del Reglamento en una ley que así lo permitiera conforme establece el artículo 16, número 5, del Código de Comercio (2).

Hemos intentando resumir lo más telegráficamente este tema como preámbulo necesario y a los efectos de centrar la cuestión en relación a las Sociedades Profesionales.

(2) Con posterioridad a la elaboración de este trabajo, la sentencia de 24 de febrero de 2000, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras cuestiones, ha declarado nula la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que posibilitaba el acceso de la Sociedad Civil al Registro Mercantil. En base a esta circunstancia, la situación vuelve a ser como antes, es decir, se cierra la posibilidad de este acceso con la problemática que se plantea en el tráfico jurídico de estas sociedades. Sería muy conveniente, por lo tanto, emprender las reformas legislativas para posibilitar el acceso de la Sociedad Civil en el Registro Mercantil, siendo imprescindible en el tema de las Sociedades Profesionales.

No cabe la menor duda que es la sociedad civil el tipo societario que, indudablemente, mejor se adapta a las Sociedades Profesionales. Es el tipo básico societario, de carácter personalista, donde las relaciones personales de los socios son esenciales; asimismo el objeto de la sociedad profesional, que es el ejercicio en común de actividades profesionales, encaja simétricamente en el abanico de posibilidades que establece el Código Civil a la hora de enumerar los diferentes tipos o clases de sociedades civiles. Así, el artículo 1.678, al hablar de la sociedad particular, indica que «la sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o acto».

Por todo ello, en nuestra opinión, debería darse una especial prioridad a esta forma societaria para el desarrollo de las Sociedades Profesionales, y con ello no quiero excluir a otras posibles formas societarias que plantean problemas y que veremos si pueden ser solucionados. Esa relación y esencia personalista de la sociedad civil encaja perfectamente en las Sociedades Profesionales por la aportación, consistente en el servicio profesional; en el mismo sentido, la no transmisibilidad en principio de la condición de socio, la extinción de la sociedad y un largo etcétera. El problema que nos debemos plantear es si es suficiente remitirse al Código Civil para escoger la forma societaria de sociedad civil en el campo de las Sociedades Profesionales, o si sería necesario y conveniente el modificar, adaptar aquellas normas generales de las sociedades civiles en el supuesto específico de las Sociedades Profesionales. En el derecho comparado, en la experiencia francesa de la Ley de 1966, denominada de Sociedades Civiles Profesionales, se optó por una tipología societaria específica, si bien es cierto que en otras disposiciones se ha ampliado el campo de actuación a otros posibles tipos societarios. Yo no propugno la promulgación de una Ley de Sociedades Civiles Profesionales, aunque pudiera ser una posibilidad, sino introducir en la futura Ley de Sociedades Profesionales, algunos artículos que especificaran a las sociedades civiles profesionales, teniendo en cuenta la problemática que de ella se deriva y que puede estar en contradicción o en falta de adaptación con lo regulado en el Código Civil.

En conexión con lo indicado anteriormente, ese proceso de adaptación de las normas del Código Civil, que regulan las sociedades civiles al régimen de las Sociedades Profesionales, parece ciertamente necesario. Como se ha indicado (3) en el tema de las sociedades civiles profesionales, que «...se trata de un tipo de sociedad que al aplicarse a nuevas exigencias del tráfico jurídico, y concretamente a un supuesto tan específico como es el ejercicio en grupo de una actividad profesional, presenta carencias en su régimen y problemas

(3) MORENO-LUQUE CASARIEGO, CARMEN, en *Sociedades Profesionales Liberales*, J. M. Bosch, Editor, S.A., Barcelona, 1994, págs. 78 y sigs.

no resueltos, que surgen en relación a temas tan relevantes como son la condición de socio, la denominación de la razón social, las aportaciones de los socios profesionales, los órganos de la administración de la sociedad, el estatuto del socio profesional, la responsabilidad del socio profesional y otras muchas...»

Por todo lo indicado anteriormente, aunque la base para poder regular estas sociedades civiles profesionales está en el Código Civil, es necesario, ciertamente, el plantear alguna serie de cuestiones que derivan de la propia peculiaridad de la sociedad profesional y que no encajan en la regulación del Código Civil, bien porque sus normas son insuficientes o no prevén todos los supuestos específicos. En estas circunstancias es bastante lógico que el propio legislador francés por medio de la Ley 66-879, de 29 de noviembre de 1966, cree una regulación específica para las sociedades civiles profesionales, modificada en algunos aspectos y en algunos artículos por la Ley número 72-1151, de 23 de diciembre de 1972. Posteriormente y también refiriéndonos al Derecho francés, la Ley 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, regula el ejercicio bajo la forma de sociedades de profesiones liberales sometidas a un estatuto legislativo o reglamentario o donde el título está protegido, abriendo el campo a los tipos societarios mercantiles.

En cuanto a la condición de socio en una sociedad civil profesional, la ley francesa de 1966 establece que solamente pueden ser miembros de una sociedad civil profesional, las personas físicas y no sólo en relación a sociedades monoprofesionales, sino también a sociedades interprofesionales con la excepción de que se pueden constituir sociedades civiles de medios. Asimismo solamente pueden ser miembros quienes ejerzan de forma efectiva una profesión liberal que esté sujeta a un estatuto legislativo o reglamentario o quienes tienen una profesión cuyo título esté protegido, de ahí que en caso de que el socio pierda sobrevenidamente la condición de profesional, tenga un tratamiento si esta pérdida es de carácter definitivo o temporal, y en el primer caso debe abandonar la sociedad reembolsándole el valor de las participaciones sociales, y en el caso de que sea temporal, es el reglamento específico de cada profesión quién determine los efectos que van a producirse. Por ello, en la Ley de Sociedades Civiles profesionales francesas se excluye a los no profesionales, excluyéndose a los socios meramente capitalistas, aunque no hay que olvidar que la Ley de 1990, ya citada, permite la constitución de sociedades de capital por los profesionales para el ejercicio de sus actividades. Otro tema será el de la composición uniprofesional o multiprofesional de la sociedad civil. Como dijimos anteriormente, la Ley de 1990 admite la participación de socios no profesionales, es decir, de socios capitalistas, garantizándose en su caso la independencia de los miembros profesionales al exigirse que un tanto por ciento mayoritario del capital se encuentre en manos de los profesionales, además de tener una mayoría en el órgano de adminis-

tración, que si fuese unipersonal debería estar encomendado a un socio profesional.

Otras cuestiones que el Código Civil no cubre, en razón a una posible especificidad de las sociedades civiles profesionales, sería la de la denominación o razón social, por el marcado carácter personalista de esta sociedad en relación a la forma de denominarse con los nombres, cualificaciones y títulos de los profesionales, o de algunos de ellos; asimismo, si alguno ha fallecido o ha salido de la sociedad, las posibles consecuencias de cómo va a verse alterado o no ese nombre o denominación social.

Otro tema fundamental es el objeto de la aportación de los socios profesionales, ya que el artículo 1.665 del Código Civil establece que «la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». Por su parte, el artículo 1.678 del Código Civil, al hacer referencia a la sociedad particular, prevé que el objeto único de la misma sea el ejercicio de una profesión o arte. Todo ello plantea los problemas del diverso contenido de las aportaciones de los socios profesionales a la sociedad, teniendo en cuenta que la aportación de industria es la esencial, la prestación de su actividad, de su trabajo al servicio de la sociedad. Problemas como la administración o gestión de la sociedad, donde de manera clara hay que establecer en la sociedad civil profesional que quede determinada en manos del socio profesional y no en un extraño a la propia sociedad. Otra cuestión en este tipo de sociedades civiles es el de la transmisión por parte de un socio de su participación social, que indirectamente surge del propio artículo 1.696 de nuestro Código Civil, ya que establece que «cada socio puede, por sí solo, asociarse un tercero en su parte, pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador». Como consecuencia, aparte de ese consentimiento unánime para transmitir, no existe la libre transmisión de la condición de socio, y como punto específico, en el caso de las sociedades civiles profesionales, el adquirente debe reunir las condiciones necesarias para el ejercicio de la profesión. En este punto la legislación francesa regula la cesión de las participaciones sociales.

Cuestiones también como la responsabilidad del socio profesional que actúa, así como el resto de los consocios y la disolución de la sociedad, son cuestiones que también hay que tener en cuenta (4).

(4) En relación con los párrafos anteriores, relativos a las posibles adaptaciones y especificaciones del Código Civil español a las sociedades civiles profesionales, así como su comparación con la legislación francesa, vid., MORENO-LUQUE CASARIEGO, CARMEN, *ob. cit.*, págs. 79 y sigs. Los párrafos anteriormente indicados, extractados de la *ob. cit.*

B) LA SOCIEDAD COLECTIVA

No cabe duda que otro tipo societario de carácter personalista por excelencia es el de la sociedad colectiva, regulada en el Código de Comercio, pudiendo ser considerada como el tipo básico de las sociedades mercantiles. Han habido reticencias a la hora de poder entender que la forma colectiva pueda ser una forma social adecuada para las Sociedades Profesionales, ya que la actividad profesional, la aportación de industria en estas últimas, es una actividad civil por excelencia, y en cambio la sociedad colectiva es mercantil, contraponiéndose la naturaleza civil del objeto de la sociedad profesional con el carácter mercantil de la sociedad colectiva.

A pesar de ello consideramos que estos escollos no son en absoluto insalvables sino, muy al contrario, debido al carácter personalista de la sociedad colectiva que se demuestra al hacer un simple repaso superficial a los artículos del Código de Comercio.

Como se ha indicado: «En su condición de arquetipo de sociedad personalista se presenta como una figura fácilmente adaptable al ejercicio colectivo de la profesión. La congruencia de su organización y régimen jurídico con las exigencias personales de la actividad profesional se refleja en muchos puntos: razón social de composición subjetiva (art. 126 del Código de Comercio); intrasmisibilidad de las cuotas (art. 143 del Código de Comercio); llamamiento a todos los socios para ejercer la administración (art. 129 del Código de Comercio); disolución por muerte, incapacitación, concurso o quiebra de cualquiera de los socios (art. 222 del Código de Comercio); responsabilidad personal ilimitada de todos los socios (art. 127 del Código de Comercio)... La objeción que, no obstante, se opone por un autorizado sector de la Doctrina a la viabilidad del ejercicio profesional por medio de esta clase de sociedades mercantiles... se hace descansar sobre la imposibilidad o dificultad de equiparar... las actividades realizadas por profesionales liberales y las actividades comerciales e industriales propias del sector mercantil. Se trata, sin embargo, de un reparo que no acierta a comprenderse, puesto que la naturaleza no mercantil de la actividad profesional en modo alguno representa un obstáculo para acogerse a un tipo societario mercantil, según con toda evidencia se desprende del artículo 1.670 del Código Civil, que consagra la apertura de las formas mercantiles para las actividades civiles... Ni que decir tiene que las tendencias del Derecho comparado se orientan en la misma dirección permisiva» (5).

(5) PAZ-ARES, CÁNDIDO y CAMPINS, AURORA, en *Las Sociedades Profesionales (Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria Justificativa)*. Estudio preparado a solicitud del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, junio de 1997.

C) LAS SOCIEDADES DE CAPITALES. ANÓNIMAS Y LIMITADAS

El texto de la Comisión General de Codificación, como ya hemos indicado, permite en su artículo 2, una libertad de elección de cualquier tipo o forma societaria para las Sociedades Profesionales, sin decantarse por ninguno en especial. Por lo tanto, está dando vía libre a las formas de las sociedades capitalistas, no sin dejar de plantearse problemas que es necesario soslayar; buena prueba de ello es que dedica un artículo, en concreto el 15, que se denomina, «Normas especiales para las sociedades de capitales». Incluso la propia Exposición de Motivos establece que «III. Otro objetivo en el que se ha puesto especial énfasis a la hora de formular la disciplina legal ha sido el de garantizar al máximo la flexibilidad organizativa de las Sociedades Profesionales, removiendo los obstáculos y restricciones jurídicas que hasta el momento podían menoscabar o retardar la competitividad del sector... Para el logro de esta finalidad se ha extendido al máximo las posibilidades de elección, poniendo a disposición de los interesados la totalidad de los tipos sociales que conoce nuestro ordenamiento... y se han reconocido dentro de cada tipo social amplios poderes de configuración a la autonomía privada. El reforzamiento de la libertad contractual se advierte sobre todo en relación a las formas de las sociedades de capitales que experimentan un notable proceso de adaptación y desregulación. Hay que mencionar aquí el artículo 15, que flexibiliza algunos aspectos esenciales de la regulación general recogida en las Leyes de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, pero también la mayor parte de los preceptos generales de la Ley que indirectamente introducen en esos tipos sociales muchas reglas dispositivas que históricamente se han fraguado en el ámbito de las sociedades personalistas...»

Gran parte de la Doctrina ha considerado inviable la posibilidad de utilizar las formas de las sociedades capitalistas, planteando como cuestiones insalvables la de la responsabilidad limitada de los socios en las sociedades de capital, la libre circulación de acciones y, en menor medida, la de las participaciones sociales y las aportaciones de industria, entre otras cuestiones.

No debemos negar los diversos problemas que se presentan cuando, una vez admitida la sociedad profesional, se quiere ahora incardinarla dentro de los tipos societarios capitalistas. Por ello, si se admitiera como punto de partida esta posibilidad, no cabe la menor duda que no podría hacerse un traspaso directo de las actuales normas que regulan las sociedades capitalistas, como la Anónima y Limitada, al tema de las Sociedades Profesionales. Como se ha indicado (6), «...en relación con las Sociedades Profesionales que adopten un tipo capitalista se ponen de manifiesto las considerables

(6) GARCÍA PÉREZ, ROSA, *ob. cit.*, págs. 292 y sigs.

desviaciones que se introducen en la concepción legal de estos tipos sociales. Las previsiones estatutarias, que necesariamente deberán establecerse para calificar la sociedad como profesional, plantean la cuestión de la pérdida de identidad capitalista de estas sociedades en relación con la estructura legal, fuertemente despersonalizada, de dichos tipos sociales. En primer lugar, estas desviaciones, principalmente por lo que se refiere al establecimiento de prestaciones accesorias y delimitaciones a la transmisión de acciones o participaciones sociales, introduce un marcado carácter personalista..., en la cual realmente pierde relevancia el capital y la adquiere el trabajo... En segundo lugar, la principal cuestión que se suscita con este régimen es que nos encontramos ante supuestos en que la prestación de trabajo tiene una importancia decisiva como elemento real de funcionamiento... de la misma sociedad... Esta preeminencia o valor que el trabajo personal, vinculado a la condición de socio por el cauce de las prestaciones accesorias, adquiere en las Sociedades Profesionales que adopten un tipo social capitalista, plantea la duda de la verdadera configuración accesorio o principal de la prestación de servicios en estas sociedades... En tercer término, en relación con el funcionamiento de la sociedad, y principalmente en caso de admitirse la participación de socios no profesionales o de profesionales no ejercientes en la sociedad, la afirmación del principio de independencia del ejercicio profesional en sociedad comportará una jerarquización... El control de la sociedad deberá quedar en manos de quienes ejercen la profesión en la sociedad...» Otros autores parten de la no admisibilidad del ejercicio de las Sociedades Profesionales a través de sociedades mercantiles capitalistas, aduciendo como razón más importante el que este tipo de sociedades comportan la limitación de la responsabilidad de los profesionales, cuando es precisamente su responsabilidad ilimitada e individual uno de los principios que la Doctrina defiende de forma prácticamente unánime (7).

Por todo ello, y aunque lleguemos a la conclusión de poder entender posible el tema de las sociedades capitalistas dentro del marco de las Sociedades Profesionales, hay que indicar que con las adaptaciones a las que antes hacíamos referencia se desfigura ciertamente el propio concepto de sociedad de capital. Bajo esa órbita, y estas prevenciones de partida, podemos llegar a algunas conclusiones.

Se plantean problemas, ya que las Sociedades Anónimas y Limitadas en otro grado pueden plantear problemas a la hora de modificar o adaptar su normativa específica para la cuestión de las Sociedades Profesionales. Tema como el de la transmisibilidad de acciones, en cuanto a su régimen, el régimen de separación y exclusión de socios, el régimen del derecho de suscripción

(7) En este sentido, MORENO-LUQUE CASARIEGO, CARMEN, *ob. cit.*, págs. 63 y sigs.

preferente que no puede suprimirse más que mediante acuerdo de exclusión seguido de emisión por el valor real, el régimen de distribución de beneficios, que no puede confiarse a la Junta General, y el régimen del cálculo de la cuota de liquidación del socio saliente, que no puede alejarse del principio del valor real (8).

Otro de los problemas que tradicionalmente se ha planteado es el de la posibilidad del control organizativo corporativo que pueda tenerse sobre este tipo de sociedades, debido al cambio subjetivo de socios, que por esencia se da en las sociedades anónimas, por ejemplo, aquélla que tenga acciones al portador. Ciertamente, esto es así, pero el Borrador prevé un Registro de Sociedades Profesionales, incluso un aspecto subjetivo importante en el propio artículo 15.3 al establecer que «las acciones y participaciones correspondientes a socios profesionales llevarán aparejada necesariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias de contenido profesional».

Otro de los puntos más conflictivos es el de la responsabilidad limitada en las sociedades de capital, principio contrario en esencia al sentido personalista de las Sociedades Profesionales, donde existe con claridad una responsabilidad ilimitada de los socios. Este problema puede salvarse por distinguir con nitidez dos escalones de responsabilidad; por un lado, la responsabilidad de la sociedad profesional, y de otro, la de los profesionales. En este sentido se orienta el Borrador en su artículo 10, distinguiendo nítidamente ambos supuestos, ya que por las deudas sociales en general responde la sociedad con todo su patrimonio, y como consecuencia la responsabilidad de los socios dentro de esa sociedad se va a determinar de conformidad con las reglas de la forma social adoptada. Desde el régimen de responsabilidad personal, ilimitada, en las sociedades civiles o en la sociedad colectiva hasta la responsabilidad limitada en las Anónimas o Limitadas, según determinan sus respectivas leyes. Pero junto a esa responsabilidad existe una específica que es la del socio profesional que surge, porque éste de forma individualizada y personalizada presta un determinado servicio, que es consecuencia de su propia actividad profesional. Y es en este marco donde se solucionan estos posibles problemas. En este campo, el profesional será responsable además de la sociedad, con carácter solidario, por las reglas que tengan su origen en el desarrollo de esa actividad profesional, no alterándose por ello el régimen de responsabilidad, en este caso del Código Civil, e incluso no solamente hablándose de responsabilidad contractual, sino incluso en su caso de la responsabilidad extracontractual. Esta es una de las salidas más lógicas que se pueden dar para afrontar la problemática y evitar el argumento, ciertamente importante, de la responsabilidad limitada de los socios en las sociedades de

(8) En este sentido, PAZ-ARES, CÁNDIDO, y AURORA CAMPINS, *ob. cit.*, págs. 232 y sigs.

capital. En este sentido el artículo 11.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas, establece una responsabilidad directa y solidaria del socio o socios auditores que hayan firmado el informe de auditoría y de la sociedad; el artículo 35.2 del CDM establece también este tema, ya que indica que «sin perjuicio de las posibles responsabilidades subsidiarias, la responsabilidad individual del médico no desaparece ni se diluye; en el mismo sentido, el Estatuto General de la Abogacía» (9).

En otro orden de cosas, otros temas relacionados con esta circunstancia son los problemas de conjugar la responsabilidad societaria y personal del profesional, el mantener la importancia de la responsabilidad personal del socio actuante, así como las diferentes vías o métodos de construcción jurídica, para poder separar con claridad, la responsabilidad profesional de quienes ejercen su profesión en sociedad, de su responsabilidad como socios, sino también el intentar configurar tal responsabilidad profesional como contractual, como en su caso extracontractual. Para ello se han utilizado teorías o construcciones doctrinales como la existencia de un doble contrato, la del contrato en beneficio de tercero, la aplicación del artículo 1.722 del Código Civil, con independencia de otras previsiones en el propio contrato o en los estatutos sociales de la responsabilidad personal del profesional actuante. Posteriormente, trataremos específicamente esta cuestión.

Como indicábamos líneas arriba, el problema no ya sólo consiste en la posibilidad de que sociedades de capital puedan ser Sociedades Profesionales, sino también si una vez admitido ello es posible modificar o flexibilizar el régimen de las Sociedades Anónimas o Limitadas para ella. Ya vimos que el Estatuto General de la Abogacía permite cualquier tipo de sociedad mercantil, la resolución sobre el ejercicio profesional asociado y Registro de Sociedades de Economistas, la Ley de Auditoría de Cuentas, etc., y el propio criterio patrocinado por el Tribunal de Defensa de la Competencia sobre su informe sobre el libre ejercicio de las profesiones liberales de junio de 1992.

Además de otras posibles adaptaciones, como es el caso del artículo 8 del Borrador que estudiamos, referentes a las aportaciones de los socios a través de prestaciones accesorias, se ha intentado flexibilizar en el texto, en concreto en el artículo 15, algunos de los aspectos esenciales de la regulación general recogida en las leyes de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

El artículo 15, cuyo título se refiere a las normas especiales para las sociedades de capital, establece un régimen específico para el caso de que la sociedad profesional se constituya, con arreglo a la forma de sociedad de responsabilidad limitada, entendiéndose que salvo pacto en contrario la regulación, en determinados aspectos, va a ser la siguiente, partiendo de tres ejes:

(9) Reseñado por GARCÍA PÉREZ, ROSA, *ob. cit.*, págs. 210 y sigs.

en primer lugar, las participaciones de los socios profesionales serán intransmisibles, y como consecuencia de ello se especifica la no posibilidad de adjudicar las participaciones al cónyuge en el supuesto de liquidarse la sociedad de gananciales, dejando a salvo la posibilidad de la transmisión en los supuestos del artículo 14 del mismo Borrador en relación al reembolso de la cuota de liquidación y en el caso en que todos los socios consientan dicha transmisión. Otro de los pilares básicos es la supresión del derecho de suscripción preferente, en los casos de aumento de capital, que sirvan de cauce a la promoción profesional. En estos supuestos, los socios no gozarán de dicho derecho cuando este aumento de capital, que sirva para la promoción profesional, se utilice para incorporar a un profesional a la condición de socio profesional o para incrementar la participación en la sociedad de quien ya goza de esta condición. Otro punto esencial contenido en el Borrador es que en los supuestos de aumentos de capital, antes regulados, la sociedad podrá emitir las nuevas participaciones por el valor que estime conveniente, siempre y cuando sea igual o mayor al valor contable y, en todo caso, al valor nominal, pudiéndose en todo caso impugnar el acuerdo por infracción del interés social. También se prevé en este artículo 15 la posibilidad de la autotertera, en los supuestos de las participaciones que correspondían al socio fallecido, excluido o separado, pudiendo la sociedad, en estos casos, adquirir sus propias participaciones, siempre que la adquisición haya sido autorizada por la Junta General, y se realice con cargo a beneficios distribuibles o reservas disponibles, y las participaciones propias que no fuesen enajenadas en el plazo de un año deberán ser amortizadas, aplicándose, entre tanto, el régimen previsto en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas. Como norma específica para las sociedades anónimas profesionales, el artículo 15.2 del Borrador establece que en lo relativo al derecho de preferencia, a la intransmisibilidad y al valor de las nuevas acciones, se podrá también adoptar estatutariamente por las Sociedades Anónimas Profesionales. Por último, y como no podía ser de otra manera, el número 3 de este artículo enuncia como principio general, que las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales llevarán aparejada necesariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias de contenido profesional.

Como podemos observar, para poder encuadrar las formas societarias de capital en las Sociedades Profesionales, es indudable que es necesario flexibilizar su régimen. En algunos aspectos el problema es el determinar en todo caso, no ya sólo si pueden tener formas societarias de capital las Sociedades Profesionales, que en principio hemos indicado la respuesta positiva, sino también si es posible el flexibilizar o modificar, en su caso, algunas normas de estas sociedades de capital sin desnaturalizar el contenido de las mismas.

PAZ-ARES y AURORA CAMPINS, en el estudio ya citado y en su memoria justificativa intentan establecer las bases que justifican esta adaptación en lo

relativo a las normas esenciales sobre la sociedad de capital. En este sentido (10), se ha indicado que «...Tres son los extremos sobre los que conviene llamar la atención: a) El primero versa sobre la presunción de intransmisibilidad de las participaciones de las Sociedades Limitadas Profesionales. La previsión no tiene especial relevancia sustantiva, ya que la propia ley reguladora de este tipo social contempla expresamente la posibilidad estatutaria de declarar intransmisibles las participaciones (v. art. 30.3 LSRL). Lo que hace el Borrador es simplemente establecer la intransmisibilidad como regla dispositiva general... Las participaciones en las Sociedades Profesionales no representan una participación de capital que pueda circular libremente, de hecho, la contribución al capital no suele tener una función productiva, sino una mera función reguladora, más bien una participación de trabajo que se atribuye en atención a las personalísimas condiciones del socio... La flexibilización del régimen de amortización se advierte claramente en la regulación de la separación y exclusión... La flexibilización del régimen de creación tiene lugar mediante la desregularización de ciertos aspectos de la disciplina convencional del aumento de capital... b) Otro aspecto de interés... es el relativo a la supresión del derecho de suscripción preferente en los casos en que el aumento de capital sirva de cauce para la promoción de los profesionales de la sociedad. La necesidad de esta previsión era absolutamente evidente, puesto que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actualmente en vigor, a diferencia de la promulgada en 1953, considera inderogable en vía estatutaria el derecho de preferencia de los socios (v. art. 75 LSRL) y, de este modo, impide o, por lo menos, dificulta notablemente el normal funcionamiento de los sistemas de promoción de asociados (a socios) y de socios (a socios de mejor condición)... c) El precepto sanciona, igualmente, la plena libertad de la sociedad para determinar el valor de emisión de las nuevas participaciones, siempre y cuando, naturalmente, no sea inferior al nominal. Con esta disposición pretenden disiparse las dudas que alternativamente podrían suscitarse en los casos de aumento de capital proporcional, pues habiéndose suprimido en ellos el derecho de preferencia, cabría considerarles de aplicación la regla de cálculo del precio de emisión de las participaciones, prevista por el artículo 76.c) LSRL para el supuesto de exclusión por la Junta del derecho de preferencia, lo cual daría al traste con los sistemas de promoción profesional a que venimos refiriéndonos. En efecto, de resultar aplicable el precepto, el asociado socio al que se destinasen las nuevas participaciones quedaría obligado a desembolsar, no sólo su valor nominal, sino también una prima que cubriese la diferencia entre el valor nominal y el valor real... Si las participaciones se emiten por su valor real, serán pocos, en

(10) PAZ-ARES, CÁNDIDO, y AURORA CAMPINS, *ob. cit.*, págs. 82 y sigs.

efecto, los que estén dispuestos o en condiciones de pagarlas. Es cierto que estas posibilidades... facilitan la comisión de atropellos y la realización de prácticas abusivas por parte de la mayoría. La minoría no queda, sin embargo, inermes, ya que siempre puede ampararse en la cláusula general del interés social para impugnar los acuerdos lesivos... *d)* El precepto contiene además una regla autorizativa, en virtud de la cual se habilita a la sociedad anónima para incorporar a sus estatutos las soluciones precedentes... El precepto manifiesta que un radical carácter innovador, puesto que alternativamente sería imposible en la sociedad anónima llegar a ninguno de los resultados anteriormente comentados. La configuración de acciones intransmisibles está vedada por el artículo 63.2 LSA, la derogación o modificación del derecho de suscripción preferente por el artículo 48 LSA, y la emisión por debajo del valor real en los casos de exclusión del derecho de suscripción preferente por el artículo 159 LSA. La desimperativización de algunas de estas reglas (por ejemplo, la que impone la necesaria transmisibilidad de las acciones) puede resultar preocupante para quienes vean en ello un riesgo de desnaturalización del tipo. No obstante, pensamos que en el estado actual de evolución del pensamiento societario, caracterizado por una progresiva recontractualización de la sociedad anónima, ese riesgo posee escasa relevancia. El verdadero riesgo de la desimperativización, pienso ahora sobre todo en la relativa al derecho de suscripción preferente, reside en la reacción comunitaria que puede desatar. No hay que descartar, en efecto, que las autoridades de la Unión Europea juzguen contraria a las Directivas, en materia de sociedades anónimas, la autorización legal para la abolición estatutaria del derecho de suscripción preferente. Pero tampoco, en este caso, estimamos que el riesgo sea grande. Al fin y al cabo, se trata de una medida particular adoptada en relación a un tipo especial (la Sociedad Anónima Profesional) y para un caso concreto (el aumento de capital promocional). *e)* ...se cierra con una norma que no precisa mayores comentarios. Es la norma que ordena canalizar la prestación de la actividad profesional a que vienen obligados los socios profesionales por medio de prestaciones accesorias. El objetivo perseguido es crear certidumbre jurídica sobre un aspecto esencial del vínculo...»

No cabe duda que a la hora de encajar a una sociedad personalista por esencia, como es la sociedad profesional, en las sociedades de capital, la problemática de su adaptación trae problemas. Problemas que se acrecientan más conforme nos acercamos a la sociedad de capital por esencia, que es la sociedad anónima, y en menor medida en la sociedad de responsabilidad limitada, donde a pesar de ser de capital, el carácter más personalista aparece con claridad, como puede observarse en todo el régimen de la transmisión de las participaciones sociales. En cambio, en la Ley de Anónimas, el régimen de transmisión y restricción de las acciones (art. 63.2), el artículo 36 en cuanto al objeto de aportación, aunque exista una pequeña vía a través de las

prestaciones accesorias reguladas en el artículo 36 de la Ley de Anónimas, aunque se indica que no pueden integrar el capital social son, junto con las normas imperativas sobre el derecho de suscripción preferente escollos, en nuestra opinión más difíciles de salvar. Con posterioridad trataremos la manera de poder intentar superar esas dificultades.

En cambio, como hemos indicado anteriormente, un mayor encaje, no solamente dentro del punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista conceptual, tendría la posibilidad de la forma societaria limitada en las Sociedades Profesionales, por lo que indicábamos anteriormente.

IV. LA POSIBILIDAD DE LAS SOCIEDADES MULTIDISCIPLINARIAS

Uno de los puntos esenciales, que en la práctica arrastra mayor conflictividad, es el de la posibilidad de que en el objeto de las Sociedades Profesionales, que es el ejercicio de actividades profesionales, puedan ejercitarse o no actividades propias de una profesión o bien de varias profesiones. El texto de la propuesta en el artículo 2.2, establece que «Las Sociedades Profesionales podrán ejercitar las actividades propias de una o de varias profesiones, pero en este último caso será preciso que el desempeño conjunto de las diversas profesiones no resulte incompatible con arreglo a sus respectivas regulaciones». Esto hay que ponerlo en relación con la Disposición Final 1.^a, relativa a las habilitaciones, ya que en virtud de dicha disposición se autoriza al Gobierno para que, oídos los Colegios Profesionales, regule mediante Real Decreto el régimen de incompatibilidades y el ejercicio profesional dentro de las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de varias profesiones.

En definitiva, en esta cuestión pueden plantearse como alternativas, el negar de forma absoluta la posibilidad de la sociedad profesional multidisciplinar; otra postura sería la de establecer una libertad total a esta posibilidad; y por último la de admitir la misma, pero sometida a determinados controles, que pueden establecerse por distintas vías o modalidades, bien directamente por los Colegios Profesionales, bien por el Gobierno, oídos los anteriores, o bien por cualquier otro mecanismo de control. Incluso una vez aceptada la posibilidad, se pueden mantener distintas posturas en relación a qué tipo de profesiones pueden ser compatibles o, en su caso, con posibilidades de actuación conjunta.

Como hemos visto, la propuesta aboga por la posibilidad de las sociedades multiprofesionales, pero estableciendo como límite que las diversas profesiones no resulten incompatibles con arreglo a sus respectivas regulaciones, y pasando el testigo al Gobierno para que mediante Real Decreto regule y

establezca ese régimen de incompatibilidades. Como se ha indicado (11), «...Los principales problemas que plantea la creación de sociedades interprofesionales, cuando en ellas intervienen profesionales colegiados, obedecen a dos órdenes de razones: En primer lugar, las exigencias de control y vigilancia de los colegios profesionales implicados plantean algunas cuestiones: a cuál de ellos correspondería el control, qué tipo de control, a qué profesionales afectaría; debe inscribirse o notificarse la constitución de la sociedad en todos los colegios profesionales afectados; cómo incidirá la normativa colegial en profesionales que no tengan obligación de colegiarse. En segundo lugar, surge la necesidad de compatibilizar las diferentes normas deontológicas que imperan en cada profesión. Un ejemplo concreto puede ponerse en relación con el secreto profesional, impuesto preceptivamente para algunos profesionales y no para otros. En tal caso, ¿se extendería tal obligación a todos los profesionales que integran la sociedad, estando obligados igualmente los socios profesionales que no tienen tal obligación a mantener el secreto de los hechos que hayan conocido en virtud de su actuación en la sociedad? Indudablemente, el régimen de este tipo de sociedades que en sus líneas generales sigue el de las sociedades uniprofesionales, necesitará de la coordinación de las normativas profesionales y deontológicas...»

Efectivamente, este es uno de los temas más candentes que se respira en la realidad cotidiana y que en los ordenamientos donde se ha permitido la sociedad multiprofesional como, por ejemplo, en Francia, para poderla constituir requiere una expresa regulación vía Decreto del Consejo de Estado, una vez que se ha oído a los colegios o a las autoridades profesionales; en el mismo sentido, el Proyecto de Ley belga de 1985. Otra cuestión es el exigir que estas profesiones tengan o desarrollen actividades afines o análogas, y en este sentido va la Ley italiana de 28 de julio de 1976, y el pleno del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea, de mayo de 1989, que establece que en las sociedades multiprofesionales con participación de abogados se requiere que ese despacho multiprofesional deberá integrar únicamente a profesionales que puedan colaborar en la prestación de dicho servicio jurídico (12).

Como ya hemos indicado, en Francia, la Ley de 23 de diciembre de 1972 modificó la redacción del párrafo primero del artículo 2 de la Ley de 29 de noviembre de 1966, admite que un reglamento de administración pública pueda autorizar, en las condiciones que determine, a las personas físicas que ejerzan una profesión liberal... a constituir sociedades regidas por la presente Ley con otras personas físicas que ejerzan otras profesiones liberales, visto el

(11) GARCÍA PÉREZ, ROSA, *El ejercicio en Sociedad de Profesiones Liberales*. J. M. Bosch Editor, 1997, pág. 66.

(12) Reseñado por GARCÍA PÉREZ, ROSA, *ob. cit.*, págs. 66 y 67.

posible ejercicio en común de sus respectivas profesiones. El artículo 2 de la citada Ley, en su párrafo tercero establece que estas sociedades no pueden realizar actos de una profesión determinada más que por medio de uno de sus miembros cualificados para ejercer esa profesión (13).

En conclusión, en referencia al Borrador creemos que toma una solución prudente en relación al tema, y habrá que ir analizando, caso por caso, a los efectos de poder ir estimando o no la compatibilidad de unas y otras profesiones. No cabe duda que uno de los caballos de batalla es la convivencia en el mismo despacho, por ejemplo, de abogados y de auditores, y su posibilidad.

V. EL REGISTRO DE SOCIEDADES PROFESIONALES

El artículo 7 del texto hace referencia a la inscripción en el Registro Profesional que, como vimos en la Exposición de Motivos, se ve como un instrumento valioso para salvar el desfase en el control o incardinación de los colegios profesionales para someter a la disciplina deontológica el ejercicio de la profesión por medio de sociedades. Siendo la creación del Registro Profesional uno de los elementos que van a procurar la integración directa de las Sociedades Profesionales en la órbita de los Colegios Profesionales.

El artículo 7 del Borrador, relativo a la inscripción en el Registro Profesional, establece la obligación de que estas Sociedades Profesionales deberán inscribirse en el Registro Profesional que corresponda por razón de su domicilio, siendo objeto de inscripción en el mismo cualquier cambio de socios y cualquier modificación del contrato social. El fundamento de este Registro Profesional y su función esencial, conforme al citado artículo 7, es el de verificar si la sociedad o el acto inscribible se adecúan a las exigencias de la disciplina profesional, teniendo en cuenta que la sociedad no podrá comenzar sus actividades, si no ha obtenido previamente la correspondiente inscripción en el Registro Profesional. Por último, el número 4 de este artículo establece la conexión entre este Registro y el Registro Mercantil, cuando por razón de la forma la sociedad deba inscribirse en el Registro Mercantil; el Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro Profesional la práctica de la inscripción.

Se establece en este último caso una necesidad previa de que la sociedad esté inscrita en el Registro Profesional, y solamente en ese caso podrá el Registrador Mercantil inscribir en el Registro Mercantil.

(13) Reseñado por MORENO-LUQUE CASARIEGO, CARMEN, en *Sociedades Profesionales Liberales*. J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994, pág. 62.

La conveniencia o no de este Registro Profesional está, ciertamente, cuestionada por algunos profesionales como, por ejemplo, los propios Registradores de la Propiedad y Mercantiles. En unas declaraciones al diario económico «Cinco Días», el Decano-Presidente del Colegio de Registradores, con fecha 2 de febrero de 1999, consideraba que este nuevo Registro no es necesario, ya que si las Sociedades Profesionales han de inscribirse en el Registro Mercantil, el propio Registrador Mercantil podría verificar también si la sociedad se adecúa a la disciplina profesional, ya que para ANTONIO PAU, el Registrador Mercantil tiene el deber de controlar si se ha respetado la legalidad, toda la legalidad, y por tanto también las normas profesionales, como paso previo a la inscripción. Además este será un registro jurídico, de control de la legalidad profesional, y esta tarea, como indica PAU, no sólo puede, sino que le corresponde hacerla al Registrador Mercantil; teniendo en cuenta, además, que la instauración de un nuevo Registro supondrá, inevitablemente, un coste que se podría evitar si el control de la legalidad profesional lo realizan los propios Registradores Mercantiles.

Hay que indicar como punto de partida, que pudiera darse el caso de la existencia de sociedades civiles profesionales que no tuvieran acceso al Registro Mercantil y que perfectamente tuvieran personalidad jurídica; no obstante, tras la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, se ha permitido el acceso de las sociedades civiles a este Registro.

Se ha indicado que (14), «El objetivo que se persigue mediante el establecimiento de esta nueva obligación de registración es asegurar una mayor conexión de la que ofrece la colegiación individual de los socios entre la sociedad profesional y el ordenamiento profesional y, de este modo, disipar las dudas que a veces se ciernen sobre la integración de estas sociedades en los órdenes corporativos. Naturalmente, la inscripción en el Registro profesional lleva aparejada la sumisión de las sociedades inscritas al control deontológico y disciplinario que ejercitan los colegios profesionales».

En la actualidad, el artículo 10.1 de la Ley de Auditoría de Cuentas establece dicha obligación de inscripción de estas sociedades, conforme al procedimiento establecido en el artículo 29 del Reglamento de Auditoría de Cuentas. También, desde el punto de vista de los colegios profesionales, la Junta General del Colegio de Arquitectos de Madrid ha creado un registro *ad hoc* en el propio Colegio de Madrid, así como la Junta de Gobierno del Colegio de Arquitectos de Cataluña y del Colegio de Economistas de Madrid. Desde el punto de vista del Derecho comparado, desde el Derecho francés, el

(14) PAZ-ARES, CÁNDIDO, y CAMPINS AURORA, en *Las Sociedades Profesionales (Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria Justificativa)*. Estudio preparado a solicitud del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, junio de 1997, págs. 47 y sigs.

Derecho alemán, el Derecho belga establecen, de una o de otra forma, la necesidad de registros especiales al efecto, dando a la inscripción un carácter esencial para que la sociedad pueda empezar a ejercer sus actividades (15).

En nuestra opinión, podría bastar con la inscripción en el Registro Mercantil y no en un doble sistema de inscripción, ya que el propio Registrador Mercantil determinaría la verificación del control, de los requisitos legales y reglamentarios de cada profesión, sacados de los propios Decretos aprobatorios de las normas colegiales, e incluso, establecer que el Registrador Mercantil comunicara a estos Colegios Profesionales los datos de estas Sociedades Profesionales, y no sólo la comunicación de oficio al Registro Profesional de que se ha practicado la inscripción, como establece el artículo 7.4 del Borrador. El único escollo que puede surgir es, en relación a las Sociedades Civiles puras, cuya inscripción está ahora permitida tras la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, pero no con carácter necesario u obligatorio, sino con carácter potestativo, por lo que podría darse el caso de Sociedades Civiles profesionales que no hayan querido voluntariamente acceder al Registro Mercantil, y por lo tanto, el Registrador Mercantil no pueda calificarlas. En todo caso, la única manera de salvar esta circunstancia es que éstas accedieran al Registro Mercantil, y para ello quizá esta propia Ley debería decir algo al respecto.

Mayor problemática plantearía esta cuestión de la no necesidad del Registro Profesional, si ni siquiera se permitiera el acceso de la sociedad civil pura en el Registro Mercantil, ya que como indicamos líneas arriba, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que posibilita, entre otras cuestiones, el acceso de la sociedad civil pura en el Registro Mercantil ha sido objeto de recurso ante el Tribunal Supremo y pudiera ocurrir que se declararan nulos algunos de sus artículos y disposiciones, entre ellas la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en esta materia, ya que esta reforma en cuanto a la posibilidad de inscripción en dicho Registro de las Sociedades Civiles puras no está basada en una ley formal específica, como parece indicar el artículo 16, número 5, del Código de Comercio, que al relacionar qué es lo que se inscribe en el Registro Mercantil habla de «cualesquiera personas naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley». Si ello fuera así, esta futura Ley de Sociedades Profesionales podría establecer esa posibilidad de inscripción (16).

(15) Reseñado por PAZ-ARES y AURORA CAMPINS, *ob. cit.*, págs. 48 y 49.

(16) Con posterioridad a la elaboración de este trabajo, la sentencia de 24 de febrero de 2000, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras cuestiones, ha declarado nula la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que posibilitaba el acceso de la Sociedad Civil al Registro Mercantil. En base a esta circunstancia, la situación vuelve a ser como antes, es decir, se cierra la posibilidad de este acceso con la problemática que se plantea en el tráfico jurídico de estas sociedades. Sería muy conveniente, por lo tanto, emprender las reformas legislativas para posibilitar el acceso de la Sociedad Civil en el Registro Mercantil, siendo imprescindible en el tema de las Sociedades Profesionales.

VI. COMPOSICION Y DENOMINACION SOCIAL

El artículo 2 del Borrador hace referencia a la composición de la sociedad profesional, estableciendo que la mayoría del capital y de los derechos de voto de las Sociedades Profesionales habrán de pertenecer a personas habilitadas para el ejercicio de la profesión. Igualmente, sigue estableciendo el texto, habrán de ser profesionales habilitados la mayoría de los miembros de los órganos colegiados de administración, y si el órgano de administración fuese unipersonal, necesariamente habrá de ser desempeñado por un socio profesional.

Partiendo de la idea contenida en el Borrador de que las Sociedades Profesionales tienen por objeto exclusivo el ejercicio en común de actividades profesionales, y en cada sociedad ésta sólo puede ejercitar la actividad prevista en su objeto social a través de personas específicamente habilitadas para el ejercicio de la correspondiente profesión, no obstante, el artículo 3, al que ya hemos hecho referencia permite, en una simple interpretación literal del texto, la posibilidad de que formen parte de la sociedad o participen en la misma personas ajenas a la profesión o profesiones que ejercen las actividades propias de la misma. La solución adoptada en el Borrador es la de la permisibilidad, pero con unas limitaciones tanto en cuanto a la composición social, a los efectos de que la mayoría de capital y de los derechos de voto habrán de pertenecer a los socios profesionales, como en el de los órganos de administración, en donde si son pluripersonales, la mayoría de sus miembros deben ser profesionales, y si se trata de un órgano unipersonal, al frente del mismo deberá estar desempeñado por un socio profesional. En Francia, la Ley de 29 de noviembre de 1966, que regula la sociedad civil profesional, establece claramente que todos los socios deben tener la cualidad de profesionales liberales; la Ley de 31 de diciembre de 1990, también en Francia, que regula el ejercicio de profesiones liberales mediante sociedades que revistan formas mercantiles, exige que al menos el 51 por 100 del capital social esté en posesión de los socios profesionales, y sólo el 25 por 100 del capital social, de ese restante 49 por 100 a personas totalmente ajenas y siempre que se apruebe y esté previsto en los reglamentos particulares de cada profesión. El resto de participación, hasta completar el 49 por 100, deberá corresponder en todo caso a personas que tengan relación con la profesión ejercida en sociedad o con los profesionales que ejerzan en ella. En Italia, la Ley de 1939 limita la composición exclusivamente a los socios profesionales, y en la propuesta de Ley de 8 de febrero de 1990, ya se admite la presencia de socios capitalistas con un criterio de apreciación que se deja a las organizaciones profesionales, cuando la actividad profesional requiera una compleja organización y el empleo de una infraestructura de elevado costo. En Bélgica, el Proyecto de 4 de julio de 1985, también exige que todos los socios sean profesionales.

Nuestro criterio en este punto sería el entender, desde un punto de vista visceral, la no posibilidad de que formen parte de las Sociedades Profesionales personas ajenas a los propios profesionales que ejercen la actividad profesional conforme al objeto social, ello porque está en la propia esencia del concepto de la sociedad profesional, ya que el dato y elemento característico de las Sociedades Profesionales es la participación de los profesionales que aportan su actividad y contribuyen a la realización de su objeto social. Incluso podríamos hablar de una posible pérdida de independencia profesional al participar en la sociedad personas ajenas a la profesión, y no debemos olvidar que aunque pueda ser conveniente por las complejidades técnicas actuales que provocan un encarecimiento de costes, la necesidad de obtener financiación a través de la vía de incorporar socios capitalistas, no es menos cierto que ese sustrato social puede en alguna manera presionar, modificar o debilitar la esencia de la sociedad profesional.

En nuestro derecho, la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988, que además es el único supuesto legal donde está prevista la posibilidad de constituir una sociedad profesional, permite en su artículo 10 y en el 28 de su Reglamento, la posibilidad de personas ajenas a la profesión. No obstante, no debemos confundir este tema con el de las Sociedades Profesionales multidisciplinarias, en el sentido de que lo que ahora estamos planteando es que junto a los profesionales, sin distinguir si son de una o varias profesiones, puedan surgir o estar otros socios no profesionales que no tengan titulación universitaria e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. Este es el tema fundamental, pues el otro ha sido tratado en un epígrafe distinto, aunque bien es cierto que en algunos casos, y en determinadas profesiones, la respuesta a la pregunta será la misma en ambos supuestos, ya que si una determinada profesión sólo permite que los socios pertenezcan a esa específica profesión, como consecuencia de ello no habrá sociedad multidisciplinaria, y como consecuencia tampoco y con menos razón podrán existir otros socios que no sean profesionales ajenos a la actividad profesional. La existencia de personas ajenas a la profesión trae a colación problemas, por ejemplo, el deber deontológico del secreto profesional y más en concreto la protección del mismo. Para ello se han dado algunas soluciones como, por ejemplo, y en concreto a lo relativo a la protección del secreto profesional, a distinguir «dentro del ámbito de actuación de la sociedad, un campo reservado o reservable que quedaría fuera del normal ámbito de actuación o decisión de los órganos sociales. Es posible distinguir la esfera de gestión o representación sociales de la esfera técnica o científica» (17).

(17) CAPILLA RONCERO, reseñado por GARCÍA PÉREZ, ROSA, *ob. cit.*, págs. 117 y 118. Esta autora, en relación al tema planteado, expone una serie de criterios, haciendo referencia, entre otros, a la Ley de Auditoría de Cuentas y su Reglamento (arts. 14.2 y 43.2,

Mi opinión, a pesar de que pueda parecer contraria a la realidad social y económica actual, es que no haya presencia en las Sociedades Profesionales de personas distintas a los socios profesionales, en el sentido antes indicado, de sociedad uniprofesional, como en el de sociedad multiprofesional, en ambos casos no puede haber personas extrañas a la profesión o profesiones que convivan en la sociedad profesional.

VII. LA FORMALIZACION DEL CONTRATO. LA ESCRITURA PUBLICA

El artículo 6 del Borrador determina en el número 1 como principio general, que el contrato de sociedad profesional deberá formalizarse en escritura pública, y que dicha escritura recogerá todas las menciones y requisitos contemplados en la normativa que regule la forma social adoptada y, además, reflejará las circunstancias relativas a la condición profesional de cada socio. Está claro que en las sociedades de tipo capitalista el carácter necesario o *ad solemnitatem* es consustancial en la propia esencia y nacimiento de la sociedad. El Borrador, sin distinguir el tipo social escogido, establece que deberá formalizarse en escritura pública. Por lo tanto, en uno y en otro caso, tanto en sociedades personalistas como en la sociedad civil, salvo en algunos supuestos en que sí es necesaria la escritura pública, como en aquellos casos en que no lo es porque no se aportan bienes inmuebles o derechos reales, si lo que se constituye es una sociedad profesional, en todo caso deberá formalizarse en escritura pública, y si aceptamos que si no se hace en escritura pública, el contrato de sociedad no nace, consideramos que en ambos casos tiene un carácter esencial. Nos parece adecuado y lógica esta circunstancia, ya que incluso ahora, que se permite a las sociedades civiles inscribirse en el Registro Mercantil por el principio de titulación pública, está claro que para poderse inscribir en dicho Registro deberá constituirse en escritura pública. Uno de los puntos más esenciales y característicos a la hora de la constitución en escritura pública de las Sociedades Profesionales es el de reflejar las circunstancias relativas a la condición profesional de cada socio. No olvidemos que esa es la pieza clave y esencial en todo mecanismo que va a determinar

respectivamente); también la Normativa reguladora de los Registros Colegiales de Sociedades Profesionales de Arquitectos, aprobada por la Junta de Gobierno del Colegio de Arquitectos de Andalucía Oriental, Boletín núm. 10, del 13-5-92; del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales, en sus artículos 14 y 15; el Estatuto del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, en su artículo 12.2; el Estatuto General de la Abogacía; la Ley 1/82, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; la Ley de 26 de noviembre de 1966, de Sociedades Civiles Profesionales en Francia.

si efectivamente hay coincidencia entre la actividad profesional, objeto de la sociedad, y la cualidad profesional del socio, así como también, en su caso, en el sistema o en la previsión de las sociedades multidisciplinarias, la posible compatibilidad o no de dichas profesiones, en el caso del Borrador, según lo que establezca el Gobierno por Decreto, aunque pudiera también haberse utilizado una previsión legal.

VIII. LA APORTACION DE LOS SOCIOS. PARTICIPACION EN BENEFICIOS Y PERDIDAS

El artículo 8 del Borrador hace referencia a la aportación de los socios, y el 9 a la participación en los beneficios y en las pérdidas. En cuanto al primero de ellos, y como no podía ser de otra manera hablando de auténticas Sociedades Profesionales, la aportación esencial de los socios es la de su actividad profesional, y deberán prestar ésta de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de la profesión, teniendo en cuenta que aunque se ejerza la profesión a través de la sociedad, se les aplicará a los profesionales el régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional. Asimismo se establece como principio general, salvo disposición en contra del contrato social, que la aportación de actividad de los socios profesionales se concierta con carácter exclusivo. En el caso de las sociedades de capital está claro que la articulación de la aportación de servicios profesionales, lo sea a través de las prestaciones accesorias, por la propia exigencia que se establece en las leyes de anónimas y limitadas. Pueden plantearse algunas cuestiones sobre el tema de las prestaciones accesorias que son así denominadas, frente a la principal de aportación de capital, y ser consecuencia de una obligación social y de estar indisolublemente unidas por la condición de ese socio. El contenido de la prestación accesoria puede tener su problemática en relación con aportaciones como las de la clientela, la aportación del nombre civil, etcétera.

En relación al artículo 9 de la participación en beneficios y pérdidas, ésta se determinará por el contrato social, y a falta de disposición contractual, esta participación lo será en proporción a la que el socio tenga en el capital social. También prevé el Borrador en el artículo 9, el supuesto en que los socios pretendan reservar una fracción del beneficio para su distribución por la Junta o Asamblea, con arreglo a la contribución efectuada por cada uno de ellos a la buena marcha de la sociedad; en este caso el contrato social deberá determinar dicha fracción y establecer la mayoría necesaria para adoptar dicho acuerdo, y en todo caso deberá contar con la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales. Asimismo este régimen puede aplicarse en las sociedades de capital para la retribución de las prestaciones accesorias. De

esta regulación, la especialidad más significativa es la de la posibilidad de esta reserva para su distribución, conforme diga o establezca la Junta o la Asamblea. Aunque esta posibilidad pueda chocar con el artículo 1.690.II del Código Civil, no es menos cierto que la especial configuración de las Sociedades Profesionales, donde la aportación fundamental de los socios es una aportación de industria, es coherente que para determinar con claridad y justicia el reparto de los beneficios, esto deberá hacerse en base al propio esfuerzo que realicen los profesionales y a su cualificación profesional, circunstancias estas que sólo podrán extraerse con claridad una vez en funcionamiento dicha sociedad. Por ello, como hemos visto, se establece un sistema de mayoría para adoptar el acuerdo, y además, el propio contrato social deberá fijar con la mayor objetividad esos criterios generales que determinen el reparto que pueden ser los de la propia facturación del socio profesional, los clientes que aporte y un largo etcétera.

IX. OTRAS CUESTIONES

A) LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL Y DE LOS PROFESIONALES

Uno de los temas esenciales a la hora de abordar la cuestión de una Ley de Sociedades Profesionales es la cuestión de la responsabilidad de la sociedad profesional y de los profesionales. En esta responsabilidad, o mejor, en la articulación de dicha responsabilidad radica uno de los pilares básicos del sistema de las Sociedades Profesionales; este pilar se incardina en el establecimiento, por una parte, de la responsabilidad de la sociedad, y de otra el de la responsabilidad de los profesionales. El Borrador en su artículo 10 regula esta cuestión estableciendo dos principios básicos y una aclaración importante. De un lado, por las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio, y la responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada. De otro lado, por las deudas que tengan su origen en el desarrollo de la actividad profesional responderán, además, los profesionales que hayan actuado, aplicándoseles las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o, en su caso, extracontractual. Para conseguir llegar a explicar este juego de la doble responsabilidad transcribiremos unas notas que, a modo de resumen, nos aportó el profesor FERNANDO PANTALEÓN en el Curso sobre Sociedades Profesionales que tuvo lugar en El Escorial en el verano de 1999, dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense. En principio existe la responsabilidad de la sociedad, las de los profesionales que causan el daño y la de los restantes socios. Indica PANTALEÓN que «...Comenzando por esta última, la solución ha de ser, sin duda, la siguiente: la responsabilidad de los socios no causantes del daño no

deberá ser distinta que la que, por las deudas sociales, tienen los socios de cualquier sociedad del mismo tipo... que la sociedad profesional de que se trate. La norma del artículo 11.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas, totalmente injustificable desde los principios generales... no pueden ser objeto de extensión analógica. La responsabilidad de los socios por las deudas sociales, conforme al tipo de la sociedad profesional de que se trate, puede ser excluida por pacto. La responsabilidad civil de los profesionales autores de la conducta dañosa se rige, naturalmente, por las reglas generales; lo que hay que discernir es si se trata de las reglas generales de la responsabilidad contractual (arts. 1.101 y sigs. del Código Civil) o de la responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y sigs. del Código Civil). Serán, sin duda alguna, las segundas, cuando no exista relación contractual alguna con el perjudicado. El problema es si en tales casos responderá o no también la sociedad. Cuando el profesional causante del daño no es un socio, la respuesta la ofrece fácilmente el artículo 1.903.IV del Código Civil. Pero cuando se trate de un socio, ¿podrá aplicarse dicho artículo que exige una relación de dependencia? ¿O será necesaria una norma que impute a la sociedad la conducta dañosa de sus socios en el desempeño de las actividades profesionales propias del objeto social, como si fuera una conducta propia de aquélla? Corta por lo sano, quizá acertadamente, el artículo 120.4.º del Código Penal. Cuando la relación contractual exista estará entablada exclusivamente entre la sociedad y el cliente; y evidentemente, aquélla responderá objetivamente de la conducta de todos sus profesionales, socios o no, en el marco del cumplimiento de los deberes integrantes de dicha relación contractual. Si existe una norma que impute a la sociedad como propia la conducta de sus socios, no podrá la sociedad excluir la responsabilidad por dolo de sus socios, y en ella será de aplicación a la sociedad deudora lo dispuesto en el artículo 1.107.II del Código Civil. Pero el hecho de que la relación contractual esté entablada exclusivamente entre la sociedad y el cliente, no excluye la responsabilidad civil personal del profesional, socio o no, autor del incumplimiento dañoso. Lo discutible es si ha de considerarse responsabilidad contractual o extracontractual; o mejor, si debe regirse por las normas propias de aquélla o por las de ésta. La primera respuesta parece más satisfactoria, especialmente en atención a lo dispuesto en el artículo 1.107.I del Código Civil y a los posibles pactos de limitación de la responsabilidad de la sociedad profesional; aunque a este último respecto debe tenerse en cuenta la norma del apartado II.10 de la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a mi juicio poco sensata, y en todo caso inaplicable en caso de que el adherente sea otro empresario o profesional».

La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de cuentas, en su artículo 11 trata el tema de la responsabilidad de los auditores, estableciendo como principio general que los auditores de cuentas responderán directa y solidariamen-

te frente a las empresas o entidades auditadas, y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría responderán tanto el auditor como la sociedad en la forma que se ha indicado anteriormente. El apartado 2 del artículo 11 de la Ley citada establece, a continuación, una regla de responsabilidad que nos parece, a todas luces, ilógica, falta de congruencia, y que choca con el más mínimo principio, no ya sólo jurídico, sino de sentido común. En este sentido se establece que «...Los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, responderán de los expresados daños y perjuicios de forma subsidiaria y con carácter solidario». Este desatino queda subsanado en el Borrador de la Comisión General de Codificación, que en la Disposición Derogatoria única deroga expresamente el apartado 2 del artículo 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, tanto en lo relativo a la redacción del artículo en la responsabilidad de la sociedad de auditoría, como en la responsabilidad de los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas.

B) SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS

Uno de los puntos esenciales del régimen de las Sociedades Profesionales es el de la separación y exclusión de socios, con el mecanismo de la flexibilización del régimen de amortización, como también ocurre que la flexibilización del régimen de creación de puestos de socio va a tener lugar mediante la desregulación de algunos aspectos del aumento de capital que ya han sido tratados en el apartado relativo a las sociedades de capital.

El Borrador, en los artículos 11 y 12, hace referencia a esta circunstancia, regulando en el 11 la separación de los socios, y en el 12 su exclusión; además lo hace con criterio general para todos los tipos societarios de las Sociedades Profesionales.

En cuanto a la separación de socios, el principio general es que éstos podrán separarse en cualquier momento, en principio sin ninguna causa, siempre que la sociedad se hubiera constituido por tiempo determinado, aunque este derecho de separación, como es lógico, deberá ejercitarse con las exigencias de la buena fe. También se prevé la separación *ad causam*, cuando la sociedad se hubiese constituido por tiempo determinado. En este caso los socios podrán separarse en los supuestos previstos en el contrato social o cuando concurra justa causa. Por supuesto la separación no libera en ningún caso al socio de la responsabilidad que le puede ser exigida o que pudiera corresponderle.

Una de las posibles objeciones que se pudiera hacer a este derecho de separación, concebido de manera tan amplia, es que supone algo totalmente

contrario o extraño, sobre todo en el sistema de las sociedades de capital, aunque también en el derecho de sociedades personalistas.

En este sentido (18), «...En el derecho de las sociedades de personas, el derecho de resolver unilateralmente la relación se traduce en un derecho de denuncia (v. arts. 224 del Código de Comercio; mir 705 del Código Civil), que no puede ser eliminado, aunque sí sustituido por un derecho de separación *a voluntate* que garantice de un modo equivalente la libertad de salida del socio. La razón de que no pueda ser eliminado estriba en la responsabilidad ilimitada de los socios. Si las partes estuvieran obligadas a permanecer en la sociedad y a responder por las deudas sociales, indefinidamente se estarían infringiendo esos valores de máximo rango que están en la base del principio de temporalidad de las relaciones obligatorias. En las sociedades de capitales, en cambio, el derecho de separación puede faltar, y normalmente falta, sin que ello suponga un atentado contra el principio de temporalidad... La razón no está tanto en la transmisibilidad de las participaciones..., cuanto en el hecho de que la permanencia del vínculo no constituye ninguna hipoteca insoportable de la vida del socio, puesto que no está sujeto a responsabilidad ilimitada y normalmente pesa sobre él ninguna obligación personal permanente que menoscabe su libertad... No nos referimos tanto al hecho de que las participaciones sean intransmisibles..., cuanto a la existencia de prestaciones accesorias muy gravosas, obligaciones de prestar la actividad profesional personal en régimen de exclusiva... La presencia de tales circunstancias hacen ineludible el reconocimiento de un derecho de separación *ad nutum*».

Como vemos, sí que se alteran de alguna forma las normas generales del derecho de sociedades, ya que ese derecho de separación, aquí concedido, en ningún caso está contemplado ni en las Anónimas ni en las Limitadas, aunque si bien es cierto, los argumentos antes indicados por PAZ-ARES y AURORA CAMPINS tienen su cierta lógica, lo que nos hace de nuevo plantearnos si realmente no estamos forzando, de una u otra manera, el adaptar tipos societarios a sociedades que encajan mejor en los tipos personalistas.

El artículo 12 del Borrador regula el importante régimen de exclusión de socios que está en íntima relación del importe y en su caso reembolso de la cuota de liquidación, punto esencial en relación al valor real o no de esta cuota y su naturaleza imperativa o, en su caso, dispositiva. Este artículo 12 regula este supuesto de exclusión también para todo tipo societario, siempre que esta exclusión sea por unos justos motivos, con carácter amplio, tanto por circunstancias de incumplimientos de los propios socios a sus obligaciones sociales, como aquellos otros que hacen inexigible para los demás socios la continuación en la sociedad con el socio en el que concurra, por ejemplo, una

(18) PAZ-ARES, CÁNDIDO, y CAMPINS, AURORA, *ob. cit.*, págs. 61 y sigs.

incapacidad o una inhabilitación para el ejercicio de la profesión. Aparte de los supuestos de exclusión automática previstos en la ley o en el contrato social, esta exclusión requerirá el acuerdo de la Junta o de la Asamblea de Socios, debiendo ser notificado al socio afectado, y por supuesto debiendo estar motivado. Como curiosidad especial, cuando el socio excluido tenga una participación en el capital igual o superior al 25 por 100, va a requerir además una resolución judicial firme, y hasta que ésta recaiga, los derechos del socio quedarán en suspenso, salvo que el juez a instancia del interesado y en vista de las circunstancias del caso decida el levantamiento cautelar de la suspensión. A la hora de traspolar este derecho de exclusión a los diferentes tipos societarios, en las sociedades personalistas se regula con gran amplitud y configuración, en la Sociedad Limitada también se prevé y es en la Anónima donde es casi desconocido salvo, por ejemplo, un caso de exclusión en el artículo 45.1 de la Ley de Anónimas. De nuevo volvemos a encontrarnos con otro tema de traspolación y de adaptación, ya que es claro que sobre todo en las Sociedades Anónimas es casi desconocido este derecho de exclusión, aunque algunos intentos doctrinales han intentado decir lo contrario, aunque no está muy claro. El artículo 12 del Borrador establece unos mecanismos de protección para la exclusión mediante el acuerdo de la Junta o Asamblea de socios, sin que se indique en las sociedades de capital, por ejemplo, el régimen de mayorías para esta exclusión, ya que es desconocido casi por completo en la Ley de Anónimas, siéndolo más en la Ley de Limitadas, así en su artículo 98.

Intimamente relacionado con ello se encuentra la cuestión del reembolso de la cuota de liquidación que plantea dos cuestiones en el artículo 14: por un lado, el criterio de valoración de la cuota de liquidación; y de otro, el mecanismo de que las participaciones del socio fallecido, excluido o separado, sean amortizadas como la posibilidad de sustituir esta amortización por la transmisión de las participaciones a otros socios, a la propia sociedad o a un tercero, siempre que ello resulte admisible de conformidad con las normas legales o contractuales aplicables a la sociedad. Ciertamente una de las cuestiones más especialmente delicadas es el de la valoración, y más en concreto la determinación en materia de exclusión y de separación del importe de la cuota de liquidación del socio separado o excluido. El artículo 14 del Borrador hace referencia al reembolso de la cuota de liquidación sentando como principio que, a falta de disposición en contrario, el valor de la cuota de liquidación se determinará por referencia al valor del patrimonio neto contable. En definitiva, se rompe con el criterio general establecido en materia de sociedades de capital del criterio del valor real. Habrá, pues, que intentar analizar si esa derogación, que por vía estatutaria se prevé en el Borrador de Sociedades Profesionales, relativo al criterio del valor real, puede ser aceptado o no, y en concreto en las sociedades de capital, ya que existe un criterio

doctrinal muy predominante que considera que en este tipo de sociedades el criterio del valor real es inderogable, no sometido al derecho dispositivo de las partes en los estatutos, y por lo tanto impuesto con carácter imperativo. En la memoria, a la que ya hemos hecho referencia de PAZ-ARES y de AURORA CAMPINS, se trata esta cuestión de manera prioritaria y fundamental, en el sentido de llegar a la conclusión de que la naturaleza de la regla del valor real es de carácter dispositivo, y por lo tanto puede derogarse por vía estatutaria. En este sentido se indica por dichos autores que «...De acuerdo con el plan trazado, abordamos en primer lugar el estudio crítico de la doctrina tradicional... El resultado de este proceso, al que en la última década ha contribuido decisivamente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se manifiesta positivamente en el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil vigente. El precepto, aplicable también a la sociedad limitada, en virtud de la remisión contenida en el artículo 174.11 del RRM, declara inadmisibles las cláusulas estatutarias que impidan obtener al accionista el valor real de las acciones... Si tenemos en cuenta que la autoridad reglamentaria carece de poderes normativos autónomos en este campo, tendremos que convenir que la validez del precepto está condicionada a que pueda demostrarse aliunde que la regla del valor real se halla implícita en el sistema legal. Esto es justamente lo que pensaba la doctrina tradicional que sustenta su punto de vista en dos argumentos: el argumento de la prohibición de las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción o la participación, y el argumento de la prohibición de los pactos leoninos... La ley permite que se establezcan limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, y entre ellas pueden encontrarse las que se derivan de la fijación de un precio de adquisición o de rescate inferior al real. Lo único que prohíbe la ley es que se haga prácticamente imposible la transmisión, lo cual sólo será cierto cuando la valoración de las acciones o participaciones no permita más que obtener un precio ridículo o simbólico... Y esto no es ciertamente lo que acontece en nuestro caso: el socio de una sociedad profesional sabe de antemano que cuando haya de causar baja en la sociedad no puede pretender llevarse más de lo que le corresponde en función de su aportación inicial, que es básicamente el capital físico aportado —normalmente de escaso valor— y su capital humano —que queda liberado de las obligaciones anteriores—. Por otra parte, resulta oportuno precisar que el argumento de la intransmisibilidad práctica de la participación ya no se puede invocar ahora en relación con la sociedad limitada... el legislador ha admitido en la nueva Ley la legitimidad de cláusulas prohibitivas de la transmisión (art. 30.2). El segundo argumento, fundado en la prohibición de los pactos leoninos que proclama el artículo 1.691 del Código Civil, tampoco tiene mayor solidez... Lo que el ordenamiento quiere impedir mediante la prohibición de los pactos leoninos es que un socio se lleve la parte del león y otro recoja simplemente las migajas. En

modo alguno pretende censurar las cláusulas de reparto que afecten a todos los socios, como ocurre en las que aquí examinamos... la justicia exige, muy especialmente en las Sociedades Profesionales, que la liquidación del socio saliente se haga precisamente por el valor nominal o, en su caso, por el valor teórico-contable de la participación... lo justo es que cuando se vaya sólo se lleve —además de los beneficios que ya ha percibido y de los que estén pendientes de liquidar— el capital aportado y la fuerza de trabajo, que podrá aplicar libremente en otras industrias... el criterio decisivo para discernir la validez de la cláusula viene dado por la razonabilidad o irrazonabilidad de la limitación impuesta por la cláusula de cálculo... En la Doctrina alemana... suele estimarse... que el umbral a partir del cual pueden comenzar a ser inadmisibles tales cláusulas viene dado por la mitad del valor real. Sin embargo, se hace una excepción a esa regla en los casos de las Sociedades Profesionales en los que el socio obtiene su participación a cambio de una aportación de capital que es mucho menor de la parte del valor de la empresa que le corresponde. En tales supuestos —se afirma—, la legitimidad de la cláusula de liquidación queda asegurada si la sociedad garantiza al socio la devolución de su aportación de capital... Finalmente, es menester indagar si las cláusulas que examinamos pueden contrariar el principio —también de orden público— de la responsabilidad universal del deudor, que el ordenamiento proclama en favor de los acreedores... en los casos de exclusión del socio por embargo... Las cláusulas particulares son cláusulas en fraude de acreedores. Pero cuando —como sucede en nuestro caso— el criterio de cálculo de la cuota de liquidación se establece con carácter general para todas las hipótesis de salida del socio, las cosas han de ser juzgadas de otro modo. En este caso estamos ante una cláusula general que lo que hace es definir, con carácter general, los derechos del socio... Hasta el momento hemos podido comprobar que el carácter imperativo de la regla del valor real no se desprende de los principios generales de nuestro derecho privado. Lo que ahora hemos de verificar es si esa misma conclusión puede alcanzarse a la vista de los preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada... Nuestra tesis es que..., la interpretación sistemática de toda la disciplina avala la naturaleza dispositiva de la regla del valor real... Así, por ejemplo, el artículo 119 de la LSRL, dispone: «salvo disposición contraria de los estatutos, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación». Algo similar dice el artículo 85 en relación a los dividendos... El siguiente paso de nuestro argumento lo proporciona la regulación del derecho de adquisición preferente en la hipótesis de que el socio que pretende transmitir no obtenga la autorización de la sociedad. En este caso, la ley dispone la obligación de la sociedad o sus socios de adquirir las participaciones, y determina que el precio de adquisición será el comunicado por el socio transmitente o, en caso de que la transmisión proyectada fuera a título gra-

tuito o a título oneroso distinto de la compra-venta, el valor real (v. art. 29.2 LSRL). La ley, es cierto, se inclina una vez más por el criterio del valor real. Lo importante, sin embargo, es que en esta ocasión la propia ley indica... que la regla del valor real solamente resulta aplicable a falta de regulación estatutaria (art. 29.2 LSRL *ab initio*), lo cual confirma nuestra hipótesis sobre la dispositividad de la regla... Es cierto, sin embargo, que la ley presenta algunos puntos oscuros... Nos referimos a los artículos 32.2 y 100.1... el último de los preceptos citados, a tenor del cual, a falta de acuerdo sobre el valor real de las participaciones sociales... El precepto, como decimos, no hace salvedad de una posible regulación estatutaria en sentido distinto... El silencio de la norma acerca de la posibilidad de una regulación estatutaria alternativa no puede interpretarse como un silencio elocuente... Si hubiese un principio configurador del tipo en este campo, éste sería el principio de libre definición de los derechos patrimoniales (arts. 85 y 119 LSRL)...»

Hemos querido transcribir con detalle las líneas de la Memoria justificativa que se presentó por los profesores ya reseñados, porque en las mismas se exponen con claridad, los argumentos y contraargumentos en favor de una o de otra tesis, aunque está clara la posición de los autores de la Memoria al rebatir los argumentos de gran parte de la doctrina. En nuestra opinión, las argumentaciones transcritas de la Memoria exponen de manera lúcida e inteligente, el criterio favorable a la no imperatividad de la cláusula valor real, y quizá en las Sociedades Profesionales, sea por una o por otra vía, es esencial el que ese criterio del valor real sea de carácter dispositivo, ya que de otra manera sería muy difícil o casi imposible el que se pudieran constituir auténticas Sociedades Profesionales.

X. LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE NOTARIOS

Como último punto de este trabajo quisiera hacer una mención específica a las Sociedades Profesionales de Notarios, o mejor dicho, a su posible admisibilidad o no, sobre todo desde el punto de vista del Derecho Positivo Español, teniendo en cuenta algunas pinceladas del Derecho comparado. Ya indicamos páginas arriba, que dentro del fenómeno asociativo de los profesionales existían las denominadas Sociedades de Comunicación de Ganancias, donde el objeto de las mismas es el regular las pérdidas y ganancias que se obtengan, derivadas de la actividad individual de cada uno de los profesionales, y que uno de los supuestos que podrían encajar en esta forma asociativa sería en la profesión notarial, la regulada en el artículo 42 del Reglamento Notarial, que aunque está haciendo referencia fundamentalmente al tema de los despachos u oficinas, no cabe duda que está previendo la unión de dos o más notarios, o mejor dicho, las uniones de despacho. En estas

uniones está claro que cada notario mantiene su responsabilidad civil, penal y administrativa, con el conjunto de obligaciones corporativas en relación a los Colegios Notariales, como con el Consejo General del Notariado, teniendo en cuenta la separación de los Protocolos que es responsabilidad de cada uno de los notarios, en cuanto al que tenga a su cargo.

En un primer momento, algún autor (19) indicó que «...Sin embargo, la organización y forma sustantiva del ejercicio profesional en la unión de despachos de los notarios, sí que se encuentra fuertemente condicionada... (oficinas públicas y custodia del Protocolo). Partiendo de la necesidad de autorización de la Junta Directiva y recogiendo las ideas expuestas a lo largo de este capítulo, queda clara la imposibilidad institucional de interponer persona jurídica alguna en el ejercicio profesional, e incluso creo que tampoco sería posible si a esa persona jurídica se le atribuye el papel de coordinación, organización o mediación en la actividad profesional, pues el matiz de función pública que califica la profesión notarial impide, por esencia, esa posibilidad... Por ello, y excluida cualquier forma social (sea civil o mercantil) que implique personalidad jurídica, queda como posibilidad la de la comunidad como elemento coordinador o puente de los ingresos y gastos procedentes de la actuación profesional del Notario, a la que le será aplicable el total tratamiento antes expuesto, cuyo ámbito y trascendencia exclusivamente fiscal impedirá cualquier roce con normas sustantivas de la actuación profesional del Notario...». No obstante, este mismo autor ha matizado esta postura en relación con las Sociedades Profesionales de Notarios, y en este sentido ha indicado, en relación a las Sociedades Profesionales oficiales, que «...Con la legislación actual el tema es impensable... Pero de futuro, a mí no sólo me parecen posibles, sino que, en muchos casos, de grandes ciudades, hasta aconsejables, pues ello redundaría, sin duda alguna, en una mejora del servicio público, como ocurre con los actuales “convenios”. La verdad es que esas SP en nuestros casos exigirían todas unas series de previsiones y/o limitaciones (por ejemplo, no admisión de socios capitalistas, no transmisibilidad de la condición de socio, limitación del derecho de exclusión, protección del secreto del Protocolo, etc..., y otras muchas), pero creo que no habría inconveniente en desplazar esa normativa especial a nuestros reglamentos (RN, RH, etc...), siempre que en la Ley se dejara prevista una especie de reserva en ese sentido...» (20).

(19) RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, JOSÉ MANUEL, en *Formas asociativas entre profesionales. Comunidades de Bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*, vol. II, Colegios Notariales de España, 1996, pág. 1524.

(20) RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, JOSÉ MANUEL, en *La transmisibilidad de la condición de socio: separación y exclusión. Disolución y liquidación de las Sociedades Profesionales*. Conferencia dada en los Cursos de Verano de El Escorial, julio de 1999.

Otras posturas, completamente negativas a la viabilidad de las Sociedades Profesionales entre notarios, han establecido que «en Derecho español el ejercicio de la actividad profesional de Notario no puede realizarse a través de sociedad. A través de ningún tipo de sociedad... Sin extenderme mucho... puedo aportar como argumentos el carácter estrictamente personal de que es investido el Notario tras un durísimo proceso de selección profesional...; el carácter de autoridad que el Notario tiene en el ejercicio de su profesión y actividad...; la infungibilidad en la autorización de los instrumentos públicos, en la identificación de los otorgantes..., en el otorgamiento y en la autorización... e incluso en la notificación de las actas...; y, en fin, esa definitoria inescindibilidad de funciones públicas y privadas siempre presente en la profesión notarial... Todos ellos hacen que, para quien esto escribe, resulte indudable la imposibilidad del ejercicio en sociedad de la profesión notarial... Es decir: el notario español no puede ejercer su profesión vía sociedad ni puede tampoco aportar su título de Notario a una sociedad. Y esta prohibición abarca tanto a las sociedades capitalistas como a las personalistas. Y tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles... Se trata, en suma, de una incompatibilidad esencial con el contrato de sociedad y con la sociedad como figura jurídica. En el mundo notarial, el freno a la admisión del fenómeno societario se superpone a la afirmación de la propia especificidad profesional...» (21).

En el Derecho comparado y, en concreto, en el Derecho francés, desde hace tiempo existen las sociedades civiles profesionales notariales, amparadas en la ya citada tantas veces Ley de 1966. La regulación es muy pormenorizada, desde la composición de los sujetos, el objeto, los aumentos de capital, las reglas de comportamiento, las fusiones, las convocatorias, los acuerdos de las asambleas, la definición de la actividad, las situaciones de enfermedad o impedimento para el ejercicio de la profesión, la cuestión del reparto de beneficios, cuestiones de contabilidad, la responsabilidad, las soluciones a las crisis que se provoquen, la escisión, la cesión de partes sociales, *inter vivos* y *mortis causa*, la exclusión y dimisión de socios, la denominación de la sociedad, la disolución y liquidación, la sociedad unipersonal, y un largo etcétera aparecen contemplados en la Legislación francesa, así, por ejemplo, en el Decreto de 2 de octubre de 1976, el Decreto de 20 de enero de 1992, entre otros. En la actualidad en Francia existen 2.238 sociedades civiles profesionales de notarios.

En nuestra opinión, la necesidad de formas asociativas en los notarios es cada vez un hecho más palpable que se puede observar en el quehacer diario profesional. No nos oponemos, como punto de partida, a la posibilidad de las

(21) SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, ALBERTO, en *Notario & Notario*, C.B. (en torno a las Sociedades Profesionales entre Notarios). Derecho de los Negocios, septiembre de 1999, págs. 4 y 5.

Sociedades Profesionales de Notarios, como incluso de otras profesiones oficiales, como las de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, siempre, claro está, que se preserven las características esenciales de lo que significan estas profesiones oficiales, y en concreto la de Notario.

Con la actual legislación en la mano, ciertamente, sería impensable e inviable la propia existencia de las Sociedades Profesionales de Notarios, por ello serían necesarios los correspondientes cambios normativos. Lo que debe estar claro es que estas Sociedades Profesionales deberían estar reguladas teniendo en cuenta una serie de exigencias propias del carácter de función pública del Notario. Así, no podrían darse cabida a sociedades multidisciplinarias, es decir, únicamente la sociedad profesional podría estar integrada por notarios. En segundo lugar, la no posibilidad de terceros, no ya de otras profesiones, sino cualquier tercero, es decir, la no existencia de socios capitalistas. Otro conjunto de normas especiales serían las relativas a la no transmisibilidad de la condición de socio, de la limitación del derecho de exclusión, la protección del secreto del Protocolo y un largo etcétera, todo ello con la traducción normativa a los correspondientes reglamentos. Todo ello, si se quiere hacer, determinaría una reserva específica en esta Ley futura de Sociedades Profesionales que hemos venido analizando.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ
Notario
Letrado Adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Académico correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación

Las vicisitudes de los propietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU CONTENIDO ESENCIAL.—3. EL DEBER DE CONSERVACION: 3.1. ELEMENTO OBJETIVO: LA PROPIEDAD HISTÓRICA. 3.2. ELEMENTO SUBJETIVO: LOS PROPIETARIOS, TITULARES DE DERECHOS REALES Y POSEEDORES DE INMUEBLES EN ENTORNOS HISTÓRICOS. 3.3. LOS DEBERES LEGALES DE CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO Y CUSTODIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL, DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y URBANÍSTICA.—4. ¿TIENE LIMITE EL DEBER DE CONSERVACION?—5. LAS MEDIDAS DE FOMENTO PARA LA CONSERVACION DE LOS CENTROS HISTORICOS: SU ESCASEZ E INOPERANCIA.—6. LA PROTECCION A TERCEROS: LA NECESARIA PUBLICIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—7. REFLEXION FINAL.

1. INTRODUCCION

Nos encontramos en un momento de la Historia, al inicio de un nuevo milenio, en el que más que nunca se produce la permanente confrontación entre tradición y modernidad. Y ello en todos los campos. Así, junto al avance imparable de las nuevas tecnologías, existen grupos de opinión que defienden la recuperación de los valores del pasado. Esas tensiones se reflejan con especial virulencia en un campo tan importante como es el inmobiliario, ya que en torno a la ciudad histórica se produce una fuerte controversia entre los partidarios de la conservación y los de la renovación. Y ante esto, el Derecho, que no puede ser ajeno a semejante debate, ha de intervenir para regular y solventar las controversias que las distintas posiciones originan.

Efectivamente, asistimos en los últimos años a una creciente preocupación social por la conservación del patrimonio edificado (1), que no es más que una reacción tardía frente a los excesos que trajo consigo el desarrollo económico y social de los años sesenta (2), y que eran, a su vez, consecuencia en el campo económico de posiciones culturales profundamente renovadoras (3).

Pero, además, contribuye a ese estado de opinión la creciente degradación de nuestras ciudades (4). Esta situación, unida a los accidentes ocurridos recientemente en distintas ciudades andaluzas, ha creado tal alarma social que ha motivado la actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andalúz en torno a la conservación y protección de inmuebles de interés arquitectónico (5).

No cabe duda, por tanto, de que son necesarias políticas globales de conservación de las ciudades históricas, que si bien deben ser promovidas por las Administraciones Públicas, no pueden relegar a los propietarios (6), responsables, en última instancia, de sus patrimonios, sin olvidar la incidencia que la

(1) «De un urbanismo expansionista y destructor se ha pasado a un urbanismo de conservación. De un urbanismo que sustituía los viejos edificios de sabor tradicional por impresionantes moles frías de cemento, se ha pasado a otro que trata de conservar el espíritu de las ciudades». GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*. Madrid, 1998, pág. 275.

(2) Como afirma ROGER FERNÁNDEZ, «la mayor parte de la producción inmobiliaria, sobre todo en la segunda mitad de siglo, se ha desarrollado sobre la propia ciudad existente» («Necesidad de un nuevo modelo de hacer ciudad, ¿liberalización del suelo o de su producción?»), en AA.VV., *El urbanismo, hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y al Proyecto de nueva Ley estatal*. Madrid, 1997, pág. 56).

(3) Así, en el terreno arquitectónico-urbanístico, se proclamaba en el Congreso Preparatorio Internacional de Arquitectura Moderna: «Por consiguiente, es tarea de los arquitectos actuar de acuerdo con los grandes hechos de la época y los máximos objetivos de la sociedad a la que pertenecen y realizar sus obras de acuerdo con ello. En consecuencia, se niegan a incluir principios creativos de épocas anteriores y estructuras sociales pasadas en sus obras, y exigen, en cambio, una nueva concepción de cada problema y una satisfacción creadora de todos los requisitos materiales y espirituales». «El urbanismo no puede devenir determinado por consideraciones estéticas, sino exclusivamente por exigencias funcionales» (Declaración Oficial. CIAM. Reproducido por HEREU, MONTANER, OLIVERAS: *Textos de arquitectura de la modernidad*, Madrid, 1994, págs. 267 y sigs.).

(4) En un conjunto histórico de tamaño medio como es el de Granada, el 39 por 100 de los edificios del área centro se encuentran en mal estado, y el 7,5 por 100 son irrecuperables, porcentajes que, para los 1.914 edificios catalogados en ese ámbito, son del 37 por 100 (718 edificios) en mal estado, y el 10 por 100 (185 inmuebles) irrecuperables. Datos extraídos del Plan Especial del Área Centro del Conjunto Histórico de Granada.

(5) «En torno a la conservación y protección de inmuebles de interés arquitectónico», Defensor del Pueblo Andalúz. Sevilla, febrero de 2000.

(6) Como afirma ALVAREZ ALVAREZ, «venimos defendiendo desde hace ya mucho tiempo que sin la colaboración de la sociedad son siempre insuficientes los esfuerzos de los poderes públicos y que sólo la colaboración activa de sociedad y Estado garantiza la conservación y el enriquecimiento del Patrimonio» (*Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Madrid, 1989, pág. 504).

conservación de la edificación tiene en sus relaciones contractuales (con los arrendatarios) (7) y extracontractuales (por razón de seguridad pública) (8).

Hace pocos meses, el diario «Ideal» de Granada publicaba un artículo titulado con gran alarde tipográfico, «Esta ruina es un chollo». Más recientemente, el mismo periódico publicaba otro trabajo de un arquitecto granadino sobre la reciente demolición de un palacete de los años treinta, en el que cargaba sobre sus propietarios la exclusiva responsabilidad de su conservación. Ambos textos son la expresión de un estado de opinión que condena, sin juicio previo, al propietario de bienes inmuebles de carácter urbano como culpable de todos los males que afectan a las ciudades históricas (9). Y podrá serlo en la medida en que no cumpla con sus deberes, o que dolosamente contribuya a la destrucción de su propio patrimonio, pero también habrá que determinar en qué punto terminan sus deberes, y dónde empieza la obligación de la comunidad de contribuir a la conservación de los cascos históricos.

En esto consiste el planteamiento del presente estudio: analizar la posición del propietario de un inmueble sito en un casco histórico, ya que éste, sumido en las contradicciones entre la legislación urbanística, de carácter dinámico y transformador, y la de protección del patrimonio histórico, de tipo estático y conservador, se ha de mover entre la conservación, con los riesgos y costes adicionales que supone, y la sustitución, no siempre permitida y sometida, en todo caso, a los criterios cambiantes de la Administración cultural. Y si existen problemas para los Bienes de Interés Cultural o especialmente protegidos, muchos más tienen los titulares de bienes que, perteneciendo al Patrimonio Histórico, no están incluidos en esa categoría, ya que sufren todas las desventajas sin participar de los beneficios que —aunque pocos, desde luego— se otorgan a aquéllos.

Es por ello que nos proponemos en este trabajo dar una visión desde la óptica del Derecho Civil de un campo considerado normalmente propio del Derecho Administrativo (10), como es el de la obligación de conservación de los inmuebles en las ciudades históricas y sus límites. Porque pensamos que

(7) El Plan Especial, antes citado, cuantifica la proporción de viviendas en régimen de alquiler en el Área Centro de Granada en un 51 por 100.

(8) Así, SIBINA TOMÁS señala que en el ámbito civil, el deber de conservación limita su alcance a no causar daños o lesiones a los terceros, cuya concurrencia por infringir el deber de conservación genera responsabilidad extracontractual (*La conservación de las fachadas en condiciones de seguridad*, Barcelona, 1998, pág. 28).

(9) ¡Qué significativo es, en este sentido, el estudio de RODOTTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà!* (trad. Díez- Picazo, Madrid, 1986).

(10) Si bien DE LOS MOZOS nos recuerda que «la división del Derecho, en público y privado, sólo tiene un sentido instrumental que no puede servir para explicar, en todas sus dimensiones, la trascendencia de un fenómeno normativo» («Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas», en *ADC*, núm. 2, 1980, pág. 8), también es cierto que, como indica SIBINA TOMÁS, «las limitaciones de la legitimación

en este ámbito se puede llegar a afectar al contenido esencial del derecho de propiedad, que hay que determinar y dejar clarificado, ya que son tantas y tan costosas las obligaciones y cargas que pesan sobre los titulares de esos bienes —en la mayoría de los casos sin contraprestación o ventaja alguna— que no son extrañas las quejas de tales propietarios quienes, como dice OROZCO PARDO, se sienten o «quedan presos de su propia titularidad» (11).

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU CONTENIDO ESENCIAL

Como es sabido, el concepto clásico del derecho de propiedad, definido por el artículo 348 del Código Civil y que suponía un poder absoluto y omnímodo del propietario sobre la cosa (12), se ha visto limitado modernamente por su función social. Función que supone, en definitiva, que la propiedad no constituye sólo un conjunto de facultades sobre el bien, sino que también lleva aparejados una serie de deberes, orientados a la consecución de un *fin* de utilidad social (13). Es decir, que los beneficios que reporte la propiedad de un bien deberán dirigirse, no sólo en provecho de su titular, sino también de la comunidad, ya que, como dice TEJEDOR BIELSA (14), «la propiedad debe satisfacer interés particular y público», o en palabras de DÍEZ-PICAZO (15), «el concepto de propiedad privada es una

para instar las acciones negatorias e interdictales, y el hecho de que los riesgos que se quieren proteger excedan del puro interés privado, conlleva que los problemas del ejercicio abusivo o antisocial del derecho de propiedad, cuando no afecta a derechos reales o a la posesión, encuentran respuesta en nuestro ordenamiento en las potestades administrativas de policía urbana y rural atribuidas ya a los Ayuntamientos (*ob. cit.*, pág. 31).

(11) «La tutela civil y penal del Patrimonio histórico, cultural o artístico» (en colaboración con PÉREZ ALONSO), Madrid, 1996, pág. 116.

(12) COLINA GAREA ve en esta regulación liberal del derecho de propiedad una reacción frente a la desmesurada potestad autoritaria que durante el antiguo régimen se acumuló en manos de los monarcas y los nobles (*La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona, 1997, pág. 83).

(13) Efectivamente, MORENO QUESADA ya afirmaba en los años cincuenta que según la nueva concepción, el propietario ya no tiene un derecho absoluto sobre la cosa: no es dueño de destruirla o dejarla improductiva desde el momento en que hay una serie de leyes que le imponen una utilización de sus bienes de acuerdo con el interés general, limitándole también la posibilidad de modificarla, e incluso venderla o disponer de ella libremente (*Sentido social en la transformación de las instituciones civiles*. Escuela social de Granada, 1958, pág. 8). Por otro lado, a esta nueva concepción del derecho de propiedad es a la que DÍEZ-PICAZO llama «erosión de la normativa tradicional del derecho de dominio» («Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *Revisita de Derecho Urbanístico*, núm. 23, Madrid, 1971, pág. 25).

(14) *Propiedad, equidistribución y urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, Pamplona, 1997, pág. 216.

(15) *Ob. cit.*, pág. 33.

idea legal que encierra el reconocimiento de cierto modo de atribución a los individuos de facultades de gestión de los bienes y de explotación de los mismos con el fin de obtener su rentabilidad óptima y su mayor posible beneficio social». Así es que la función social ha introducido en la esfera interna del derecho de propiedad un interés que puede no coincidir con el del propietario y que, en todo caso, es ajeno al mismo (16). La función social, nos recuerda MONTES PEÑADES, es un criterio de valoración de las situaciones subjetivas en relación con los principios de solidaridad social (17). Efectivamente, así se afirma, por la doctrina más reciente, que la propiedad no es ya sólo un derecho subjetivo, sino una situación jurídica que supone un conjunto unitario y abstracto de facultades, pero también un conjunto de deberes y obligaciones motivados por la pertenencia del hombre a la sociedad, y que trata de dar prioridad a la armonización entre el beneficio particular y las exigencias generales (18).

Esta función social, consagrada por el artículo 33 CE como principio general de carácter constitucional, adquiere singular importancia para los bienes inmuebles, y en especial para los de carácter urbano (19), e integra en su contenido deberes y cargas. LÓPEZ PELLICER (20) llega a identificar la propiedad con su función social, indicando que en su contenido se suman su concepto clásico, compuesto por facultades, y un conjunto de límites, cargas y deberes *funcionales*, ya que la función social no sólo establece límites (forma negativa), sino que impone obligaciones (forma positiva). GARCÍA BELLIDO (21) matiza que la función social, así definida por la Constitución, no «limita», sino que «delimita» el contenido del derecho de propiedad. Este mismo autor, haciendo un símil biológico, indica que este conjunto de deberes y derechos están en el propio núcleo genético del

(16) Ciertamente, como afirma GONZÁLEZ GARCÍA, la propiedad no es una función social ni tampoco el derecho de propiedad es reconocido porque cumple una función social. La función social afecta a la delimitación del Derecho y supone la posibilidad de coordinar los intereses individuales con los de la colectividad, limitando aquéllos en beneficio de éstos (*Curso de Derecho civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*. Coord. Moreno Quesada. Valencia, 1999, pág. 140).

(17) Pero insiste este autor en que su existencia como derecho individual se justifica más allá del servicio que puede prestar a la sociedad. Nuestro artículo 33.2 de la CE sitúa la función social en el plano teórico interno al derecho de propiedad (*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. I, Madrid, 1991, pág. 954).

(18) ANGUITA VILLANUEVA, *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, Madrid, 2001, pág. 26.

(19) TEJEDOR BIELSA indica que «la función social se proyecta más intensamente sobre los bienes de producción que sobre los de consumo» (*ob. cit.*, pág. 215).

(20) *La función social de la propiedad inmueble en el orden urbanístico*. Libro Homenaje a Roca Juan. Murcia, 1989, pág. 439 y sigs.

(21) «Nuevos enfoques sobre el deber de conservación y la ruina urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 89. Madrid, 1984, pág. 693.

derecho de propiedad (22). Frente a ello se hace necesario aclarar que en realidad el derecho de propiedad privada es una situación en donde predominan las facultades, pero en la que también se encuentran unos deberes debido a la existencia de la función social. La función social es la valoración social que ha de ir predicada en orden a un determinado bien por estar en sociedad y que, por tanto, varía de unos bienes a otros y de una época a otra (23). Pero, realmente, lo que nos interesa destacar en este estudio son las facultades del titular de un bien (un bien inmueble) en cuanto objeto de un derecho de carácter privado, frente a las limitaciones que la ley consagra en razón de su propia naturaleza y del destino o función social que se le asigne por la sociedad (24).

Teniendo en cuenta estas ideas, y para una mayor claridad expositiva, parece interesante distinguir varios contenidos dentro del derecho de propiedad:

a) En primer lugar, el *contenido esencial*, más cercano al concepto absoluto de la propiedad, y que TEJEDOR BIELSA identifica con la obtención de una «cierta rentabilidad» (25), si bien distingue este autor dos vertientes del contenido esencial del derecho de propiedad: el contenido esencial individual, que se traduce económicamente, y el contenido esencial social. E incluso, indica también que la función social puede integrar parte del contenido esencial del derecho de propiedad, dada la poca claridad de los pronunciamientos

(22) *Ob. cit.*, págs. 754 y 755.

(23) Así, ANGUITA VILLANUEVA, *ob. cit.*, pág. 47.

(24) Afirma OROZCO PARDO que toda esta problemática supone la superación de la vieja dicotomía entre propiedad pública y privada por cuanto estamos ante unos bienes «tutelados» porque comportan un valor que los hace estar vinculados a la comunidad y por ello «pertenecen» a un patrimonio social, independientemente de su titularidad privada. Son bienes de «disfrute compartido» y ello exige que se coordinen armónicamente las distintas posibilidades de utilización y disfrute de los mismos, es decir, su destinación como bien cultural y su rendimiento como bien económico, abarcando las distintas facultades dominicales que sobre los mismos puedan ejercitarse («La tutela civil y penal...» *cit.*, pág. 5).

(25) Esa necesidad de rentabilidad o utilidad privada del derecho de propiedad es el mínimum para que sea reconocible este derecho subjetivo, ya que si no, no estaríamos hablando de propiedad sino de otra cosa (de una concesión administrativa, por ejemplo), aunque muchos civilistas entienden que el contenido esencial de este derecho pasa por el reconocimiento del *ius utendi, fruendi* y *disponiendi*, y otros por la dominación material y jurídica (goce y disposición) más plena posible sobre el objeto con arreglo a su naturaleza y a su trascendencia social. Esto es posible que así sea pero, realmente, hay que reconocer que, respecto a determinados bienes por sus características e interés para la sociedad (por ejemplo, los bienes inmuebles de carácter histórico), ese contenido esencial necesario, para hacer reconocible el derecho de propiedad, pasa porque se asegure a sus titulares, al menos, una cierta utilidad y rentabilidad privada, y por tanto, toda carga o gravamen que supere este «mínimum» supondrá un atentado contra su contenido esencial.

del Tribunal Constitucional (26). Por su parte, ANGUITA VILLANUEVA es rotundo al considerar que, a pesar de la STC de 26 de marzo de 1987, la función social queda fuera de lo que llamamos contenido esencial del derecho de propiedad, por tres razones:

(26) *Ob. cit.*, pág. 204 y sigs. Efectivamente, la respuesta a que sea el contenido esencial del derecho de propiedad no es fácil. La STC 11/81, de 8 de abril, intentó dar unas coordenadas para aproximarse al mismo; y así consideró que sería necesario atender a aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo teniendo en cuenta el momento histórico de que en cada caso se trate. Por otro lado, la STC 37/87, de 26 de marzo, considera más categóricamente, a la función social como elemento estructural del derecho de propiedad, afirmando: «la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». Pero lo cierto es que, como afirma LÓPEZ LÓPEZ, esta sentencia no ha indicado de manera positiva cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad, suministrando sólo aproximaciones, y dejando en la incógnita cuál es el tipo abstracto de derechos dominicales con los cuales confrontar el régimen legal en cada caso, al objeto de apreciar si han pasado el infranqueable límite que supone la garantía del «contenido esencial». Considera este autor que no puede ser compartida la opinión del TC en cuanto a que no puede reconducirse la determinación del tipo abstracto del derecho de propiedad, para establecer su contenido esencial, al artículo 348 del Código Civil porque, a pesar de su significado histórico, constituye un válido y útil punto de partida ya que en él están presentes tres elementos (la facultad de goce, englobando el *uti frui*, la facultad de disposición y la posibilidad de limitación del derecho por obra de las leyes) que configuran también hoy el tipo abstracto del derecho de propiedad sobre el que predicar «el contenido esencial» («Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral», Coord. López López y Montes Penades, Valencia, 1994, pág. 248). Vid., también, DE LA CUESTA SÁENZ, *El estatuto jurídico del suelo con destino agrario*, Derecho Privado y Constitución, 1994, pág. 137). Ahora bien, otros autores no están totalmente de acuerdo con esta posición, y así afirman que si no hay una propiedad constitucional sino propiedades estatutarias, parece lógico que cada propiedad tenga su contenido esencial y por ello, según la STC 37/87, el contenido esencial de la propiedad debe hacer referencia al interés cultural y a la función social, es decir, a lo que proporcione una utilidad individual razonable en función de un objeto social. Este será el contenido esencial general del derecho de propiedad que garantiza la Constitución. Lo que ésta no garantiza son concretas facultades de goce y disposición pretendidamente originarias (vid. ALONSO IBÁÑEZ, *El Patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Madrid, 1992, pág. 239). Por último, REY MARTÍNEZ argumenta la paradójica jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada, afirmando que «es como si el TC español todavía estuviera combatiendo la propiedad individual-liberalista con el poderoso arma de la función social, sin darse cuenta que la Constitución ha introducido un cambio de paradigma en la comprensión de la propiedad privada. Esta es, ante todo, la propiedad del Estado social. Definir sus contornos es una tarea pendiente de todos los intérpretes» («Sobre la “paradójica” jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, pág. 202).

- a) La función social no es predicable de todos los bienes sino de aquellos que por sus especiales características lleven implícito un valor social, «luego no es algo que le haga a este derecho como reconocible, depende de los tipos de bienes, no del derecho».
- b) La función social sólo comporta aspectos negativos a las facultades del propietario, funciona como limitación interna y si la colocamos en lo más esencial del derecho de propiedad, también podrá limitar la existencia del mismo, lo cual va en contra de la definición de la propiedad privada. De ahí que haya sido definido por el TC como límite de los límites, como «límite infranqueable a la intervención delimitadora del legislador ordinario, creando un núcleo indisponible a su libertad de configuración».
- c) Si se permite incluir la función social en el contenido esencial de la propiedad privada, el legislador estará habilitado para entrar dentro del contenido esencial y conculcar la existencia de la propiedad privada. Lo cual va en contra del reconocimiento constitucional de este derecho (27).

Concretando algo más en relación a los inmuebles urbanos, LÓPEZ PELLICER (28) identifica el contenido esencial del derecho de propiedad privada con el *ius aedificandi*, indicando que la CE garantiza el contenido esencial, pero no lo define. Está, por tanto, protegido por la Constitución, y así, SORIANO (29) señala que el contenido esencial de los derechos fundamentales «es atribuido a los particulares frente a los poderes públicos, a comenzar por el legislador. Son los individuos los portadores de tales contenidos esenciales, en nuestro caso, el derecho de propiedad que no puede ser desconocido ni por el Estado ni por las Comunidades Autónomas» (30). Y en la medida en que este contenido esencial no se respete, habrá lugar a indemnización o compensación.

Desde este punto de vista constitucional, BOQUERA OLIVER (31) indica que el artículo 33.2 CE reconoce el derecho de propiedad privada, y que sólo por Ley podrá regularse el ejercicio del derecho de propiedad, *respetando, en todo caso, su contenido esencial*, lo que constituye una garantía de este de-

(27) *Ob. cit.*, pág. 36.

(28) *Ob. cit.*, pág. 445.

(29) SORIANO: «La liberalización del suelo», en *El urbanismo, hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva Ley estatal* (coord. Parejo Alfonso), Madrid, 1997, pág. 41.

(30) Efectivamente, la STC 61/97, de 20 de marzo, define el objeto del contenido esencial diciendo que «consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos en particular y, en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea en su tarea reguladora».

(31) «La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 118, 1990, págs. 64 y sigs.

recho frente a cualquier intento por parte de la Administración de limitarlo. El artículo 53.1 CE «ordena a la Ley que al regular el derecho de propiedad *respete su contenido esencial*». Este autor va aún más lejos cuando, al definir la rentabilidad como el *minimum minimorum* del derecho de propiedad, indica que «habrá que compensar entre todos los propietarios comprendidos en el Plan los beneficios y cargas de todo el planeamiento», ya que en caso contrario, «atenta contra el contenido esencial de la propiedad» (32).

En la misma línea, ARIBAS BRIONES (33) afirma que el derecho de propiedad queda sacrificado en su contenido esencial «*cuando no queda salvaguardada la rentabilidad del propietario*», dando lugar entonces a indemnización compensatoria por la pérdida de parte de su contenido esencial.

Por otro lado, en relación a si la función social forma parte de ese contenido esencial, lo cierto es, como afirma LACRUZ, que la discusión es más conceptual que práctica. Por ello, considera que se ha de distinguir entre un plano estructuralmente abstracto de la propiedad como «poder más amplio sobre la cosa» al que permanece ajeno el dato social, y otro funcional o concreto como conjunto máximo de las facultades posibles sobre cada cosa en consideración a su naturaleza, cuya medida viene dada por el rol social del objeto en relación con su utilidad individual; concepto este que impone la Constitución, y que en la práctica es el que se muestra (34). Finalmente, GONZÁLEZ GARCÍA (35) entiende que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Y entiende que el contenido esencial de la propiedad es la relación de dominación material y jurídica sobre el objeto con arreglo a la naturaleza de éste y su trascendencia social (36). De aquí que hayamos realizado esta distinción entre contenido esencial y normal, de manera que lo único que hace el contenido esencial es establecer lo que resulta indispensable para que sea reconocido y no desvirtuado este derecho subjetivo.

(32) Opinión en la que coincide con DE LOS MOZOS, que llega a afirmar que «si se quiere obtener una verdadera justicia distributiva, el urbanismo como función pública debe afectar también a los no propietarios» (*ob. cit.*, pág. 23).

(33) ARIBAS BRIONES, «La indemnización por las limitaciones a la propiedad recogidas en los catálogos urbanísticos», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 122, Madrid, marzo-abril 1991, pág. 52.

(34) «Derechos reales...» *cit.*, pág. 310.

(35) *Ob. cit.*, pág. 147.

(36) Por último, hay que indicar que algunos autores han resaltado que este contenido esencial de la propiedad se hace de difícil aplicación cuando nos referimos a los conflictos interprivados o entre particulares. Así, CARRASCO PERERA afirma que desde 1978 no hay ninguna resolución judicial que resuelva un conflicto civil con apoyo decisorio en la técnica del «contenido esencial» (vid. CARRASCO PERERA y SÁNCHEZ CALERO, *Aspectos civiles e hipotecarios de la Ley del suelo*, Valencia, 1999, pág. 47).

Como vemos, con mayores o menores matizaciones, la doctrina se muestra unánime al predicar, como contenido esencial del derecho de propiedad, la existencia, al menos, de cierta utilidad privada, de cierta rentabilidad para el propietario (37). Y por ello, a pesar de la STC 37/87, de 26 de marzo, entendemos que poco sentido tiene hablar de un contenido esencial social abstracto (por imperativo constitucional), porque éste quedará concretado dentro de lo que consideramos y llamamos contenido normal del derecho de propiedad, según el bien sobre el que recaiga y la situación histórica en que se encuentre, y que a continuación analizamos.

b) En segundo lugar, por tanto, tendríamos el *contenido normal* del derecho de propiedad, que incluye, como consecuencia de su función social, una serie de facultades y *deberes*. Deberes que establecen *límites* (38) a la propiedad, pero no *limitaciones* (39), y que algunos autores, como DE LOS MOZOS (40) o LÓPEZ PELLICER (41), definen más bien como *cargas*. Estamos de acuerdo con LÓPEZ LÓPEZ en considerar que el modo de manifestarse la función social a través de las normas es mediante el establecimiento de límites a la propiedad: la función social no es otra cosa que una expresión elíptica de los límites. Y es que la doctrina civilista suele distinguir entre los límites

(37) ANGUITA VILLANUEVA afirma que, en definitiva, el contenido esencial es la facultad del propietario de transformar el bien objeto del derecho en su equivalente económico (*ob. cit.*, pág. 39). Pero, en todo caso, este autor considera que es necesario un criterio unificador a la hora de definir o delimitar el contenido esencial de la propiedad, que será el verdadero freno a todas las injerencias normativas estatales, autonómicas, legales y reglamentarias, ya que la socialización de determinadas facultades en determinados bienes, hoy es una realidad. Ello ha de ser misión de la jurisprudencia, sobre todo de la jurisprudencia constitucional, con la colaboración de la doctrina. Añade ANGUITA que, «sin embargo, a favor de la propiedad está su mayor defensor, el sistema económico capitalista que ha demostrado saber adaptarse a las nuevas necesidades sociales en todo tipo de ámbitos, ideologías y sistemas jurídicos» (*ob. cit.*, pág. 44).

(38) GONZÁLEZ GARCÍA incluye el *deber de conservación* de los bienes de interés cultural entre los «límites en interés público» (*ob. cit.*, pág. 172), mientras que ALVAREZ ALVAREZ clasifica la *obligación de conservar* entre las «limitaciones» inherentes a los bienes culturales (*ob. cit.*, pág. 503). BARRERO RODRÍGUEZ incluye asimismo este deber, como «obligaciones de hacer», entre las «limitaciones a las facultades de goce» (*ob. cit.*, pág. 494).

(39) Si bien el artículo 87 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, aprobado por Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, determinaba que «la ordenación del uso de los terrenos y edificaciones no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras *limitaciones y deberes* que definen el *contenido normal* de la propiedad, según su calificación urbanística». Parece claro que este precepto debía haber utilizado la expresión «límites» y no limitaciones porque, efectivamente, el planeamiento —que constituye el contenido normal del derecho de propiedad— establece límites que no dan lugar a indemnización.

(40) *Ob. cit.*, pág. 23.

(41) *Ob. cit.*, pág. 448.

que definen el contenido del derecho y las limitaciones que son reducciones del poder del propietario en casos singulares que afectan al contenido normal, es decir, al fijado por los límites (42).

LÓPEZ PELLICER, desde el punto de vista urbanístico, nos da la clave al afirmar que es el Plan, las normas urbanísticas, las que definen el contenido normal del derecho de propiedad, delimitándolo y no restringiéndolo, sin dar lugar, por tanto, a indemnización. Pero va aún más lejos al afirmar que el derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas es un elemento integrante de la propiedad del suelo, además de los derechos y deberes. Si no es posible la distribución equitativa, se produce una limitación o restricción del derecho que daría lugar a indemnización.

Desde un punto de vista constitucional, COLINA GAREA analiza las posiciones doctrinales y la jurisprudencia del TC sobre la función social de la propiedad, concluyendo que ésta forma parte del contenido *normal* del derecho de propiedad. Este autor distingue la utilidad social y la utilidad individual como «dos elementos *inescindibles* que desenvuelven su acción en un perfecto y delicado equilibrio en el interior del contenido del derecho dominical», lo que denomina «duplicidad de caras» del régimen jurídico dominical (43). Teniendo en cuenta estas posturas doctrinales, parece claro que es mucha aún la imprecisión de las sentencias del TC, porque confunden lo que es el contenido esencial y el normal (referido a derechos y deberes o cargas establecidas por la Ley en función del bien sobre el que recae el derecho). El contenido esencial, tal y como lo hemos entendido, es «el *minimun minimum*» para poder hablar de propiedad privada y es igual a todo derecho de propiedad que, por tanto, ha de ser respetado, so pena de vulnerar un derecho protegido por la Constitución (44).

(42) *Ob. cit.*, págs. 250 y 251. Si bien esta postura no es unánime: Díez-PICAZO, tras afirmar que «una diferencia entre límites y limitaciones no parece que posea ningún sentido especial» (*ob. cit.*, pág. 22), y que «todo deber es una limitación de la propiedad», concluye diciendo que «tanto la idea de los límites como la idea de las limitaciones tiene que desaparecer. En el fondo no son otra cosa que vestigios anacrónicos y un residuo de arcaicas concepciones» (*ob. cit.*, pág. 33). Considera este profesor que «tanto los límites como los deberes son en el fondo dos perspectivas de un mismo fenómeno», y que «la situación de propiedad produce una serie de deberes que funcionan al mismo tiempo como límites del derecho». CARRASCO PERERA, por su parte, entiende que, para las relaciones horizontales entre particulares es indiferente que los límites derivados de la función social de la propiedad se conciban como un elemento interno al tipo legal del dominio (o de los derechos patrimoniales en general) o que se considere como una limitación externa al ejercicio del derecho. Sus efectos regulatorios, caso de tenerlos, serían idénticos con cualquiera de las dos concepciones doctrinales (*ob. cit.*, pág. 55).

(43) *Ob. cit.*, pág. 201 y sigs.

(44) Como afirma ANGUITA VILLANUEVA, cuando la Administración o el legislador invaden el contenido esencial, la respuesta es que se trata de una acción inconstitucional por atentar contra los artículos 33.1. y 53.1 de la CE, aunque esto no ocurre siempre, ya

Pero al margen de todas estas disquisiciones teóricas, la realidad, objetivamente considerada, es que el ejercicio de la propiedad privada inmueble está cada vez más limitada; y que esta limitación será válida en tanto sea posible la obtención de una cierta rentabilidad por el propietario, de la que una parte será para la comunidad. Pero si la limitación es tal que la propiedad llegue a no ser rentable, será la comunidad, a través de la Administración, la que deba compensar al propietario porque se estará desconociendo el contenido esencial del derecho (45). Partiendo de esta idea, vamos a comenzar estudiando el deber más importante a cumplir por el propietario de un inmueble perteneciente a la propiedad histórica (el deber de conservación), examinando en qué consiste, y específicamente sobre qué recae y a quién afecta, porque, aunque son cuestiones íntimamente conexas, parece conveniente su estudio separado por razones sistemáticas y expositivas.

3. EL DEBER DE CONSERVACION

3.1. ELEMENTO OBJETIVO: LA PROPIEDAD INMUEBLE HISTÓRICA

Si la función social tiene, como hemos visto, singular importancia para los bienes inmuebles de carácter urbano, los deberes que aquélla lleva aparejados adquieren especial significado para la propiedad histórica.

Entendemos por *propiedad histórica* (46), la constituida por bienes inmuebles comprendidos en alguna de las siguientes categorías:

que la propia Constitución en su artículo 33.3 recoge el supuesto de expropiación forzosa por causa de utilidad pública e interés social. Por tanto, cuando se ataca el contenido esencial del derecho de propiedad privada nos encontramos ante una expropiación forzosa «legal» o «ilegal», dando lugar en el último supuesto a un caso de inconstitucionalidad. Pero ésta queda en manos del TC, que cuando actúa hace tiempo que el ataque se ha producido y, lo que es más grave, su doctrina no es uniforme, prevaleciendo en algunos casos las motivaciones políticas sobre las jurídicas (*ob. cit.*, pág. 40).

(45) En la Declaración de Amsterdam de 1975 se dice: «Hace falta concebir métodos que permitan evaluar los costes superiores impuestos por las obligaciones de los programas de conservación. En la medida de lo posible, haría falta disponer de medios financieros suficientes para ayudar a los propietarios que tengan que realizar trabajos de restauración a soportar las cargas adicionales que les fueren impuestas, ni más ni menos» (ALVAREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 505).

(46) Preferimos la denominación de propiedad histórica, también llamada propiedad catalogada, por algunos autores como ARIBAS BRIONES (*ob. cit.*, pág. 35), por ser aquella expresión la elegida por la vigente Ley 16/85, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, superando así la tópica visión «esteticista» del ordenamiento español y europeo, así como por la mayor parte de las Comunidades Autónomas.

- Bienes declarados de interés cultural o con expediente incoado para su declaración, según el artículo 9 de la LPHE (o denominaciones de la legislación autonómica: por ejemplo, en Andalucía, bienes con inscripción específica o genérica en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía, según los arts. 6 y sigs. de la LPHA).
- Bienes comprendidos en los entornos de los anteriores.
- Bienes incluidos en Conjuntos Históricos.
- Bienes catalogados por el Planeamiento urbanístico.

La amplitud de esta definición es tal, que en la práctica abarca gran parte de los edificios de las ciudades históricas (47). Tal amplitud provoca una gran inseguridad jurídica (48) para el propietario, como ha puesto de manifiesto RAMÍREZ SÁNCHEZ (49) al afirmar que «este concepto amplísimo de bienes integrantes del Patrimonio histórico conlleva una inseguridad jurídica para el propietario de esos bienes y para la propia Administración que debe protegerlos y acrecentarlos, pues al fundarse en conceptos jurídicos indeterminados, sin concreción reglamentaria y sin criterios objetivos para su catalogación o inventario, hace imposible que se cumplan sobre los mismos los fines que prevé la Ley».

Pero para comprender esta figura de la propiedad histórica es necesario que analicemos previamente su concepción jurídica, estudiando las distintas posturas doctrinales que se han producido a lo largo del tiempo (50). En un primer momento se trató de conjugar la esencia del derecho de propiedad privada, entendida como un genérico derecho de goce y disposición, con las limitaciones que pesaban sobre la propiedad, justificadas en razones de pro-

(47) En un casco histórico como el de Granada, el Plan Especial del Area Centro cataloga en sus distintos niveles 1.914 edificios.

(48) Problema éste de la inseguridad que ya existía antes de la LPHE de 1985, como pone de manifiesto ALEGRE AVILA cuando afirma que «si... a los Conjuntos Histórico-Artísticos era de aplicación el mismo régimen que el previsto para los monumentos, conjuntos que, en cuanto agrupaciones de inmuebles, afectaban en ocasiones a enteras poblaciones o, al menos, a núcleos importantes de las mismas, podrá comprenderse el alcance de las que hemos dado en llamar verdaderas facultades urbanísticas de Bellas Artes, facultades desarrolladas al margen de la técnica racionalizadora que suponía el Plan, y que se concretaban en el dictado de resoluciones singulares, emanadas en atención a las características del concreto supuesto considerado, y dictadas sin referencia a unos parámetros de ordenación preestablecidos» («El ordenamiento estatal del Patrimonio Histórico Español: principios y bases de su Régimen Jurídico», en *REALA*, núm. 255, año 1992, pág. 609).

(49) RAMÍREZ SÁNCHEZ, «Régimen jurídico de los cascos antiguos declarados Bien de interés cultural-Conjunto histórico», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 23, enero-junio 1997, pág. 157.

(50) Sobre esta cuestión puede verse GARCÍA-ESCUADERO y PENDAS GARCÍA, *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico español*, Madrid, 1986, pág. 7 y sigs.

tección y conservación de los bienes históricos, acudiendo a la *doctrina de las limitaciones administrativas de la propiedad privada*, definida por ALEGRE AVILA (51) como la «doctrina que veía en el conjunto de deberes y limitaciones impuestos a los propietarios una serie de restricciones o constricciones del ordinario régimen de uso y disposición, limitaciones justificadas por razones de interés público, y que en todo caso dejaban a salvo la *esencia* del derecho de propiedad como facultad de libre utilización y disposición de los bienes sobre los que recaía» (52).

Ahora bien, esta teoría no daba razón suficiente de la verdadera naturaleza de los derechos públicos y privados que intervienen en este tipo de propiedad, al adquirir progresivamente las intervenciones administrativas sobre los bienes históricos una mayor profundidad. Hubo que acudir, por tanto, a la *doctrina de los bienes de interés público*, bienes que ALEGRE AVILA (53) define como «categoría intermedia entre los bienes de titularidad pública y los bienes de titularidad privada», constituida por bienes de propiedad privada que ofrecen un destacado interés público. Esta doctrina pone el acento en la dimensión *objetiva* de los bienes históricos, sin olvidar el relevante papel del propietario privado en la consecución de los objetivos de tutela y protección pretendidos por el ordenamiento jurídico, de manera que aquél se configura como un «ejerciente privado de funciones públicas». Así se justifica tanto la intervención de los poderes públicos en los bienes de propiedad privada, como la sujeción o sometimiento de la propiedad privada a los dictados y órdenes de la Administración.

Estas explicaciones, al acentuar la dimensión *objetiva* de la propiedad, por encima de la visión *subjetiva* del propietario como mero titular de determinadas facultades, se canalizan a través de la denominada *concepción estatutaria de la propiedad*, que ve en este derecho no sólo un conjunto de facultades establecidas por la legislación civil, sino una serie de derechos y deberes mutuamente condicionados, establecidos por el legislador para cada categoría o género de bienes, de acuerdo con el criterio de la función social consagrado por el artículo 33.2 CE, que, como ya hemos visto, constituye o forma parte del contenido normal del derecho de propiedad. De esta forma, será el legislador el que en cada momento establezca el contenido de cada concreto derecho de propiedad en función del bien sobre el que recae, estableciendo así

(51) *Ob. cit.*, pág. 633.

(52) En esta línea, ARRIBAS BRIONES considera la que denomina propiedad catalogada como un género de la vinculada, definiéndola como «aquella que por disposición legal o de naturaleza reglamentaria queda particularmente afectada al cumplimiento de un fin público, y para la mejor concreción de sus características ha sido incluida por la Administración competente mediante el oportuno procedimiento —justificativo también de la necesidad de la vinculación— en un catálogo público» (*ob. cit.*, pág. 37).

(53) *Ob. cit.*, pág. 634.

un conjunto de deberes y cargas a cuyo cumplimiento se condiciona el ejercicio de las facultades (54).

El último intento para definir el contenido del derecho de propiedad histórica es el representado por la teoría italiana de los *bienes culturales* («*beni culturali*»), construida por GIANNINI a partir de la Declaración I de la Comisión Franceschini (55), teoría que ofrece dos significativas novedades:

- a) En primer lugar, la consideración de que existen determinados bienes que, por su propia naturaleza, presentan una dimensión cultural, independientemente de su previa declaración administrativa o inclusión en una determinada categoría jurídica, acto administrativo que tendría un mero valor *declarativo* y no *constitutivo*, es decir, que los bienes culturales lo «son» con independencia de que estén o no declarados formalmente. Concepción ésta de los bienes culturales que les otorga una dimensión *abierto e histórica*, y que es culpable, en buena medida, de la amplitud del concepto de la propiedad histórica.
- b) Pero el aspecto más llamativo de esta teoría consiste en la *relativización del elemento subjetivo* del derecho, es decir, del propietario. Entiende GIANNINI que la titularidad pública o privada de los bienes culturales es indiferente desde el punto de vista de su conceptualización como tales. En el caso de la propiedad privada, cabe distinguir, como propiedad dividida, dos elementos:
 - El *soporte material*, sobre el que recae la titularidad estrictamente privada, y
 - El bien cultural *stricto sensu*, concebido como un *bien inmaterial*, esto es, la *función* o dimensión cultural que el bien está llamado

(54) MARTÍNEZ PÉREZ habla de la existencia de la propiedad estatutaria teniendo en cuenta el distinto alcance del poder del propietario según la naturaleza del bien sobre el que recae su derecho y la diversidad de regímenes jurídicos que presenta la actual normativa. Tal doctrina es consecuencia de la creciente intervención del Estado en la actividad económica, el desarrollo de los mecanismos de control del ejercicio del Derecho, las exigencias sociales y las derivadas del proceso económico. Esta es la idea que explícitamente recoge la STC 37, de 26 de marzo de 1987 (*Jurisprudencia civil comentada*, coord. Pasquau Liaño, T. I, Granada, 2000, pág. 924). Ciertamente no podemos hablar hoy de una propiedad unitaria porque la propiedad se refiere a los bienes, pero ello no afecta a la existencia de un núcleo común, siendo la función social, o sea, el interés social que existe en ellos, lo que genera toda esta serie de propiedades (vid. ANGUITA VILLANUEVA, *ob. cit.*, pág. 45). Por eso se dice que queda superado el aforismo «no hay propiedad sino propiedades», porque los artículos 33 y 56 de la CE se refieren a la «propiedad», en singular, por lo que tendríamos que hablar de «regulaciones de la propiedad».

(55) Sobre esta teoría puede verse *in extenso*: GIANNINI, M.S., «Beni culturali nell'ordinamento italiano». Comunicación presentada al V Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo, en AA.VV., *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, Madrid, 1976. pág. 511 y sigs. ALEGRE AVILA, *Evolución y régimen jurídico de la propiedad histórica*, Madrid, 1994, pág. 250 y sigs.

a desempeñar y cuya titularidad no corresponde al propietario privado, sino al Estado (56).

Esta doctrina es la que ha inspirado la vigente Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, así como la legislación autonómica en la materia (57). La perspectiva que nos da el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley (dieciséis años para la LPHE, y diez para la LPHA) nos permite hacer un análisis sosegado de su aplicación práctica. El arquitecto italiano ALDO ROSSI realizaba en 1971 una «crítica al funcionalismo ingenuo» entonces imperante en Arquitectura (58). Hoy podemos realizar una «crítica al ambientalismo ingenuo», ya que si el propósito del legislador al redactar la Ley de 1985, siguiendo las directrices de la Carta de Venecia (59), era extender la protección sobre el patrimonio, no sólo a los monumentos, sino también al «ambiente» (60), al «marco» en que el monumento se inserta (61), esta loable intención se ha excedido en la aplicación práctica de la Ley, de forma que tal protección se extiende a la totalidad de los inmuebles de un conjunto histórico o del entorno de un monumento, como si cada uno de ellos fuera en sí mismo un monumento (62). Esto da

(56) Desde esta perspectiva se pone en primer plano el elemento *funcional* de determinados bienes, en este caso, la *vocación cultural* de los bienes que forman parte del Patrimonio Histórico, en la línea de la propiedad funcional defendida por DE LOS MOZOS.

(57) Tan es así, que la Ley recoge casi textualmente expresiones de los tratadistas italianos de la época: por ejemplo, el término «área-residencia» con que el artículo 20.2 se refiere a la trama urbana de los conjuntos históricos, tomado del concepto «área residencial» con que el arquitecto ALDO ROSSI la distingue de los «hechos primarios» o monumentos (Rossi, A., *La arquitectura de la ciudad*, Madrid, 1971, pág. 143). Referencia que se repite en el artículo 39.2 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano.

(58) Rossi, A., *ob. cit.*, pág. 70.

(59) Carta Internacional sobre la Conservación y la Restauración de Monumentos y Conjuntos Histórico-Artísticos. II Congreso Internacional de Arquitectos y Técnicos de Monumentos Históricos. Venecia, 1964. Aprobada por ICOMOS en 1965.

(60) Señalado por el artículo 21.3 de la LPHE como uno de los elementos a mantener en los Conjuntos Históricos.

(61) Como afirma GONZÁLEZ PÉREZ, «no se trata ya de la protección de la propiedad monumental, de la conservación de los inmuebles de interés cultural, sino de la protección de obras modestas que han adquirido con el tiempo una dimensión cultural» (*ob. cit.*, pág. 275).

(62) El propio Tribunal Supremo llega a confundir el todo con las partes, otorgando la cualidad de «monumento» a la totalidad de los inmuebles pertenecientes a un Conjunto Histórico. Así, en el Fundamento de Derecho 5.º de la STS de 16 de diciembre de 1985 (RA 6537) se precisa que «la declaración de todo un conjunto como signo de protección por circunstancias histórico-artísticas determina la asignación de tal calificación a cada uno de los monumentos incluidos en el perímetro salvo exclusión, lo que es lógico, ya que de ser necesaria la declaración individual de nada serviría la distinción entre edificios singulares y conjuntos» (sentencia comentada por ABAD LICERAS, «La situación de rui-

lugar, además, a una «manía catalogadora» (63) a la hora de redactar el planeamiento urbanístico (64).

En este orden de cosas, otra de las principales novedades de la Ley de 1985, respecto de sus antecedentes, consiste en la pretendida coordinación entre el Planeamiento urbanístico y la legislación de patrimonio histórico mediante la figura de los Planes Especiales de Protección (65), novedad que consideramos que no es tal, pues dichos Planes ya estaban contemplados en la Legislación urbanística (66).

Pero en este aspecto de la correlación entre la legislación urbanística y la de Patrimonio Histórico (67), resulta llamativo que, mientras que en la primera las limitaciones que se imponen a la propiedad son precisas (mediante la asignación a través del planeamiento de usos e intensidades) y responden a un procedimiento reglado, que incluye períodos de información pública, en la segunda tales limitaciones son de carácter genérico e impreciso.

na...», cit. pág. 88). En esta misma línea jurisprudencial se encuentra la reciente STS de 20 de julio de 1998 (RA 6907), en la que se afirma que los inmuebles incluidos en sectores de conjuntos históricos quedan sujetos a las previsiones de la Ley 16/1985; y la de 15 de diciembre de 1997 (RA 9687), en la que se señala que, según el artículo 1.3 LPHE, «sólo» los bienes más relevantes deberán ser declarados de interés cultural, mercediendo el resto de los pertenecientes a Conjuntos Históricos la protección de la Ley.

(63) Como la denomina ARIBAS BRIONES, *ob. cit.*, pág. 34.

(64) El Plan Especial del Area Centro de una ciudad como Granada cataloga 1.914 edificios, que sumados a los 855 del Plan Especial de Protección y Reforma Interior (PEPRI) Albaicín, los 160 del PEPRI de la Alhambra y los 164 catalogados por el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) fuera del Conjunto Histórico, da un total de 2.238 inmuebles protegidos por el planeamiento urbanístico. Sin embargo, es de resaltar, aun a título de mera curiosidad, que dos recientes «Guías de Arquitectura» de la ciudad, publicadas por JEREZ MIR (Granada, 1996), y MARTÍN MARTÍN y TORICES ABARCA (Granada, 1998) reducen el número de edificios destacables a 292 y 261, respectivamente. Y la propia Administración cultural sólo reconoce como Bienes de Interés Cultural a no más de setenta inmuebles. Existe, por tanto, una evidente desproporción numérica entre los catálogos urbanísticos y otros documentos o figuras de protección, que hace pensar que la protección del Patrimonio se reduce a un infantil «yo tengo más que tú» o, lo que es peor, que se pretende controlar desde la Administración cultural toda la actividad inmobiliaria de los conjuntos históricos.

(65) Sobre esta figura puede verse BENSUSAN MARTÍN, *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*. Granada, 1996, pág. 168 y sigs.

(66) Los Planes Especiales de Protección del artículo 78 del TRLS de 1976. Según la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo 19/75, «la nueva regulación de los Planes Especiales hace expresa referencia a las cuestiones relacionadas con... el Patrimonio cultural».

(67) Algunos autores, como GONZÁLEZ PÉREZ (*ob. cit.*, pág. 279) o GARCÍA GARCÍA (*La conservación de los inmuebles históricos a través de técnicas urbanísticas y rehabilitadoras*, Pamplona, 2000, pág. 94), destacan la falta de correlación entre las legislaciones urbanísticas y la del Patrimonio Histórico Español.

Por otra parte, la legislación de Patrimonio contiene, sobre todo, medidas restrictivas (68), ya que las de fomento son más bien escasas y dirigidas casi exclusivamente a los inmuebles declarados como Bienes de Interés Cultural (BIC). Existe, por tanto, un gran número de inmuebles (los incluidos en Conjuntos Históricos pero no declarados expresamente como BIC o pertenecientes a sus entornos) que sufren las limitaciones inherentes a los BIC, pero no disfrutan de sus posibles ventajas.

Por todo ello comprobamos que el concepto de propiedad histórica y su régimen jurídico no queda claramente determinado en lo que se refiere a los bienes inmuebles. Ello lleva a entender que, para todo lo que sea carga u obligación para el propietario, el concepto se amplía; mientras que se restringe cuando se trata de conceder ventajas o beneficios (69). Por ello, urge precisar más qué se entiende por propiedad histórica para evitar la inseguridad jurídica en la que se encuentra el propietario, y quizá una de las primeras medidas en este sentido sería la de coordinar las legislaciones de Patrimonio Histórico y Urbanística (70). Algo que parece haber logrado la legislación canaria.

Por otro lado, se hace necesario que desde la Administración competente (la cultural) se elaboren planes realistas, dotados presupuestariamente, que contemplen las medidas necesarias para la rehabilitación de los conjuntos históricos, y no sólo de los Bienes de Interés Cultural (que tampoco es que sean muchas, dicho sea de paso), incluyendo las ayudas a los titulares u obligados en la parte que exceda de su deber de conservación, lo que nos lleva a adentrarnos en el estudio específico de quiénes son estos sujetos obligados.

(68) En este sentido, ALEGRE AVILA («El ordenamiento estatal...», cit., pág. 628) destaca que la vigente legislación de Patrimonio Histórico supone la implantación de un régimen jurídico «riguroso y exigente, fuertemente restrictivo de las facultades de uso y, en ocasiones, de disposición de los titulares de derechos sobre los mismos, régimen que se concreta en el establecimiento de un conjunto de limitaciones, deberes y cargas... cuyo cumplimiento, no obstante, trata de fomentarse mediante la previsión de una serie de medidas de carácter incentivador, que, además, se configuran como "compensación" a las cargas impuestas por la Ley». Llega a afirmar este autor que «las limitaciones y restricciones que los propietarios y titulares de derechos sobre bienes históricos han de soportar... vienen así a derogar o excepcionar el común régimen de libertad de uso y disposición que luce en el texto del artículo 348 del Código Civil» (vid., pág. 632). También GARCÍA GARCÍA destaca en la LPHE «el predominio de las medidas que establecen limitaciones y restricciones en el derecho de propiedad u otros derechos reales» (*ob. cit.*, pág. 70).

(69) Como destaca ALVAREZ ALVAREZ, «lo más grave es la exclusión de toda protección fiscal para los bienes del Patrimonio Histórico que no estén declarados de Interés Cultural o incluidos en el Inventario, que forman la inmensa mayoría de los bienes culturales» (*ob. cit.*, pág. 557).

(70) GARCÍA GARCÍA señala la necesidad de armonización de las legislaciones urbanísticas y de Patrimonio Histórico, o incluso la posibilidad de refundir ambas en un único texto legal (*ob. cit.*, pág. 103).

3.2. ELEMENTO SUBJETIVO: LOS PROPIETARIOS, TITULARES DE DERECHOS REALES Y POSEEDORES DE INMUEBLES EN ENTORNOS HISTÓRICOS

Efectivamente, antes de hablar del deber de conservación hay que concretar a quién va referido este deber. Es, por tanto, necesario dejar determinado «quién o quiénes» son los sujetos obligados a la conservación y rehabilitación de los edificios. La LPHE de 1985, en su artículo 36.1, menciona a «los propietarios o, en su caso, a los titulares de derechos reales y a los poseedores» (71).

En cuanto a los primeros, no hay duda de su carácter de sujeto pasivo de la obligación, ya que ésta forma parte del contenido de su derecho, como hemos visto.

Respecto a los titulares de derechos reales, si pensamos en un usufructuario o usuario, el Código Civil les atribuye la obligación de custodiar y reparar los bienes objeto de tal derecho real, a no ser que otra cosa haya establecido su título constitutivo. El Código habla de las reparaciones ordinarias (arts. 500-502) derivadas de deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y que sean indispensables para su conservación. No responden tales sujetos de las reparaciones extraordinarias de las que tendrán que dar cuenta e informar al nudo propietario. En nuestro caso, la LPHE parece entender que las obras de conservación y reparación, salvo caso extremo, es decir, caso de ruina, son de carácter ordinario porque considera sujeto pasivo de la obligación al titular del derecho real. La justificación es clara si pensamos que éste es el poseedor de la cosa y el que la está disfrutando (y

(71) No menciona la Ley la obligación de las Administraciones Públicas, por lo que no se les puede exigir directamente el cumplimiento de esta obligación. Afirma ANGUITA VILLANUEVA que «increíblemente la LPHE no ha dispuesto una obligación del mismo talante hacia los poderes públicos o al menos la ayuda en el sostenimiento de las cargas a los titulares privados. En la LPHE se ha evitado cualquier referencia directa para evitar que un ciudadano pueda compeler jurídicamente a la misma, reclamándole dicho deber». Existe, claro es, principios programáticos en la CE (art. 46) y en la propia LPHE (art. 39). Pero únicamente del artículo 8.2 de la LPHE puede desprenderse una vinculación jurídica exigible mediante una acción popular «para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos el cumplimiento de lo previsto en la Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español», ya que si no se conserva nuestro patrimonio, mal se le está defendiendo. Recuerda también este autor que esa obligación queda también consagrada en los compromisos internacionales que vinculan a nuestro Estado en esta materia, así la Declaración de Amsterdam de 1975 y el convenio de Granada de 1985 (*ob. cit.*, págs. 85 y 86). En el mismo sentido, ALONSO IBÁÑEZ afirma que el artículo 39 de la LPHE no impone un deber de conservación a la Administración que pueda hacerse efectivo por los ciudadanos. De ahí que nadie pueda «tener derecho» a que la Administración tenga que contribuir económicamente a los gastos derivados de la conservación del Patrimonio Histórico ni siquiera en el caso de los BIC (*ob. cit.*, pág. 267).

que para poder seguir haciéndolo tendrá que mantenerla, es decir, tendrá que realizar lo necesario para prevenir y retrasar los posibles deterioros o menoscabos que pueda sufrir ese bien de carácter cultural; tendrá, como dice la Ley, que «custodiar»). Pero, si está obligado a conservar y a reparar, también habría que considerarlo como sujeto legitimado para pedir ayudas para la conservación o rehabilitación, cosa que en la mayoría de las ocasiones no se contempla (ya que en las subvenciones oficiales se habla de los «propietarios o inquilinos»).

Por otro lado, también menciona la Ley a los poseedores como sujetos obligados. Si por poseedores entendemos usufructuarios, usuarios..., la Ley se estaría reiterando. Pero, si por poseedores entendemos «inquilinos», nos encontramos con el inconveniente de que la LAU de 1994, en su artículo 21, establece que la obligación de conservación de la vivienda corresponde al arrendador, cuyo límite está en la destrucción de la misma por causa no imputable al propio arrendador. O sea, que cuando la LPHE alude a la obligación de conservar de los poseedores, tampoco debe estar refiriéndose a los arrendatarios (que, por otro lado, sí están considerados como sujetos legitimados para pedir ayudas y subvenciones destinadas a la rehabilitación). Cabe pensar, pues, que existe una falta de coordinación entre la legislación civil común y la LPHE. Pero quizá lo que haya de entenderse es que la Ley, no queriendo dejar ningún cabo suelto en orden a los sujetos obligados, incluye a todo aquel que, por su relación con la cosa (con el inmueble histórico, en nuestro caso), pueda responder del cumplimiento de la obligación (caso, por ejemplo, de un poseedor en concepto de dueño) (72). Parece claro, por tanto, que la técnica utilizada es defectuosa. Pero, aunque ésta no sea muy precisa, es notorio que la Ley «prefiere» como sujeto obligado al dueño, más fácil de identificar para la Administración, y de ahí que se hable del propietario, o en su caso, graduando la preferencia, de los titulares de derechos reales o poseedores. Por ello algunos autores consideran que aunque la obligación parece dirigirse, inicialmente, contra todas las personas mencionadas en el precepto,

(72) La jurisprudencia admite incluso la «apariencia de titularidad» a la hora de buscar el sujeto del deber de conservación, en aras de la seguridad pública: así, referidas al deber urbanístico, cabe citar las STS de 14 de julio de 1992 (RA 6160), en la que se afirma que «dicha actuación será conforme a Derecho siempre que el requerimiento se dirija contra la persona que reúna aquella «apariencia de titularidad», sin perjuicio de las cuestiones de propiedad que puedan entablarse ante la jurisdicción civil»; y de 7 de mayo de 1998 (RA 3620), en la que se indica que «esta tesis de la suficiencia de la «apariencia de titularidad» es la única aceptable para que la Administración pueda imponer sus facultades de policía a fin de que las obras y los edificios se conserven en las debidas condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, pues en otro caso habría de desbrozar ante unos problemas de titularidades dominicales para los que carece de competencia, o habría de esperar a su resolución por los Jueces y Tribunales en detrimento de la inmediata seguridad de personas y cosas.»

sin distinción de preferencia y grado en sus responsabilidades, una lectura más pausada del precepto permite deducir la existencia de un triple orden o escala de responsabilidades: en primer lugar, se imputa el deber a los propietarios. En segundo lugar, a los titulares de los derechos reales. Por último, una responsabilidad de tercer grado se asignaría a los poseedores. Pero, en todo caso, la exigencia de responsabilidad choca de frente con la fundamentación jurídica que puede alegarse contra los tres diferentes grupos de personas mencionadas en el artículo 36.1 de la LPHE (73).

3.3. LOS DEBERES LEGALES DE CONSERVACIÓN, MANTENIMIENTO Y CUSTODIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL, DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y URBANÍSTICO

Analizado el elemento subjetivo de la obligación, vamos a estudiar ahora cuáles son los deberes para la propiedad edificada que, como definen los artículos 21 y 241.1 del TRLS (74), son los de uso, conservación y rehabilitación. Y en concreto para los inmuebles del patrimonio histórico, los de conservación, mantenimiento y custodia.

Estos deberes forman parte, por tanto, del *contenido normal* del derecho de propiedad, como ha venido reconociendo la jurisprudencia (75).

Podemos distinguir varios aspectos dentro de estos deberes:

I. En primer lugar, tenemos lo que podríamos denominar el *deber de mantenimiento* del bien, sobre el que el propietario debe realizar las oportunas actuaciones tendentes a mantenerlo en condiciones aptas para su uso. Sería éste un deber necesario para poder «gozar y disponer» del bien (éste es el sentido de preceptos como los arts. 500 a 503, 527, 543, 544, 575... del Código Civil). Sería, por tanto, un deber de carácter *interno*, pues para su cumplimiento no precisa de intervenciones ajenas al titular. Este es también

(73) Así se manifiesta ABAD LICERAS, *Urbanismo y Patrimonio Histórico*, Madrid, 2000, págs. 63 y 65.

(74) Artículos no afectados por la STC 61/1997 y que han recibido, como destaca GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, respaldo constitucional (*La rehabilitación urbanística*, Pamplona, 1998, pág. 110).

(75) Podemos citar, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de junio de 1997 (RA 1319), en la que, siguiendo la doctrina contenida en la STS de 20 de octubre de 1989, se indica que «nuestro ordenamiento jurídico da lugar, en lo que ahora importa, a una definición del contenido normal del derecho de propiedad del que forman parte auténticos deberes como son los de mantener los edificios en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos... Resulta así claro que dentro del contenido normal del derecho de propiedad inmobiliaria se integra un deber legal, un deber urbanístico del propietario cuyo contenido es el ya mencionado».

el deber de conservación que ha impuesto a los propietarios de edificios la reciente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su artículo 16.1 (76).

II. Un segundo aspecto del deber de conservación es la obligación de *evitar daños o lesiones a terceros*. Esta faceta del deber de conservación estaría aún dentro del ámbito interno, y se encuentra regulada en el artículo 1.907 del Código Civil, que no exige la intervención de la Administración, ya que el cumplimiento del deber puede ser exigido por el juez civil (77).

(76) E igualmente se refiere a él, el artículo 21 de la LAU de 1994 cuando afirma que «el arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido».

(77) El criterio de imputación de la responsabilidad es la «falta de reparaciones necesarias». Pero se observa en la jurisprudencia, no una línea clara y segura, sino un diverso criterio a la hora de considerar si estamos ante un supuesto de responsabilidad por culpa o ante un supuesto de responsabilidad objetiva o por riesgo. Efectivamente, hay sentencias que no desautorizan el principio de responsabilidad por culpa, al imputar la responsabilidad a la «conducta negligente, omisiva y ausente de previsión de los propietarios, al no haber prestado atención ni ejercido la más mínima vigilancia al efecto», sobre todo tratándose de una casa antigua en la que la cornisa había sufrido envejecimiento de mortero y carecía de contrapeso necesario y armadura metálica (vid. STS de 7 de octubre de 1991, RA 6891). Pero más frecuentes son los pronunciamientos que entienden que la omisión de las reparaciones necesarias «por el sólo hecho de destruirse la pared», se debe entender probada, a menos que se acredite lo contrario (vid. SSTS de 15 de abril de 1970, RA 2016, y de 30 de junio de 1992, RA 6550). Por otro lado, esta responsabilidad es también exigible, lógicamente, cuando los daños proceden de inmuebles de titularidad pública (STS de 25 de febrero de 1987, RA 736). Se trata de una responsabilidad civil por daños causados a terceros, propia del propietario por serlo (*ob rem*), y por tanto permanece «adscrita» a él mientras lo sea o mientras siga en pie el edificio o parte de él. Es claro que tal responsabilidad le obliga a realizar todas las reparaciones necesarias pero, nos podríamos preguntar: ¿qué ocurriría si el propietario efectivamente hubiera realizado todas las obras necesarias de conservación de manera habitual o periódica pero, por la vetustez del edificio o por el agotamiento de su estructura o materiales, las inversiones necesarias superarán el 50 por 100 del valor del mismo —por tanto más allá del deber de conservación— y declarada la ruina, la Administración cultural no le permitiera la demolición?; ¿qué sucedería si efectivamente ese edificio se derrumbase produciendo daños?; ¿a quién se le imputaría la responsabilidad? Está claro que el civilista ha de contestar con el artículo 1.907 del Código Civil en la mano: responde el propietario frente a los daños causados a terceros, porque si los hay, es que «no ha realizado las obras necesarias de conservación». Pero no olvidemos que nuestro sujeto las ha realizado hasta donde le era exigible, no concediendo la Administración cultural el permiso de demolición por formar parte ese inmueble de un centro histórico, lo que ha motivado el derrumbe con consecuencias dañosas; ¿es posible, entonces, en ese específico caso, pedir responsabilidad a tal Administración? A propósito de este problema, podemos traer a colación la opinión de YZQUIERDO TOLSADA, quien se pregunta sobre si la responsabilidad del artículo 1.907 es de verdad subjetiva pues, de serlo, si el propietario se ha preocupado de realizar todas las reparaciones necesarias quedaría exonerado; mientras que si se entiende que sólo cabe la exoneración si se demuestra que la ruina no procede de la falta de las indispensables reparaciones, el propietario habrá de responder frente a la víctima,

III. ¿Cómo encauza la Administración la exigibilidad del deber de conservación por parte del propietario?

1. En primer lugar, la *legislación urbanística* impone los deberes de uso, conservación y rehabilitación en el artículo 21.1 TRLS, que establece que «los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán... mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos. Quedarán sujetos, igualmente, al cumplimiento de las normas sobre protección... de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos, y sobre rehabilitación urbana»; y en el 245.1 del mismo texto legal, que reitera el deber de los propietarios de edificaciones de «mantenerlos en las condiciones y con sujeción a las normas señaladas en el artículo 21.1». Artículos estos que permanecen vigentes tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, y cuyo contenido se reafirma en el artículo 19 de la Ley 6/1998.

Las Comunidades Autónomas han venido recogiendo este deber *urbanístico* de conservación, en parecidos términos, en su legislación propia (78).

La legislación vigente sobre la materia en la Comunidad Autónoma andaluza es la representada por la Ley 1/1997, de 18 de junio, que se limita a mantener «con carácter urgente y transitorio» la vigencia del TRLS de 1992, prácticamente en su totalidad, tras la STC 61/1997. Este es también el camino

pues a pesar de su falta de culpa, lo claro es que las reparaciones hacían falta y siempre las pudo acometer a su costa (y luego reclamar frente a quien proceda, o sea, en nuestro caso frente a la Administración por su actuación anormal). Por ello, afirma este autor, si lo que procede es esto segundo, que no se diga que la responsabilidad del artículo 1.907 se basa en la culpa (*Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pág. 319).

(78) Así, el artículo 224 de la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, que establece que «los propietarios de... edificaciones deberán mantenerlos en las condiciones de seguridad, salubridad y ornato, y con sujeción a las normas sobre... protección del patrimonio y rehabilitación urbana»; artículo 251 de la Ley catalana de 1990, que indica que «los propietarios... de edificaciones... deberán mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos»; artículo 170.1 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo de Galicia; artículo 86 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística de la Generalidad Valenciana, que establece un deber *general* de conservación y rehabilitación de los edificios y construcciones de titularidad privada, ya que especifica que «será exigible este deber aun cuando no hubiere normas específicamente aplicables sobre protección del medio ambiente, patrimonios arquitectónicos y arqueológicos y sobre rehabilitación urbana», y artículo 59.e) de la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de ordenación del territorio de Canarias, que establece sobre el contenido urbanístico de la propiedad del suelo el deber de «conservar en buenas condiciones de salubridad y ornato las construcciones e instalaciones existentes para que cumplan siempre los requisitos mínimos exigibles para autorizar su uso, procediendo, en su caso, a su rehabilitación, siempre que el importe de las obras a realizar no supere el 50 por 100 del coste de nueva construcción con similares características», matizando así la diferencia entre conservación y rehabilitación y definiendo al mismo tiempo su límite.

seguido por la Comunidad Autónoma de Extremadura con la Ley 13/1997, de 23 de diciembre (79).

El Anteproyecto de Ley del Suelo andaluza (julio de 1999), de larguísima tramitación parlamentaria, recoge el deber de conservación y rehabilitación en su artículo 159.1, estableciendo que «los propietarios de ...terrenos y edificaciones tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y decoro, realizando los trabajos y obras precisas para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo». Esta norma crea cierta confusión entre la «conservación» y la «rehabilitación», términos que, como veremos, no son sinónimos y que quedan indefinidos, máxime al hacerse la especificación temporal «en todo momento».

Teniendo en cuenta, por tanto, la legislación central y autonómica, ¿qué caracteres presenta el deber urbanístico de conservación?:

- a) En primer lugar, es un deber de carácter *general*, es decir, que afecta a los propietarios de *todos* los inmuebles, por contraposición, como indica GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (80), al deber de conservación impuesto por la legislación de Patrimonio Histórico, que es de carácter especial (81).
- b) En segundo lugar, el deber de conservación está incluido dentro del *contenido normal* del derecho de propiedad, como reiteradamente ha venido señalando la jurisprudencia (82).
- c) Por último, el de conservación es un concepto jurídico *indeterminado*, como ponen de manifiesto ABAD LICERAS (83) y GARCÍA GARCÍA (84). Si acudimos al Diccionario de la Real Academia, veremos

(79) En estas Comunidades Autónomas permanece vigente, por tanto, el confiscatorio artículo 99.2, que establece, a efectos de la aplicación del aprovechamiento tipo, que «en todo caso, se entenderá por sustitución de la edificación la ejecución de obras que por su naturaleza hubieran permitido la declaración en ruina del inmueble», negando así al propietario el derecho sobre la parte, ya construida, que exceda del 90 por 100 del aprovechamiento tipo. Sorprende el mantenimiento de esta disposición que penaliza legalmente la rehabilitación.

(80) *Ob. cit.*, pág. 113.

(81) Si bien GARCÍA GARCÍA considera el deber de conservación también «en un sentido *genérico* para todos los bienes integrantes del Patrimonio Histórico» (*La conservación de los inmuebles históricos a través de técnicas urbanísticas y rehabilitadoras*. Pamplona, 2000, pág. 74).

(82) Ello no obstante, hay algunos autores, como GARCÍA GARCÍA, que consideran el de conservación como «deber integrado dentro del núcleo esencial del derecho de propiedad» («La declaración de ruina en la Ley Valenciana reguladora de la actividad urbanística», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*, núm. 17, año 1997, pág. 145).

(83) *Ob. cit.*, pág. 62.

(84) *Ob. cit.*, pág. 84.

que el concepto de *conservación* se asocia con el de *mantenimiento del bien en las condiciones presentes*, mientras que el de *rehabilitación* (o *restauración*) indica la operación tendente a *devolverlo a las condiciones anteriores* a una situación de deterioro. Pero, como señala GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (85), son las ordenanzas municipales las que normalmente lo definen (86).

Analizadas todas estas legislaciones, se puede entender, con carácter general, que el deber de conservación es un deber de mantenimiento para prevenir y retrasar los posibles deterioros o menoscabos de los bienes de naturaleza inmueble. Conservar es, por tanto, mantener con seguridad, salubridad y decoro (87).

2. Tenemos, en segundo lugar, un deber de conservación *especial*, por afectar sólo a determinados bienes inmuebles, que son los comprendidos en las distintas categorías del Patrimonio Histórico. Deber que, como afirma ALVAREZ ALVAREZ, «es de todas las obligaciones de hacer que se imponen al propietario, la más grave y trascendente. Y la más lógica» (88).

Este deber viene recogido, como hemos visto, en el artículo 36.1 de la LPHE, que establece que «los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes», disposición un tanto imprecisa por la carencia de definición legal del concepto de «conservación» (89).

¿Puede aclarar la legislación autonómica, por su carácter más reciente, lo que ha de entenderse por «conservación»? Porque es claro que la legislación autonómica también impone este deber. Así, la Ley 1/1991, de 3 de julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía, establece en su artículo 15.1 que «los

(85) *Ob. cit.*, pág. 112.

(86) En este sentido, el PGOU de Granada (2001) define las obras de conservación como «obras menores cuya finalidad es mantener el edificio en correctas condiciones de salubridad y ornato, sin alterar su estructura portante, ni su estructura arquitectónica, así como tampoco su distribución». Podemos también destacar la Ordenanza sobre Conservación, Rehabilitación y Estado Ruinoso de las edificaciones del Ayuntamiento de Madrid (1999), que distingue entre el deber de conservación (art. 4) y el deber de rehabilitación (art. 33).

(87) Esta expresión legal de mantener con «decoro» es, sin embargo, un tanto pantanosa en cuanto que en no pocas ocasiones se han considerado como mejoras, a las que no está obligado el propietario del bien, lo que no eran más que manifestaciones del «decoro» urbanístico (vid., en este sentido, la STSJA de 14 de abril de 1993, comentada por PEMÁN GAVÍN en *Revista Aragonesa de Admón. Pública*, núm. 4, julio de 1994, pág. 405 y sigs).

(88) *Ob. cit.*, pág. 503.

(89) Así lo destaca ABAD LICERAS, *ob. cit.*, pág. 63.

propietarios, titulares de derechos o simples poseedores de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se salvaguarden sus valores». Como se ve, esta disposición precisa algo más el significado de la conservación como actuación tendente a la «salvaguarda» del bien, pero introduce un factor de inseguridad al ampliar la aplicación del deber a todos los bienes, «se hallen o no catalogados».

Esa misma inseguridad se manifiesta en el artículo 39.1 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, del Patrimonio Cultural de Cantabria, al establecer que «los propietarios, titulares de derechos reales y poseedores de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Cantabria, aunque no hayan sido inventariados, están obligados a conservarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción y deterioro».

La Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, por su parte, establece en su artículo 18.1 que «los propietarios y poseedores por cualquier título de bienes incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano están obligados a conservarlos y a mantener la integridad de su valor cultural», restringiendo por tanto la obligación a los bienes inventariados.

El deber de conservar se establece también en la Ley 10/1998, de 9 de julio, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, que en su artículo 18.1 señala que «los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales sobre bienes integrantes del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid están obligados a conservarlos, mantenerlos, custodiarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción o deterioro».

La Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, va aún más lejos en cuanto al elemento subjetivo de la obligación, cuando en su artículo 6 señala que «todas las personas tienen el deber de conservar el Patrimonio Cultural Aragonés... para garantizar su disfrute por las generaciones futuras». No obstante, el artículo 33.1 concreta el sujeto del deber al señalar, para los bienes inmuebles, que «los propietarios y titulares de derechos reales sobre los bienes de interés cultural tienen el deber de conservar adecuadamente el bien».

Por último, es la Ley 4/1999, de 15 de marzo, del Patrimonio Histórico de Canarias, la que mejor define estos conceptos, distinguiendo un «deber general de conservación», establecido en el artículo 4.1, «para los ciudadanos y los poderes públicos», del deber de conservación impuesto a los propietarios o, en su caso, a los titulares de derechos reales o simples poseedores por el artículo 52.1. El artículo 46.a), por su parte, define las medidas de conservación como «las que tienen por finalidad la realización de estrictas actuaciones de mantenimiento en cumplimiento de las obligaciones de los

titulares o poseedores de los bienes sobre las condiciones de seguridad, salubridad y ornato de las edificaciones, así como las reparaciones y reposiciones de las instalaciones».

Como de este repaso por las legislaciones autonómicas se desprende, una definición del deber de conservación es difícil (90). Quizá es que no puede precisarse más de lo que la Ley hace al ser una cuestión técnica a resolver en cada caso. Pero sí se puede afirmar, con carácter general, que el deber de conservación es un deber de mantenimiento que viene cualificado por los inmuebles a los que va referido y que completa el deber general de conservación establecido en la legislación urbanística, al que ya nos hemos referido.

Por ello, pensamos que la conclusión que del examen de las distintas normativas se puede extraer es que el deber de conservación, dentro de la propiedad inmobiliaria histórica, es un deber que va más allá del estricto deber urbanístico de conservación (dotar a los inmuebles de las condiciones de seguridad, salubridad y ornato público). Es un deber con mayores pretensiones por la finalidad a la que está orientado, no sólo por la posible belleza arquitectónica de esos edificios, sino también por lo que significan de representatividad de una época por la personalidad y singularidad que otorgan a determinadas zonas de una ciudad, etc. En definitiva, porque el objeto sobre el que recae la propiedad histórica está especialmente afectado por la función social. Así es claro que conservar un inmueble perteneciente al patrimonio histórico resultará siempre más gravoso para el titular del mismo que si de otro tipo de bien inmueble se tratara. Pero si, por otro lado, es la ciudad la que va a beneficiarse del «buen estado» de tal inmueble o de un determinado conjunto histórico (no sólo de un Bien de Interés Cultural), parece de sentido común que haya también de contribuir financieramente a «sobrellevar» ese deber de conservación y no cargarlo únicamente sobre las espaldas de sus titulares.

4. ¿TIENE LIMITE EL DEBER DE CONSERVACION?

La legislación de Patrimonio Histórico no define, en general, el límite del deber de conservación que hemos analizado en el epígrafe precedente. Y es que, en realidad, no lo tiene para los inmuebles pertenecientes al Patrimonio Histórico, puesto que la Ley impide normalmente su demoli-

(90) Como destaca ANGUITA VILLANUEVA, «las CCAA han optado, a la hora de concretar sus competencias en esta materia, salvo alguna rara excepción, por regular *ex novo* no sólo el contenido jurídico de lo que la LPHE conoce como BIC o BIG (bien incluido en el inventario general), sino que han cambiado también la nomenclatura, produciéndose un auténtico desatino jurídico» (*ob. cit.*, pág. 83).

ción (91). Por tanto, mientras el inmueble permanezca en pie subsistirá de algún modo el deber de conservación. Y es que la declaración en estado de ruina, situación legal que, como veremos, se asocia por la legislación urbanística con dicho límite, no implica para estos inmuebles la demolición (SSTS de 6 de junio de 1996, RA 4781, de 20 de julio de 1998, RA 6907, de 19 de julio de 1999, RA 6315). Únicamente la ruina inminente permite la demolición, y no total ni en todos los casos (por ejemplo, la STS de 15 de diciembre de 1997, RA 9687, a pesar de estar declarada la ruina inminente, establece la necesidad de conservar la fachada del inmueble).

Pero, al igual que ocurría con el concepto del deber de conservación, la legislación autonómica sobre Patrimonio Histórico no define tampoco, en general, qué debe entenderse por ruina de un inmueble, remitiéndonos, una vez más, a la legislación urbanística.

La normativa urbanística estatal en la materia no especifica el límite del deber de conservación, sino que lo establece indirectamente, cuando, tras definir dicho deber en el artículo 245 TRLS (vigente tras la STC 61/1997, de 20 de marzo), indica en el artículo 183.1 de la LS de 1976 (que recobra vigencia tras dicha sentencia) (92) que «cuando alguna construcción o parte

(91) El artículo 21.3 de la LPHE señala que en los Conjuntos Históricos «se considerarán excepcionales las sustituciones de inmuebles»; y el 24.2 establece para los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español que, «en ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble sin previa firmeza de la declaración de ruina y autorización de la Administración competente, que no la concederá sin informe favorable de al menos dos de las instituciones consultivas a las que se refiere el artículo 3». En parecidos términos, la LPHA señala en su artículo 36.2, que «la firmeza de la declaración de ruina no llevará aparejada la autorización de inmuebles catalogados»; en el 36.3, que «la demolición total o parcial de inmuebles incluidos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz exigirá, en todo caso, la autorización de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente»; y en el 37.1, que «la demolición de edificios incluidos en Conjuntos Históricos declarados Bien de Interés Cultural con arreglo a la Ley 16/1985, de 25 de junio, o inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz, pero que no hayan sido objeto de declaración o catalogación individual ni formen parte del entorno de otros bienes inmuebles, exigirá asimismo, informe favorable de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente». La Ley de Patrimonio Cultural Valenciano, por su parte, se remite al límite del deber normal de conservación de la legislación urbanística (art. 40); la de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid señala expresamente en su artículo 26.1 que el deber de conservación respecto de los bienes de interés cultural o incluidos el Inventario no cesará con la declaración de ruina de los mismos; al igual que la Ley de Patrimonio Cultural de Cantabria, en su artículo 58.2; el artículo 42.2 de la Ley de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares prohíbe el derribo para inmuebles de interés cultural o catalogados; así como el artículo 38.2 de la Ley de Patrimonio Cultural Aragonés; mientras que el artículo 34.7 de la Ley de Patrimonio Histórico de Canarias sólo permite las demoliciones de edificios catalogados declarados en ruina inminente o técnico-constructiva.

(92) En las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura permanece vigente como legislación propia el artículo 247.2 del TRLS, de contenido prácticamente idéntico. La realidad es que no entendemos cómo, según la referida STC, la regulación del

de ella estuviere en estado ruinoso, el Ayuntamiento ... declarará y acordará la total o parcial demolición», identificando así el límite del deber con la declaración de ruina, por incompatibilidad de dicho deber con la demolición (93); y añade el párrafo 2.º del mismo artículo: «Se declarará el estado ruinoso en los siguientes supuestos ... Coste de la reparación superior al 50 por 100 del valor actual del edificio o plantas afectadas», dando así un valor económico al límite del deber de conservación.

La legislación autonómica más reciente invierte los términos, definiendo, en primer lugar, este límite mediante un valor económico, e identificando, a continuación, la situación legal de ruina con el cese de dicho deber de conservación por superación de su límite. Pero esta misma legislación lo que está haciendo es elevar dicho límite al identificarlo con el 50 por 100 del valor de reposición (94), valor que es siempre superior al actual del inmueble, que no es más que el resultado de depreciar el valor de reposición en concepto de antigüedad.

Esa elevación del límite del deber de conservación no queda compensada con la posibilidad de obtener ayudas a la conservación cuando este deber exceda del mencionado límite, pues la realidad es que el 50 por 100 del valor de reposición de un inmueble (lo que costaría volver a construirlo con las mismas características y la misma superficie) es una cantidad muy elevada, que en muchos casos no podrá ser costeada por los propietarios, y llegará, en la práctica, a provocar dos ruinas: la del inmueble, que no podrá ser conservado; y la del propietario, que dejará su fortuna en el empeño. Y en cualquier caso, el límite así definido supera en mucho el concepto de conservación, entendida como «mantenimiento» del bien, que veíamos en el epígrafe anterior (95). Y es que ese tope del deber de conservación se entiende en la

deber de conservación tiene carácter básico, y por tanto se hace por la legislación estatal, mientras que la de su límite tiene carácter supletorio y se regula por las Comunidades Autónomas.

(93) Así, entre otras, la STS de 17 de mayo de 1993 (RA 3486) que señala: «Este deber tiene su límite o momento de cesación en la situación de ruina ... pues cuando resulta procedente la demolición del edificio se extingue, por incompatibilidad, el deber de conservación...»

(94) Así se regula en las Leyes 10/1994, de 4 de julio, de Navarra (art. 226); 6/1994, de 15 de noviembre, de la Comunidad Valenciana (art. 88); 2/1998, de 4 de junio, de Castilla-La Mancha (art. 137.2); 5/1999, de 8 de abril, de Castilla y León (art. 8.2); y 9/1999, de 13 de mayo, de Canarias (art. 59.e); y en el Anteproyecto de Ley andaluza (art. 159.2). Mientras que el límite del deber de conservación se establece en el 50 por 100 del valor actual sólo en la Ley estatal, en la 1/1997, de 24 de marzo, de Galicia (art. 171) y en la 5/1999, de 25 de marzo, de Aragón (arts. 184 y 191).

(95) Afirma ALONSO IBÁÑEZ que la declaración de ruina no trae aparejada el cese del deber de conservación cultural sino la delimitación de la financiación de las obras de conservación. Considera esta autora que para el propietario no puede cesar su responsabilidad porque mientras no desaparezca el derecho de propiedad sobre el objeto, por

legislación actual como algo «estático», como un punto fijo por debajo del cual el propietario está obligado a todo; cuando la obligación de conservar debería ser «dinámica», continuada en el tiempo, entendida como una actividad que hay que realizar periódicamente durante la vida útil del inmueble.

Pero con esta regulación lo que se está consiguiendo es aproximar el concepto de ruina legal o urbanística, cuya declaración se produce por un acto administrativo, al de ruina física, ya que, al elevar el límite del deber de conservación (y por tanto el umbral de la ruina), los daños que debe padecer el inmueble para que se produzca tal declaración deberán ser de tal entidad que en realidad estaremos ante una ruina física (96). Y es que la ruina de un edificio no es más que la constatación por parte de la Administración de que el inmueble ha completado su vida útil (97); es decir, que ha alcanzado un grado de deterioro tal que no resulta *rentable* la inversión necesaria para su conservación, afectando por tanto al contenido *esencial* de la propiedad. Y si otras consideraciones, de carácter social o de interés histórico, hacen necesaria la conservación del edificio, deberá ser la comunidad, a través de la Administración, quien se haga cargo de la inversión necesaria (98). Pero también por ello sólo deberán conservarse aquellos inmuebles cuyos valores

expropiación o por extinción física de éste, no tiene por qué cesar el deber de conservación que forma parte del contenido de su derecho de propiedad (*ob. cit.*, pág. 288).

(96) Concepto éste de la ruina que, ya en 1984, propugnaba GARCÍA BELLIDO (*ob. cit.*, pág. 76). Sin embargo, otros autores, más recientemente, vuelven a la consideración de la ruina como una «ficción legal que se produce cuando concurren determinados requisitos establecidos legalmente y se constata esta circunstancia por la Administración» (GARCÍA GARCÍA, «La declaración de ruina en la Ley valenciana...», *cit.*, pág. 143).

(97) Vida útil que la Orden Ministerial de Economía y Hacienda (OMEH), de 30 de noviembre de 1994, cuantifica para edificios de uso residencial en cien años pero que, evidentemente, no será igual para todos los inmuebles. En este sentido, resulta interesante la respuesta dada por el Decano del Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental al Defensor del Pueblo Andalúz en el informe «En torno a la conservación y protección de inmuebles de interés arquitectónico», citado, en el que se señala que «el valor de una obra de arquitectura no se puede medir sólo por sus aspectos estilísticos u ornamentales, ni siquiera por su trazado, sino que hay otros factores como su buena construcción o el buen uso de los materiales que, a través de la historia, ha producido una especie de selección natural que ha conservado aquellos edificios que han sido capaces de sobrevivir al agua, al viento, a los terremotos y, en definitiva, al tiempo. Es pues una variante de la buena arquitectura de la que merece perdurar por su solidez estructural y la racionalidad en el oficio de construir».

(98) GARCÍA GARCÍA afirma que «la demolición del inmueble en el que concurren valores relevantes desde el punto de vista cultural, supondría el sacrificio de los mismos en aras de un interés individual e interesado» («La conservación de los inmuebles históricos...», *cit.*, pág. 101). *A sensu contrario*, podemos afirmar que la conservación de un inmueble ruinoso supone el sacrificio de los intereses individuales en aras de un interés cultural general cuando entendemos que ambos han de estar compensados. Pero es que, es más, puede ocurrir que queden también afectados los intereses sociales si no se toma aquella medida, no sólo porque haya de ser la Administración (o sea, todos nosotros) los que tengamos que contribuir a sostener un inmueble que a lo mejor no tiene ninguna

verdaderamente lo exijan, pues en caso contrario no sólo se afectaría a la rentabilidad del propietario, sino también a la rentabilidad social (99).

Se debe erradicar, por tanto, el extendido criterio de que el propietario es un «depredador», ansioso por declarar en ruina su propiedad para demolerla y sustituirla. Esto podía ser cierto hace treinta años, cuando la creciente presión demográfica y los planes urbanísticos desarrollistas permitían y fomentaban esta operación. Pero hoy en día, gracias a los cambios de criterio cultural y a los planes urbanísticos restrictivos, así como a la propia legislación, estas operaciones son escasas, ya que la declaración de ruina sólo tiene la consecuencia de la demolición en el supuesto de ruina inminente: en otro caso únicamente tiene repercusiones civiles, como es la extinción de los contratos de arrendamiento (asunto que debería quedar fuera de la actuación administrativa, pues ésta sólo debería intervenir en su función de «policía» de la seguridad pública, y no con un papel arbitral) (100).

cualidad histórico-artística especialmente relevante sino, y sobre todo, porque puede acarrear un riesgo para la integridad de las personas.

(99) Como ejemplo de hasta dónde puede llegar la actuación de la Administración cultural, aplicando estrictamente la letra de la legislación de Patrimonio e ignorando tanto el interés del propietario como el de la sociedad, podemos citar el siguiente caso: Un edificio, no catalogado por el Planeamiento, situado dentro del Conjunto Histórico de Granada, resultó fuera de la alineación marcada por el PGOU y, por tanto, fuera de ordenación. El propietario del inmueble propuso la demolición y reconstrucción del inmueble, petición que le fue denegada por resolución de la Dirección General de Bienes Culturales de la Junta de Andalucía, ya que la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico emitió informe desfavorable en base a que se modificaba la alineación existente y ello era contrario a la Ley de Patrimonio Histórico. Propuesta la declaración de ruina técnica y urbanística por el Ayuntamiento y la demolición parcial, es ésta igualmente rechazada por la citada Dirección General, al afirmar que no deben realizarse más demoliciones que las estrictamente necesarias encaminadas a la conservación y consolidación del edificio, hasta tanto no se apruebe el correspondiente proyecto de actuación sobre el inmueble. Todo ello fundamentado en el artículo 36.6 de la Ley 1/1991, de 3 de julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía, que se refiere a los bienes inscritos en el Catálogo del Patrimonio Histórico Andaluz, lo que no ocurría en el edificio en cuestión. Estos son los hechos, de los que se deduce que nos encontramos ante un propietario que no puede demoler el inmueble a pesar de su estado ruinoso (por la obligación de conservación del edificio que recoge la resolución de la Consejería de Cultura), pero tampoco puede rehabilitar porque las obras a llevar a cabo (necesidad de refuerzos de cimientos y estructuras) exceden de las estrictas de mantenimiento que se pueden autorizar, según la legislación urbanística, respecto de un edificio fuera de ordenación (art. 137.2 del TRLS de 1992, vigente en Andalucía). Este ejemplo demuestra las incongruencias a que nos puede llevar la falta de coordinación entre las legislaciones del suelo y la de Patrimonio Histórico. Cabe preguntarse, pues: ¿se justifican los costes que sufre el propietario para «conservar y consolidar» un edificio del que no puede obtener rentabilidad (pues se encuentra en estado ruinoso y no cabe rehabilitarlo al estar fuera de ordenación), por el hipotético «beneficio social» derivado del mantenimiento de una supuesta «alineación histórica»?

(100) Opinión en la que coincidimos con ARZÚA ARRUGAETA, quien propone que «estos supuestos de ruina (la ruina ordinaria) desaparezcan, como tales, del campo del Derecho público y se solventen ante los Tribunales civiles, por tratarse de meros conflic-

Precisamente en relación a los contratos de arrendamiento hay que aclarar que, efectivamente, ante la existencia de rentas bajas, el propietario ha buscado terminar con esta situación mediante la declaración en ruina del inmueble. Pero también en este punto la situación ha cambiado, ya que la elevación progresiva de las rentas a partir de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, unida, como decimos, a los nuevos planes urbanísticos que, normalmente, limitan la superficie edificada a la existente, provoca que los propietarios no busquen ya —salvo sonadas excepciones, ¡que las hay!— la ruina del inmueble. La LAU de 1994 considera en su artículo 28 como causas de extinción de los contratos de arrendamiento, de forma independiente, la pérdida por motivo no imputable al arrendador y la declaración de ruina. No obstante, como afirma ROMÁN GARCÍA, son claras y evidentes las conexiones que se producen entre ambas, ya que tales causas hay que conectarlas con los deberes del propietario de conservación y de realización de las obras de reparación necesarias en la finca (101). Así, al relacionar este precepto con el artículo 21.1, párrafo 2.º que se refiere a la mencionada obligación, la Ley quiere salir al paso de las maniobras fraudulentas realizadas en este campo y de la litigiosidad que provocó el derogado artículo 118. De esta manera, como indica GARCÍA CANTERO, en caso de pérdida de la finca por causa imputable al arrendador, el arrendatario podrá optar por considerar que el contrato sigue en vigor y exigir su cumplimiento por equivalente o solicitar la extinción con indemnización por daños y perjuicios (102). Por otro lado, la declaración de ruina produce efectos extintivos del contrato con abstracción de la persona culpable de ella en caso de que tal circunstancia pueda determinarse y, si es así, la extinción conllevará la obligación de indemnizar por los daños y los perjuicios causados (103).

tos entre particulares» («Reflexiones de orden jurídico-práctico sobre una sentencia del Tribunal Supremo en materia de ruina», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 21, mayo-agosto 1988, pág. 163). Por su parte, GARCÍA CANTERO afirma que esta causa «sigue siendo ejemplo —acaso no afortunado— de incidencia del Derecho público en el privado, dado que en el supuesto de hecho de una norma arrendaticia urbana se integra un hecho regulado por un Ordenamiento ajeno, en este caso «administrativo»: el Ordenamiento civil recibe del administrativo la declaración firme de ruina, y le aplica una importante consecuencia jurídica, a saber, la extinción de la relación locativa» (*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. O'Callaghan, Madrid, 1995, pág. 439).

(101) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. Lasarte, Madrid, 1996, págs. 786 y 787.

(102) *Ob. cit.*, págs. 433 y sigs.

(103) Ciertamente, conviene reiterar que, con las previsiones de la LAU de 1994, los supuestos de ruina serán menos frecuentes que en el pasado, ya que, de una parte, los arrendadores están interesados en realizar las reparaciones necesarias y, por su parte, los arrendatarios, al concertar el alquiler, que será temporal, están en mejores condiciones para exigir que la finca se encuentre en estado de habitabilidad, por lo que quedarán fuera

Por todo lo anterior puede decirse que, en realidad, lo que verdaderamente provoca la ruina de los conjuntos históricos es, por una parte, la propia evolución física de los edificios, y por otra, el elevado coste de su reparación, que no puede ser asumido en muchos casos por los propietarios, quienes deberían ser ayudados por la Administración para sobrellevar esta carga. Teniendo presente esta idea, vamos a examinar en el epígrafe siguiente las medidas de fomento —si es que se pueden calificar de tales— a las que puede acogerse un propietario obligado a conservar un inmueble por encima del límite de su deber de conservación.

5. LAS MEDIDAS DE FOMENTO PARA LA CONSERVACION DE LOS CENTROS HISTORICOS: SU ESCASEZ E INOPERANCIA

Como hemos visto en el epígrafe anterior, la legislación urbanística, y en menor medida la de Patrimonio Histórico, establecen un límite del deber de conservación que se fija en el 50 por 100 del valor actual del inmueble (o del valor de reposición, en su caso). Si, por razones de interés general de índole cultural, resulta necesaria la conservación del inmueble, el coste por encima de dicho límite debería ser asumido por la colectividad a través de la Administración, ya que, como se ha expuesto, a partir de este límite no resulta económicamente rentable, ni en ocasiones socialmente, la conservación del inmueble por haberse alcanzado el final de la vida útil del edificio.

En la legislación urbanística queda claro que, cuando las obras que sea necesario realizar en un inmueble rebasen el límite del deber de conservación, su coste correrá a cargo de la Administración. Así se dispone en los artículos 21.2 («El coste de las obras necesarias, en virtud de lo dispuesto en el número anterior, se sufragará por los propietarios o la Administración en los términos que establezca la legislación aplicable») (104), y 246.2 («Las obras se ejecutarán a costa de los propietarios si se contuvieren en el límite del deber de conservación que le corresponde y con cargo a fondos de la Entidad que lo ordene cuando lo rebasare para obtener mejoras de interés general») (105), del TRLS, vigentes tras la STC 61/1997, de 19 de

del mercado inmobiliario las edificaciones que amenacen ruina (en este sentido, vid., GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 438).

(104) El artículo 21.1, también vigente, se refiere al deber de conservación.

(105) Este artículo se refiere a las obras de conservación y de reforma en fachadas o espacios visibles desde la vía pública, por motivos de interés turístico o estético, «ex» artículo 183.1 LS de 1976, vigente tras la mencionada STC. También recobra vigencia el artículo 183.3, que indica que los propietarios de bienes incluidos en catálogos podrán recabar, para conservarlos, la cooperación de las Administraciones competentes, que habrán de prestarlas en condiciones adecuadas.

marzo, y 19.2 de la Ley 6/1998, de idéntico contenido al mencionado 21.2 del TRLS (106).

Por el contrario, en la legislación de Patrimonio Histórico este criterio se formula como principio inspirador de la Ley, pero no se plasma de forma práctica en el articulado. Así, el Preámbulo de la LPHE ya se refiere a la importancia de las medidas de fomento de la conservación cuando afirma que «la defensa del Patrimonio Histórico de un pueblo no debe realizarse exclusivamente a través de medidas que prohíban determinadas acciones o limiten ciertos usos, sino a partir de disposiciones que estimulen a su conservación y, en consecuencia, permitan su disfrute y faciliten su acrecentamiento»; e, igualmente, se alude a «una política que complemente la acción vigilante con el estímulo educativo, técnico y financiero, en el convencimiento de que el Patrimonio Histórico se acrecienta y se defiende mejor cuanto más lo estiman las personas que conviven con él, pero también cuantas más ayudas se establezcan para atenderlo, con las lógicas contraprestaciones hacia la sociedad cuando son los poderes públicos quienes faciliten aquéllas».

Pero esta declaración de principios se concreta de forma totalmente decepcionante en el Título VIII, reduciéndose las medidas de fomento a las siguientes:

- El acceso preferente de las obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación al crédito oficial (art. 67), posibilidad que en la actual situación de bajos tipos de interés parece innecesaria.
- La regulación del denominado «1 por 100 cultural» de la aportación estatal al Presupuesto de las obras públicas financiadas por el Estado, destinado a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español (art. 68), figura ésta que podría ser de

(106) La legislación urbanística autonómica también prevé esta obligación de la Administración de cooperar en la conservación. Así, las leyes andaluza y extremeña recogen los artículos derogados del TRLS, 246.1 y 246.3, de contenido idéntico respectivamente a los artículos 183.1 y 183.3 de la LS, añadiendo a este último la expresión «cuando tales obras excedan del deber de conservación». En parecidos términos se expresa el artículo 225 de la Ley navarra y el 170.1 de la gallega. Los artículos 89 y 90 de la Ley valenciana y 137 y 138 de la de Castilla-La Mancha, así como el anteproyecto andaluz, establecen la posibilidad de ayudas públicas cuando se potencie la utilidad social de la construcción, y el que la Administración sufrague las obras de conservación o rehabilitación que se ordenen en exceso sobre el límite del deber de conservación, aunque con la contrapartida de posibles fórmulas de explotación conjunta del inmueble, como participación pública en los beneficios generados por la prolongación de la vida útil del inmueble. Por último, el artículo 186 de la Ley aragonesa establece la posibilidad de subvencionar hasta el 10 por 100 del presupuesto de las obras de conservación, cuando éste supere la cuarta parte del valor de la edificación, y en todo caso la parte que supere la mitad de dicho valor.

sumo interés por el elevado coste de las obras públicas, pero de poca efectividad práctica y escasa transparencia en su aplicación (107).

- Una serie de beneficios fiscales, aplicables exclusivamente a los Bienes declarados de Interés Cultural o inventariados (arts. 69 a 74) (108).

La legislación autonómica no mejora en mucho esta situación: así, la LPHA señala en su Preámbulo el hecho de que «el recurso a las exenciones fiscales tiene un sentido muy limitado cuando la fiscalidad autonómica resulta de reducida importancia. Se potencia, por tanto, el instrumento de la subvención y el acuerdo con los particulares, dando gran relevancia a la figura del convenio y otros medios de gestión indirecta que permitan establecer los términos específicos de colaboración en la materia». Pero en el articulado, tales medidas se concretan en:

- La inclusión de una partida del 1 por 100 de la aportación de la Comunidad Autónoma en el Presupuesto de las obras públicas financiadas por la Junta de Andalucía (art. 87), medida de la que podemos afirmar lo mismo que del «1 por 100 cultural» de la LPHE (o sea, que ha tenido escasísima aplicación práctica).

(107) Una de las escasas aplicaciones de esta figura es la rehabilitación del antiguo Hospital Militar de Granada, o Palacio del Almirante de Aragón, para sede de la Escuela Técnica Superior de Arquitectura.

(108) Vid. ANGUITA VILLANUEVA (*ob. cit.*, págs. 260 y 262) que hace un recorrido por los impuestos estatales y municipales. Efectivamente, se observa que respecto del IRPF y del Impuesto de Sociedades existen algunos beneficios fiscales pero muy escasos y aplicables sólo a los BIC; en cuanto al Impuesto sobre el Patrimonio parece que se contempla la exención para los BIC y, sólo si se dan ciertos requisitos, para los inmuebles pertenecientes a centros históricos. El Impuesto de Sucesiones y Donaciones establece una importante reducción en la base imponible cuando se trate de bienes adquiridos *mortis causa* o donados pertenecientes al Patrimonio Histórico Español, si concurren también determinados requisitos. En lo que respecta a los impuestos municipales, la exención del IBI alcanza a los BIC, pero no a los inmuebles de los centros históricos, dado el carácter restrictivo con que se aplica la exención. Por otro lado, en cuanto a la plusvalía (o impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana), parece claro que respecto de los BIC, el hecho imponible no se produce al quedar su valor congelado desde la declaración (o incoación del expediente) como tal, ya que no se ha producido el hecho imponible (vid. ALEGRE AVILA, «Evolución y régimen jurídico...», cit., T. II, págs. 485 y 486). Esta es la doctrina de la STS de 11 de diciembre de 1993 (RA 9320), referida a los conjuntos históricos. Sin embargo, encontramos una STS, de 4 de enero de 1999 (RA 51), en la que se deniega la exención del impuesto del incremento sobre el valor de los terrenos porque aparte de no contemplarse en la Ordenanza Municipal, no se trataba de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español ni habían sido declarados de interés cultural ni anotados en el Registro General de tal clase de bienes, a pesar de pertenecer a un Plan especial urbanístico que calificaba como de «protección total a todas las villas de Benicasim».

- La posibilidad de pagar deudas con la Junta de Andalucía mediante adjudicación a ésta de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz (art. 90); y de que la Consejería de Cultura acepte donaciones de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a dicho Patrimonio (art. 91). Medidas éstas que lo único que fomentan es el propio Patrimonio de la Junta (¿verdaderamente hay aquí una medida de fomento?; ¿qué clase de fomento es éste?).
- La posibilidad de aplicar los estímulos y beneficios propios de la rehabilitación de viviendas a la conservación y restauración de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz (art. 92), opción a través de la cual la Administración cultural endosa a la de Obras Públicas y Urbanismo la financiación de obras de conservación que deberían ser de su competencia.
- La posibilidad de obtención de ayudas y subvenciones por los propietarios, titulares de derechos reales o simples poseedores de bienes inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz que vayan a realizar en los mismos obras de conservación. Esta previsión, regulada en los artículos 95 y 96, podría ser de gran interés por referirse precisamente al cumplimiento del deber de conservación, pero tiene el inconveniente de afectar sólo y exclusivamente a los bienes inscritos en el catálogo, y tropieza además con el obstáculo de realizarse «dentro de los límites presupuestarios», siempre muy limitados en lo que a estas partidas se refiere (109).

(109) En la legislación vigente en las demás Comunidades Autónomas no mejora demasiado la situación. Así, en el artículo 55.1 de la Ley catalana se establece un programa anual de inversiones y ayudas para la conservación del Patrimonio cultural. El artículo 86 de la Ley gallega prevé inversiones culturales por valor del 0,15 por 100 de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para fines de conservación del Patrimonio Cultural. El artículo 48.1 de la Ley madrileña señala que las ayudas para la conservación de los bienes de interés cultural o inventariados tendrán la consideración de anticipo reintegrable sólo en la parte correspondiente al deber de conservación. En el artículo 58.2 de la Ley de Cantabria se establece que la declaración de ruina implica el derecho a acceder a las ayudas económicas públicas a la conservación. En los artículos 83.2 de la Ley balear y 90.2 de la aragonesa, se recoge la posibilidad de ayudas con carácter de anticipo reintegrable para las reparaciones urgentes; y en los artículos 84.2 y 91.2, respectivamente, el establecimiento de garantías para evitar la especulación. Por último, la Ley canaria contempla, en el artículo 53, la concesión de ayudas con carácter de anticipo reintegrable para el cumplimiento del deber de conservación; en el 58.6, la posibilidad de expropiación de edificios declarados en estado ruinoso y que no deban ser demolidos por sus valores históricos, al exceder el coste de su mantenimiento del deber de conservación; el artículo 89.1 prevé las subvenciones por el exceso sobre el límite del deber de conservación, y el 89.2 las subvenciones por el coste del deber cuando se acredite carencia de medios económicos. Esta ley recoge en su artículo 90, como fórmula de financiación, que el importe del impuesto sobre donaciones y sucesiones de bienes inmuebles de interés cultural o catalogados se destinará a sufragar los costes de conservación o rehabilitación.

En la actualidad, algunos Ayuntamientos como los de Madrid (110) o Sevilla (111) han puesto o están poniendo en marcha la llamada «inspección técnica de edificios» que, como no podía ser de otra manera, ha de abonar obligatoriamente el propietario (¡otra carga más!). Con independencia de la posible ilegalidad de establecer esa obligación mediante una ordenanza, ya que entendemos que esto es algo que puede hacerse exclusivamente por ministerio de la Ley (como se ha hecho con las leyes urbanísticas de la Comunidad Valenciana, de Castilla-La Mancha o, en determinados ámbitos, en la de Aragón), pensamos que esta medida podría tener un enorme sentido si corriera a cargo de la Administración (como se establece en el Decreto catalán 158/1997, de 8 de julio, por el que se regula el «Llibre de l'Edifici»). De otra forma supone una carga o limitación más para el dueño que desdibujará claramente la rentabilidad de su derecho (elemento básico y esencial de la propiedad), y además implicará reconocer la incapacidad de la Administración para cumplir su propia obligación de «policía» de la seguridad pública.

Se advierte, pues, que las «medidas de fomento» son escasas, y referidas además casi exclusivamente a los bienes declarados de interés cultural, con lo que la mayor parte de los inmuebles pertenecientes al Patrimonio Histórico, como son los que integran los conjuntos históricos, quedan fuera de la cobertura de sus magros beneficios. Parece mentira, y así lo afirma ANGUITA VILLANUEVA, que después de la batería de limitaciones que recoge la LPHE, los bienes culturales reciban menos ayudas que, por ejemplo, las viviendas de nueva construcción. Y que sea a través de normativas de fomento provenientes de otros sectores, como el de la vivienda, de donde obtengan algún beneficio (112).

Por ello, por un lado, los Programas de ayuda a la rehabilitación, sean europeos, estatales, autonómicos o locales, normalmente tratan de fomentar las actuaciones de conservación del Patrimonio edificado, y así lo que hacen es subvencionar un determinado tanto por ciento sobre el presupuesto de la obra, independientemente de que dicho presupuesto esté por encima o por debajo del límite del deber de conservación del propietario, de forma que en pequeñas actuaciones la aportación de este propietario queda por debajo de tal límite, mientras que en las grandes lo supera.

Por otra parte, los Programas de ayudas pertenecientes a los Planes de Vivienda Estatales y Autonómicos, que están destinados más bien a facilitar

(110) «Ordenanza sobre conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones», aprobada definitivamente el 28 de enero de 1999, *BOCM*, núm. 45, de 23 de febrero.

(111) «Ordenanza sobre inspección técnica de edificaciones», aprobada definitivamente el 25 de mayo de 2000.

(112) *Ob. cit.*, pág. 254.

el acceso a la vivienda, con independencia de su interés arquitectónico, son de escasa cuantía; y al estar condicionados normalmente por el nivel de renta del solicitante, no responden al carácter objetivo de las limitaciones del dominio sobre los bienes catalogados. Además, estos programas contienen normalmente limitaciones a la facultad de disposición de los propietarios, que creemos que no tienen razón de ser cuando se trata de subvencionar el exceso sobre el deber de conservación por razones de interés general, con independencia de que se puedan establecer garantías para evitar la especulación. Otras medidas, como los mecanismos de distribución de cargas y beneficios propios del planeamiento y gestión urbanísticos, que en ocasiones se han ensayado como instrumentos para fomentar la rehabilitación (113), tienen mal encaje en la ciudad consolidada, en la que normalmente cargas y beneficios están ya repartidos (114).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, hemos de concluir afirmando que no es ésta la manera de fomentar la conservación de nuestro rico patrimonio inmobiliario ni, por tanto, nuestros centros históricos. Las medidas existentes son escasas y de aplicación poco transparente. Por otro lado, la experiencia demuestra que las medidas coercitivas y sancionadoras para nada sirven, son reiteradamente incumplidas sin consecuencia alguna, los expedientes disciplinarios y sancionadores se acumulan y se pierden en el mar interminable de los recursos; la ejecución forzosa, cuando se decreta, tampoco se lleva a cabo, pues los contratistas andan ya escaldados de los impagos que se producen. Por todo ello, y sin perjuicio de poner fin a la situación descrita, creemos que, respecto a los BIC, las medidas de fomento han de ser mucho más generosas y prácticas (y porque ello no es así están proliferando las asociaciones de titulares de inmuebles históricos) (115); y en cuanto a aquellos otros inmuebles que son protegidos por el centro, barrio o ambiente al que pertenecen, dependiendo, claro es, del caso concreto, creemos que, o bien se les ha de dotar de subvenciones que permitan su rehabilitación y cubran lo que exceda del deber de conservación, o bien se debe permitir su demolición y su cons-

(113) Puede verse, en este sentido, BRUSILOVSKY FILER y FRANCHINI, «El aprovechamiento tipo: aspectos generales y específicos de los cascos históricos», en *RDU*, núm. 145, octubre-diciembre de 1995, pág. 127 y sigs.

(114) BARRERO RODRÍGUEZ destaca la inexistencia en la legislación urbanística de mecanismos que hagan posible distribución equitativa de beneficios y cargas en los conjuntos históricos (*ob. cit.*, pág. 451), mientras que ARRIBAS BRIONES (*ob. cit.*, pág. 61) afirma que «no hay posibilidad material de repartir algo que en la mayoría de las ocasiones ya está repartido (cargas y beneficios) en el suelo urbano donde se sitúa la gran parte de las propiedades catalogadas».

(115) Por ejemplo, la Fundación de Casas Históricas y Singulares, constituida por la Asociación de Propietarios de Casas Históricas y Singulares en 1998 tiene la finalidad de propagar el conocimiento y mantenimiento de casas históricas y singulares, parques y jardines, especialmente los que están en manos privadas.

trucción de nueva planta respetando el ambiente propio de la zona o barrio de que se trate. Con ello se evitarían esas situaciones lamentables con las que nos encontramos en nuestras ciudades de inmuebles abandonados, semide-ruidos que sirven de escombreras y basureros porque las Administraciones culturales y municipales no se ponen de acuerdo en si procede o no su demolición, y mientras, el tiempo sigue transcurriendo, dando lugar a una mayor degradación de la zona (¡qué paradoja!) y a un inmenso peligro sanitario y personal para la ciudadanía (116).

6. LA PROTECCION A TERCEROS: LA NECESARIA PUBLICIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Con la cuestión enunciada queremos poner el acento en las medidas de protección con las que podrían contar aquellos que van a acceder a la propiedad de un inmueble perteneciente a la propiedad histórica. A tales sujetos, antes de realizar un importante desembolso, les interesará conocer las circunstancias que rodean al inmueble que pretendan adquirir. Precisamente por ello, y atendiendo a las características que adornan a estos bienes, sus limitaciones y cargas, la obligación especial de conservar, la imposibilidad de alterar fachadas o volúmenes y de destinarlos a determinados usos no autorizados..., nos parece necesario un sistema de publicidad que proteja a quien quiere conocer las posibilidades que presentan estos bienes para poder determinar si va a llevar a cabo o no una adquisición rentable. Cualquiera podrá decir que las limitaciones que afectan a los edificios de los conjuntos históricos quedan reflejadas en los registros públicos de los Ayuntamientos (catálogos urbanísticos) o de las CC.AA. Esto es cierto y está claro además que, al constar estas limitaciones en normas, gozan de una publicidad propia. Pero, no obstante lo dicho, echamos de menos en la LPHE la referencia a que tales características hayan de quedar también reflejadas en los Registros de la Propiedad, porque es allí donde acudiría el tercero interesado a recabar información sobre la situación específica del inmueble que se propone adquirir.

Esto supondría, como es lógico, una especial y constante conexión entre los catálogos municipales y los Registros de la Propiedad, algo que en ningún modo se ha producido. Sólo encontramos en la Ley andaluza, en su artículo 12.2, la afirmación de que, cuando se trate de bienes catalogados objeto

(116) Quizá por esto algunos autores como ANGUITA VILLANUEVA, consideran que la medida no es obligar a ser más responsable sino dotar a los titulares de estos inmuebles de medios para hacer que conservar los bienes en su poder sea una actividad económicamente rentable (*ob. cit.*, pág. 87) o, por lo menos, añadimos nosotros, ¡que tales deberes, no les arruinen!

de inscripción específica o declarados de interés cultural, la Consejería de Cultura y Medio Ambiente instará la inscripción gratuita de la catalogación o declaración en el Registro de la Propiedad. Pero como vemos, esa norma sólo se refiere a los BIC, lo cual puede explicarse teniendo en cuenta que, ante la cantidad de inmuebles no considerados como de interés cultural que forman parte del patrimonio histórico, si se instara su declaración como tales podría alterarse la marcha de los Registros de la Propiedad. A pesar de esa circunstancia, nos parece que tal mención en el Registro debería realizarse: se trataría de constatar que un inmueble concreto pertenece a la propiedad histórica y que está afectado por las previsiones de un determinado Plan especial de protección por formar parte de un conjunto histórico —por ejemplo, el Plan especial Albaicín—; esto indicará al interesado un dato fundamental y le señalará el lugar donde acudir para recabar la total información.

A ello, insistimos, se puede fácilmente contestar que tal información la prestan ya los registros urbanísticos, pero también es cierto que la función del Registro de la Propiedad es dar publicidad exacta a los terceros que en él confían de todas aquellas características que pueden afectar a un inmueble, y esa información estará más completa con una simple mención de los Planes o normas o registros urbanísticos que definen ya específicamente las condiciones que afectan al inmueble en cuestión. Como argumento para avalar esta posibilidad se puede citar el artículo 1.8. del Real Decreto 1093/1997, de 5 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (117). Precepto según el cual es inscribible «cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o de la descripción de éstas». Es claro que esta norma no se refiere específicamente a la consideración administrativa de un inmueble como perteneciente a la propiedad histórica, pero a nuestro juicio tal circunstancia cabe en la previsión general que el precepto establece. Hay que tener en cuenta, además, que la legislación urbanística resulta complementaria y definidora de la legislación de Patrimonio Histórico, siendo posible su consideración como norma-

(117) Su Preámbulo afirma que: «La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante, si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias, surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez es conveniente que los poderes públicos se sirvan de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser una eficaz colaboradora a la actuación urbanística...»

tivas íntimamente conexiónadas, de manera que para la efectividad de una se hacen necesarios los mecanismos de la otra.

En todo caso, se ha dicho, con razón, que para entender la verdadera relación entre la norma urbanística (en nuestro caso, planes especiales de protección y catálogos municipales) y la eficacia del Registro, hay que situar a ambos elementos en su campo de aplicación correcto. El ámbito de la protección registral es el de las titularidades jurídico-reales, de tal manera que si el tercero puede considerar al Registro de la Propiedad como exacto e íntegro, ello será solamente respecto del contenido que le es propio, por lo que no será posible ampararse en el contenido tabular frente a las limitaciones legales (118). Efectivamente, como indica SÁNCHEZ CALERO, el Registro de la Propiedad no puede entrar en lo que no le corresponde, so pena de quedar desvirtuado en aquello que es precisamente su razón de ser: la eficacia sustantiva de su publicidad respecto de las titularidades dominico-reales. Pero todo ello sin perjuicio de que el Registro de la Propiedad pueda colaborar en la publicidad de las situaciones urbanísticas a través de la llamada «publicidad noticia». Por ello, concluye este autor, los efectos de la publicidad se producen sin necesidad del Registro, pero éste, por su trascendencia social, se muestra como el mecanismo adecuado para dar a conocer o dar noticia de la situación urbanística de una finca determinada, al estar afecta al régimen urbanístico especial de que se trate (119). Y si esto es así, pensamos que tendrá que ser la propia Administración (a la que corresponda) la que habrá de dar esa «noticia» al Registro de la Propiedad al aprobar sus Planes especiales de protección o la inclusión en catálogos de inmuebles de determinados barrios o zonas por entender que pertenecen a la propiedad histórica.

La verdad es que, analizando la LPHE, se advierte que sólo se acuerda de este Registro cuando quiere proteger los intereses de la Administración, y así, en el artículo 38, establece la obligación para los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de no inscribir documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre los bienes de interés cultural sin que se acredite haber cumplido los requisitos relativos a los derechos de tanteo o retracto. Y al mismo tiempo, para los casos en que se hayan concedido anticipos reintegrables, éstos habrán de ser inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 36.3). La Ley andaluza, por su parte, establece que la Comunidad podrá instar la anotación preventiva del crédito refaccionario en el Registro de la Propiedad y su posterior conversión en hipoteca en los términos previstos en la legislación hipotecaria (art. 96.2). Otras legislaciones

(118) PRETEL SERRANO, «Aspectos notariales y registrales de la Ley del Suelo», en *AAMN*, T. XXXII, 1993, págs. 241 y 242.

(119) «Aspectos registrales del Proyecto de equidistribución» en *Aspectos civiles e hipotecarios de la Ley del Suelo*, cit., págs. 141 y 142.

autonómicas mencionan específicamente como garantes del cumplimiento de la legalidad de las transacciones llevadas ante ellos a los Registradores y a los Notarios (así, la Ley Valenciana —art. 23—, de Galicia —art. 28—, de Baleares —art. 32—, o Madrid —art. 21—). Pero todo esto es aplicable a los BIC y no a los inmuebles sitos en centros históricos o conjuntos monumentales que no han sido calificados individualmente como bien cultural porque, a estos efectos, son inmuebles normales (120).

Creemos que, ante tantas limitaciones y gravámenes, también el particular que adquiere un inmueble en un centro histórico ha de poder contar con una información veraz y completa. Por eso insistimos en que la colaboración del Registro de la Propiedad en este aspecto supondría un nivel más profundo de protección. A nadie se le escapa el esfuerzo que esto supone, pero la recompensa es lograr una mayor coordinación entre aquél y los catálogos municipales o lo establecido en los Planes especiales. Quizá, como ya mencionábamos más arriba, con una breve indicación marginal de remisión a las condiciones históricas y urbanísticas del inmueble concreto sería suficiente para proteger al que acude al Registro, ya que la inseguridad jurídica de los terceros adquirentes que lo consultan es evidente; de ahí la conveniencia del acceso al Registro de la mayor información urbanística para que aquéllos puedan conocer la situación jurídica de la finca así como tener «noticia» de sus condiciones histórico-urbanísticas.

7. REFLEXION FINAL

¿Quién no está orgulloso del enorme y rico patrimonio histórico que encierran nuestras ciudades? Las generaciones que ahora lo disfrutamos estamos llamadas a conservarlo para las venideras, y esa obligación se acrecienta, en nuestro caso, respecto a nuestros antepasados, por el mayor avance tecnológico con el que contamos, de prevención y de consolidación. Esto es algo que debe quedar muy claro. Pero junto a ello no podemos perder el norte del sentido común y de la lógica. Los grandes monumentos de nuestras ciudades, por sus materiales, por sus técnicas constructivas y por su titularidad —en gran parte— pública, están desde hace tiempo protegidos. En este trabajo, sin

(120) Considera ALVAREZ ALVAREZ que en los conjuntos o sitios históricos que incluyen ciudades o barrios enteros, como Granada o Lorca... el derecho de tanteo sólo tendrá sentido cuando se trate de enajenación de bienes declarados BIC. Otra interpretación supondría una paralización del mercado inmobiliario de esas ciudades, pueblos o territorios que haría más odiosa la declaración de BIC para un conjunto o sitio (*ob. cit.*, pág. 282). También las Leyes Autonómicas sobre Patrimonio Histórico se hacen eco de esta postura, por ejemplo, la Ley Valenciana (art. 22), de Baleares (art. 32) o la Ley del País Vasco (art. 25).

embargo, nos hemos querido referir a todos aquellos inmuebles, no considerados en sí mismos como bienes de interés cultural, que forman parte de un centro o barrio histórico, y que, por tal hecho, y a pesar de su escaso o nulo valor cultural o arquitectónico, están haciendo que sus titulares carguen con una serie de obligaciones de conservación y custodia, a veces imposibles de costear. Obligaciones que cuando rebasan el límite del deber de conservación y no cuentan con el necesario apoyo económico de la comunidad por razones de interés general, inciden en el contenido esencial del derecho de propiedad que, como se ha visto, presupone la obtención de un mínimo de rentabilidad. Por ello la finalidad del presente estudio no ha sido otra que poner de manifiesto esa situación que está suponiendo el abandono y deterioro de nuestros barrios históricos.

No cabe duda que la mejor protección es la que lleva a cabo el titular, el que vive en estos inmuebles, que nota cada día las necesidades de los mismos. Pero, por otro lado, dada la vetustez, es decir, el agotamiento de las estructuras o materiales de tales edificios, esas medidas de conservación necesarias gravan excesivamente la economía de los particulares, en un país como España en que las rentas de la gran mayoría de su población no pasan de ser medias o medias-bajas. Las medidas de fomento que existen en la actualidad en las leyes de patrimonio y en las urbanísticas, tanto estatales como autonómicas, son claramente escasas y las pocas que se recogen quedan inaplicadas en la práctica por falta de previsión presupuestaria. Y esta situación se agrava, insistimos, respecto a los inmuebles del patrimonio histórico que no tienen la categoría de BIC, sino que pertenecen a una zona, barrio o centro histórico que globalmente sí se cataloga como tal. Para los titulares de estos inmuebles no se encuentran más que cargas y limitaciones, entre los que destaca su deber especial de conservar que, en muchos casos, por la situación constructiva de los edificios ante el paso del tiempo y las incidencias climáticas, excede claramente del límite que la legislación le asigna. La incongruencia se hace más clara si pensamos en la aplicación del principio de la función social de la propiedad que supone que la comunidad tiene el derecho de disfrutar de tales conjuntos históricos. Pero, por lo general, el titular no puede hacer frente él sólo a lo que va a constituir un beneficio para todos (se produce la sensación de que la función social funciona para todos menos para él). Por ello, deben ser los poderes públicos los que «diligentemente» (sin retrasos por absurdas discusiones entre las distintas Administraciones que ponen en peligro no ya sólo al edificio sino, lo que es imperdonable, la seguridad de las personas) compartan el costo de lo que exceda de ese deber de conservación para prolongar la vida útil y segura de aquellos bienes cuyo disfrute, al menos en parte, va a ser compartido por toda la sociedad; y, si el estado de la edificación es tal que sea irrecuperable, habrá que decretar sin miedo la demolición (sin perjuicio de su reconstrucción respetando el «am-

biente» al que pertenece), porque antes que nada está la seguridad de las personas. Otra cosa es desvirtuar la esencia del derecho de propiedad y convertirlo, efectivamente, en «ese terrible derecho» en el que «el propietario queda preso de su propia titularidad» (121).

MARÍA JESÚS LÓPEZ FRÍAS
Doctora en Derecho
Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil
de la Universidad de Granada

(121) Vid., nota núm. 11.

Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. OBJETO DE LA LEY.—III. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY: A) AMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL: 1. *Regla general*. 2. *Excepciones*. B) AMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL.—IV. LOS REQUISITOS BASICOS DE LA EDIFICACION.—V. LOS AGENTES DEL PROCESO DE LA EDIFICACION.—VI. LA RECEPCION DE LA OBRA: A) CONCEPTO DE RECEPCIÓN. LA ATÍPICA «RECEPCIÓN UNILATERAL»: 1. *El concepto de la recepción de la obra según el artículo 6.1 LOE*. 2. *La atípica «recepción unilateral»*. B) MOMENTOS O FASES DE LA RECEPCIÓN: 1. *La verificación*. 2. *La aprobación*. 3. *Y la recepción propiamente dicha*. C) CLASES DE RECEPCIÓN: 1. *Recepción expresa y tácita*. 2. *Recepción total y parcial, o sea, por fases*. 3. *Recepción pura o simple y con reservas*. 4. *La recepción bilateral y la atípica «recepción unilateral»*.—VII. EL RECHAZO DE LA RECEPCION DE LA OBRA.—VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE EDIFICACION: A) LA CONTRAVENCIÓN DE LO PACTADO ENTRE LAS PARTES. B) LA IRROGACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR DEFECTOS O VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA EX ARTÍCULOS 1.484 Y SIGS. DEL CÓDIGO CIVIL. C) LA IRROGACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR UNA PRESTACIÓN DEFECTUOSA.—IX. EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DAÑOS MATERIALES DEL ARTICULO 17 LOE. EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL: A) DELIMITACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES. B) LOS PLAZOS DE GARANTÍA O RESPONSABILIDAD CIVIL. C) LA RESPONSABILIDAD PASIVA. D) LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD. E) LA RESPONSABILIDAD ACTIVA. F) EL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL.—X. EL INICIO DEL COMPUTO DE LOS PLAZOS DE GARANTIA O RESPONSABILIDAD COMO EFECTO PRINCIPAL DE LA RECEPCION DE LA OBRA. SU PARTICULARIDAD EN LA «RECEPCION UNILATERAL»: A) RECEPCIÓN BILATE-

RAL. B) «RECEPCIÓN UNILATERAL».—XI. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES EN LA RECEPCIÓN BILATERAL. EL *DIES A QUO*: A) PLAZOS DE GARANTÍA O RESPONSABILIDAD Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS DE DAÑOS. B) EL *DIES A QUO* DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DEL ARTÍCULO 18.1 LOE. C) LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.—XII. LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS DEL ARTÍCULO 19 LOE POR LOS DAÑOS MATERIALES DEL ARTÍCULO 17.1 LOE: A) CLASES O TIPOS DE GARANTÍAS: 1. *El seguro anual*. 2. *El seguro trienal*. 3. *Y el seguro decenal*. B) CONDICIONES DE LAS GARANTÍAS O REQUISITOS DE LOS SEGUROS: 1. *Tomador de los seguros*. 2. *Asegurados*. 3. *Pago de la prima*. 4. *Importe mínimo del capital asegurado*. 5. *Franquicias*. 6. *Consecuencias de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE*. 7. *Objeto excluido de la cobertura propia de las garantías del artículo 19 LOE*. 8. *Consecuencias de la no suscripción de las garantías del artículo 19 LOE*. C) LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA LOE. D) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA LOE.—XIII. LA FIGURA DE LA AUTOPROMOCIÓN Y LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 19 LOE: A) EL CONCEPTO DE AUTOPROMOTOR. B) LA AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL Y LA COLECTIVA. C) LA AUTOPROMOCIÓN Y LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS DEL ARTÍCULO 19 LOE.—XIV. LAS FUNCIONES NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LAS ESCRITURAS DE OBRA NUEVA. EL ARTÍCULO 20.1 LOE: A) EL TEXTO LEGAL DEL ARTÍCULO 20.1 LOE. B) GESTACIÓN DEL ARTÍCULO 20.1 LOE. C) CRÍTICA DEL ARTÍCULO 20.1 LOE EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. D) EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 20.1 LOE. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 20 DE MARZO DE 2000, Y LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2000: 1. *La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de marzo de 2000*. 2. *La Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 11 de septiembre de 2000*. 3. *El testimonio notarial de la acreditación de las garantías del artículo 19 LOE como forma de acreditar su cumplimiento*. 4. *La calificación registral*. E) CUESTIONES PRÁCTICAS PUNTUALES ACERCA DEL ARTÍCULO 20.1 LOE EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. *¿Qué se entiende por unidad registral a los efectos de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE?* 2. *El acta de recepción de la obra y el Registro de la Propiedad*. 3. *Las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica... del artículo 2.2.a) «in fine» LOE, y las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación... del artículo 2.2.b) LOE*. 4. *La acreditación de la suscripción de la garantía del artículo 19.1.a) LOE, o sea, la referente a los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*. 5. *La autopromoción y la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE*. 6. *La no inscribibilidad de los títulos traslativos o constitutivos de derechos sobre edificio inscrito «en construcción», describiéndose en el título como «edificio terminado»*. 7. *Las Cédulas de Calificación Definitiva de las Viviendas de Protección Oficial y el artículo 20.1 LOE*. 8. *¿Son viables las garantías del artículo 19 LOE condicionadas en su efectividad a la transmisión del edificio o de parte de él a terceros?* 9. *Las obras nuevas declaradas conforme al artículo 52 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio (RDU), y la Disposición*

Transitoria Primera LOE en relación con el artículo 20.1 LOE. 10. La inmatriculación de obras nuevas por su descripción en títulos referentes al inmueble y el artículo 20.1 LOE. 11. La posible repercusión notarial y registral del transcurso de los diversos plazos de garantía del artículo 17.1 LOE. 12. ¿Puede el adquirente de promotor/autopromotor formalizar e inscribir una obra nueva construida pero no declarada por éste?

I. INTRODUCCION

Pone de relieve GARCÍA CONESA, ANTONIO (1), que la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que se promulgó siguiendo la Directiva 85/384 CEE de la Unión Europea y que entró en vigor el 6 de mayo de 2000, pretende, entre otras cosas, establecer un marco general que fomente la calidad de los edificios, sean o no totalmente de nueva construcción y tengan como uso mayoritario la vivienda u otros destinos.

Por su parte, GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO (2), dicen que, no cabe duda de que uno de los sectores de la actividad económica más importante de un país es el sector de la edificación, el cual se encuentra rodeado de todo un conjunto de relaciones de hecho y de derecho que conllevan la necesidad, por parte de cualquier Estado moderno, de crear un marco jurídico adecuado que dote a todos los operadores que intervienen en la edificación, y sobre todo al destinatario final del producto y del servicio, que es el consumidor, de las garantías adecuadas que protejan el tráfico jurídico y los intereses que en este campo se puedan desarrollar.

Pues bien, siendo ello así, la nueva Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) destaca por su intento de fijar y proporcionar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles **daños** que se les pueda ocasionar en todo el **proceso de la edificación**, de la construcción y de la correspondiente entrega de los inmuebles. Y este deseo de la Ley no es más que una consecuencia que subyace en la esencia de la propia Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues éstos deben poder disponer de los instrumentos jurídicos adecuados para defender y ejercitar sus derechos.

(1) GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 34.

(2) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, «Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, marzo-abril 2001, págs. 649 a 651.

II. OBJETO DE LA LEY

El objeto de la LOE aparece delimitado en su artículo 1.1, que establece:

«...1. Esta Ley tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios...».

Precisa GARCÍA CONESA, ANTONIO, que la LOE no concreta en su articulado qué entiende, en general, por **edificio** (3). Sí, en cambio, define el concepto de **edificación** a los efectos de lo dispuesto en su texto, como proceso comprensivo de **dos espacios netamente diferenciados**: *a)* el de la **acción de edificar** (cuya columna vertebral es el contrato de obra regulado por el Código Civil) (4); *b)* y el **resultado del proceso** (ya sea el edificio de nueva construcción o la obra de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación de otro preexistente, con destino a cualquier uso empresarial, administrativo o industrial, aunque su utilidad prioritaria sea el de vivienda, o la intervención total en edificaciones catalogadas. Comprende, además de sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, los elementos de urbanización que le permanezcan adscritos). Así se desprende del artículo 2 LOE, que, seguidamente, se va a examinar.

Por otra parte, añade el citado autor que la distinción y coexistencia de **dos espacios jurídicos**: *a)* el de **responsabilidad de los agentes**, y *b)* el de

(3) La jurisprudencia, según pacíficamente reconoce la doctrina, ha sido la que con motivo del análisis de la responsabilidad en la construcción, tuvo el acierto, con ocasión de la distinción entre **obras mayores y menores**, de definir, aunque de forma elástica y extensiva, el concepto de **edificio**, como «toda aquella obra inmobiliaria de nueva planta, industrial, de servicios o vivienda, fábricas, almacenes, campos de deportes, plazas de toros, cuevas, subterráneos y, en general, toda construcción compuesta de uno o varios cuerpos en el suelo y subsuelo, cualquiera que sea la naturaleza de los materiales empleados en su ejecución y cuya función sea la de albergar personas, sus actividades o sus pertenencias, ya sean de uso y dominio público, ya privado, considerando comprendidas, en su caso, las instalaciones anejas y la urbanización de su entorno inmediato, en toda clase de territorio». GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 35. Por su parte, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española de la Lengua, 21.^a edición. Espasa. Madrid, 1992, pág. 558, edificio es la «obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, como casa, templo, teatro, etcétera».

(4) Su articulado queda, tras esta norma, **estructural y sustancialmente vigente**, con las matizaciones y variaciones que más adelante se examinarán en relación con el artículo 1.591 de dicho Cuerpo Legal, y las acciones y plazos de exigencia de la responsabilidad derivada de la obra mal hecha.

garantía de la buena construcción, suponen una **novedad** de estructura del actual marco legal de la LOE. El primer campo, civil, tiene su germen en el arrendamiento de obra y en el de servicios como contratos básicos, y el segundo, mercantil, tiene su germen en el contrato de seguro, en su variante bien de daños materiales o bien de caución y con las exigencias subjetivas, objetivas y mixtas imperativas que contiene el artículo 19 LOE.

III. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY

A) AMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

1. *Regla general*

La regla general del ámbito de aplicación material de la Ley aparece contemplada en su artículo 2, conforme al cual:

*«1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiendo por tal la **acción** y el **resultado** de construir un **edificio** de carácter **permanente**, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:*

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.*
- b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.*
- c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores (5).*

*2. Tendrán la consideración de **edificación** a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un **proyecto según lo establecido en el artículo 4**, las siguientes obras:*

- a) Obras de edificación de **nueva construcción**, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.*

(5) Este último apartado es un auténtico cajón de sastre que alcanza todas las edificaciones cuyos usos no estén ya expresamente contenidos en los grupos anteriores. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 35.

- b) Obras de **ampliación, modificación, reforma o rehabilitación** que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiendo por tales las que tengan carácter de intervención **total** o las **parciales** que produzcan una variación **esencial** de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los **usos** característicos del edificio.
- c) Obras que tengan el carácter de intervención **total** en edificaciones **catalogadas** o que dispongan de algún tipo de **protección** de carácter **ambiental o histórico-artístico**, regulada a través de norma legal o documento urbanístico, y aquellas otras de carácter **parcial** que afecten a los elementos o partes objeto de **protección**.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus **instalaciones fijas** y el **equipamiento propio**, así como los **elementos de urbanización** que permanezcan **adscritos al edificio**» (6).

De lo expuesto se desprende que la LOE se aplica:

- a) A las **nuevas construcciones**.
- b) A las obras de **ampliación, modificación, reforma o rehabilitación** de los edificios ya existentes que alteren su configuración arquitectónica y que lo hagan:
 - De forma **total**.
 - De forma **parcial** pero **esencial**, como la alteración en volumetría o el conjunto del sistema estructural (por ejemplo, declarando la construcción de nuevas plantas en virtud de una reserva de derecho de vuelo).
 - O, por último, de forma **parcial**, cuando las alteraciones tengan por objeto o lleven consigo un cambio de los **usos** «característicos del edificio» (por ejemplo, un edificio de pisos que pasa a configurarse como un edificio destinado a locales comerciales).
- c) Y, finalmente, a las edificaciones **catalogadas** o que dispongan de algún tipo de **protección** de carácter ambiental o histórico artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico, siempre que la obra de edificación consista en:
 - Intervención **total** en la edificación.
 - O intervención de carácter **parcial** que afecte a los elementos o partes objeto de **protección**.

(6) Por ejemplo, las piscinas e instalaciones de uso común.

Todas estas obras se consideran «**obras mayores**» y, por lo tanto, están requeridas de **proyecto** conforme al artículo 2.2 en relación con el artículo 4 LOE.

2. Excepciones

Las excepciones relativas al ámbito de aplicación material de la Ley —o, dicho de otro modo, los supuestos excluidos de la aplicación material de la Ley— son los siguientes:

a) Las *excepciones* referentes a las obligaciones y responsabilidades para la prevención de **riesgos laborales** en las obras de edificación, pues conforme al artículo 1.2 LOE:

«...Las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica...»

Y esto es lógico puesto que la LOE se ocupa solamente de los daños materiales que puedan producirse en el proceso de edificación a tenor de su artículo 17; por ello el artículo 1.2 LOE remite a la legislación específica por los posibles daños personales por riesgos laborales.

b) Las *excepciones* referentes a las **Entidades Públicas** cuando actúen como agentes del proceso de edificación (se trata de las obras nuevas declaradas en documentos administrativos del art. 206, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria) en lo relativo a las **garantías de suscripción obligatoria del artículo 19 LOE**:

En efecto, frente a la regla general de la necesidad de constituir todas las garantías previstas en la LOE —y que más adelante examinaremos—, hay que citar este supuesto como excluido por el artículo 1.3 LOE, que establece:

«...3. Cuando las Administraciones Públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas actúen como agentes del proceso de la edificación, se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria...».

c) Las *excepciones* temporales referentes a los promotores de edificaciones cuyo **destino principal no sea el de vivienda** (7):

Ello deriva de la Disposición Adicional Segunda LOE, que después examinaremos.

d) Las *excepciones* referentes a las **obras menores** del artículo 2.2.a) *in fine* LOE:

Como ya se ha dicho, el artículo 2.2.a) *in fine* LOE, excluye de la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en la Ley en cuestión:

«...aquellas construcciones de **escasa entidad** constructiva y sencillez técnica que **no tengan**, de forma eventual o permanente, carácter **residencial** ni **público** y se desarrollen en **una sola planta**...»

Estos **requisitos** son **cumulativos**, de modo que quedarán fuera del ámbito de aplicación material de la Ley aquellas construcciones que reúnan todos los caracteres mencionados.

A mi juicio, la expresión «construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica» es un concepto muy indeterminado que puede crear una gran inseguridad y no pocas dudas (8).

(7) ANGULO RODRÍGUEZ, E., citado por GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, septiembre-octubre 2000, pág. 2718, mantiene que para determinar el carácter principal es necesario remitirse a las normas urbanísticas del municipio. Así, por ejemplo, el PGOU de Madrid para clasificar los diferentes usos, según su incidencia en la caracterización de un edificio, artículo 7.2.6, considera uso principal aquél cuya superficie útil represente el mayor porcentaje respecto a la superficie útil total de los usos del edificio. Si la superficie útil de uso residencial es superior al resto de usos compatibles, se puede concluir que la edificación tiene como destino principal la vivienda. Por su parte, ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en «Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 35, julio-septiembre 2000, pág. 210, entiende que el destino principal del edificio es el de vivienda cuando, al menos, la mitad de la extensión superficial construida del edificio está destinada a viviendas o cuando el valor de los departamentos destinados a tal fin sea superior al de los adscritos a otros fines. A estos efectos, dice el citado autor, puede resultar determinante, en caso de división del edificio en régimen de propiedad horizontal, la proporcionalidad de las cuotas de comunidad establecidas según las normas de la Ley de Propiedad Horizontal.

(8) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 653; y GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, «Control Notarial y Registral en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación». Tomado de la *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 276, págs. 19 y sigs., por el Boletín del Colegio de Registradores de España, núm. 62, pág. 1518.

Personalmente, considero que puede entenderse incluida dentro de esta excepción la típica caseta (de una sola planta) agrícola, de aperos o labranza que suele ser aprovechada por el campesino para invitar a familiares y amigos a fin de degustar succulentas parrilladas o paellas; también las casetas (de una sola planta) de majada, o sea, para acoger al ganado. En cambio, se apartan de la excepción las pequeñas construcciones que no se ajusten a cualquiera de los requisitos exigidos por el precepto: las construcciones de escasa entidad ... pero que tengan, de forma eventual o permanente, bien carácter residencial —o sea, de vivienda— bien carácter público —una obra pública consistente, por ejemplo, en un pabellón escolar— o que se desarrollen en más de una planta (9).

Por ello, no puedo compartir la tesis de RICO MORALES, NICOLÁS (10) que, al interpretar el concepto de construcción sencilla del artículo 2.2.a) *in fine* LOE, incluye dentro de ella:

- Todo edificio unifamiliar en una sola planta en zonas de edificación de mediana calidad para uso propio del promotor (pero no el mismo edificio en zonas de alto standing ni, por supuesto, las viviendas unifamiliares realizadas por un promotor para su venta o tengan más de una planta). En mi opinión, el carácter residencial de todos estos edificios impide incluirlos dentro de la excepción que estamos examinando (11).
- Aquellas construcciones que no excedan de los 90 metros cuadrados fijados como límite a las VPO. A mi juicio, la inclusión de este supuesto, dentro de la excepción que estamos examinando, dependerá de que se cumplan o no los demás requisitos de dicha excepción.
- Y, en general, las naves industriales o agrícolas —que normalmente se construyen, además, con elementos prefabricados— (12) y no tienen

(9) De todos modos, como afirma GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, en obra citada, pág. 1518, desde el punto de vista notarial o registral el problema estará prácticamente obviado por el hecho de que no será normal que se otorguen escrituras públicas de declaración de obras nuevas para recoger esas pequeñas obras.

(10) RICO MORALES, NICOLÁS, *Entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio Registral, Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo 2000, pág. 129.

(11) Aparte de que el uso propio de la promoción —autopromoción— o el uso ajeno de la promoción —promoción en sentido propio, que es aquélla que se realiza para su enajenación, cesión o entrega a terceros, o sea, la promoción para su puesta en el mercado inmobiliario—, es indiferente a los efectos de la Ley, en virtud del artículo 9.1 LOE, y los argumentos que se expondrán.

(12) CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, pág. 308, estima que las obras prefabricadas están incluidas en el régimen de la LOE, siempre que cumplan el requisito de permanencia (art. 2.1 LOE), porque si bien las obras prefabricadas son aquéllas que son desmon-

carácter residencial. Yo, en cambio, estimo que este supuesto no está incluido en la excepción. Lo que ocurre es que, en virtud de la Disposición Adicional Segunda LOE y a los solos efectos de la suscripción de las garantías previstas en el artículo 19 LOE, está excluido temporalmente del ámbito de aplicación LOE —por no tener carácter residencial— hasta que mediante Real Decreto se establezca la obligatoriedad de suscribir dichas garantías para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

Finalmente, conviene resaltar que las obras a que se refiere el artículo 2.2.a) *in fine* LOE son «**obras menores**» y, como tales, han de considerarse excluidas de la necesidad de proyecto, según este documento es entendido por el artículo 4 LOE, ex artículo 2.2.a) *in fine* y *a sensu contrario* LOE, pero no del proyecto obligatorio exigido y regulado por la normativa de las Profesiones Técnicas. Por eso, dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN (13), que el tenor del artículo 2 LOE es, junto con la imprecisión del artículo 4 LOE, ciertamente desafortunado (14).

e) Las excepciones referentes al artículo 2.2.b) *a contrario sensu*, LOE:

Una interpretación *a contrario sensu* del artículo 2.2.b) LOE, nos lleva a considerar con RICO MORALES, NICOLÁS (15); GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO (16), que dicho precepto no es aplicable:

- A las simples **modificaciones jurídicas**, o sea, aquéllas que, alterando la configuración jurídica del edificio (por ejemplo, su régimen de propiedad horizontal) no lleven consigo modificación material alguna, o la que lleven consigo sea no esencial, sino simplemente necesaria para poder verificar la modificación jurídica del edificio.
- A las modificaciones, reformas o rehabilitaciones **interiores** en el edificio que no alteren la configuración arquitectónica del mismo.

tables y separables del suelo sin decremento, ello no quiere decir que permanencia sea equivalente a inseparabilidad del suelo. En igual sentido se manifiesta GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas. Primera edición, 2000, pág. 89.

(13) GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, pág. 71.

(14) En la jurisprudencia anterior a la LOE se entendía por «*obras menores*» aquéllas de sencillez técnica, escasa entidad constructiva y económica que no alteran el volumen ni afectan a la estructura, diseño exterior y condiciones de habitabilidad o seguridad de un inmueble. Cfr. SSTs de 6 de marzo de 1978 y de 19 de julio de 1994.

(15) RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, págs. 129 y 130.

(16) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 654.

- Y a las modificaciones exteriores del edificio, siempre que no alteren la volumetría o el conjunto del sistema estructural.

Las obras dimanantes de estas excepciones son también «obras menores», según se desprende *a sensu contrario* del artículo 2.2.b) LOE.

f) La *excepción* referente al carácter **provisional** de la edificación del artículo 2.1, primer párrafo, *a contrario sensu* LOE:

El artículo 2.1 LOE establece como uno de los elementos definitorios del edificio su carácter permanente. Dice CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN (17), que con el requisito de permanencia la LOE quiere excluir de su ámbito de aplicación material las construcciones que, por su **naturaleza**, no están llamadas a cubrir necesidades permanentes, o sea, las construcciones provisionales, siempre que la provisionalidad resulte de la propia naturaleza de la obra (18).

g) Y, por último, la *excepción* relativa a las **construcciones que no pueden calificarse propiamente de edificio**: como puertos, presas, canales, carreteras, caminos, calles, postes, vallas, muros, teleféricos, minas, etc.; ya que, según el Diccionario de la Real Academia, edificio es la «obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, como casa, templo, teatro, etc.»; y, como dice AVILA NAVARRO, PEDRO (19), aunque el artículo 2 LOE incluye las edificaciones con uso *aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación*, estas adjetivaciones tienen que referirse siempre al sustantivo **edificio**.

(17) CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, págs. 307 y 308.

(18) Por eso, en opinión de la citada autora, no están necesariamente comprendidas en esta excepción las obras que la legislación urbanística califica como provisionales, pues en ellas la provisionalidad es únicamente frente a la Administración urbanística y responde al hecho de que el *ius aedificandi* sólo se disfruta en precario, hasta que se apruebe el planeamiento correspondiente, por lo que la obra puede ser demolida sin indemnización. En parecidos términos se expresa GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas. Primera edición, 2000, págs. 72 a 74. En cambio, PORTO REY, en *Cuadernos de Urbanismo. Aspectos técnicos de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación*. Editorial Montecorvo, S.A., pág. 22, equipara las edificaciones eventuales de la LOE a las provisionales de la Ley del Suelo y la legislación autonómica.

(19) AVILA NAVARRO, PEDRO, «La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 59, abril 2000, págs. 821 y 822.

B) AMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

El ámbito de aplicación temporal de la Ley viene determinado por la Disposición Transitoria Primera, según la cual la LOE sólo se aplicará a las obras de **nueva construcción** y a las obras en los **edificios existentes** para cuyos proyectos se **solicite** la correspondiente **licencia** de edificación a partir de su **entrada en vigor**. Y, según la Disposición Final Cuarta de la Ley, ésta entró en vigor, a los efectos que estamos estudiando, a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», que tuvo lugar el día 6 de noviembre de 1999. Por lo tanto, la Ley entró en vigor el día 6 de mayo de 2000.

Así pues, por lo expuesto en la Disposición Transitoria Primera, será la fecha de **solicitud** —y no la fecha de concesión— de la correspondiente **licencia** de edificación en relación con la fecha de entrada en vigor de la Ley la que determine o no la aplicación de la misma.

Por ello, la LOE es aplicable a la obra de **nueva construcción** o en **edificio preexistente** respecto de la que se **solicite** la **licencia** para su proyecto a partir de su **entrada en vigor**.

En consecuencia, dicha Ley no es aplicable a las escrituras que se autoricen después de la entrada en vigor de la LOE referentes a edificaciones para cuyo proyecto se **solicitó** la pertinente **licencia** antes de su **entrada en vigor** (cualquiera que sea la fecha en que se concedió la misma por el órgano pertinente).

IV. LOS REQUISITOS BASICOS DE LA EDIFICACION

El artículo 3 LOE establece **los requisitos básicos** que ha de reunir la edificación, distinguiendo:

1. **Los relativos a la funcionalidad** (utilización; accesibilidad para personas con movilidad y comunicación reducidas, y acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información).
2. **Los relativos a la seguridad** (estructural; incendio y utilización, de modo que ésta no suponga riesgo de accidente para las personas).
3. **Y los relativos a la habitabilidad** (salubridad y aislamiento térmico y acústico).

V. LOS AGENTES DEL PROCESO DE LA EDIFICACION

La nueva Ley regula en sus artículos 8 y siguientes, los diferentes agentes que intervienen en el proceso de edificación, que no son únicamente el propietario y el contratista propios del contrato de arrendamiento de obra civil:

1. *El promotor*, que, según el artículo 9.1 LOE, es la persona física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, debiendo ostentar la titularidad de un derecho sobre el inmueble que le faculte para construir en él (normalmente, el derecho de propiedad o el derecho de superficie) (20).

Sus **obligaciones** vienen desarrolladas en el artículo 9.2 LOE.

2. *El proyectista* que, según el artículo 10.1 LOE, es el agente que por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el **proyecto**, debiendo, por lo demás, tener la titulación académica y profesional exigida para cada tipo de obra: arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico.

El proyecto lo define el artículo 4.1 LOE como el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras, debiendo justificar técnicamente dicho proyecto las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable.

Las obligaciones del proyectista vienen desarrolladas en el artículo 10.2 LOE.

3. *El constructor*, que, según el artículo 11.1 LOE, es el agente que asume contractualmente, por medio de un contrato de obra con el promotor, la ejecución de la obra con sujeción al proyecto y al contrato.

Sus obligaciones vienen desarrolladas en el artículo 11.2 LOE.

4. Junto a ellos intervienen, por un lado, con carácter técnico y dentro de la dirección facultativa, el *director de obra* y el *director de la ejecución de la obra*, que deben contar con la necesaria titulación académica y profesional, y cuyas obligaciones vienen desarrolladas, respectivamente, en los artículos 12.3 y 13.2 LOE; y, por otro lado, *las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación* y los *suministradores* de productos, y cuyas **obligaciones** se recogen, respectivamente, en los artículos 14.3 y 15.3 LOE.

Finalmente, el artículo 16 LOE, último del Capítulo III, que es el que regula el *status* jurídico de los agentes edificadores, incluye también a los propietarios y usuarios. Parece, sin embargo, discutible, en opinión de JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO J. (21), que se pueda integrar en el grupo de los agentes edificatorios a estos últimos, ya que no intervienen en el proceso de construc-

(20) La persona física y la pública serán la excepción, mientras que la persona jurídica y la privada conformarán la regla general. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 39.

(21) JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO J., «La Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 269, 1999, pág. 12.

ción, y las obligaciones que les impone el citado precepto son las genéricas de conservación y mantenimiento de lo edificado.

VI. LA RECEPCION DE LA OBRA

A) CONCEPTO DE RECEPCIÓN. LA ATÍPICA «RECEPCIÓN UNILATERAL»

1. *El concepto de la recepción de la obra, según el artículo 6.1 LOE*

La LOE define la recepción de la obra en su artículo 6.1, *ab initio*, al decir:

«1. *La recepción de la obra es el acto por el cual el **constructor**, una vez concluida ésta, hace **entrega** de la misma al promotor y es **aceptada** por éste. Podrá realizarse **con o sin reservas** y deberá abarcar la **totalidad de la obra o fases completas y terminadas** de la misma, cuando así se acuerde por las partes».*

Dice CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (22), que las partes necesarias del **contrato de obra** y, por lo tanto, de la **recepción de la obra**, son el **constructor** y el **promotor**.

Así pues, como pone de relieve MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS (23), según el tenor del artículo 6.1 LOE, la recepción de la obra es un **acto complejo** comprensivo de: *a)* la **entrega o puesta a disposición** de la obra por parte del constructor o contratista, y *b)* la **aceptación** por parte del promotor, comitente o dueño de la obra.

Obviamente, como **acto previo** a la entrega y aceptación, o sea, a la recepción, se habrá producido la **conclusión material** de la edificación, formalizada con la extensión del **certificado final de obra**, competencia del director de la obra y del director de su ejecución, ex artículos 6.2 *in fine*; 12.3.e), y 13.2.e) LOE. En caso de negativa injustificada (por impago de honorarios, por ejemplo) o imposibilidad manifiesta, la formalización de dicho certificado corresponderá a cualquiera de los técnicos competentes mencionados en el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución

(22) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 53.

(23) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, «La entrega y la recepción de la obra de edificación», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 282, julio 2000, págs. 8 y 9.

de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (en adelante, RDU).

La conclusión o terminación de la obra debe ser **notificada por escrito** al promotor, ex artículo 6.4 LOE, siendo aconsejable que pueda acreditarse **fehacientemente**, pues dicha notificación supone el inicio del plazo para la recepción, transcurrido el cual sin recepción (con o sin reservas) o rechazo expreso de la obra, se produce una recepción tácita, ex artículo 6.4 *in fine* LOE, tal como señala GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (24).

2. La atípica «recepción unilateral»

Como se acaba de exponer, la LOE, en su artículo 6.1 *ab initio*, inserta la entrega en el marco del proceso de recepción. Pero la doctrina (recogiendo el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo —cfr. sentencias de 14 de octubre de 1968 y de 16 de junio de 1994—) considera que ello no obsta a que la **entrega** y la **recepción** de la obra sean, y de hecho lo son, dos **actos jurídicos diversos y autónomos** que no pueden confundirse. En este sentido, la entrega, entendida como acto por el cual el constructor pone a disposición del promotor la obra terminada (25), puede ser **anterior, posterior o coetánea** a la recepción de la obra (26). Y así, es posible que la recepción tenga lugar con anterioridad a la entrega de la obra, bien porque así lo acuerden las partes en el contrato de obra (27), o bien cuando el propietario admite que ya reconoció la obra y la encontró conforme (cfr. STS de 14 de octubre de 1968); y también puede ocurrir que la entrega se anticipe a la recepción cuando, entregada la obra al propietario, éste no pudo reconocerla o no pudo prestar su conformidad (cfr. STS de 14 de octubre de 1968).

Tal vez por ello, dice CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (28), que en diversas enmiendas al Proyecto de LOE, que, sin embargo, no prosperaron, al definir

(24) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2709 y 2710; GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 656; ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 215, 227 y 228; LACABA SÁNCHEZ, F., y MERCHÁN GABALDÓN, citados por ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 215.

(25) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 54.

(26) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 57; MARTÍNEZ MÁS, F., *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, Madrid, 2000, págs. 57 y 96; MARTÍNEZ MÁS, F., en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, Madrid, 2000, pág. 284; y VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*. Coordinador: Sala Sánchez, Barcelona, 2000, pág. 57.

(27) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 57.

(28) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, págs. 57 y 58.

la recepción de la obra, no se alude a la entrega de la obra al promotor (29). Además, los antecedentes legislativos de la LOE, al establecer la definición de la recepción de la obra, tampoco se refieren a la entrega de la obra al promotor (Anteproyecto de LOE de 22 de febrero de 1994, art. 11.1; Proyecto de LOE de 28 de diciembre de 1995, art. 12.1; Anteproyecto de LOE de 21 de septiembre de 1998, art. 6.1; Proyecto de LOE de 15 de marzo de 1999, art. 6.1).

En esta línea, MARTÍNEZ MÁS, F. (30) critica la definición legal de recepción de la obra que aparece en el artículo 6.1 de la LOE. Es más correcta la definición de recepción que se dio en el **Proyecto de LOE de 15 de marzo de 1999** (31), al establecer en el artículo 6.1 que la recepción de la obra es el acto por el que los trabajos ejecutados son aceptados por el promotor. Si cotejamos ambos conceptos podemos ver que la definición de recepción de la obra en el Proyecto de Ley es más acorde con el concepto tradicional de recepción que maneja tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del TS, al conceptualizar la recepción como el acto por el cual el dueño de la obra **presta su conformidad** a la obra realizada por el constructor.

Pues bien, partiendo, por una parte, de estas premisas doctrinales, jurisprudenciales y del proceso de gestación de la Ley, y, por otra parte, de la lógica del sentido común, considero, aunque sea forzando el tenor del artículo 6.1 y 2 LOE, que se debe admitir la que se podría denominar «**recepción unilateral**» de la obra por el promotor/autopromotor o, en su caso, por subrogación, por el tercer adquirente, con el fin, sobre todo, de poder suscribir las garantías obligatorias del artículo 19 LOE, cuya acreditación exige el artículo 20.1 LOE, como más adelante se examinará, para escriturar e inscribir en el Registro de la Propiedad la correspondiente obra nueva construida, dando así solución a situaciones de hecho que, sin duda, se producirán (32).

La «**recepción unilateral**» se puede definir como el acto por el cual el dueño de la obra entiende aprobada y recibida la obra construida por consi-

(29) Enmienda núm. 41 al artículo 6 del Proyecto de LOE. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de marzo de 1999, núm. 163-9; enmienda núm. 100 al artículo 6 del Proyecto de LOE. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

(30) MARTÍNEZ MÁS, F., *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Madrid, 2000, págs. 76-77; y MARTÍNEZ MÁS, F., en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, págs. 296, 297 y 283.

(31) BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 1999, núm. 163-1.

(32) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 37, afirma que la Ley no es suficientemente previsor para dar respuesta a cuestiones, fundamentalmente referentes a situaciones transitorias, por lo que los vacíos o lagunas al respecto tendrán que ser afrontadas por vía jurisprudencial.

derar que la misma se ajusta a lo convenido y a las reglas del arte de la construcción.

Su estudio se realiza en el subepígrafe C) (**Clases de recepción**) del presente epígrafe.

B) MOMENTOS O FASES DE LA RECEPCIÓN

La doctrina distingue tres momentos o fases dentro de la recepción: la **verificación**, la **aprobación** y la **recepción propiamente dicha**.

1. **La verificación** es la facultad o derecho del comitente, promotor o dueño de la obra, consistente en el conjunto de operaciones que tienen por objeto **comprobar** si la obra es conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato (33). El promotor, comitente o dueño de la obra puede valerse de los asesoramientos técnicos que estime oportunos para realizar la verificación de la obra.

Este **examen** debe realizarse desde la notificación de la conclusión de la obra —acreditada en el certificado final de obra— efectuada por escrito al promotor y antes del plazo que hayan pactado las partes para la recepción. En defecto de pacto expreso de las partes, ex artículo 6.4 *ab initio*, LOE, la Ley, en su artículo 6.4 establece el plazo máximo durante el cual puede realizarse la verificación, al decir que la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la terminación de la obra, contados a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor. De esta forma, como pone de relieve MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS (34), el promotor, comitente o dueño de la obra, dispone de treinta días para llevar a cabo la verificación, aprobación y recepción propiamente dicha de la obra.

2. **La aprobación** es la declaración de voluntad por cuya virtud el promotor formula un **juicio positivo** mediante el cual la obra realizada se considera bien hecha, en lo esencial, conforme a lo pactado, aceptándose, y, en consecuencia, asumiendo la obligación de proceder a la recepción propiamente dicha de la obra, haciéndose cargo de la misma (35).

(33) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 54.

(34) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 9.

(35) El artículo 1.598, párrafo segundo, del Código Civil, permite el pacto por el que sea un tercero quien apruebe la obra, en cuyo caso se estará a lo que éste decida, a los efectos de la posterior recepción por parte del promotor. En virtud de lo dispuesto en dicho precepto es posible el pacto por el que las partes determinen que el certificado final de obra equivalga a la aprobación de la obra construida por el promotor (GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 160, y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 57). La jurisprudencia entiende que dicho pacto no constituye una cláusula de arbitraje (STS de 22 de febrero de 1989), sino que se trata de un dictamen no decisorio sujeto a valoración judicial ex artículo 1.598, párrafo primero, del Código Civil (STS de 22 de julio de 1995).

La aprobación se puede producir bien como consecuencia de la verificación positiva, o bien como consecuencia del expreso acuerdo positivo con la obra realizada, aunque se haya renunciado a efectuar la verificación o examen previos.

Afirma MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS (36), que la declaración de voluntad en que consiste la aprobación no requiere una forma determinada. Por ello, puede ser: *a) tácita*, derivada del silencio del promotor unido a actos que evidencian la conformidad, es decir, el **silencio consciente** del promotor tras la comunicación de puesta a disposición de la obra por parte del constructor, y *b) expresa*, mediante una **declaración emitida al efecto** (37).

Por último, la aprobación o aceptación, aunque se haga con reservas, obliga a la recepción propiamente dicha de la obra, que también se hará con reservas (38). Sólo en el caso de que no se apruebe la obra por constatar la existencia de defectos que impliquen su no terminación o el incumplimiento de las estipulaciones contractuales (por no adecuarse la obra a ellas) podrá el promotor negarse a recibir la obra, en cuyo supuesto no se produce la recepción de la obra sino el rechazo de la misma en virtud del juicio negativo de la obra, ex artículo 6.3 LOE, que examinaremos en el epígrafe siguiente.

3. *Y la recepción propiamente dicha* es el efecto o la **consecuencia lógica** y necesaria del juicio positivo en que consiste la aprobación de la obra.

C) CLASES DE RECEPCIÓN

La LOE recoge expresamente tres manifestaciones de recepción: **expresa** y **tácita**; **total** y **parcial**, o sea, por fases; y **pura**, o simple, y **con reservas**. A esta clasificación que recoge la LOE, y como contraposición a la recepción bilateral del artículo 6 LOE, habrá que adicionar, según mi criterio ya expresado, cuando proceda, la «recepción unilateral» realizada por el promotor/autopromotor o, en su caso, por subrogación, por el tercer adquirente.

(36) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 10.

(37) Tratándose de obras inmobiliarias, aunque nada obliga a ello, lo normal es que la aprobación se haga de forma expresa. Así, la doctrina pone de manifiesto que es bastante usual que en el pliego de condiciones conste que la aprobación se deberá realizar de forma expresa mediante acta y con la comparecencia del promotor, del constructor y del arquitecto. MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 10.

(38) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 64.

1. *Recepción expresa y tácita*

El acto de recepción, al igual que la aprobación, con la que, en cierto modo, se confunde, no requiere una forma determinada, por lo que la recepción puede ser expresa y tácita.

a) *La recepción expresa* de la obra deberá consignarse en un **acta** (39) firmada, al menos, por el **constructor** (que es quien ha de entregar la obra concluida) y el **promotor** (que es quien ha de aceptarla), de conformidad con el artículo 6.2 LOE. En esta línea, el artículo 9.2.c) LOE establece que el promotor está obligado a **suscribir** el acta de recepción de la obra; y el artículo 11.2.f) LOE dispone que el constructor está obligado a **firmar** el acta de recepción de la obra (40).

Por otra parte, aunque el artículo 6 LOE no lo impone, en las pólizas de seguros se exige que el acta de recepción esté firmada por la Oficina de Control designada por el asegurador (41).

(39) La finalidad de que la recepción de la obra deba constar en un acta se encuentra en que exista constancia cierta de que ha tenido lugar la recepción de la obra; lo cual se explica por la gran trascendencia jurídica que tiene la misma, como afirma la Exposición de Motivos LOE, en relación con el inicio de los plazos de responsabilidad y de prescripción establecidos en la Ley. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 58.

(40) Así pues, la LOE sólo exige que firmen necesariamente el acta de recepción de la obra el constructor y el promotor por la sencilla razón de que éstos son las partes del contrato de obra, ya que uno ha de entregar la obra y otro aceptarla. No obstante, CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 59, dice que, atendiendo a las obligaciones que la LOE impone al director de la obra (art. 12) y al director de ejecución de la obra (art. 13), parece coherente que estos agentes firmen también el acta de recepción de la obra. En igual sentido se manifiestan GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Madrid, 2000, págs. 256 y 351; VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*. Coordinador: Sala Sánchez. Barcelona, 2000, pág. 59; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*. Granada, 2000, pág. 373; MARTÍNEZ MÁS, F., *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Madrid, 2000, pág. 89; y MARTÍNEZ MÁS, F., en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, pág. 290.

(41) En este sentido se manifiestan CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 59; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASO, *Derecho de la construcción y la vivienda*. Madrid, 2000, pág. 301; y ARIZA ARCA, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, págs. 315, 320 y 323. Además, señala CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 60, que de cara a la entidad aseguradora es conveniente pactar en el contrato de obra que el informe emitido por las entidades de control de calidad de la edificación, a las que se refiere el artículo 14 LOE, se adjunte al acta de recepción de la obra para que ésta produzca sus efectos o, al menos, constituya el dictamen de tercero que genere la obligación de recibir la obra conforme a lo dispuesto en el artículo 1.598, párrafo

El acta de recepción de la obra puede instrumentalizarse en un documento privado o a través de escritura pública.

En cuanto a sus **requisitos formales**, el acta de recepción está sujeta a determinados requisitos formales exigidos por el artículo 6.2 LOE, según el cual en el acta de recepción de la obra se hará constar:

- «...a) *Las partes que intervienen.*
- b) *La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma* (42).
- c) *El coste final de la ejecución material de la obra* (43).
- d) *La declaración de la recepción de la obra, con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.*
- e) *Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades* (44).

Asimismo, se adjuntará el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra» (45).

Por lo que respecta al **momento en que debe suscribirse el acta de recepción**, según el artículo 6.4 LOE, la terminación de la obra deberá acre-

segundo, del Código Civil. En igual sentido se manifiestan GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 161, y MARTÍNEZ MÁS, F., en *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Madrid, 2000, pág. 89.

(42) De la veracidad y exactitud del contenido del certificado final de la obra responden el director de la obra y el director de la ejecución de la obra, ex artículo 17.7 LOE.

(43) El fundamento de la fijación del coste de ejecución final de la obra en el acta de recepción se encuentra básicamente en el régimen de garantías obligatorias a que se refiere el artículo 19.5 LOE, según el cual el importe mínimo del capital asegurado se fija en determinados porcentajes calculados sobre el coste final de la ejecución material de la obra. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 61.

(44) Dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, págs. 164 y 165, que el artículo 6.2.e) LOE, se refiere a la garantía prevista en el artículo 19.1.a) LOE, es decir: a) bien al seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar durante un año el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, o b) bien, en su caso, a la constancia del pacto de retención por parte del promotor del 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra, aunque la prima del seguro deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra, ex artículo 19.2.b) LOE. También se refiere a otras garantías que el promotor puede exigir al constructor para el aseguramiento de sus responsabilidades, como las derivadas de incumplimiento contractual no manifiesto en el acta de recepción de los artículos 1.101 y sigs. y 1591, párrafo segundo, del Código Civil y las cláusulas penales que se establezcan.

(45) El director de obra y el director de la ejecución de la obra están obligados a suscribir el certificado final de la obra, ex artículos 6.2 *in fine*, 12.3.e) y 13.2.e) LOE.

ditarse en el certificado final de obra y notificarse por escrito al promotor. A partir de ese momento, comienza un plazo de treinta días dentro de los cuales deberá realizarse la recepción de la obra, salvo que se hubiera pactado otra cosa. Si no se realiza dentro de este período de tiempo la recepción expresa, se considera tácitamente recibida la obra, es decir, se produce la recepción tácita.

b) *Y la recepción tácita de la obra aparece contemplada por el artículo 6.4 in fine LOE, considerándose producida transcurridos treinta días (incluidos los inhábiles por aplicación del art. 5.2 del Código Civil) desde que se produjo la **notificación** por el constructor de la conclusión de la obra sin que el promotor haya manifestado reservas o rechazo motivado por escrito (así pues, la recepción tácita se produce por silencio tras el período de tiempo dado para la recepción expresa de la obra).*

Siendo ello así, la recepción tácita produce los mismos efectos que la expresa.

Finalmente, por lo que se refiere a la **conveniencia de formalizar notarialmente el acta de recepción de la obra y también, como acto previo, la práctica de las notificaciones del constructor al promotor**, ex artículo 6.4 LOE, como ha indicado la Circular 2/2000 del Consejo General del Notariado:

*«...si su otorgamiento se encomendara al notario, naturalmente la forma será la de **escritura pública**, y si en ella se hicieren constar, además, los requisitos exigidos por la Ley del Suelo, podría la escritura de recepción de obra servir asimismo como acta de finalización a los efectos del control urbanístico que lleva a cabo la Administración. En cualquier caso, autorice o no el notario la recepción de las obras, si es **requerido** para practicar las **notificaciones** a que se refiere el artículo 6 de la Ley entre constructor y promotor, será conveniente llevarlo a cabo mediante **entrega personal** por parte del notario de **cédula de notificación al requerido**, en el domicilio señalado (art. 202, párrafo 2.º del Reglamento Notarial)».*

Comentando dicha Circular, GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO (46) manifiestan que parece importante la **forma pública notarial** por la trascendencia que va a tener esta **recepción de la obra**, ya que, entre otras circunstancias, el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente produci-

(46) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 656.

da, según lo establecido en el artículo 6.5 LOE. El documento público notarial va a determinar una **fehaciencia de la fecha frente a terceros**, y, además, en la propia acta notarial podrán consignarse las manifestaciones de las partes, el por qué del rechazo de la obra y sus circunstancias, que puede ser fundamental de cara a un procedimiento judicial (47).

A mi juicio, también es aconsejable que **la notificación de la conclusión de la obra** por parte del constructor al promotor se canalice **notarialmente**, pues, por mor del artículo 6.4 LOE, dicha notificación supone el inicio del plazo para la recepción expresa y, en su caso, para la recepción tácita, en la cual el documento público notarial va a determinar una **fehaciencia de la fecha frente a terceros** (48).

2. *Recepción total y parcial, o sea, por fases*

La recepción de la obra puede ser total y parcial, es decir, por fases, puesto que según el artículo 6.1 *in fine* LOE:

«...deberá abarcar la **totalidad** de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así **se acuerde** por las partes».

Así pues, de este precepto se desprende que la recepción de la obra puede ser total y parcial, o sea, por fases.

- a) *La recepción es total* cuando comprende la totalidad de la obra construida.
- b) *Y la recepción es parcial* cuando abarca fases completas y terminadas de la obra, **si así se acuerda por las partes** (49).

Ello quiere decir que si no se ha pactado nada, la entrega se hará al finalizar la totalidad de la obra encargada y se aceptará y recibirá también la totalidad. Pero si se ha pactado por piezas o medida, la recepción se referirá a cada una de estas piezas o medida (50).

(47) En igual sentido se pronuncia ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 216, 217 y 227.

(48) En igual sentido, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2709 y 2710; ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 215 y 227; y LACABA SÁNCHEZ, F. y MERCHÁN GABALDÓN, citados por ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 215.

(49) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 62.

(50) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 14.

Respecto de la recepción parcial o por fases, entiende GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (51), que ésta no estará supeditada únicamente al pacto de las partes (cfr. art. 6.1 *in fine* LOE) sino también a su viabilidad técnica y urbanística (se ha de tratar de fases o porciones dotadas de autonomía e individualidad o susceptibles de una verificación independiente) (52).

3. *Recepción pura o simple y con reservas*

Los apartados 1 y 2.d) del artículo 6 LOE prevén la posibilidad de que la recepción de la obra pueda realizarse con y sin reservas.

a) *La recepción es pura o simple* cuando el promotor está de acuerdo con la totalidad de la obra realizada, por considerarla bien hecha, conforme a lo pactado, aceptándola, en consecuencia, tal y como la encuentra. Supone, pues, que la obra se ha ejecutado a satisfacción del promotor, **sin manifestación de disconformidad**.

b) *Y la recepción con reservas* tiene lugar cuando el promotor se muestra básicamente conforme con la obra **en lo esencial**, según lo pactado, si bien, y como consecuencia de su verificación, advierte determinados **defectos** considerados **menores** que no deben ser obstáculo para la recepción, pero que deben ponerse de manifiesto para poder exigir la subsanación de los mismos o la responsabilidad que proceda (53).

En esta hipótesis, el artículo 6.2.d) LOE exige que en el acta de recepción de la obra con reservas queden especificadas de manera **objetiva** las reservas (54), estableciéndose un plazo, que figurará también en el acta, para subsanar los defectos puestos de manifiesto. Finalmente, dicho precepto exige que en un **acta aparte** suscrita por los firmantes de la recepción conste que los defectos han quedado subsanados.

(51) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2711.

(52) Dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, págs. 158 y 159, que no toda obra inmobiliaria por piezas o por medida será susceptible de ser recibida parcialmente en los términos de la LOE, sino sólo aquellas cuyas piezas constituyan fases completas y terminadas objeto de certificación final (aunque parcial) de obras.

(53) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 13.

(54) De esta manera la LOE, en su artículo 6.2.d), pretende que las reservas tengan un sólido fundamento, apoyándose en un criterio objetivo. La obra ha de presentar realmente defectos que tienen que ser subsanados por el constructor. Se quiere evitar que las reservas sean un mero pretexto del promotor para rehusar el pago del precio al constructor o para que las garantías previstas en la LOE no cubran los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción — art. 19.9.i) LOE—. El carácter objetivo de las reservas determina, lógicamente, que si existe un desacuerdo entre el promotor y el constructor en torno a su procedencia será el Juez quien, atendiendo al criterio objetivo al que se refiere la LOE, decida si las reservas están o no justificadas.

Ya se ha dicho que los defectos que permiten hacer la recepción con reservas deben ser **defectos** considerados **menores**. En efecto, a juicio de GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, y otros autores (55), las **reservas** sólo deberían ceñirse a **vicios o defectos en la terminación o acabado** del artículo 17.1.b), segundo apartado, en relación con el artículo 19.1.a) LOE, puesto que si se basan en **defectos graves** que pudieran comprometer los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio el promotor debería acogerse al **rechazo** justificado de la obra fundamentándose en el artículo 6.3 LOE. Por ello, los defectos que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en el artículo 17.1.a) y b), en su primer apartado, en relación con el artículo 19.1.b) y c) LOE, son motivo de rechazo de la obra y los defectos de terminación o acabado que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en el artículo 17.1.b), segundo apartado, en relación con el artículo 19.1.a) LOE, son objeto simplemente de reserva (56).

4. *La recepción bilateral y la atípica «recepción unilateral»*

a) *La recepción bilateral* es la que regula la LOE en los términos expresados y se realiza como consecuencia de la intervención, **expresa o tácita**, de, al menos, **dos figuras jurídicas distintas**, aunque confluyan en la misma persona (57): el **constructor** y el **promotor**, ex artículos 6, 9.2.c) y 11.2.f) LOE.

La recepción bilateral **tácita** del artículo 6 LOE requiere la **iniciativa del constructor** a través de la **notificación por escrito** de la conclusión de la obra y el **silencio consciente** del dueño de la obra tras el período de tiempo

(55) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711, 2712 y 2725; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, págs. 165, 167 y 168; y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, págs. 66 y 76.

(56) Para defender dicha tesis, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, se apoya en que este razonamiento no deja de ser una aplicación analógica de lo que nuestro ordenamiento prevé para la compraventa (v. art. 1.484 y sigs. del Código Civil). El comprador está legitimado para resolver el contrato en caso de vicio grave en la cosa (vicio que la haga impropia para el uso a que se destina o que disminuya de tal modo su uso que, de haberlo conocido, no la hubiere adquirido o habría dado menos precio). Considera dicho autor que un defecto en la terminación no puede legitimar el rechazo de la recepción, puesto que, dada la escasa magnitud del daño, se sobreentiende que podrá subsanarse en el período de garantía anual.

(57) El promotor/autopromotor-constructor, o sea, la persona física o jurídica que promueve y, a la vez, realiza por sí misma la construcción de la obra, actúa en virtud de dos conceptos distintos: promotor/autopromotor y constructor a los efectos del artículo 6.1 y 2 LOE; por eso la recepción, en este caso, no deja de ser bilateral.

dado para la recepción expresa de la obra, ex artículos 6.4 y 6.5 (que se remite al art. 6.4) LOE.

b) Y la «recepción unilateral» es el acto por el cual **el dueño de la obra** entiende aprobada y recibida la obra construida por considerar que la misma se ajusta a lo convenido y a las reglas del arte de la construcción.

La «recepción unilateral» puede ser también **tácita y expresa**:

— La «recepción unilateral» **tácita** es la producida como consecuencia de la realización de **actos concluyentes** que revelan **la voluntad o intención consciente** por el dueño de la obra de aprobar y recibir la misma, **sin mediar requerimiento o notificación** por parte del constructor.

Como ejemplos de ella, se pueden citar la ocupación, utilización o uso de la obra (58) y el pago del precio de la obra ex artículo 1.592 del Código Civil (59).

Pero estos dos supuestos de «recepción unilateral» **tácita** no son contemplados por la LOE, que sólo acoge dentro del régimen de la recepción **tácita** la prevista en el artículo 6.4 LOE (o sea, la recepción bilateral **tácita** —con requerimiento o notificación del constructor—) a los efectos del cómputo de los plazos de garantía o responsabilidad establecidos en la LOE, como se desprende del artículo 6.5 LOE (60).

Por eso, opino que la «recepción unilateral» **tácita** es inoperante en orden al objeto del presente trabajo.

— Y la «recepción unilateral» **expresa**, que opera en defecto y por imposibilidad material de la recepción bilateral (expresa o **tácita**) del artículo 6 LOE, es el acto por el cual el promotor/autopromotor o, en su caso, por subrogación, el tercer adquirente declara **formal** y expresamente la aceptación de la obra construida por manifestación de su conformidad.

Requiere, pues, *a)* la **falta e imposibilidad material de la recepción bilateral** (expresa o **tácita**), y *b)* su **constancia documental en forma fehaciente**. Lógicamente, deberá insertarse en el acta de «recepción unilateral» la fecha del certificado final de la obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra, ex artículos 6.2 *in fine*, 12.3.e), 13.2.e) y 17.7 LOE —en su defecto, la terminación de obra puede acreditarse por

(58) Cfr. SSTs de 26 de noviembre de 1956, 28 de junio de 1958, 6 de marzo de 1963, 17 de diciembre de 1964, 25 de noviembre de 1966, 20 de marzo de 1981, 8 de abril de 1983, 5 de julio de 1996, y 22 de marzo de 1997.

(59) Cfr. STS de 13 de mayo de 1983.

(60) A mi juicio, respecto de terceros (vgr., entidades aseguradoras o sucesivos adquirentes) la recepción **tácita** que juega a los efectos del artículo 6.5 LOE es única y exclusivamente la del artículo 6.4 LOE, en virtud del artículo 6.5 LOE que se remite a aquél. De la misma opinión parece ser GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 152.

cualquiera de los medios enumerados en el art. 52.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio—. Asimismo, se hará constar en el acta de «recepción unilateral» el valor total de la obra, de conformidad con el artículo 6.2 LOE.

La «recepción unilateral» expresa puede tener lugar por imposibilidad material de localización del constructor o, en su caso, del promotor/autopromotor y del constructor a fin de que se suscriba el acta de recepción de la obra de conformidad con el artículo 6.1 y 2 LOE en relación con los artículos 9.2.c) y 11.2.f) LOE (y en defecto, obviamente, de la recepción bilateral tácita del art. 6.4 LOE) (61).

VII. EL RECHAZO DE LA RECEPCION DE LA OBRA

El rechazo de la recepción de la obra se puede definir como la declaración de voluntad por cuya virtud el promotor formula un **juicio negativo** manifestando su **disconformidad con la obra** y, en consecuencia, no acepta su recepción por considerar que la obra **no está terminada o que no se adecúa a las condiciones contractuales**.

Así se puede desprender del artículo 6.3 LOE, que contempla el derecho del promotor a rechazar la recepción de la obra por los motivos expuestos en dicho precepto. En todo caso, el rechazo deberá ser motivado por escrito en un acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción, ex artículo 6.3 *in fine* LOE.

No cabe el rechazo de la recepción de la obra cuando presente vicios o defectos de construcción considerados menores, o sea, los relativos a elementos de terminación o acabado de la obra del artículo 17.1.b), segundo apartado, en relación con el artículo 19.1.a) LOE. En estos casos sólo procede la recepción de la obra con reservas (62).

Lógicamente, el constructor podrá oponerse a la decisión del promotor rechazando la recepción de la obra, al considerar que no es justificada. En tal

(61) La imposibilidad material de localización puede ser debida al desconocimiento de los obligados a suscribir el acta de recepción de la obra del artículo 6.1 y 2 LOE —lo que le puede suceder al tercer adquirente del inmueble edificado cuya obra nueva construida no fue declarada por el promotor/autopromotor— o a su desaparición del mercado inmobiliario, pudiendo constituir un dificultoso *iter* diabólico la determinación y localización de sus sucesores.

(62) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711, 2712 y 2725; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 165, y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, págs. 66 y 76. En nuestra jurisprudencia (SSTS de 17 de abril de 1976, 30 de enero de 1992 y 8 de junio de 1996) el rechazo de la recepción de la obra por un incumplimiento que carezca de importancia está en contra de la buena fe contractual (art. 1.258 del Código Civil), máxime cuando la LOE admite expresamente la recepción con reservas. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 77.

caso, se hará constar así en el acta. La obra no será aceptada, por lo que tendrá que resolverse la cuestión en el proceso civil correspondiente (63).

VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE EDIFICACION

El régimen o ámbito de responsabilidad de los agentes de la edificación, dimanante de las obligaciones asumidas por los mismos, es triple según su origen:

A) LA CONTRAVENCIÓN DE LO PACTADO ENTRE LAS PARTES

Este incumplimiento, sea o no productor de daños, genera una **responsabilidad** estrictamente **contractual** *inter partes* —constructor frente al promotor o promotor/vendedor frente al comprador—. Y la LOE ha querido mantenerse al margen de esta responsabilidad, tal y como expresamente se desprende del artículo 17.1 *ab initio* en concordancia con el artículo 18.1 *in fine* LOE.

Ello es coherente porque la contravención de lo estipulado contractualmente se considera como un incumplimiento contractual, aunque no produzca como resultado un daño material. La lógica de este razonamiento reside en que, aunque cualquier daño puede considerarse como un incumplimiento contractual, no todos los incumplimientos contractuales son daños. El supuesto más común sería, como argumenta GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (64), la discordancia entre las calidades pactadas y las finalmente ejecutadas (hay incumplimiento aunque no existan desperfectos o daños materiales).

Por eso, esta responsabilidad tiene su fundamento jurídico no en la LOE sino en los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil, siendo una **aplicación general** del régimen de **responsabilidad contractual**, con el plazo general de prescripción de la acción indemnizatoria del artículo 1.964 del Código Civil.

B) LA IRROGACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR DEFECTOS O VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA EX ARTÍCULOS 1.484 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL

La responsabilidad de saneamiento por los defectos o vicios ocultos de la cosa vendida, que actúa *inter partes* —promotor/vendedor frente al comprador—, aparece regulada por el artículo 17.9 LOE, a cuyo tenor:

(63) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 77.

(64) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2705 y 2706.

«Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa».

Esta responsabilidad es una **aplicación particular y especial** del régimen de **responsabilidad contractual** de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil, con un plazo de prescripción de la acción indemnizatoria especial y breve ex artículo 1.490 del Código Civil.

C) LA IRROGACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR UNA PRESTACIÓN DEFECTUOSA

Este incumplimiento genera, cuasi *erga omnes* (o sea, entre las partes contratantes y también frente a los sucesivos terceros adquirentes), una **responsabilidad objetiva legal o *ex lege*** (65).

Dicha responsabilidad, también llamada **especial o *sui generis***, está prevista, actualmente, según el ámbito de aplicación respectivo, en el **artículo 17.1 LOE** y en el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, que estimo vigente, como se examinará en el siguiente epígrafe.

La responsabilidad a que hace referencia el artículo 17.1 LOE, y que se concreta y desarrolla en cuanto a su imputación por los apartados 2 a 7 del mentado precepto y demás concordantes de la LOE, es la que va a ser objeto de nuestro examen particularizado.

Pues bien, como cuestión previa al estudio de la responsabilidad legal o *ex lege* del artículo 17 LOE, aclara GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (66), que la LOE ha recogido únicamente los **daños materiales** causados en el edificio, **silenciando otros daños**: corporales, patrimoniales, morales, etc. (por no terminación de la obra o por retraso en la misma; lucro cesante; el daño a bienes muebles del edificio; los costes de desplazamiento o cambio de domicilio; el daño moral por las molestias soportadas; el coste del alquiler sustitutivo mientras duran las obras de reparación; el mayor coste de la vivienda que se debe adquirir como consecuencia de los defectos constructivos de la primera, etc...).

(65) En opinión de GARCÍA CONESA, ANTONIO, la responsabilidad que establece la LOE no es una responsabilidad contractual pura, que la misma LOE excepciona, ni propia extracontractual, sino legal o *ex lege* basada en el quebranto de la *lex artis*. GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, págs. 44 y 45.

(66) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2706.

Según el citado autor es comprensible la **exclusión de este tipo de daños** en el ámbito de las **garantías** para reducir su coste (cfr. art. 19 LOE), pero **es del todo incomprensible en materia de responsabilidad** (cfr. art. 17 LOE). Surge así la duda de saber si los **daños no materiales** entran dentro del régimen jurídico de la LOE.

GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, entiende que cuando el perjudicado tenga la condición de **consumidor**, el régimen jurídico aplicable para los daños no materiales es el establecido en la LOE, ya que esta norma es una aportación más a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios —en adelante LGDCU— (según la E. de M., 4.º párrafo, LOE) y no tiene sentido una interpretación restrictiva (excluyendo daños no materiales). Además, añade dicho autor que la LGDCU, en su artículo 2.1.c), proclama como derecho básico del consumidor la indemnización de los daños y perjuicios sufridos (sin distinción de daños). Fuera del ámbito del Derecho de Consumo —daños no materiales ocasionados al promotor—, los daños no **materiales** se englobarían también, en opinión del citado autor, en el régimen jurídico de la LOE, dado el carácter accesorio que revisten los daños no materiales respecto de los daños materiales; ello sin perjuicio del posible ejercicio de las acciones dimanantes del régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil.

Por su parte, CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN (67), considera que los daños no cubiertos por la LOE se encuadran en el régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes y 1.124 del Código Civil. Pero reconoce la incongruencia derivada del plazo de prescripción de la acción de indemnización por los daños no materiales (quince años, según el art. 1.964 del Código Civil) en relación con el plazo de prescripción de la acción de indemnización por los daños materiales, posiblemente más importantes —por ejemplo, el coste de reparación material del edificio—, objeto de la OE (dos años, según el art. 18.1 LOE).

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (68), estima que a los daños no materiales, no contemplados en el artículo 17.1 LOE, se les aplica el régimen general de la responsabilidad contractual.

GARCÍA CONESA, ANTONIO (69), parece ser de la opinión de que el régimen de la LOE alcanza a los daños y perjuicios que traen causa **inmediata** en el edificio y sólo de manera **mediata** puede afectar a bienes muebles o generar indemnización por daños corporales a personas físicas u otros efectos distintos.

(67) CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, págs. 306, 350 y 351.

(68) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en «Los perfiles...», obra citada, pág. 79.

(69) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 49.

En mi opinión, los daños no materiales entran dentro del ámbito de la LOE a los efectos de **responsabilidad** en todo caso y sin perjuicio del régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil, pero no a los efectos de las **garantías o seguros obligatorios**, salvo pacto en contrario ex artículo 19.9.i) LOE (70).

Por último, hay que resaltar que la responsabilidad legal o *ex lege*, que actúa cuasi *erga omnes* en el sentido expresado, se entiende sin perjuicio de la **responsabilidad estrictamente contractual** (regida por la normativa del Código Civil), que actúa *inter partes* y a que se ha hecho referencia en los dos apartados anteriores A) y B) del presente epígrafe.

Y respecto de los daños patrimoniales sufridos por **terceros extraños** sin relación alguna con el propietario del inmueble o sus contratistas (v.gr., transeúnte que resulta lesionado por el desprendimiento de una cornisa), aunque el daño tenga su origen en un defecto de la construcción y haya tenido lugar dentro de los plazos que establece el artículo 17.1 LOE, la responsabilidad patrimonial está sujeta al régimen general de la **responsabilidad extracontractual** del artículo 1.902 del Código Civil: el tercero dirigirá la acción normalmente frente al propietario del inmueble, si bien éste podrá repetir, en su caso, frente al responsable o responsables (71).

IX. EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DAÑOS MATERIALES DEL ARTICULO 17 LOE. EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL

Expuesto el ámbito de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, vamos a centrar nuestro estudio en el régimen de la responsabilidad civil derivada de los daños materiales a que se refiere el artículo 17 LOE.

La LOE regula el proceso de edificación fijando las obligaciones de los agentes que intervienen en el mismo para así establecer sus responsabilidades civiles por los **daños materiales** causados en el edificio a que se refiere el artículo 17 LOE.

(70) Con anterioridad a la LOE, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estimó indemnizables estos daños por la vía del artículo 1.591 del Código Civil y su conexión con el artículo 1.101 de dicho Cuerpo Legal, fundándose en que el artículo 1.591 del Código Civil establece que deben ser indemnizados los **daños y perjuicios** causados por la ruina. Cfr. STS de 27 de abril de 1984.

(71) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Civitas. Primera edición, enero 2000, págs. 442 y 443.

A) DELIMITACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES

El artículo 17.1 LOE sanciona **tres tipos de daños materiales** utilizando para ello dos criterios de delimitación de los daños indemnizables:

- El **tipo de vicio o defecto** causante del daño.
- Y el **tiempo de producción del daño**, estableciendo tres plazos diversos y respectivos de responsabilidad o garantía en función de la naturaleza o tipo del daño, contados desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Los **daños materiales** indemnizables conforme a la LOE son los siguientes:

1. *Los daños materiales que afectan a la seguridad estructural.*
2. *Los daños materiales que afectan a la habitabilidad.*
3. *Y, por último, los daños materiales que afectan a la terminación o acabado.*

B) LOS PLAZOS DE GARANTÍA O RESPONSABILIDAD CIVIL

Los **plazos de garantía o responsabilidad civil**, derivada de los expresados daños materiales, son los siguientes:

1. **Diez años** por los daños materiales que afecten a lo que la Exposición de Motivos de la Ley denomina *seguridad estructural*, esto es, los vicios o defectos que afecten al edificio o partes del mismo tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la **resistencia mecánica y la estabilidad del edificio**, ex artículos 3.1.b) y 17.1.a) LOE (72).

2. **Tres años** por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos (73) o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de *habitabilidad*, esto es, los enumerados en el artículo 3.1.c) LOE, relativos a la higiene, ruidos, ahorro

(72) Así pues, no todos los daños materiales producidos por defectos que afecten a los elementos estructurales dan lugar a responsabilidad, sino únicamente los que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

(73) Aquí ya no son elementos estructurales, como en el artículo 17.1.a) LOE, sino los restantes elementos constructivos no estructurales. GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 46.

de energía, etc..., y otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio, ex artículo 17.1.b), primer apartado, LOE (74).

3. *Y un año* por los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de ejecución que afecten a la *terminación o acabado*, ex artículo 17.1.b), segundo apartado, LOE.

C) LA RESPONSABILIDAD PASIVA

En cuanto a las **personas responsables**, el artículo 17.1 LOE habla, en términos generales, de las **personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación**, y el artículo 17.1.b), segundo apartado LOE, alude únicamente al **constructor**, al referirse a la responsabilidad de un año por los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de **terminación o acabado**.

Particularizando la responsabilidad, la Ley, en su Exposición de Motivos, apartado 4, párrafo primero, y en el artículo 17.2, consagra el principio básico de **responsabilidad individualizada** de los agentes intervinientes en el proceso de edificación (recogiendo así reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo —cfr. sentencias de 12 de junio de 1987 y de 16 de marzo de 1995—). En este sentido reza el artículo 17.2 LOE:

«2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder».

Este principio **quiebra** solamente: *a)* cuando no puedan individualizarse las responsabilidades de los agentes intervinientes —o sea, cuando no sea posible deslindar con claridad la responsabilidad individual de cada responsable—, o *b)* cuando no puedan cuantificarse las responsabilidades —o sea, cuando no sean determinables las respectivas cuotas de contribución a la causa del daño—, de forma que en estos casos regirá el principio de **responsabilidad solidaria** de los agentes intervinientes (75). Esto es lo que ha venido denominándose **solidaridad impropia**.

(74) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 467, considera que, aunque el artículo 17.1.b), primer apartado LOE, sólo habla de elementos **constructivos e instalaciones**, los vicios o defectos en los **elementos estructurales** que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de **habitabilidad** darán lugar a responsabilidad si aparecen dentro del plazo de tres años —art. 17.1.b), primer apartado, LOE— siguientes a la recepción de la obra.

(75) Esta responsabilidad solidaria de los distintos agentes que intervienen en la edificación fue sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. sentencias de 17 de febrero de 1986, 28 de enero de 1994, 6 de marzo de 1999, y 23 de marzo de 1999).

Así se desprende de la Exposición de Motivos, apartado 4, párrafo segundo, y del artículo 17.3 LOE, que establece:

*«3. No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá **solidariamente**...»*

Sin embargo, como precisa GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (76), para el **promotor** desaparece la solidaridad impropia, pues añade el artículo 17.3 LOE:

«...En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción».

La expresión «en todo caso», que utiliza dicho precepto, justifica, en opinión de GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, una **verdadera solidaridad del promotor**.

Ahora bien, hay que tener presente que la regulación de la responsabilidad pasiva se complementa con la norma procesal de la Disposición Adicional Séptima LOE, que ha facilitado al promotor (principal destinatario de las reclamaciones, al ser responsable solidario) la «llamada en garantía» que permite traer al proceso a otros agentes intervinientes:

«Solicitud de la demanda de notificación a otros agentes.

Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la **demanda**, que ésta se **notifique a otro u otros agentes** que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

Por su parte, los apartados 5 a 7 del artículo 17 LOE desarrollan y concretan la responsabilidad civil del proyectista, del constructor, del director de obra y del director de la ejecución de la obra. Pero estos apartados hay que ponerlos en relación con los demás preceptos concordantes de la LOE que regulan la responsabilidad civil de todos los agentes partícipes o intervinientes en el proceso de la edificación.

(76) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2703.

D) LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

El artículo 17.8 LOE determina unas causas de exoneración de responsabilidad, al decir:

«8. *Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño».*

En cuanto a la exoneración de responsabilidad, la doctrina discute si la recepción de la obra con **vicios o defectos aparentes o manifiestos** que no hayan sido objeto de reserva por parte del promotor exonera de responsabilidad por los mismos.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (77), se inclina por la liberación o exoneración de responsabilidad del constructor frente al promotor y los sucesivos adquirentes, argumentando la aplicación del artículo 1.484 del Código Civil.

CORDERO LOBATO, ENCARNA, opina que la recepción de la obra con vicios o defectos aparentes y sin reservas sólo tiene efectos liberatorios del constructor frente al promotor/autopromotor, pero no frente a los terceros adquirentes, pues la responsabilidad del artículo 17 LOE es una garantía de origen legal que no está establecida sólo en beneficio del promotor/autopromotor sino también de los sucesivos adquirentes del inmueble (78).

E) LA RESPONSABILIDAD ACTIVA

Activamente pueden exigir responsabilidad conforme al artículo 17.1 LOE *«los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división...».*

(77) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en «Los perfiles...», obra citada, pág. 72.

(78) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 310. En igual sentido se manifiestan CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO en *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. Madrid, 2000, págs. 282 y 283; MARTÍNEZ MÁS, F., en *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*. Madrid, 2000, pág. 93; MERCHÁN GABALDÓN, en *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, págs. 293 y 294; ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 214 y 215, y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 183.

F) EL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.591 del Código Civil, en sus párrafos primero y segundo, respectivamente, sanciona una **doble responsabilidad** del contratista (79):

1. *Por una parte, la responsabilidad objetiva legal o «ex lege», también llamada especial o «sui generis», por ruina del edificio* (comprendiendo dentro de ella no sólo la ruina física o material, sino también la ruina potencial, funcional y estética, según el concepto que de ruina ha ido elaborando el Tribunal Supremo) con la extrapolación contractual y consiguiente extensión objetiva protectora que para el tercer adquirente viene predicando el Tribunal Supremo acerca del primer párrafo del artículo 1.591 del Código Civil, a pesar de su ubicación sistemática dentro de dicho Cuerpo legal (80).

2. *Y, por otra parte, la responsabilidad ordinaria derivada del incumplimiento de las condiciones del contrato*, en virtud del régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil.

a) Con respecto al *artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil*, la no derogación expresa de dicho precepto por la Disposición Derogatoria Primera LOE ha suscitado un **debate doctrinal** sobre su **persistencia en nuestro Ordenamiento jurídico**, con la consiguiente inseguridad de si existe una duplicidad de sistemas de garantía o responsabilidad y prescripción: el del artículo 1.591, párrafo primero, en relación con el artículo 1.964 del Código Civil, y el del nuevo orden instaurado por la LOE, compatibles ambos, incluso, entre sí.

Prescindiendo de las teorías doctrinales vertidas al respecto, por exceder del cometido del presente trabajo, me limitaré a decir que, a mi juicio, hay que considerar vigente el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil,

(79) Aparte la responsabilidad del arquitecto por vicios ruinógenos del suelo o de la dirección, recogida en el párrafo primero del artículo 1.591 del Código Civil.

(80) Esta responsabilidad también se predica del promotor/transmitente frente al adquirente, siguiendo el principio interpretativo del Tribunal Supremo, según el cual cuando en el artículo 1.591 del Código Civil se utiliza la expresión «contratista» debe leerse, además, «promotor» (cfr. SSTs de 10 de diciembre de 1984, 25 de febrero de 1985, y 1 de marzo de 1985). Ello es así porque el promotor/transmitente, en su calidad de comitente, ha encargado y, en consecuencia, ha producido mediatamente una *res nova* —obra nueva o edificación— y de forma directa o indirecta ha creado los vicios. Por consiguiente, si su voluntad ha colaborado en la existencia de los vicios, esto genera en él la responsabilidad del artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, sujetándose, por tanto, al mismo estatuto jurídico de responsabilidad que el constructor o contratista. GARCÍA CONESA, ANTONIO, *Derecho de la construcción*. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 422, 452 y 453.

al menos para los **supuestos excluidos del ámbito de aplicación temporal y material de la LOE**.

Y así, el antiguo orden, para el que rige el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, se aplica, por un lado, a los edificios construidos en el espacio **temporal** de su vigencia, en virtud de la Disposición Transitoria Primera LOE *a sensu contrario*, y, por otro lado, a las obras —aunque sean residuales por su escasa enjundia— no incluidas en el ámbito de aplicación **material** de la LOE, conforme al artículo 2 de dicha Ley (81).

Finalmente, el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, también puede servir como norma de aplicación en la hipótesis de «**recepción unilateral**» de la obra, a los efectos de tomar en consideración la **fecha de la terminación de la obra** en orden a la **determinación** del momento inicial del **cómputo** de los **plazos de garantía o responsabilidad** del artículo 17.1 LOE, como se va a examinar en el siguiente epígrafe.

b) Y con respecto al *artículo 1.591, párrafo segundo, del Código Civil*, hay que estimarlo vigente, si bien, como dice CORDERO LOBATO, ENCARNA (82), se trata de un **precepto redundante**, ya que se limita a establecer que la acción de indemnización durará quince años si la ruina fuere debida a la falta del contratista a las condiciones del contrato; norma que es perfectamente ociosa pues aunque no existiera regiría el mismo plazo prescriptivo en virtud del artículo 1.964 del Código Civil.

X. EL INICIO DEL COMPUTO DE LOS PLAZOS DE GARANTIA O RESPONSABILIDAD COMO EFECTO PRINCIPAL DE LA RECEPCION DE LA OBRA. SU PARTICULARIDAD EN LA «RECEPCION UNILATERAL»

A) RECEPCIÓN BILATERAL

En la recepción bilateral, los diferentes plazos de responsabilidad ya expuestos (uno, tres y diez años) en función de los respectivos tipos de daños que pueden aparecer en los edificios, se cuentan **desde la fecha de recepción**

(81) GARCÍA MÁs, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, págs. 668 y 669, entienden que el artículo 1.591 del Código Civil y la jurisprudencia sobre «ruina funcional» podrá abarcar también a daños y vicios de habitabilidad o defectos constructivos conocidos por el perjudicado entre los tres y diez años desde la finalización de la construcción, y que no se puede asegurar de dónde proceden en su origen, de modo que no tengan fácil encaje en los daños de aparición a los tres años, según la LOE.

(82) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 351.

de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas, ex artículo 17.1 en relación con el artículo 6.5 LOE (83).

Con ello, observa GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (84), se ha puesto fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal que había nacido por la difícil interpretación del cómputo del plazo decenal del artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil: «*desde que concluyó la construcción*». Con la LOE, el cómputo se inicia desde la fecha en que se suscriba el acta de **recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas** o cuando se entienda tácitamente producida la recepción conforme a lo ya expresado *ut supra* (o sea, desde la recepción expresa o tácita).

B) «RECEPCIÓN UNILATERAL»

En la llamada «recepción unilateral», en defecto y por imposibilidad material de la recepción bilateral del artículo 6 LOE, se plantea el espinoso problema de la determinación del momento inicial del cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía del artículo 17.1 en relación con los artículos 19.1 y 6.5 LOE.

Sabido es, como se acaba de exponer, que en la recepción bilateral del artículo 6 LOE, el momento inicial del cómputo de los diferentes plazos de responsabilidad y garantía por los diversos daños materiales sancionados por el artículo 17.1 LOE es el de la recepción de la obra sin reservas o el de la subsanación documentada de éstas, ex artículo 17.1 LOE en relación con los artículos 19.1 y 6.5 LOE.

Ahora bien, en la «recepción unilateral» no parece razonable adoptar el mismo criterio, ya que el apartado 2 *in fine* de la E. de M. LOE, señala que se regula —en el art. 6 LOE— el acta de recepción de la obra —bilateral y, por extensión, la recepción tácita de la obra del art. 6.4 LOE—, dada la importancia que tiene en relación con el inicio de los plazos de responsabilidad y de prescripción establecidos en la Ley.

Por ello, respecto de las obras recepcionadas «unilateralmente», por adolecer de falta e imposibilidad material de la recepción bilateral del artículo 6

(83) En la medida que los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal del artículo 17.1 LOE son de orden público, las partes no pueden hacer remontar las garantías legales a una fecha anterior a la recepción. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 71. Por otra parte, en la recepción parcial o por fases (art. 6.1 LOE) el *dies a quo* de los diferentes plazos de responsabilidad del artículo 17.1 LOE es único: el momento de la recepción total (o el de la última recepción parcial), pues uno sólo es el plazo al que se refiere el artículo 6.5 LOE. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 63.

(84) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2709.

LOE, y en orden a la cuestión expresada, pueden esbozarse dos criterios interpretativos posibles:

1. *Un primer criterio* es el de que la obra recepcionada «unilateralmente», aunque se acoja al **nuevo orden** de la LOE a los efectos de la suscripción de las **garantías obligatorias** del artículo 19 LOE (85), **se autoexcluye** forzosamente del **nuevo orden** de la LOE frente a **los agentes intervinientes en el proceso de la edificación** a los efectos exclusivos de: *a)* los plazos de garantía o responsabilidad, *b)* su cómputo, y *c)* los plazos de prescripción de las acciones indemnizatorias frente a dichos agentes.

Siendo ello así, desde la perspectiva de este criterio, habrá que distinguir **dos espacios jurídicos coexistentes**: *a)* el de la **responsabilidad de los agentes del proceso de la edificación** del artículo 17 LOE, y *b)* el de la **garantía** representada, por regla general, por los **seguros** del artículo 19 LOE, gozando, en consecuencia, el perjudicado —por los vicios o defectos de la edificación— de la iniciativa en la elección del frente de reclamación:

- a)* *Respecto de la entidad aseguradora*, habrá unos plazos de cobertura de la garantía, en función de los tipos de daños asegurados, ex artículo 19.1 LOE, a contar desde la fecha de la recepción «unilateral» de la obra (86) (en virtud de la relación contractual surgida del contrato de seguro) (87) y, en consecuencia, un plazo de prescripción de la acción reclamatoria de la reparación o indemnización del daño.

(85) Cuestión distinta será que la entidad aseguradora se niegue a concertar el contrato de seguro sobre un edificio ya construido, entre otras razones, por no haber hecho un seguimiento técnico de la obra, o bien que exija el pago de primas muy elevadas por dicho contrato por la posible merma de su eventual derecho de subrogación que le reconoce el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y el artículo 18.2 LOE (caso de producirse el siniestro y pagada la indemnización al perjudicado) ante la hipotética indeterminación *ab initio* de todos o de algunos de los agentes del proceso de edificación. En definitiva, las dificultades u obstáculos para contratar el seguro pueden ser grandes porque las entidades aseguradoras, antes de cubrir los riesgos, deben contar con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asiente el edificio, así como supervisar la idoneidad del proyecto y sobre todo controlar la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. Todo ello puede conllevar la inviabilidad práctica, en determinados casos, de la «recepción unilateral» de la obra a los efectos de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE.

(86) El *dies a quo* para el inicio de la cobertura de los daños por los seguros previstos en el artículo 19 LOE será, pues, el de la fecha de la «recepción unilateral» de la obra.

(87) La pretensión del asegurado perjudicado frente a la entidad aseguradora proviene del contrato, del cual es parte, y no de la acción directa que, como dañado, pueda corresponderle frente al asegurador de responsabilidad civil. CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 380.

Este plazo de prescripción de la acción ya no será el de quince años del artículo 1.964 del Código Civil sino el de dos años del artículo 18.1 LOE.

- b) *Y respecto de los agentes intervinientes en el proceso de la edificación*, registrá, **por aplicación directa**, el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, vigente porque no ha sido derogado, en relación con el artículo 1.964 de dicho Cuerpo Legal, con la extrapolación contractual y consiguiente extensión objetiva protectora que para el tercer adquirente viene predicando el Tribunal Supremo acerca del primer párrafo del artículo 1.591 del Código Civil (88), a pesar de su ubicación sistemática dentro de dicho Cuerpo legal.

Quiere esto decir respecto de los agentes del proceso de la edificación:

- Que el plazo de responsabilidad de dichos agentes del proceso de la edificación será el decenal del artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil.
- Que el momento inicial del cómputo del plazo de responsabilidad será el de la fecha de terminación de la obra, acreditada por el certificado final de obra suscrito por el director de obra y por el director de la ejecución de la obra o, en su defecto, por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU. Siendo ello así, la «recepción unilateral» retrotraería sus efectos al exclusivo objeto que estamos estudiando, a la fecha de la terminación de la obra (89).
- Y que el plazo de prescripción de la acción reclamatoria o indemnizatoria será el de quince años del artículo 1.591, párrafo segundo, en relación con el artículo 1.964 del Código Civil.

2. *Y el segundo criterio* es el de apreciar que en la «recepción unilateral»: a) el *dies a quo* de **inicio de la cobertura de los daños por las garantías o seguros** previstos en el artículo 19 LOE, **respecto del asegurador**, y b) el **inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad** previstos en el artículo 17.1 LOE, **respecto de los agentes del proceso de la edificación**, viene determinado, en ambos casos, y **por aplicación analógica** del artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, por la **fecha de terminación de**

(88) Entre otras, SSTs de 3 de octubre de 1979, 28 de junio de 1982, 22 de abril de 1988, 17 de mayo de 1988, 25 de noviembre de 1988, 9 de junio de 1989, 22 de junio de 1990, 17 de julio de 1990, 3 de febrero de 1995, 27 de marzo de 1995, 27 de abril de 1995, y 6 de febrero de 1997.

(89) El *dies a quo* para el inicio del plazo de responsabilidad será, pues, el de la fecha de la terminación de la obra.

la obra, acreditada por el certificado final de obra suscrito por el director de obra y por el director de la ejecución de la obra o, en su defecto, por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU. En consecuencia, el acta de «recepción unilateral» de la obra retrotraería sus efectos a la fecha de la terminación de la obra, al exclusivo objeto que estamos examinando.

Reconociendo la vidriosidad de la cuestión planteada, la dejo abierta al querido lector a fin de que sea contrastada, debatida y contestada.

En cualquier caso, estimar la tesis de que la falta e imposibilidad material de la recepción bilateral del artículo 6 LOE conlleva inexorablemente la no iniciación del cómputo de los plazos de responsabilidad legal o *ex lege* de los agentes del proceso de edificación, argumentando la literalidad del artículo 17.1 LOE en relación con el artículo 6.5 LOE y el apartado 2 *in fine* de la E. de M. LOE, puede conducir al absurdo, con las perniciosas consecuencias que acarrearía para los subadquirentes perjudicados la omisión de la formalidad legal (pues su defensa quedaría circunscrita, aparte el derecho que les reconoce el art. 19.7 LOE, que puede resultar ilusorio, al ámbito del régimen general de la responsabilidad contractual de los arts. 1.091, 1.101 y sigs. y 1.124 del Código Civil, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación particular del régimen de saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida de los arts. 1.484 y sigs. del Código Civil).

Por último, hay que resaltar que la problemática referida constituye un argumento más acerca de la conveniencia —yo diría necesidad— de acogerse en toda su extensión al **nuevo orden** que nace con y por la LOE, con su **nueva concepción de la edificación**, dado que el legislador es consciente de la enorme importancia jurídica que tiene la recepción de la obra conforme al artículo 6 LOE en el proceso de la edificación, tal como resulta del apartado 2 *in fine* de la E. de M. LOE.

Para ello, se requiere una **concienciación sociológica** superadora del clásico concepto de edificación e integradora del **nuevo orden** que establece la Ley con el fin de fomentar la **calidad de los edificios**.

XI. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES EN LA RECEPCIÓN BILATERAL. EL *DIES A QUO*

A) PLAZOS DE GARANTÍA O RESPONSABILIDAD Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS DE DAÑOS

En el estudio de esta cuestión es fundamental distinguir claramente, como lo hace GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL (90):

(90) GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, en obra citada, pág. 1521.

1. *Por un lado, los plazos de garantía o responsabilidad* que se establecen en periodos de uno, tres y diez años, respectivamente, en función de los tipos de daños que pueden aparecer en la edificación (contados desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas, ex arts. 17.1 y 6.5 LOE).

2. *Y, por otro lado, el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias, ex artículo 18.1 LOE:*

- a) *Los plazos de garantía o responsabilidad son aquellos durante los cuales deben **forzosa y necesariamente** producirse o tener lugar los daños respectivos del artículo 17.1 LOE para poder reclamar conforme al artículo 18.1 LOE (91).*
- b) *Y el plazo de prescripción de la acción de reclamación por dichos daños es aquél durante el cual puede reclamarse indemnización por el daño producido, y **desde su fecha**. Dicho plazo de prescripción es de dos años en virtud del artículo 18.1 LOE, que establece:*

*«1. Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de **dos años** a contar desde que **se produzcan** dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual» (92).*

De la aludida distinción se hace eco el Tribunal Supremo en sentencias de 11 de octubre de 1974 y 15 de octubre de 1990.

Pues bien, de todo ello se pueden extraer dos consideraciones:

- Por una parte, si los diversos tipos de daños se producen dentro de los plazos respectivos de garantía o responsabilidad del artículo 17.1 LOE (contados desde la fecha de la recepción de la obra), puede ejercitarse la acción de reclamación de daños del artículo 18.1 LOE, en los términos de dicho precepto, sin perjuicio, por un lado, del régimen general de responsabilidad estrictamente contractual de los artículos 1.091, 1.101 y siguientes, y 1.124 del Código Civil, con el plazo general de prescripción de la acción indemnizatoria del artículo 1.964 del Código Civil, y, por otro lado, en su caso, del régimen particular

(91) Estos plazos no admiten interrupción ni suspensión.

(92) El plazo de dos años es aplicable tanto a las reclamaciones que se formulen contra los agentes partícipes en la edificación, como frente a la entidad aseguradora del artículo 19 LOE. CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, pág. 356, y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio 2001, pág. 275.

de saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, con el breve plazo de garantía y, a la vez, de prescripción de la acción indemnizatoria que señala el artículo 1.490 del Código Civil. Ello porque el régimen especial de la LOE se aplica sin perjuicio de las responsabilidades contractuales del Código Civil, ex artículos 17.1 *ab initio*; 17.9 y 18.1 *in fine* LOE. Aparte, puede entrar en juego, en su caso, la obligación de responder personalmente el obligado a suscribir las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 19.7 LOE.

- Y, por otra parte, si los diversos tipos de daños se producen una vez transcurridos los plazos respectivos de garantía o responsabilidad del artículo 17.1 LOE, no podrá ejercitarse la acción de reclamación del artículo 18.1 LOE ni podrá exigirse tampoco su resarcimiento con arreglo al régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil por haber desaparecido —o, lo que es igual, por haber dejado de producir sus efectos— las garantías legales del artículo 17.1 LOE (93). Cabrá, en su caso, el ejercicio de las acciones de saneamiento derivadas del contrato de compraventa por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, como una aplicación particular y especial del régimen de responsabilidad contractual del Código Civil, ex artículos 17.9 LOE y 1.484 y siguientes del Código Civil.

En cualquier caso, queda, además, a salvo la responsabilidad extracontractual frente a terceros extraños no propietarios, conforme a los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, con el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria que establece el artículo 1.968.2.º del Código Civil.

B) EL *DIES A QUO* DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DEL ARTÍCULO 18.1 LOE

Como según el artículo 18.1 LOE: «*las acciones para exigir la responsabilidad... prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños...*», se plantea el problema singular del momento inicial del cómputo del plazo bienal, debido a la expresión «se produzcan» que utiliza el artículo 18.1 LOE.

(93) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 79. El transcurso de los plazos de garantía o responsabilidad del artículo 17.1 LOE es causa de extinción de responsabilidad por los vicios o defectos mencionados en el artículo 17.1 LOE. CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, pág. 345.

Pues bien, dice CORDERO LOBATO, ENCARNA (94), que con relación al artículo 1.591 del Código Civil, el Tribunal Supremo siempre entendió que, de acuerdo con la teoría de la *actio nata* proclamada en el artículo 1.969 del Código Civil, el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción, o sea, el momento en que la «acción pudo ejercitarse» nunca podía ser anterior al momento en que los indicios de ruina se manifestaron/detectaron/hicieron patentes (95) o, más claramente, cuando el perjudicado tuvo conocimiento de la aparición de los vicios ruinógenos (96). Esta es, por lo demás, la doctrina habitual del artículo 1.969 del Código Civil.

Siendo ello así, surge la cuestión de si la regla del artículo 18.1 LOE ha afectado a la jurisprudencia tradicional sobre el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por daños.

En opinión de CORDERO LOBATO, ENCARNA (97), hay que partir de dos premisas básicas:

- Por una parte, que el plazo de prescripción no puede empezar a computarse antes de que la acción pueda ejercitarse (cfr. art. 1.969 del Código Civil).
- Y, por otra parte, que, según la jurisprudencia citada sobre el artículo 1.969 del Código Civil, la acción no puede ejercitarse hasta que es **objetivamente posible** que el perjudicado conozca el daño, pues otra solución colocaría en situación de indefensión a los perjudicados.

Por eso, para la citada autora el daño no se produce (art. 18.1 LOE) antes de que sea **objetivamente posible** que el perjudicado lo conozca. Basta, pues, que, objetivamente, el perjudicado pueda tener conocimiento del daño.

Por su parte, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (98), estima que a pesar de la desafortunada redacción del artículo 18.1 LOE, no se está modificando el régimen del artículo 1.969 del Código Civil. Para argumentar su opinión se basa en que aunque el término «*produzcan*» es equívoco, uno de sus significados gramaticales es «*exhibir o manifestar uno a la vista y examen aquellas... pruebas que pueden apoyar su justicia...*» (99). De este significado deduce el citado autor que el daño latente no inicia el cómputo de la prescripción, puesto que no se ha manifestado o presentado a la vista del usuario para

(94) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, págs. 356 y 357.

(95) Cfr. SSTs de 19 de septiembre de 1985, 13 de julio de 1987, 4 de diciembre de 1989, 15 de octubre de 1990, 17 de septiembre de 1996 y 29 de diciembre de 1998.

(96) Cfr. STS de 15 de octubre de 1991.

(97) CORDERO LOBATO, ENCARNA, en obra citada, pág. 357.

(98) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2714 y 2715.

(99) Cfr. sexto significado del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Ed. 21.^a, Espasa, Madrid, 1992, pág. 1186.

apoyar su pretensión. Si el daño producido **se manifiesta o se pone a la vista del usuario**, puede ser conocido y, por tanto, puede ejercitarse la acción independientemente de si lo ignore por circunstancias personales (por ejemplo, ausencias prolongadas). Concluye diciendo que dar una interpretación en sentido contrario vulneraría el derecho básico del consumidor a la protección jurídica y prioritaria que la LGDCU, en su artículo 2, exige a los poderes públicos.

No obstante, y como el mismo autor pone de relieve, hay otras opiniones que ya se han vertido sobre la dificultad que entraña saber cuándo puede conocerse un daño latente, considerando el artículo 18.1 LOE como una novedad que relega la aplicación general del artículo 1.969 del Código Civil (100).

C) LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

El artículo 18.2 LOE regula la **acción de repetición o de regreso** que pueda corresponder: *a)* bien a **cualquiera de los agentes** que intervienen en el proceso de edificación **contra los demás**, o *b)* bien a las **entidades aseguradoras contra ellos**, ex artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, disponiendo que:

«2. La acción de repetición ... prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial».

A pesar del tenor del artículo 18.2 LOE, la acción de repetición o de regreso podrá ejercitarse en el propio pleito entablado por el propietario perjudicado del inmueble, siempre que el titular de la acción la ejercite, de forma eventual, para el caso de ser condenado a cumplir frente al propietario. Así lo entiende CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN (101), apoyándose en la Disposición Adicional Séptima LOE que regula la **«llamada en garantía»**, ya examinada.

(100) LACABA SÁNCHEZ, F. califica como «novedoso y perturbador» el nacimiento de la prescripción de esos dos años en el momento de la producción de los daños (cfr. «Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del art. 1.591 del Código Civil», en *Diario La Ley*, de 20 de enero de 2000, pág. 3). También MORERA I PÉREZ, J. considera «incomprensible» que el breve plazo de prescripción tenga como *dies a quo* aquél en el que se produzcan los daños y no aquél en el que el perjudicado tenga conocimiento del daño causado (cfr. «La Responsabilidad Civil Decenal en el Anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Diario La Ley*, núm. 4.825, de 24 de junio de 1999, pág. 3).

(101) CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, págs. 358 y 359.

XII. LA SUSCRIPCION DE LAS GARANTIAS OBLIGATORIAS DEL ARTICULO 19 LOE POR LOS DAÑOS MATERIALES DEL ARTICULO 17.1 LOE

Dice GARCÍA CONESA, ANTONIO (102), que la distinción y coexistencia de **dos espacios jurídicos**: *a)* el de **responsabilidad de los agentes**, y *b)* el de **garantía de la buena construcción**, suponen una **novedad** de estructura del actual marco legal de la LOE. El primer campo, civil, tiene su germen en el arrendamiento de obra y el de servicios como contratos básicos, y el segundo, mercantil, tiene su germen en el contrato de seguro, en su variante bien de daños materiales o bien de caución y con las exigencias subjetivas, objetivas y mixtas imperativas que contiene el artículo 19 LOE.

Quedando al margen de nuestro estudio la suscripción del **seguro de caución**, reflejado en la Disposición Adicional Primera LOE, sobre la percepción por los promotores o los «*gestores*» de cooperativas, de comunidades de propietarios u otras figuras análogas de **cantidades anticipadas a cuenta del precio** durante la construcción, seguro que tiene por finalidad la indemnización del incumplimiento del contrato —devolviendo las cantidades entregadas más los intereses legales correspondientes—, vamos a centrarnos en la suscripción de las garantías obligatorias del artículo 19 LOE por los daños materiales del artículo 17.1 LOE.

A) CLASES O TIPOS DE GARANTÍAS

De forma correlativa al **sistema de responsabilidades** ya estudiado, la LOE articula un **sistema de garantías** para hacer eficaz la exigencia de aquellas responsabilidades (103).

Y así, el artículo 19 LOE establece y regula tres tipos de garantías diversas en función de los respectivos tipos de daños materiales regulados en el artículo 17.1 LOE:

1. ***El seguro anual***, o sea, el seguro de daños materiales o bien el seguro de caución para garantizar, durante **un año**, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de **terminación o acabado de las obras** —o sea, los daños materiales del art. 17.1.b), segundo apartado, LOE—, ex artículo 19.1.a) LOE.

Este seguro puede ser **sustituido** por acuerdo entre el promotor y el constructor por una **retención** hecha por el promotor de un **5 por 100**

(102) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Comentarios...», obra citada, pág. 36.

(103) JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO J., en obra citada, pág. 21.

del importe de la ejecución material de la obra —art. 19.1.a) *in fine* LOE— (104).

2. *El seguro trienal*, o sea, el seguro de daños materiales o bien el seguro de caución para garantizar, durante **tres años**, el resarcimiento de los daños causados por vicios o **defectos de los elementos constructivos** (105) o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los **requisitos de habitabilidad** del artículo 3.1.c) LOE —o sea, los daños materiales del art. 17.1.b), primer apartado, LOE—, ex artículo 19.1.b) LOE.

3. *Y el seguro decenal*, o sea, el seguro de daños materiales, o bien el seguro de caución para garantizar, durante **diez años**, la llamada **seguridad estructural** del edificio, es decir, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la **resistencia mecánica y estabilidad del edificio** —o sea, los daños materiales del art. 17.1.a) LOE—, ex artículo 19.1.c) LOE.

B) CONDICIONES DE LAS GARANTÍAS O REQUISITOS DE LOS SEGUROS

El artículo 19.2 y 3 LOE señala las distintas condiciones que han de reunir las garantías, con algunas variantes, según se trate de seguros de daños materiales (art. 19.2 LOE) o seguros de caución (art. 19.3 LOE):

1. *Tomador de los seguros:*

La ley distingue según los supuestos:

(104) Observa RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, págs. 126 y 127, que si se sustituye la suscripción del seguro por la retención por el promotor de parte del costo de la obra y el promotor enajena las viviendas antes de transcurrir el plazo de un año (contado desde la fecha en que se suscriba el acta de recepción o cuando se entienda tácitamente hecha dicha recepción, ex arts. 6.5 y 17.1 LOE) —o las ha enajenado durante la obra y la entrega a su terminación— los terceros adquirentes quedarán desprovistos de la garantía que implica el seguro y, lógicamente, responderá personalmente frente a los mismos el promotor de la obra, quedando libre el constructor por no haber recibido la cantidad con la que habría de hacer frente a dichos daños, retenida por el promotor. Por ello, añade el citado autor, hubiera sido conveniente establecer que en estos casos el promotor depositase dicho 5 por 100 retenido para hacer frente a los posibles daños que por defectos de terminación de la obra pudiese sufrir el adquirente de la vivienda. De esta crítica también se hace eco GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2717, para quien lo ideal sería que la Ley no hubiera acogido la alternativa de la retención y hubiera exigido el seguro de daños de vigencia anual.

(105) Por ejemplo, de los materiales empleados en la construcción.

- a) *En el **seguro de daños materiales** o en el de **caución anual***, es decir, el que cubre la **responsabilidad por la terminación o acabado de las obras** —art. 19.1.a) LOE—, será tomador del seguro (y, por ello, contratante del mismo) el **constructor**, a quien corresponderá el pago de la prima, ex artículos 19.2.a) y 19.3.a) LOE.
- b) *Y en las otras dos clases de **seguros**, o sea, en el **trienal** y en el **decenal***, es decir, los que cubren, respectivamente, la **responsabilidad relativa a la habitabilidad** —art. 19.1.b) LOE— o a la **seguridad estructural** del edificio —art. 19.1.c) LOE—, será tomador del seguro el **promotor**, a quien corresponderá el pago de la prima. No obstante, el promotor puede pactar expresamente con el constructor que éste sea el tomador del seguro por cuenta del promotor, ex artículos 19.2.a) y 19.3.a) LOE (106).

2. *Asegurados:*

También aquí la Ley distingue según los supuestos:

- a) *En los **seguros de daños materiales*** el asegurado será el **promotor** y los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo, ex artículo 19.2.a) LOE.
- b) *Y en los **seguros de caución*** los asegurados serán siempre los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo, ex artículo 19.3.a) LOE.

3. *Pago de la prima:*

En los seguros de daños materiales y en los seguros de caución, **la prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra**, ex artículos 19.2.b) y 19.3.a) LOE.

Por otra parte, tanto en los seguros de daños materiales como en los seguros de caución se puede pactar el fraccionamiento del pago de la prima, ex artículos 19.2.b) y 19.3.a) LOE y 14 de la Ley de Contrato de Seguro. Para este supuesto, la primera prima será exigible una vez firmado el contrato de seguro, ex artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro; y, en virtud del artículo 19.2.b) y 19.3.a) LOE, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendi-

(106) En el supuesto de que se produzca este pacto, el seguro lo contratará el constructor, y pagará él mismo las primas, pero repercutiéndolas al promotor en el precio de la obra.

da, ni esté liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía.

En el **seguro de caución**, si se sigue la tesis de PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (véase el epígrafe XIII de este trabajo) y siendo coherente con ella, por razón del fundamento teleológico de dicho seguro de caución, cuando se **subordina el comienzo material** —o sea, el inicio de la cobertura real— del contrato de seguro al hecho de la **transmisión** de todo o parte del edificio a un tercero —único posible asegurado en el seguro de caución, ex art. 19.3.a) LOE— el promotor (tomador del seguro) no puede ser obligado al pago de la prima (que es el precio del riesgo) hasta que surge el riesgo, o sea, la posibilidad de siniestro, posibilidad que no puede aparecer hasta la transmisión a un tercero de todo o parte del inmueble. Ello a pesar de lo dispuesto por el artículo 19.3.a) en relación con el artículo 19.2.b) LOE.

En mi opinión, esta tesis podría ser corroborada por los artículos 14 *ab initio* y 2 *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro, y el criterio jurisprudencial de la configuración del **seguro de caución**, bajo el principio de autonomía de la voluntad, como una garantía **autónoma** y **atípica** que arranca en la voluntad contractual de concertar un seguro que dé cobertura a determinados derechos para terminar dotándolo frente al destinatario final de un nuevo perfil más eficiente como garantía autónoma de buena ejecución. Además, como dice CARRASCO PERERA, ANGEL (107), los seguros de caución son seguros de «grandes riesgos», conforme al artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. A estos seguros no les es aplicable la imperatividad del artículo 2 *ab initio* de la Ley de Contrato de Seguro, y las partes pueden pactar libremente la ley aplicable.

4. *Importe mínimo del capital asegurado:*

Será distinto para cada clase de seguro:

- a) Un *5 por 100* del coste final de la ejecución material de la obra (108), incluidos los honorarios profesionales, para las garantías de los daños materiales que afecten a la *terminación o acabado* de las obras —**seguro anual**—, ex artículo 19.5.a) LOE.
- b) Un *30 por 100* del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías de los daños materiales que afecten al incumplimiento de los requisitos de la *habitabilidad* —**seguro trienal**—, ex artículo 19.5.b) LOE.

(107) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 390.

(108) Que incluye el beneficio empresarial.

- c) Y un 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías de los daños materiales que afecten a la llamada *seguridad estructural* del edificio —**seguro decenal**—, ex artículo 19.5.c) LOE.

5. *Franquicias:*

- a) Como *regla general* se admite franquicia siempre que la misma no exceda del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral, ex artículo 19.8, segundo apartado, LOE.

Por unidad registral, a efectos del **seguro decenal**, se considera el edificio en su totalidad (109). Pero a efectos de los **seguros anual y trienal**, que todavía no han entrado en vigor, por unidad registral, desde el punto de vista de la práctica hipotecaria, hay que entender cada una de las fincas registrales en que, de ordinario, se divide horizontalmente y, por excepción, de forma tumbada o materialmente, el edificio en cuestión. Ello será objeto de un particular estudio en el epígrafe XIV, E) 1. de este trabajo.

- b) Y, *por excepción*, no se permiten, en cambio, franquicias en los seguros referentes a los daños materiales que afecten a los elementos de terminación o acabado del artículo 19.1.a) LOE, ex artículo 19.8, primer apartado, LOE, o sea, en el **seguro anual**.

6. *Consecuencias de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE:*

- a) Por una parte, el artículo 19.4 LOE establece:

«4. Una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo».

- b) Y, por otra parte, en el caso de producción del siniestro, el artículo 19.6 LOE establece:

(109) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 675; GARCÍA CONESA, ANTONIO, *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo 2000, pág. 135; el mismo autor en «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, enero-febrero de 2000, págs. 322 y 323; y también en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio de 2001, pág. 286.

«6. El asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos».

7. Objeto excluido de la cobertura propia de las garantías del artículo 19 LOE:

El ámbito de cobertura propio de las garantías del artículo 19 LOE se circunscribe, en principio, a los **daños materiales de la propia obra** y, por lo tanto, salvo pacto expreso en contrario, no incluye los daños o supuestos expresados en el artículo 19.9 LOE:

- «...a) Los daños corporales u otros perjuicios económicos distintos de los daños materiales que garantiza la Ley.
- b) Los daños ocasionados a inmuebles contiguos o adyacentes al edificio.
- c) Los daños causados a bienes muebles situados en el edificio.
- d) Los daños ocasionados por modificaciones u obras realizadas en el edificio después de la recepción, salvo las de subsanación de los defectos observados en la misma.
- e) Los daños ocasionados por mal uso o falta de mantenimiento adecuado del edificio.
- f) Los gastos necesarios para el mantenimiento del edificio del que ya se ha hecho la recepción.
- g) Los daños que tengan su origen en un incendio o explosión, salvo por vicios o defectos de las instalaciones propias del edificio.
- h) Los daños que fueran ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño.
- i) Los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción».

8. Consecuencias de la no suscripción de las garantías del artículo 19 LOE:

El incumplimiento de las normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, para el obligado a contratarlas, la obligación de responder personalmente. La sanción tiene naturaleza y rango imperativo, sin posibilidad de pacto en contrario, pues el artículo 19.7 LOE establece:

«7. *El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente el obligado a suscribir las garantías*».

C) LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA LOE

Como ya se ha indicado *ut supra*, las disposiciones de la LOE, en lo referente a la materia objeto de nuestro estudio, serán de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación a partir de su entrada en vigor (Disposición Transitoria Primera LOE).

Por lo tanto, la fecha que juega a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de la Ley es la fecha de la **solicitud** de la correspondiente **licencia** de edificación y no la fecha de concesión de dicha licencia.

En consecuencia, toda declaración de obra nueva terminada que vaya a otorgarse en base a una licencia de edificación solicitada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (6 de mayo de 2000) —aunque se conceda con posterioridad— no requerirá la constitución con carácter obligatorio de ninguna de las garantías exigidas por la nueva Ley. Cuestión distinta es que, posteriormente a la entrada en vigor de la Ley, haya habido una modificación o alteración del proyecto primitivo, ampliándose o reduciéndose el mismo, solicitándose, en consecuencia, la pertinente licencia de modificación del proyecto a partir del día 6 de mayo de 2000; en este caso, considero que debe aplicarse la LOE (110).

Por último, como en determinadas ocasiones, en la práctica, no constará en el escrito de la concesión de la licencia la fecha de su solicitud, y a los efectos de la aplicabilidad o no del artículo 20.1 LOE, como más adelante se examinará, deberá acreditarse dicha fecha ante el Notario y el Registrador de la Propiedad, bien a través del escrito de solicitud de la licencia en que conste la fecha del registro de entrada del Ayuntamiento pertinente o bien mediante certificación del Ayuntamiento al respecto en la que conste la fecha de entrada en el libro-registro municipal de la correspondiente solicitud de su concesión.

D) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA LOE

La Disposición Adicional Segunda LOE establece:

(110) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 655.

«Obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción.

Uno. La garantía contra los daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19 para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda».

En consecuencia, conforme a esta disposición, y en tanto en cuanto no se establezca otra cosa mediante los correspondientes Reales Decretos, de momento, sólo es exigible desde la entrada en vigor de la Ley (6 de mayo de 2000) la garantía del seguro decenal, relativa a la seguridad estructural del edificio, del artículo 19.1.c) LOE, y, únicamente, respecto a edificios cuyo destino principal sea la vivienda (sin perjuicio de que en la edificación haya también locales comerciales y/o plazas de aparcamiento).

Para las demás garantías hay que esperar hasta que se exijan mediante los correspondientes Reales Decretos.

XIII. LA FIGURA DE LA AUTOPROMOCION Y LA SUSCRIPCION DE LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 19 LOE

A) EL CONCEPTO DE AUTOPROMOTOR

Junto a la figura del promotor propiamente dicho, que es la persona física o jurídica que, **decidiendo los elementos esenciales** del proceso edificativo, destina la edificación para su **enajenación**, entrega o cesión a terceros, existe la figura del **autopromotor**, considerado como la persona o personas que, **decidiendo también los elementos esenciales** del proceso edificatorio, destinan la edificación para **uso propio**.

Así pues, la autopromoción supone reunir en la misma persona a quien determina los elementos esenciales de la promoción (promotor) con quien será el futuro usuario de la edificación (111).

(111) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2695.

B) LA AUTOPROMOCIÓN INDIVIDUAL Y LA COLECTIVA

La autopromoción puede realizarse **individual** o **colectivamente** (art. 9.1 LOE):

La forma **colectiva** se lleva a cabo mediante la constitución de **empresas** o **asociaciones** de corte mutualista (bajo el principio mutualista de doble cualidad: socio y usuario; en este caso, promotor-usuario), cuyos máximos exponentes son las cooperativas y las comunidades de propietarios (112).

Ahora bien, puede ocurrir que las figuras de las cooperativas, comunidades de propietarios (a través de sus condóminos) y otras análogas no tengan una intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción, bien porque *de facto* realizan dicha intervención decisoria los llamados «gestores» o «entidades gestoras» de cooperativas, comunidades de propietarios u otras figuras análogas, o bien en virtud de la existencia de un mandato irrevocable de los socios de las cooperativas o de los comuneros de las comunidades de propietarios, respectivamente, para que dichos «gestores» efectúen las labores de gestión, administración y promoción (113).

Pues bien, cuando esto sucede las cooperativas, los condóminos de comunidades de propietarios u otras figuras análogas no son autopromotores, siendo el «gestor» el verdadero promotor, aunque disfrace su labor de intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción bajo la apariencia de un arrendamiento de servicios con la cooperativa o con la comunidad de propietarios a través de sus condóminos.

En cambio, si la elección de los elementos esenciales de la promoción es realmente democrática y autodecidida por la respectiva agrupación, será la cooperativa o los condóminos de la comunidad de propietarios la o los autopromotores verdaderos (114).

(112) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2695. Añade dicho autor que la expresión «comunidad de propietarios» que también utiliza la LOE (E. de M. Apdos. 4 y 7, art. 17.4 y Disp. Ad. 1.ª) se refiere a las comunidades de promoción o construcción cuyo régimen jurídico será determinado por la voluntad de sus integrantes y subsidiariamente por lo regulado en el Código Civil en materia de comunidad de bienes (v. art. 392 y sigs.).

(113) O sea, en virtud de pacto expreso, los socios de la cooperativa o los comuneros de la comunidad de propietarios, simples dueños de la obra, han delegado las facultades esenciales inherentes al promotor.

(114) La cooperativa sería promotor-mediador, o sea, en nombre propio, si bien por cuenta de los socios cooperativistas. Pero al igual que la cooperativa sí que puede figurar como promotor, no ocurre así con las comunidades de propietarios, no sólo porque aquí no existe una persona jurídica a quien calificar como promotor, sino porque, además, a diferencia de lo que sucede en las cooperativas de viviendas, en las comunidades de propietarios para la construcción no existe por hipótesis una dedicación profesionalizada al mercado inmobiliario, por lo que, en principio, la condición de promotores a los efectos

En definitiva, el elemento clave para determinar en estas figuras el concepto y cualidad de promotor radica en la **intervención decisoria en los elementos esenciales de la promoción.**

La LOE trata la figura de los «gestores», si bien de forma escueta, en su E. de M., apartados 4 *in fine* y 7, artículo 17.4 y Disposición Adicional Primera (115).

C) LA AUTOPROMOCIÓN Y LA SUSCRIPCIÓN DE LAS GARANTÍAS OBLIGATORIAS DEL ARTÍCULO 19 LOE

A la luz de la LOE, la doctrina se ha planteado el problema de si el promotor de una edificación para uso o disfrute propio, o sea, el autopromotor está sujeto a la obligación de concertar la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE.

1. Un **sector doctrinal minoritario** responde negativamente a esta cuestión.

Y así, RICO MORALES, NICOLÁS (116), considera que cuando la edificación la realiza directamente el titular del terreno (actuando como promotor y constructor) **para su propio uso o disfrute**, sin encomendar la construcción propiamente dicha a un constructor y contratando sólo la mano de obra, no existe la posibilidad de distinguir entre promotor, constructor y terceros adquirentes

de la LOE la tienen todos los condóminos, salvo que alguno de los condóminos se dedique profesionalmente al mercado inmobiliario e intervenga decisoriamente en el proceso edificatorio, en cuyo caso éste deberá tener la consideración de promotor a todos los efectos de la LOE. CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, págs. 207 y 208.

(115) En el apartado 4 *in fine* de la E. de M. LOE y, al parecer, también en su Disposición Adicional Primera, la LOE incurre en un error al equiparar a la figura del promotor la de «gestor» de cooperativas, de comunidades de propietarios u otras figuras análogas, siendo así que promotor y gestor tienen prestaciones de distinta naturaleza que no necesariamente tienen por qué coincidir en una sola persona. Resulta más preciso el artículo 17.4 LOE, pues condiciona dicha equiparación al **tenor del contrato** o a la **intervención decisoria en la edificación**. Para discernir si el «gestor» es o no promotor, estima GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2700, que será importante considerar el censo social del autopromotor en el momento de adoptar decisiones sobre elementos esenciales y si para tales se barajaron otras alternativas. Evidentemente no puede considerarse a una comunidad de propietarios como autopromotora de cien viviendas cuando a la hora de determinar la contratación de la empresa constructora, dirección facultativa, etc., contaba tan sólo con diez comuneros y la sociedad gestora. De forma paralela, tampoco puede reputarse promotor al «gestor» que únicamente ha promovido los trámites necesarios para la constitución y agrupación del colectivo o su licitación a un concurso de suelo. Por otro lado, añade el citado autor, en obra citada, pág. 2699, que la pasividad en la participación del autopromotor en el proceso edificatorio y su condición de consumidor son presupuestos que pueden hacer de él un comprador y del «gestor» un verdadero promotor.

(116) RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, págs. 128 y 129.

(siendo la relación del dueño-constructor con los obreros exclusivamente laboral). Por eso, en ese caso no parece, a su juicio, que la necesidad de los seguros tenga objeto por faltar el presupuesto esencial de la Ley que es la regulación de las responsabilidades entre promotor y constructor y de éstos con los terceros adquirentes. Concluye diciendo que ni siquiera sería obligatoria la suscripción de los seguros en el momento de una hipotética transmisión a un tercero antes de la terminación de los respectivos períodos de garantía de daños ya que el vendedor siempre respondería por evicción y saneamiento de la cosa vendida con arreglo al Código Civil.

Por su parte, MURIEDAS MAZORRA, GERARDO (117), en un meritorio y sugerente trabajo sobre esta materia, estima que el promotor de edificaciones para uso propio (autopromotor) no está obligado a suscribir los seguros porque, según este autor, así resulta de una interpretación sistemática de la Ley en base a una exhaustiva serie de argumentos apoyados en la fundamentación general de que el espíritu de la ley es la protección de los terceros y, además, en virtud del básico principio general del Derecho de que nadie puede obligarse consigo mismo (*non potest esse obligatio sine persona obligata*), por lo que nadie puede ostentar un derecho de crédito contra sí mismo —siendo acreedor y deudor de sí mismo— (118).

Añade el citado autor que si el autopromotor —o promotor para sí— transmite a un tercero antes de la terminación de los respectivos períodos de garantía de daños, el adquirente, además de la protección del Código Civil a todo comprador, ex artículos 1.484 y siguientes, tendrá, por subrogación, mientras no hayan transcurrido los respectivos plazos de garantía, la posibilidad de exigir a los demás agentes de la edificación las responsabilidades previstas en el artículo 19.7 LOE para el supuesto de que las garantías no se hayan suscrito.

Finalmente, LACABA SÁNCHEZ, F. (119), considera fuera del ámbito de la LOE al autopromotor.

(117) MURIEDAS MAZORRA, GERARDO, «Autopromoción y seguros obligatorios», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 301, mayo 2001, págs. 12 y sigs.

(118) En cuanto a la promoción en régimen de cooperativa o comunidad de propietarios, dice el citado autor que si la promoción se desarrolla con intervención como promotor de un «gestor» profesionalizado, de los caracterizados por la Ley, serán estos «gestores» los que deberán suscribir los seguros obligatorios, como claramente se deriva del artículo 17.4 LOE; pero no habrá obligación de suscribir los seguros en cuestión por la cooperativa o los condóminos de la comunidad de propietarios para sí cuando no intervengan tales figuras de «gestores».

(119) LACABA SÁNCHEZ, F., «La Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1.591 del Código Civil», en *La Ley*. Año XXI, núm. 4974, citado por ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en «Aspectos notariales y registrales de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 35, julio-septiembre de 2000, pág. 206.

2. *La doctrina mayoritaria*, en cambio, sostiene la opinión contraria, es decir, que la LOE no dispensa al autopromotor (promotor para uso propio) de la obligación de suscribir las garantías del artículo 19 LOE en ningún caso, y, por lo tanto, aunque nunca vaya a enajenar (120).

En mi modesta opinión, el autopromotor está obligado a suscribir las garantías del artículo 19 LOE en todo caso y, en consecuencia, aunque no tenga intención de enajenar nunca. Y ello por las siguientes razones:

- a) El artículo 9.1 LOE, de modo explícito, comprende entre los promotores a las personas que deciden, impulsan, programan y financian, con recursos propios, las obras de edificación **para sí**. Y hay que tener presente que los autopromotores son promotores (121).
- b) El artículo 9.2.d) LOE establece que el promotor tiene como obligación suscribir los seguros previstos en el artículo 19 LOE, sin excluir los casos de edificaciones para uso propio.
- c) El apartado 6 de la E. de M. de la LOE contempla la suscripción obligatoria por el promotor de los seguros previstos en el artículo 19, también sin distinguos.
- d) El apartado 3 de la E. de M. de la LOE establece que «...*el promotor, como persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso..., se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir*».

(120) Así se han manifestado GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, págs. 653 y 654; CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, págs. 205 y 206; PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, «Un nuevo seguro obligatorio. Comentario al artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 90, 2000, pág. 220; GARCÍA CONESA, ANTONIO, en sus ciclos de conferencias pronunciadas acerca de la LOE; ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 206, 207 y 227; y CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, págs. 384 y 386. Hay que reconocer, no obstante, que todos estos autores se hacen eco de las críticas que ha merecido la Ley al respecto por su intervencionismo exagerado.

(121) Como precisa CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, pág. 205, la redacción del artículo 9 LOE, en su versión inicial del Proyecto, no era la de la Ley, pues la redacción actual del artículo 9 LOE se introdujo en el Informe de la Ponencia (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 163-11, de 15 de junio de 1999), que aceptó una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV). Pero la motivación de la enmienda pone de manifiesto que su finalidad no era la de incluir en el precepto la autopromoción, sino la de evitar que transmitir la titularidad del edificio fuera —como inicialmente determinaba el art. 9.2.c)— una obligación del promotor (v. la enmienda núm. 26 en el BOCG, Congreso, Serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999). Ahora bien, sea cual fuere la intención de los autores de la correspondiente enmienda, lo cierto es que el tenor literal del artículo 9.1 LOE comprende al autopromotor. Por eso, a mi juicio, no son aceptables los argumentos que para defender la exclusión de la autopromoción del ámbito de aplicación de la Ley se basan en el proceso de «gestación» de la misma porque no se atienden a la literalidad del artículo 9.1 LOE, tal como ha quedado promulgado y publicado.

- e) Y, finalmente, el artículo 19.2.a) LOE dispone, con relación al seguro de daños materiales, que *«tendrá la consideración de tomador del seguro el constructor en el supuesto a) del apartado 1), y el promotor en los supuestos b) y c) del mismo apartado, y de asegurados el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo»*. Evidentemente, si el promotor debe ser, a la vez, tomador y asegurado es porque el seguro procede también en el caso de la autopromoción.

Partiendo de la tesis mayoritaria, PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (122), considera que la LOE permite solventar, sin alterar sus principios, el problema de las garantías de la autopromoción, proporcionando un marco flexible que permite dar cumplida satisfacción a todos los intereses en juego.

Y así, en opinión del citado autor, la suscripción de las garantías obligatorias del artículo 19 LOE puede hacerse efectiva no necesariamente a través del seguro de **daños materiales** previsto y regulado en el artículo 19.2 LOE, sino mediante el otro tipo alternativo de seguro admitido: el **seguro de caución** previsto y regulado en el artículo 19.3 LOE.

Y, a continuación, PARDO NÚÑEZ expresa las características del régimen legal del **seguro de caución** en relación con la autopromoción:

Mientras que el seguro de daños materiales pretende la indemnización estricta del daño sufrido, el **seguro de caución**, en cambio, es una subespecie del seguro de crédito (de características muy parecidas a la fianza) que protege al acreedor asegurado contra el incumplimiento del deudor. El seguro de daños materiales trata de reparar la pérdida de la cosa asegurada que provoca el siniestro. El seguro de caución, por el contrario, trata de reparar el daño causado por el incumplimiento de una obligación del tomador nacida como consecuencia del daño generado.

Siendo ello así, en el **seguro de caución**, como seguro por cuenta ajena que es, el acreedor (asegurado-propietario) y el deudor (tomador-promotor) tienen que ser personas distintas (123).

Se entiende por ello que el artículo 19.3.a) LOE disponga que en el **seguro de caución**, al contrario que en el de daños materiales, los **asegurados** serán siempre los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo y nunca el promotor-tomador.

Sobre la base de estas consideraciones, concluye PARDO NÚÑEZ que la existencia de un riesgo es la causa del contrato del seguro; por esta razón, «el

(122) PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, págs. 219 a 223.

(123) No hay crédito si el acreedor y deudor son la misma persona; y si no hay crédito no es posible seguro alguno de caución. En este sentido, este seguro se parece al de responsabilidad civil.

contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo...» (art. 4 de la Ley de Contrato de Seguro). Y como la existencia de un riesgo es la causa del contrato del seguro es claro que en el **seguro de caución** que contempla la LOE no hay riesgo mientras que el promotor siga siendo propietario del edificio (124): el promotor no puede ser acreedor o deudor de sí mismo, y como no hay crédito nada hay que afianzar o asegurar.

Y si falta el riesgo porque el promotor sigue siendo el propietario, el promotor (tomador) del **seguro de caución** a favor de los futuros adquirentes del edificio no puede ser obligado al pago de la prima (que es el precio del riesgo) hasta que surge el riesgo (125); y éste no surge mientras falta la posibilidad de siniestro; y falta la posibilidad de siniestro mientras el promotor-propietario no transmita a un tercero todo o parte del inmueble.

Por eso habrá que distinguir en la póliza entre el **comienzo formal** y el **material del seguro**. La fecha del **comienzo material** es mención obligatoria de cualquier póliza (art. 8 de la Ley de Contrato de Seguro), precisamente porque la aparición del riesgo puede retrasarse. Siendo ello así, habrá que **subordinar** el **comienzo material** del **seguro de caución** al hecho de la **transmisión** de todo o parte del edificio a un **tercero** —el único posible asegurado en el caso del seguro de caución, ex art. 19.3.a) LOE—.

En mi opinión, esta tesis, que, en principio, parece tropezar con el artículo 19.3.a) en relación con el artículo 19.2.b) LOE, podría ser sustentada, sin embargo, en base a los artículos 14 *ab initio*, y 2 *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro y al criterio jurisprudencial de la configuración del **seguro de caución** bajo el principio de autonomía de la voluntad, como una garantía **autónoma** y **atípica** que arranca en la voluntad contractual de concertar un seguro que dé cobertura a determinados derechos para terminar dotándolo frente al destinatario final de un nuevo perfil más eficiente como garantía autónoma de buena ejecución. Además, como dice CARRASCO PERERA, ANGEL (126), los seguros de caución son seguros de «grandes riesgos», conforme al artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. A estos seguros no les

(124) A mi juicio, la ausencia del riesgo en esa fase, o sea, mientras no se produce la transmisión, no puede ser motivo de nulidad al amparo del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro, pues «las partes pueden fijar una delimitación temporal del riesgo, que se inicie con posterioridad a la conclusión del contrato». SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Aranzadi, 1999, pág. 117.

(125) Como dice PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, así como el siniestro es la *condictio legis* para que el asegurado pueda reclamar el pago, la existencia del riesgo es la *condictio legis* para que el asegurador pueda exigir el pago de la prima.

(126) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 390.

es aplicable la imperatividad del artículo 2 *ab initio* de la Ley de Contrato de Seguro, y las partes pueden pactar libremente la ley aplicable (127).

XIV. LAS FUNCIONES NOTARIAL Y REGISTRAL EN LA FORMALIZACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LAS ESCRITURAS DE OBRA NUEVA. EL ARTÍCULO 20.1 LOE

A) EL TEXTO LEGAL DEL ARTÍCULO 20.1 LOE

El artículo 20.1 LOE establece:

«Requisitos para la escrituración e inscripción.

1. No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

La dicción de este precepto tiene que ser matizada y complementada por el tenor de la Disposición Adicional Segunda y la Disposición Transitoria Primera LOE, que ya hemos examinado.

Comentando el texto del artículo 20.1 LOE, GARCÍA CONESA, ANTONIO (128), apunta que el mismo tiene por destinatarios a **dos operadores jurídicos** distintos y complementarios: *a) el Notario* autorizante en la relación de parte o partes —y en su función de garante de la veracidad de las

(127) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2717 y 2725, duda de la viabilidad práctica de la alternativa del seguro de caución —para cubrir las responsabilidades edificatorias— tal y como lo configura el artículo 19.3 LOE, pues sus características, expresadas en dicho precepto, que hacen del seguro una garantía autónoma e independiente del hecho edificatorio, posibilitan a su beneficiario casi un poder omnímodo en su ejecución (la indemnización por parte del asegurador al asegurado al primer requerimiento, sin necesidad de tener que acreditarse previamente el daño causado; y la imposibilidad por parte del asegurador de oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro). A estas consideraciones habrá que sumar la derivada de la solvencia patrimonial del tomador-promotor (deudor), o sea la aptitud del patrimonio del deudor para que el asegurador pueda hacer frente a la repetición de los pagos realizados al asegurado (acreedor) por cuenta del tomador-promotor (deudor). Y este aspecto debe preocupar al asegurador a tenor del artículo 68 *in fine* de la Ley del Contrato de Seguro, en cuya virtud todo pago hecho por el asegurador (en el seguro de caución) deberá serle reembolsado por el tomador del seguro (por lo que esa circunstancia hará que el seguro de caución también sea desventajoso para el obligado a asegurar). Y es que el seguro de caución únicamente proporciona una facilidad de cobro al asegurado (acreedor), faltando en él una auténtica traslación del daño del tomador-promotor (deudor) al asegurador.

(128) GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, 2000, pág. 320.

transacciones inmobiliarias, según matiza PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (129)—; y *b) el Registrador de la Propiedad en la relación de los terceros* —y en su función de garante de la legalidad de las transacciones inmobiliarias, como apostilla PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO—.

De aquí se desprende que a los Notarios y Registradores de la Propiedad se les encomienda una **función tuitiva o de control** del cumplimiento de la Ley, de modo que **deben abstenerse** de su actuación profesional si no se les acredita la constitución de las garantías previstas en el artículo 19 LOE y, en definitiva, como precisa GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (130), la efectividad del cumplimiento de la obligación derivada de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

B) GESTACIÓN DEL ARTÍCULO 20.1 LOE

Observa CARRASCO PERERA, ANGEL (131), que la redacción del artículo 20.1 LOE se ha modificado sustancialmente con respecto a su redacción en el Proyecto de Ley. En efecto, en éste la acreditación o (en el texto finalmente aprobado, la disyuntiva «o» se sustituye por la copulativa «y») testimonio de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE era precisa para autorizar e inscribir escrituras públicas de primera transmisión *inter vivos* o de adjudicación voluntaria de edificaciones (132).

Pero en la redacción definitiva del artículo 20.1 LOE se adelanta, en principio, la exigencia de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE al momento de otorgar la escritura de declaración de obra nueva.

C) CRÍTICA DEL ARTÍCULO 20.1 LOE EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El incumplimiento de los requisitos preceptuados por el artículo 20.1 LOE conlleva como forma de sanción lo que se denomina «*cierre registral*» (133).

(129) PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, pág. 216.

(130) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 495.

(131) CARRASCO PERERA, ANGEL, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, págs. 454 y 455.

(132) Ello de modo similar a lo establecido en la Ley Catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de l'Habitatge, cuyo artículo 15 sitúa el momento formal de la constitución de la garantía en la escritura de transmisión de viviendas o locales. La formulación susodicha del Proyecto de Ley se mantuvo, incluso, en el Dictamen de la Comisión de Obras Públicas en el Senado —BOCG, Senado, serie II, núm. 148 (e), de 27 de septiembre de 1999—; pero desapareció en el texto que aprobó el Senado —BOCG, Senado, Serie II, núm. 148 (f), de 7 de octubre de 1999—.

(133) PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, pág. 216.

1. *Desde el punto de vista de los civilistas e hipotecaristas* se ha criticado el artículo 20.1 LOE porque no es lógico que a un acto jurídico, la declaración de obra nueva, que es perfectamente **válido civil y urbanísticamente** —si cumple los requisitos de control de la legalidad urbanística—, y que ha dado lugar al nacimiento de derechos sustantivamente legítimos, se le cierre el Registro de la Propiedad por incumplir un **requisito meramente administrativo**, tanto más cuanto que la falta de protección registral del derecho proscrito afectará no sólo al propietario-titular registral sino también a los titulares posteriores ya que no podrán negociar su derecho plenamente.

Esta proscripción registral conculca el artículo 24 de la Constitución Española que proscribe la indefensión de los derechos (134).

A mi juicio, también es criticable la falta de previsión legal, a efectos notariales y registrales, de un plazo de caducidad de la omisión de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE. El momento inicial del cómputo de dicho plazo de caducidad, *de lege ferenda*, no sería la fecha fehaciente de la recepción bilateral expresa o tácita o, en su caso, la fecha fehaciente de la «recepción unilateral» de la obra, porque pueden no haberse realizado, sino la fecha de la terminación de la obra (135), acreditada por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU, de igual forma que prevé el artículo 52.a) y b) RDU en materia de legalidad urbanística.

2. *Desde la perspectiva administrativista*, en cambio, señala FUENTES SÁNCHEZ (136) que la institución del Registro de la Propiedad, que en sus comienzos protegía al propietario frente a las intrusiones en su derecho, sirvió más tarde, acentuadamente, para **asegurar el cumplimiento de las disposiciones estatales**, y hoy sirve sin distinción, en el fiel de la balanza, **el interés público y el privado**.

(134) En este sentido se ha manifestado PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, págs. 216 y 27. Para este autor el artículo 24 de la Constitución Española, en una interpretación amplia, rechaza explícitamente la posibilidad de que los poderes públicos con facultades coercitivas puedan utilizar, como una forma de sanción, para castigar infracciones penales o administrativas, la imposición de trabas que limiten la defensa de los derechos —sea la indefensión producida total o parcial, judicial o extrajudicial—. En nuestro caso particular, la norma de cierre registral impide a los propietarios que la sufren, interesados en inscribir un acto válido, servirse de los medios de defensa (materiales o procesales), dependientes de la inscripción, que el Ordenamiento Civil reconoce. Por su parte, CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 456, afirma que es dudoso en qué medida haya sido procedente esta innovación.

(135) Ello por analogía con el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil y el artículo 52.a) RDU.

(136) FUENTES SÁNCHEZ, *En torno al urbanismo. Política del Suelo y el Registro de la Propiedad (separata)*. Madrid, 1963, págs. 6 y sigs., citado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 494.

D) EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 20.1 LOE. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 20 DE MARZO DE 2000, Y LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2000

1. *La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de marzo de 2000:*

Desde que se promulgó la Ley se planteó un problema de interpretación relativo a si la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE se refería única y exclusivamente a las declaraciones de obra nueva terminada o bien a todo tipo de declaraciones de obra nueva, es decir, en construcción y terminadas.

Pues bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado en una Resolución de 20 de marzo de 2000, resolviendo una consulta de la Asociación de Promotores y Constructores de España, y saliendo al paso de una posible interpretación extensiva, se inclina por excluir del ámbito del artículo 20.1 LOE la declaración de obra nueva en construcción por entender que, en tanto no se termina la construcción, no existe inmueble que pueda sufrir daños —y, en consecuencia, asegurable—, no surgiendo el objeto de la garantía, ya que ésta no tiene por objeto la terminación del edificio sino los daños que, posteriormente a su terminación y recepción, pueda sufrir por su deficiente construcción (137).

(137) En la práctica, sin embargo, existirá desde el inicio de las obras un preacuerdo entre el promotor y el asegurador, ya que este último no asegurará el edificio si no ha hecho un seguimiento técnico de la construcción (examinando los medios técnicos y humanos de los que dispone el promotor —elección de la Oficina Técnica de Control, Arquitectos, Constructor, etc.—), es decir, si no cuenta con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asienta el edificio, la supervisión de la idoneidad del proyecto y el control de la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo de 2000. El mismo autor en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio 2001, pág. 276.

Siendo ello así, el promotor, de hecho, no esperará al día de la terminación de la obra para contratar el seguro, sino que lo suscribirá normalmente con anterioridad. Por eso cabe distinguir y compatibilizar dos momentos: *a)* el de perfección del contrato (emisión de la póliza), en una fecha, y *b)* el de inicio de la cobertura real de los riesgos (suscripción del documento de entrada en vigor), en otra fecha, que será la fecha de la recepción de la obra —quedando, en su caso, excluidas de la cobertura real las reservas formuladas en el acta de recepción de la obra mientras no hayan sido subsanadas, ex art. 19.9.i) LOE—. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20 ...», obra citada, pág. 324. Por su parte, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2722, dice que el riesgo y, por lo tanto, su cobertura real, nacen desde la recepción de la obra.

En este sentido, dispone la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000, que:

«...Los Notarios y Registradores de la Propiedad tan sólo exigirán la acreditación de las garantías a que se refiere el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación al autorizar o inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras...».

No obstante, con respecto a la autorización e inscripción de escrituras de obra nueva **en construcción** (en que no se exige la prestación de las citadas garantías) dice el Centro Directivo que:

«...Se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá —en su caso— la exigencia de tales garantías...» (138).

A mi juicio, esta advertencia debe efectuarla tanto el Notario como el Registrador de la Propiedad (139).

Por último, el Centro Directivo, a los efectos de que los terceros tengan la mayor información posible de cómo se encuentra el edificio en relación con las garantías del artículo 19 LOE, establece que:

«...En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, los Notarios y los Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas a los efectos de los artículos 19 y 20.1 y Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre.»

2. La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2000:

La Instrucción de la DGRN, de 11 de septiembre de 2000, dictada a raíz de una consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la

(138) Dice GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, que una de las finalidades de esta advertencia es evitar que el interesado, en el momento de la formalización del acta notarial de finalización de obra, pueda alegar que no es necesario cumplir los requisitos del artículo 20.1 LOE, por no tratarse de una escritura de declaración de obra nueva sino de un acta notarial de terminación de obra. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, «Adiós al artículo 51 del Reglamento de inscripción de actos de naturaleza urbanística», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 292, diciembre 2000, pág. 20.

(139) En igual sentido se manifiestan GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, págs. 671 y 673.

forma de acreditar ante el Notario y el Registrador de la Propiedad la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 20.1 LOE, fija los **requisitos formales** que deben exigir los Notarios y los Registradores de la Propiedad en orden: *a)* a la **constitución**, y *b)* a la **vigencia** de las garantías.

Dicha Instrucción debe ser examinada, matizada y desarrollada sobre la base de las siguientes consideraciones (140):

- Se debe acreditar: *a)* «la constitución de la/s garantía/s», y *b)* «la vigencia» de dicha/s garantía/s, o sea, la fecha de «su entrada en vigor».
- La acreditación se realizará de cualquiera de las siguientes formas:
 - a)* «mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor»;
 - b)* «mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato»;
 - c)* «o mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato».
- «En todo caso —en estos documentos— deberán expresarse al menos las siguientes circunstancias:

***a)* Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación** (o sea, las circunstancias identificativas del edificio):

- «1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.*
- 2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.*
- 3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.*
- 4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto»* (el cual consta en todo proyecto básico de edificación).

En mi opinión, no son acumulativas e indispensables todas estas circunstancias, pues de lo que se trata es de tener la seguridad de que el edificio objeto del seguro se corresponda con la obra declarada en la escritura (u objeto del acta notarial de su finalización) y de que haya congruencia entre el inmueble en el que se ubica el edificio, y al que se refieren el documento del seguro y la escritura (o acta notarial de finalización de obra), y la finca registral, o sea, tal como aparece descrita en el Registro de la Propiedad.

(140) A fin de estructurar el contenido de la citada Instrucción de la DGRN y sus correspondientes matizaciones, se va a resaltar en cursiva el tenor literal de los apartados pertinentes de dicha Instrucción.

b) Relativas al seguro:

«1. Calificación y modalidad de seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor».

Cuando se dice que las garantías cubiertas deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 LOE, sin exclusión, debe entenderse, obviamente, que se refiere sólo a la garantía actualmente exigible, que es únicamente la relativa al seguro decenal del artículo 19.1.c) LOE.

«3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución».

Hay que entender que se refiere al coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales (141), en virtud del artículo 19.5 LOE.

Además, este requisito hace alusión sólo al seguro decenal del artículo 19.1.c), que es la garantía actualmente exigible, y en la que el importe mínimo del capital asegurado ha de ser del 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, en virtud del artículo 19.5.c) LOE. En los seguros anual y trienal del artículo 19.1.a) y b) LOE, respectivamente, los importes mínimos del capital asegurado en relación al coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, no son iguales a dicho coste, ex artículo 19.5.a) y b) LOE (5 por 100 en el seguro anual y 30 por 100 en el seguro trienal) (142).

(141) ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 228 y 229, entiende que la expresión «honorarios profesionales» del artículo 19.5 LOE viene referida a todos los agentes del proceso de la edificación que son **profesionales**, esto es, proyectista, director de obra, director de la ejecución de la obra, y, en su caso, otros técnicos intervinientes. Y en opinión de CARRASCO PERERA, ANGEL, obra citada, pág. 432, entre los «honorarios profesionales» hay que incluir los honorarios que el promotor o constructor hayan debido abonar a la Oficina de Control impuesta por la entidad aseguradora.

(142) A los efectos de comprobar que el capital asegurado según la póliza corresponde al coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, ex artículo 19.5 LOE, dichos honorarios profesionales podrán acreditarse mediante la exhibición de factura o tomarse de la memoria del proyecto (en todo caso, mediante manifestación del otorgante en el propia escritura de obra nueva o, en su caso, en el acta de finalización de la obra). ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 228.

«4. *Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha*» (o sea, la expresión de la fecha inicial de la cobertura y la final).

También aquí debe entenderse que este requisito se refiere sólo al seguro decenal del artículo 19.1.c) LOE, que es la garantía actualmente exigible, pues los seguros del artículo 19.1.a) y b) LOE tienen unos plazos de vigencia diferentes: uno y tres años, respectivamente.

«5. *El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma*».

Así pues, si se han pactado primas periódicas, la primera de ellas será exigible una vez firmado el contrato, en virtud, además, del artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

En el **seguro de caución**, si se sigue la tesis de PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (véase el epígrafe XIII de este trabajo), y siendo coherente con ella, por razón del fundamento teleológico de dicho seguro de caución, cuando **se subordina el comienzo material** —o sea, el inicio de la cobertura real— del contrato de seguro al hecho de la **transmisión** de todo o parte del edificio a un tercero —único posible asegurado en el seguro de caución ex art. 19.3.a) LOE— el promotor (tomador del seguro) no puede ser obligado al pago de la prima (que es el precio del riesgo) hasta que surge el riesgo, o sea, la posibilidad de siniestro, posibilidad que no puede aparecer hasta la transmisión a un tercero de todo o parte del inmueble. Ello a pesar de lo dispuesto por el artículo 19.3.a) en relación con el artículo 19.2.b) LOE.

En mi opinión, esta tesis podría ser corroborada por los artículos 14 *ab initio*, y 2 *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro y el criterio jurisprudencial de la configuración del seguro de caución, bajo el principio de autonomía de la voluntad, como una garantía **autónoma** y **atípica** que arranca en la voluntad contractual de concertar un seguro que dé cobertura a determinados derechos para terminar dotándolo frente al destinatario final de un nuevo perfil más eficiente como garantía autónoma de buena ejecución. Además, como dice CARRASCO PERERA, ANGEL (143), los seguros de caución son seguros de «grandes riesgos», conforme al artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. A estos seguros no les es aplicable la imperatividad del artículo 2 *ab initio* de la Ley de Contrato de Seguro, y las partes pueden pactar libremente la ley aplicable.

(143) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 390.

«6. *La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral*».

Por **unidad registral**, a efectos del **seguro decenal**, se considera el edificio en su totalidad. Y a efectos de los seguros **anual** y **trienal**, que todavía no han entrado en vigor, por unidad registral, desde el punto de vista de la práctica hipotecaria, cabe entender cada una de las fincas registrales en que, de ordinario, se divide horizontalmente y, por excepción, de forma tumbada o materialmente, el edificio en cuestión (144). Este extremo será objeto de un especial y particular estudio en el epígrafe XIV. E), 1.

Hay que tener presente, además, que en el **seguro anual** del artículo 19.1.a) LOE **no son admisibles** cláusulas por las cuales se introduzcan **franquicias**, ex artículo 19.8, párrafo primero, LOE.

«7. *Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación*».

En el **seguro anual** del artículo 19.1.a) LOE, el **tomador del seguro** es el **constructor**, ex artículo 19.2.a) y 19.3.a) LOE; y en los **seguros trienal** y **decenal** del artículo 19.1.b) y c) LOE, el **tomador del seguro** es el **promotor**, ex artículos 19.2.a) y 19.3.a) LOE, si bien hay que tener en cuenta que el promotor puede pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

«8. *Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros*».

Conviene aclarar que entre los asegurados no figura el constructor (145), pues en los **seguros de daños materiales** los **asegurados** son el **promotor** y los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo, ex artículo 19.2.a) LOE; y en los **seguros de caución** los asegurados serán siempre los **sucesivos adquirentes** del edificio o de parte del mismo, ex artículo 19.3.a) LOE.

c) Relativas a la entidad aseguradora:

«1. *Identificación de la compañía o entidad aseguradora*».

La actividad aseguradora no puede ser realizada por una persona física, ex artículo 7 *a sensu contrario* de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Or-

(144) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Aplicación del artículo 20...», obra citada, págs. 322 y 323; el mismo autor en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo y junio de 2001, pág. 286.

(145) Ello con independencia del supuesto de reunión en una misma persona física o jurídica del doble carácter de promotor y constructor.

denación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSS), por lo que se reserva a las **entidades** que adopten la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social, cuando se trate de entidades privadas (art. 7 LOSSS).

Dichas entidades aseguradoras deberán ser inscritas en el **Registro Mercantil** (art. 7 LOSSS) o en el **Registro de Cooperativas** (art. 4 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre —ROSSS—), según los casos. Con dicha inscripción la entidad aseguradora adquirirá su **personalidad jurídica**.

Ello no obstante, las entidades aseguradoras deben obtener la oportuna **autorización administrativa** prevista en los artículos 6 LOSSS y 6 ROSSS, cuya solicitud únicamente puede presentarse tras la adquisición de su personalidad jurídica en el Registro Mercantil o en el Registro de Cooperativas, según los casos (arts. 7 LOSSS y 6 ROSSS). La autorización administrativa se concede para actuar en un determinado ramo del seguro (en concreto, y en lo que aquí nos interesa en el seguro de daños materiales o en el de caución) y determina la inscripción de las entidades aseguradoras en un **Registro administrativo** regulado en el artículo 74 LOSSS, que se lleva en la Dirección General de Seguros (arts. 6 LOSSS y 6 ROSSS) (146).

En cuanto al procedimiento para tener la relativa seguridad de que una determinada entidad aseguradora tiene la autorización administrativa vigente para actuar en un determinado ramo de seguro (en concreto, el de daños materiales o el de caución), GARCÍA CONESA, ANTONIO; GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO (147), consideran que los Notarios y los Registradores de la Propiedad deben aceptar la mera declaración expresa de la entidad aseguradora (148).

(146) El cumplimiento de todos estos requisitos permite a las entidades aseguradoras practicar operaciones únicamente en los ramos para las que hayan sido autorizadas.

(147) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 326; y GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 676.

(148) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 326, dice que sería conveniente la comunicación por la Dirección General de Seguros a la Dirección General de los Registros y del Notariado, o directamente en el Boletín Oficial del Estado, de un Listado General Anual de las sociedades con autorización administrativa vigente, al menos de las nacionales. Por el momento, anualmente, el Ministerio de Hacienda, a través de su servicio de publicaciones, relaciona las sociedades que tienen la autorización administrativa vigente para operar en cada clase de seguro, y, por lo tanto, figuran en las listas del registro administrativo que se lleva en la Dirección General del Seguro, que, desde un punto de vista práctico, además, edita un disquete anual con dichos listados, e informa con cierta celeridad si existe en estos momentos vigente. La eficacia de esta medida se solapa con la libre prestación de servicios de esta clase de seguros por parte de las compañías comunitarias; pero pese a ello se debe reconocer que es, en todo caso, de gran utilidad e incide en incremento de la información

«2. *Autorización para operar en España.*

3. *Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz».*

3. *El testimonio notarial de la acreditación de las garantías del artículo 19 LOE como forma de acreditar su cumplimiento:*

El artículo 20.1 LOE establece que «*se acredite y testimonie*». Ello quiere decir que se trata de dos requisitos conjuntos en la escritura (o acta) para el Notario:

- a) La *acreditación* como **requisito material** y previo.
- b) Y el *testimonio* como **requisito formal** y subsiguiente, ya sea incorporando el documento correspondiente de la entidad aseguradora, en su original, o bien mediante testimonio de ese original, incorporándolo a la matriz (149).

4. *La calificación registral:*

La calificación registral se debe limitar al control de los requisitos y características o circunstancias ya expresadas y a la congruencia documental contractual de la póliza del seguro con los restantes documentos protocolizados y con la declaración o declaraciones de voluntad principales contenidas en la escritura (o acta de finalización de obra). No podrá, en cambio, el Registrador calificar la validez o nulidad de su clausulado que quedará reservado a los Tribunales de Justicia y al Registro de Condiciones Generales de la Contratación (150).

Si el Notario infringe la obligación que impone el artículo 20.1 LOE autorizando la escritura de obra nueva (o el acta de finalización de obra) sin que se testimonie la constitución de las garantías del artículo 19 LOE, y se

en aras de la defensa del proceso de protección del consumidor que, finalmente, es lo que se pretende. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha remitido al Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad un oficio de fecha 24 de julio de 2001 con la relación actualizada de entidades aseguradoras autorizadas para operar en los ramos de seguro de daños materiales y de caución a los efectos de la LOE con el objeto de facilitar las labores de calificación de los Registradores de la Propiedad.

(149) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 669. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 323, opina que el testimonio puede hacerse dentro de la escritura (o acta) o también fuera de ella, en virtud de una comprensiva y amplia interpretación lógica y adecuada al principio del *favor negoti*.

(150) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 326; y CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, págs. 459 y 460.

le acredita, en cambio, al Registrador la constitución de las mismas, parece que deberá inscribir incluso en el supuesto de que la fecha de constitución de las garantías sea posterior a la formalización de la obra nueva terminada (o al acta de finalización de obra). Ello porque, aunque en virtud de una interpretación literal y rígida del artículo 20.1 LOE, las garantías debieran estar suscritas en el momento de la formalización de la obra nueva terminada (o del acta de finalización de obra), no cabe duda de que las garantías o seguros no son, en realidad, requisitos de la legalidad civil y urbanística de la obra nueva, por lo que, al existir las mismas en el momento en el que se pretende la inscripción (o nota marginal), registralmente se cumplen los requisitos necesarios para la práctica de la misma (y la protección registral opera en este caso inscribiendo y no suspendiendo la inscripción) (151).

Si no se acredita al Registrador de la Propiedad la constitución de las garantías del artículo 19 LOE en relación con el artículo 20.1 LOE, el defecto será considerado subsanable (152).

Lo que deben estar proscritas son las advertencias por parte del Notario y del Registrador, en la escritura pública (o acta de finalización de obra) y en la inscripción (o nota marginal), respectivamente, de la no acreditación de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, pretendiendo fundarse en el artículo 19.7 LOE, dados los términos imperativos del artículo 20.1 LOE (153). A mi juicio, esas indebidas advertencias podrían convertirse, para sorpresa de dichos operadores jurídicos, en «advertencias a los advertidores», pues aunque la escritura (o acta) y la inscripción (o nota marginal) sean válidas (154) entrará en juego, en su caso, la responsabilidad solidaria contractual del Notario y del Registrador de la Propiedad frente al perjudicado (155).

Por último, hay que tener en cuenta que la constitución de las garantías del artículo 19 LOE es un requisito «para» la inscripción, pero no «de» la inscripción. En consecuencia, las garantías no se han de reflejar en la inscripción.

(151) RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, pág. 132; GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, págs. 323 y 325; también en *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Folio Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo de 2000; y GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Civitas, 3.ª edición, 2001, pág. 205.

(152) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 498; y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, enero-febrero de 2000, págs. 327 y 328.

(153) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, y MARTÍN VIDAL, JOSÉ ALBERTO, en obra citada, pág. 669; RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, pág. 131; y GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, en obra citada, pág. 1524.

(154) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, págs. 497 y 498.

(155) GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 328.

ción. Pero aunque no haya «*acta de inscripción*» de las garantías, es conveniente, en beneficio de los adquirentes y por razón de la posible responsabilidad del Registrador, hacer **referencia genérica en la inscripción a la justificación o acreditación de la constitución de las garantías exigidas por la LOE**, sin detallar condiciones concretas de las garantías constituidas (156).

E) CUESTIONES PRÁCTICAS PUNTUALES ACERCA DEL ARTÍCULO 20.1 LOE
EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Reconociendo que la realidad, viva y rica, nos demostrará que la Ley no es suficientemente previsor para dar respuesta a cuestiones, por vacíos o lagunas, que tendrán que ser afrontadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se pueden reseñar algunas cuestiones puntuales en torno a la aplicación del artículo 20.1 LOE.

1. *¿Qué se entiende por unidad registral a los efectos de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE?*

En este punto voy a transcribir, prácticamente, el criterio sostenido por GARCÍA CONESA, ANTONIO (157), con algunas matizaciones:

- a) *A efectos del seguro decenal del artículo 19.1.c) LOE*, por **unidad registral** se considera el **edificio en su totalidad**, y no cada una de las fincas registrales en que se divida, de ordinario, horizontalmente, y, por excepción, de forma tumbada o materialmente, el edificio que es objeto del proyecto de edificación y de aseguramiento. Ello en base al carácter troncal y vertebral de los vicios o defectos cubiertos por el seguro decenal que no aceptan en la realidad material su segmentación en volúmenes o espacios concretos menores, como, a título de ejemplo, puede ser un piso respecto del edificio (158).

(156) AVILA NAVARRO, PEDRO, en obra citada, pág. 822; RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, pág. 132; y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 325.

(157) GARCÍA CONESA, ANTONIO, «Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, enero-febrero de 2000, págs. 322 y 323; y «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio de 2001, pág. 286.

(158) Hay que observar que, al alcanzar el seguro decenal a los vicios o defectos de los elementos estructurales que, además, comprometan directamente la resistencia mecánica y la seguridad del edificio, difícilmente podría cuantificarse la cifra de aquéllos que correspondería a cada una de las entidades independientes en que el promotor decidiera dividir horizontal o tumbadamente un edificio.

- b) Pero a efectos de los seguros anual y trienal del artículo 19.1.a) y b) LOE, que todavía no han entrado en vigor, por **unidad registral** se entiende **cada una de las fincas registrales** en que se divida, de ordinario, horizontalmente, y, por excepción, de forma tumbada o materialmente, el edificio que es objeto del proyecto de edificación y de aseguramiento (159).

Por consiguiente, en el **seguro trienal** del artículo 19.1.b) LOE, la franquicia se dividirá entre todas y cada una de las entidades registrales que resulten de la división horizontal, en virtud del sistema de folio real de nuestro Derecho Hipotecario (160). Y si la franquicia máxima es del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral, ex artículo 19.8 LOE, ello impone necesariamente que en el contrato de seguro se atribuya a cada una de estas unidades una parte de la suma asegurada (161). En todo caso, la prorrata de responsabilidad de cada unidad registral será el resultado de dividir el capital asegurado por cien y multiplicarlo por su coeficiente general de participación en los gastos y elementos comunes del edificio. En consecuencia, la franquicia no podrá exceder del 1 por 100 del capital en que se asegure cada unidad registral.

El criterio de distribución del capital asegurado debe seguir, miméticamente y de forma imperativa, a la cifra que represente el coste final de ejecución más los honorarios profesionales, sin posibilidad de reducir, ampliar, compensar o liberar alguna de las entidades registrales que conformen el edificio. En resumen, no es posible asegurar sólo las viviendas, o una parte del edificio, porque el proyecto, a los efectos de esta Ley, al igual que para otros parámetros legales, es un único e inescindible objeto contractual y negocial.

Puede afirmarse que en el caso de división del edificio asegurado en régimen de propiedad horizontal no queda al arbitrio del promotor determinar la cantidad por la que ha de asegurarse cada una de las unidades registrales resultantes. Sin duda, la cuota de participación en los elementos comunes puede ser el criterio —utilizado por el legislador para la propiedad horizontal— que deba servir para la distribución del capital asegurado. Se puede asegurar por cantidad superior al coste final de ejecución de la total obra, pero nunca por menos.

(159) Como dice CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 433, el asegurado es cada adquirente de inmuebles que constituyan unidades registrales. No es la comunidad de propietarios la asegurada. Por ello, el valor del interés es el valor de cada uno de los intereses de cada asegurado.

(160) Ello no juega en el seguro anual del artículo 19.1.a) LOE porque en él no son admisibles franquicias, ex artículo 19.8 LOE.

(161) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 433.

2. *El acta de recepción de la obra y el Registro de la Propiedad*

a) La recepción tácita de la obra

Como ya se ha dicho, la recepción de la obra puede ser expresa y tácita (art. 6 LOE).

Respecto de la recepción tácita, a mi juicio, el Notario y el Registrador de la Propiedad deben admitir la viabilidad de la recepción tácita siempre que se acrediten de **forma fehaciente** la notificación a que se refiere el artículo 6.4 LOE (que debe efectuar el constructor al promotor) y el transcurso del plazo de treinta días a contar desde la fecha de la notificación sin que el promotor haya puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito (art. 6.4 LOE).

b) La recepción de la obra con reservas

También se ha estudiado que la recepción de la obra se puede realizar con o sin reservas (art. 6 LOE).

Doctrinalmente, los defectos de la obra que permiten hacer la recepción de la obra con reservas deben ser **defectos considerados menores** (162). Quiere esto decir que las reservas deben ceñirse a **vicios o defectos en la terminación o acabado** que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en el artículo 17.1.b), segundo apartado, en relación con el artículo 19.1.a) LOE. En cambio, en puridad, los defectos que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en el artículo 17.1.a) y b), en su primer apartado, en relación con el artículo 19.1.b) y c) LOE, o sea, los que pueden comprometer los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio son —o, al menos, debieran ser propiamente— motivo de rechazo de la obra (163).

Pero lo cierto es que no hay una determinación *ex lege* de que las reservas sólo deben basarse en los vicios o defectos del artículo 17.1 *in fine* LOE (defectos menores), como hubiera sido lo ideal.

Por eso puede suceder que la recepción de la obra se haga con reservas relativas a defectos mayores o graves, es decir, los que comprometen los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio.

Pues bien, al hilo de ello, y a efectos notariales y registrales, se suscita la cuestión de la admisibilidad o no de la recepción de la obra efectuada con

(162) MONFORT FERRERO, MARÍA JESÚS, en obra citada, pág. 13; GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Aranzadi. Segunda edición, 2001, pág. 165, y CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, en obra citada, pág. 66.

(163) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711 y 2712.

reservas mientras los defectos observados en ellas no hayan sido subsanados en los términos del artículo 6.2.d) LOE, toda vez que, según el artículo 17.1 en relación con el artículo 6.5 LOE, el cómputo de los plazos de garantía y responsabilidad establecidos en el artículo 17.1 en relación con el artículo 19.1 LOE se inicia desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Desde mi punto de vista, la **recepción de la obra con reservas** debe ser **aceptada** por el Notario y por el Registrador de la Propiedad en **cualquier caso**. El filtro notarial y el registral no podrá excluir las reservas efectuadas en la recepción, aun referidas a la seguridad o estabilidad del edificio, o sea, a defectos mayores o graves, que, en puridad, deberían ser motivo de rechazo (164) (no corresponde a dichos operadores jurídicos apreciar el carácter objetivo de las reservas). Y todo ello por las siguientes razones:

- a) Porque, como precisa CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO (165), la LOE reconoce expresamente que la **recepción con reservas** es una **auténtica recepción**, aunque produce efectos jurídicos diversos a los que se derivan de la recepción sin reservas (166).

Y así, cuando la recepción es con reservas, el constructor debe subsanar los defectos observados en el plazo establecido al efecto. Una vez que tiene lugar la subsanación de los defectos observados, tal circunstancia no se hará constar en el acta de recepción, sino en un acta independiente, que ha de ser suscrita por los firmantes de la recepción. Este acta es denominada acta de subsanación, que presupone que la recepción ya se ha realizado, aunque con reservas; y, como dice el artículo 6.2.d) LOE, es un acta que se firma aparte —es, por tanto, distinta— de la de recepción. En rigor, hasta que no sea suscrita dicha acta de subsanación, que no es la de recepción, no pueden considerarse subsanados los defectos objeto de reservas. Y, en consecuencia, no habrá responsabilidad conforme a la LOE por los daños del artículo 17.1 LOE que tengan su causa en las deficiencias que fueron objeto de las reservas mientras éstas no se

(164) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2724.

(165) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2001, pág. 65.

(166) Sin embargo, MARTÍNEZ MÁS, F., en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*. Madrid, 2000, pág. 283, considera que cuando el promotor formula reservas no existe una auténtica declaración de recepción de la obra. En igual sentido, ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 214.

subsanen y se suscriba la correspondiente acta de subsanación (167); pero, *a sensu contrario*, están sujetos a la responsabilidad de la LOE los daños que no tengan su origen en las reservas formuladas, ex artículo 17.1 LOE.

Por eso, la recepción con reservas es una auténtica recepción cuya existencia determinó que se formularan las reservas.

- b) Porque, como dice GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL (168), la recepción con reservas a efectos del cómputo de los plazos de responsabilidad **no es una recepción condicionada** (169) sino una **recepción compleja** que conlleva dos momentos: el inicial de recepción y el final de subsanación; y estos dos momentos suponen una duplicidad de cómputos en los plazos de garantía o responsabilidad.
- c) Y porque, en definitiva, el acta de recepción que no rechaze la obra implica reconocimiento de su terminación y **«perfección» del negocio de recepción**, que inicia la efectividad de las garantías o seguros del artículo 19 LOE, quedando excluidos de su cobertura los siniestros que acaezcan sobre las materias objeto de reservas, ex artículo 19.9.i) LOE.

En efecto, las garantías del artículo 19 LOE no cubren los siniestros causalizados en las reservas —o sea, los defectos constructivos que tengan una conexión causal con las reservas formuladas en el acta hasta que se subsanen—. Habrá, en consecuencia, una exclusión de la cobertura respecto de las reservas, no cabiendo, por lo tanto, acción

(167) Dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 167, que la existencia de reservas retrasa el inicio de la responsabilidad del constructor frente a los adquirentes (art. 17.1 LOE), permaneciendo mientras tanto el promotor como responsable frente a los mismos en virtud del régimen de saneamiento del Código Civil, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el responsable, en su caso. Si el constructor no realiza las reparaciones correctas derivadas de los defectos observados y formulados en las reservas dentro del plazo señalado al efecto, ex artículo 6.2.d) LOE, el interés del «perjudicado» se puede satisfacer mediante la condena a hacer las reparaciones precisas a costa del constructor negligente (STS de 26 de octubre de 1994).

(168) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711, 2712 y 2725.

(169) GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, págs. 2711 y 2712, dice que la recepción con reservas no es una recepción condicionada porque si lo fuera no sería propiamente recepción, pues no se puede considerar recepción aquélla que se condiciona a la subsanación de vicios o defectos. El «*acta parte*» como documento agregado al acta de recepción confirma la inexistencia de una recepción condicionada. Tampoco parece una recepción parcial, puesto que no se está aceptando ninguna fase susceptible de aprovechamiento independiente sin perjuicio del resto de la edificación. En cambio, JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO J., en obra citada, pág. 17, dice que en la recepción de la obra con reservas hay una aceptación condicionada. Y ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 214, entiende que la recepción con reservas queda condicionada a la posterior subsanación de los defectos observados. Por eso, dice que no existe una declaración de voluntad del promotor en orden a la recepción de la obra con reservas.

contra el asegurador, ex artículo 19.9.i) LOE (170). Pero, *a sensu contrario* del artículo 19.9.i) LOE, las garantías sí cubren los defectos de una obra recibida con reservas que no tengan su origen en las reservas formuladas (171).

En conclusión, **al Notario y al Registrador de la Propiedad sólo se debe acreditar el inicial momento de la recepción** y no el final momento de la subsanación, que se desenvolverá, en su caso, extrarregistralmente.

Intimamente relacionado con lo expuesto, se plantea el problema de si las reservas formuladas, en su caso, en el acta de recepción de la obra deben constatarse tabularmente en el Registro de la Propiedad.

A mi juicio, el Registrador de la Propiedad no debe entrar en el examen del contenido sustantivo del acta de recepción de la obra ni debe hacer constar en el cuerpo del asiento registral el clausulado del acta de recepción ni, en su caso, las reservas, cuya subsanación no se podrá reflejar registralmente porque, además, no hay mecanismos habilitados para ello. Las razones que pueden esgrimirse para avalar esta tesis son las siguientes:

- a) Por una parte, las **reservas** objeto del acta de recepción dimanante del contrato de obra son **ajenas a la esencia de la publicidad registral** porque si no es inscribible lo **principal**: el contrato de obra —y el contrato de seguro— (generador de derechos y obligaciones sin transcendencia real inmobiliaria), tampoco es inscribible lo **accesorio**: el contenido del acta de recepción de la obra ni, en su caso, y, en consecuencia, las reservas realizadas.
- b) Y, por otra parte, el lugar propio de inserción del acta de recepción de la obra no es el Registro de la Propiedad sino el **Libro del Edificio**, donde quedará reflejada, en su caso, con las reservas formuladas y la subsanación de las mismas, y con la demás documentación relativa a la obra ejecutada, ex artículo 7 LOE (172).

(170) De ahí la diligencia con que deben actuar los interesados para que se lleven a cabo las oportunas subsanaciones a efectos de la garantía, ex artículo 19.9.i) LOE, en relación con el artículo 6.2.d) LOE. Tanto más cuanto que la subsanación puede ser muy costosa y demorarse en el caso de que hayan sido objeto de reserva vicios o defectos graves.

(171) CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, en obra citada, págs. 346 y 347, y CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, págs. 449, 450 y 451.

(172) Según el artículo 7 LOE, el Libro del Edificio —del que debe formar parte el acta de recepción de la obra— se entregará al promotor por el director de obra, a fin de que, ulteriormente, sea entregado a los usuarios finales del edificio. Si la recepción se ha producido tácitamente, ex artículo 6 LOE, será suficiente, en sustitución del acta de recepción de la obra, con que se adjunte al Libro del Edificio el certificado final de obra, la justificación de la notificación fehaciente y la manifestación formal del coste final de

Por todo ello, no comparto la opinión de ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, el cual es partidario de reseñar las reservas no subsanadas en el correspondiente asiento registral, argumentando, por un lado, que una de las finalidades de la LOE, confesada en el apartado 6 *in fine* de su E. de M., es evitar el fraude a los adquirentes, y, por otro lado, que la LOE es una aportación a la LGDCU (párrafo 4.º de la E. de M. LOE) (173).

A mi juicio, los argumentos utilizados como premisas por el citado autor presiden ciertamente el espíritu de la LOE, pero la conclusión no parece convincente por las razones expuestas. Y es que, por una parte, el usuario tiene a su disposición el Libro del Edificio donde deben quedar reflejadas, en su caso, y bajo la responsabilidad personal del promotor frente al adquirente, las reservas documentadas en el acta de recepción de la obra a las que no se extiende la cobertura de las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 19.9.i) LOE (174); y, por otra parte, el usuario también puede disponer de la póliza del seguro (de cuya suscripción consta referencia genérica en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obra y en el Registro de la Propiedad), que expresará la exclusión de los daños que tengan su origen en aquellas reservas formuladas en el acta de recepción de la obra, ex artículo 19.9.i) LOE.

Cuestión distinta es que en toda transmisión del edificio o de parte de él sujeto a la LOE conste la entrega, por parte del transmitente, y la recepción,

la ejecución material de la obra en los términos del artículo 19 LOE (ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, pág. 228, y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 182). Por su parte, el artículo 9.2.e) LOE establece, como obligación del promotor, la de entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada —que constituye el Libro del Edificio, ex art. 7, párrafo tercero, LOE—; y el artículo 16.1 LOE establece, como obligaciones de los propietarios, la de transmitir la documentación de la obra ejecutada (y los seguros y garantías con que ésta cuente).

Como expresa GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 182, la razón de que la LOE establezca la obligatoriedad de que el acta de recepción, junto con la demás documentación de la obra ejecutada, forme parte integrante del Libro del Edificio viene determinada por la necesidad de que no sólo los adquirentes iniciales, sino también cualquier otro posterior, puedan conocer con exactitud el *dies a quo* del inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en los artículos 17.1 y 19 LOE.

Aunque la LOE no lo diga, habrá de adjuntarse igualmente al Libro del Edificio el «acta aparte» del artículo 6.2.d) LOE donde se hará constar la subsanación de los defectos constatados en las reservas del acta de recepción, puesto que los daños derivados de defectos que tengan su origen en las partes de la obra sobre las que existieran reservas no son objeto de garantía hasta que hayan sido subsanados y esta subsanación conste documentada en acta aparte —arts. 17.1 y 19.9.i) LOE—.

(173) ESCOLANO NAVARRO, JOSÉ JAVIER, en obra citada, págs. 212, 227 y 228.

(174) Como dice GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a DEL CARMEN, en obra citada, pág. 182, si el promotor dejó de incluir el acta de recepción con reservas en el Libro del Edificio, habrá de responder personalmente frente a los adquirentes de la falta de cobertura de los daños ocasionados.

por parte del adquirente, de la documentación de la obra ejecutada (o sea, el Libro del Edificio) y de los seguros y garantías con que cuente el edificio, ex artículo 16.1 LOE. Pero esta cláusula tampoco es inscribible por carecer de trascendencia real inmobiliaria.

c) La llamada «recepción unilateral» de la obra

Me remito, por no ser reiterativo, a lo expuesto sobre esta materia en los epígrafes y apartados correspondientes de este trabajo.

3. *Las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica... del artículo 2.2.a) in fine LOE; y las obras de ampliación, modificación, reforma, o rehabilitación... del artículo 2.2.b) LOE*

Me remito, en cuanto a este extremo, a lo ya expuesto en el epígrafe III-A), 1. y 2.

Tan sólo conviene añadir aquí, por lo que respecta a las obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica... del artículo 2.2.a) *in fine* LOE, y las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación... del artículo 2.2.b) LOE (en lo referente a la interpretación de la expresión «*parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural*»), que se puede afirmar como norma de principio que **las licencias de obras mayores** tendencialmente **conducen a la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE** y, en cambio, **las licencias de obras menores no**, siendo conveniente la aportación de un plano y certificación de técnico competente.

4. *La acreditación de la suscripción de la garantía del artículo 19.1.a) LOE, o sea, la referente a los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*

Como ya se ha estudiado, esta garantía —no exigible de momento— se materializa en el **seguro anual** del artículo 19.1.a) LOE. Pero según este precepto, dicho seguro puede ser sustituido mediante pacto entre el constructor y el promotor, por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra.

Pues bien, en el caso de que se pacte la sustitución de este seguro por la retención del 5 por 100, en la escritura de declaración de obra nueva (o acta

de finalización de obra) deberán comparecer el constructor y el promotor para hacer constar en la misma la sustitución del seguro por la retención del 5 por 100. Por ello, lo que, en realidad, calificará el Registrador de la Propiedad —cuando sea exigible la garantía en cuestión— es si en la escritura de declaración de obra nueva (o acta de finalización de obra) consta la existencia del seguro o, en su defecto, la retención del 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra (175).

5. *La autopromoción y la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE* (176)

- a) Para la *doctrina mayoritaria*, en la autopromoción (promoción de la edificación para uso propio) es exigible la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE (177), al igual que en la promoción en sentido propio, dados los términos de la Ley y a pesar de las críticas certeras vertidas al respecto (178).
- b) Para la *doctrina minoritaria*, en la autopromoción no es exigible la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE. Si se sigue este criterio, preconizado fundamentalmente por MURIEDAS MAZORRA, GERARDO, debe exigirse, según el citado autor, al autopromotor que en la escritura de declaración de obra nueva, en construcción o terminada, declare que promueve para uso propio y que, por esa razón, no ha suscrito las garantías del artículo 19 LOE, circunstancia que se hará constar en el asiento, como publicidad-noticia para conocimiento de terceros, en especial los posibles adquirentes (179).

(175) RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, págs. 127 y 131.

(176) Véase el epígrafe XIII.

(177) Véase el epígrafe XIII.

(178) Dice CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 384, que serán pocas las ocasiones en que un autopromotor requiera la inscripción de la declaración de obra nueva. Los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria no la requieren para que la hipoteca sobre el solar se extienda sobre las nuevas edificaciones. En otras ocasiones (por ejemplo, la venta a un tercero del solar edificado), bastará con *describir* en el título las cualidades físicas del inmueble, incluyendo la obra nueva, sin necesidad de que ésta sea de suyo objeto de *un asiento de inscripción* en el Registro de la Propiedad.

(179) MURIEDAS MAZORRA, GERARDO, en obra citada, pág. 16, dice que en relación con las cooperativas, comunidades de propietarios u otras figuras análogas, en las que no intervenga como promotor un «gestor» de cooperativas o comunidades de propietarios —promoviendo la cooperativa por cuenta de los socios o los condóminos en las comunidades de propietarios—, también habrá que cuidar de que quede claro este extremo en la escritura de declaración de obra nueva.

6. *La no inscribibilidad de los títulos traslativos o constitutivos de derechos sobre edificio inscrito «en construcción», describiéndose en el título como «edificio terminado»*

Me refiero al supuesto fáctico de que el Notario, indebidamente, a mi juicio, autorice una escritura de un acto jurídico traslativo o constitutivo (normalmente, venta o hipoteca) de derechos sobre un edificio —de momento sólo edificios cuyo destino principal sea el de vivienda— que registralmente figura «en construcción» —no constando registralmente, en consecuencia, su terminación—, afirmándose meramente en el título que la edificación está terminada.

Pues bien, si hasta la entrada en vigor de la LOE cabía destacar dos posiciones distintas, que respondían a dos criterios totalmente diferentes en orden a su inscribibilidad (180), en la actualidad hay que **negar su acceso registral** sin la constancia tabular del acta notarial de terminación de la obra, con los requisitos del artículo 22 de la Ley del Suelo y artículo 47 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, y la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE en relación con el artículo 20.1 LOE.

Si esto es así, ya no se podrá aplicar el artículo 51 RDU a los títulos traslativos o constitutivos de derechos que simplemente afirmen una obra como terminada cuando en el Registro de la Propiedad figure registralmente en construcción (181). Una actuación contraria implicaría dejar la puerta

(180) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, y DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, en «El tráfico jurídico-registral sobre los inmuebles en construcción. Crítica de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de marzo de 1997», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 211, 1997, defendían la no inscribibilidad en tanto no se haya practicado la nota marginal de terminación de la construcción a que se refiere el artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y el artículo 47 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (RDU). Para defender su postura partían de la base de que el artículo 51 RDU era aplicable solamente a los títulos traslativos en los que se declara que la edificación se encuentra todavía en construcción. En cambio, ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, en *La inscripción registral de actos urbanísticos*. Marcial Pons, 1999, pág. 380, y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 324, eran partidarios de su inscribibilidad por entender que el artículo 51 RDU no distingue en la aplicación de su contenido entre los títulos de venta de fincas en los que se describa la finca «en construcción» de los que afirmen lo contrario, es decir, que la obra está terminada. La DGRN, en Resolución de 21 de marzo de 1997, admitió la hipoteca de una finca cuya edificación se describe meramente en el título como terminada cuando en el Registro de la Propiedad está tabularmente en construcción.

(181) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, en «Adiós al artículo 51 del Reglamento de Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística», en *Revista Lunes Cuatro Treinta*, núm. 292, diciembre, 2000, pág. 20; RICO MORALES, NICOLÁS, en obra citada, pág. 131, y GARCÍA CONESA, ANTONIO, en obra citada, pág. 324.

abierta al *fraus legis*, infringiendo, de modo flagrante, el artículo 20.1 LOE y el apartado 6 *in fine* de la E. de M. LOE (182).

7. *Las Cédulas de Calificación Definitiva de las Viviendas de Protección Oficial y el artículo 20.1 LOE*

La Cédula de Calificación Definitiva es un **documento administrativo** expedido por el respectivo órgano de la Comunidad Autónoma competente en materia de vivienda con **efectos fiscales y registrales**.

- a) *A efectos fiscales*, las exenciones se conceden en muchos casos teniendo en cuenta la Calificación Definitiva.
- b) *Y, a efectos registrales*, la Cédula de Calificación Definitiva, en la que consta la fecha de la terminación de la obra, se constata tabularmente en el Registro de la Propiedad por nota marginal, ex artículo 99 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio.

Esta nota marginal tiene el efecto de dar publicidad al carácter de vivienda de protección oficial de la finca para conocimiento de todos los terceros (183).

Pues bien, como en la Cédula consta la fecha de la terminación de la obra, **se plantea el problema de si es necesario acreditar en el momento de su constatación registral la constitución de las garantías del artículo 19 LOE.**

En mi modesta opinión, la respuesta ha de ser negativa por las siguientes razones:

- Porque la Cédula de Calificación Definitiva no es un título traslativo o constitutivo de derechos, a diferencia de la hipótesis del subepígrafe anterior, sino un documento administrativo constataador de un hecho y con los efectos fiscales y registrales aludidos. De ahí que su registración sea inocua por inexistencia del supuesto de hecho proscrito referido en el subepígrafe anterior: adquirentes de derechos.
- Y porque el artículo 22 de la Ley del Suelo y el artículo 47 en relación con el artículo 46.3 RDU exigen unos requisitos para la constancia de la terminación de la obra: el acta notarial de finalización de obra y el certificado del técnico competente a que se refieren dichos preceptos. De ahí que la Cédula de Calificación Definitiva no pueda, a mi juicio,

(182) La finalidad de la LOE, confesada en su E. de M., es «evitar el fraude a los adquirentes». De posibilitarse la inscripción de dichos títulos, ello representaría trasladar al propietario o tercer adquirente, en su caso, el coste del seguro.

(183) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Civitas. Tercera edición, 2001, pág. 1295.

sustituir, tratándose de viviendas de protección oficial, la formalización de dicha acta notarial —título formal— de finalización de obra para reflejar en el Registro de la Propiedad la terminación de la obra, sin perjuicio de la constancia registral de la obtención de la Cédula de Calificación Definitiva por nota marginal (184).

Por todo ello, la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 20.1 LOE, se traslada al momento de la formalización del acta notarial de terminación de obra, según la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000.

Ahora bien, por analogía con lo dispuesto en el artículo 51 RDU y la citada Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000, en la nota de despacho de la Cédula de Calificación Definitiva de Viviendas de Protección Oficial se hará constar el carácter obligatorio de la constatación registral de la terminación de la obra por medio del acta notarial de su finalización, ex artículos 22 de la Ley del Suelo, y 47 RDU, momento en el cual procederá la exigencia, en su caso, de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 20.1 LOE.

Ello no obsta, sin embargo, a que se deba negar el acceso registral de los títulos traslativos o constitutivos de derechos, aunque se describa el edificio como «*en construcción*», sin la constancia tabular del acta notarial de terminación de obra, con los requisitos de los artículos 22 de la Ley del Suelo y 47 RDU, y la acreditación de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE en virtud del artículo 20.1 LOE. La razón es sencilla: en el Registro de la Propiedad figura, a través de la nota marginal de publicidad de la Cédula de Calificación Definitiva, una **constatación material** de la terminación de la obra pendiente de su **constatación formal** por medio de la expresada acta notarial de su terminación.

A efectos prácticos, es conveniente solicitar del interesado el acta notarial de terminación de obra cuando presente la Cédula de Calificación Definitiva.

8. *¿Son viables las garantías del artículo 19 LOE condicionadas en su efectividad a la transmisión del edificio o de parte de él a terceros?*

Una vez más hay que distinguir entre el seguro de daños materiales y el seguro de caución:

(184) No obstante, hay que reconocer que esta cuestión ha sido discutida doctrinalmente, dado el tenor del artículo 18 en relación con el artículo 17 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Real Decreto 3148/78, de 10 de noviembre.

a) En mi opinión, en el *seguro de daños materiales* un actual o potencial seguro **condicionado en su efectividad** a la transmisión del edificio o de parte de él a terceros (o sujeto a término) no es admisible y, en consecuencia, no sirve para acreditar el cumplimiento del requisito del artículo 20.1 LOE por las siguientes razones conectadas entre sí:

- Porque la suscripción **obligatoria** del **seguro de daños materiales** y, en definitiva, la **efectividad** del cumplimiento de la obligación de suscribir dicho seguro obligatorio (a fin de garantizar la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación), en virtud de los artículos 6.2.e), 9.2.d) y 11.2.h) LOE, está prevista en favor de los propietarios —promotores/autopromotores— y de los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, caso de que sean objeto de división —art. 17.1 en relación con el art. 19.2.a) LOE—.

Por eso, los beneficiarios del seguro de daños materiales no son sólo y obligatoriamente los terceros adquirentes sino **también el promotor/autopromotor, propietario o dueño de la obra** (185).

- Porque la Ley exige la existencia del seguro de **daños materiales** para hacer frente a los daños que puedan surgir a partir de «*la fecha de recepción de la obra*» —art. 17.1 en relación con los arts. 6.5 y 19.2.b) LOE y la Instrucción de la DGRN, de 11 de septiembre de 2000—. Y el inicio de la cobertura real de los riesgos —o sea, el comienzo material de contrato de seguro— se produce en el seguro de daños materiales desde la fecha del acta de recepción, no pudiendo demorarse el pago de la prima del seguro o, en su caso, primer fraccionamiento con respecto a la fecha del acta de recepción (186).

(185) Los artículos 6 y 19.2.a) LOE utilizan el término promotor, y el artículo 17.1 LOE habla de propietario, con lo cual existe una clara similitud, en la propia LOE, entre el promotor a que se refieren los artículos 6 y 19.2.a) LOE, y el propietario del edificio a que se refiere el artículo 17.1 LOE.

(186) Lo que ocurrirá más bien en la práctica es que existirá desde el inicio de las obras un preacuerdo entre el promotor y el asegurador, ya que este último no asegurará el edificio si no ha hecho un seguimiento técnico de la construcción (examinando los medios técnicos y humanos de los que dispone el promotor —elección de la Oficina Técnica de Control, Arquitectos, Constructor, etc.—), es decir, si no cuenta con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asiente el edificio, la supervisión de la idoneidad del proyecto y el control de la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en *Aplicación del artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación*. Folio Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 92, mayo 2000. El mismo autor en «El seguro y los profesionales en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 94, mayo-junio 2001, pág. 276.

- Porque el artículo 20.1 LOE en relación con la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 2000, exige la acreditación de la suscripción del seguro de **daños materiales** y, por lo tanto, el inicio de su cobertura real al formalizarse la escritura de obra nueva terminada o el acta notarial de finalización de obra en construcción. Ello a diferencia de la versión del Proyecto de Ley donde esa acreditación era precisa sólo para autorizar e inscribir escrituras públicas de primera transmisión *inter vivos* o de adjudicación voluntaria de edificaciones —al igual que el art. 15 de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de l'Habitatge—. Por eso, dice GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (187), que para que las garantías cumplan la finalidad con las que están previstas deben constituirse antes de que se formalice la adquisición de la edificación, cualquiera que sea el título jurídico, por el destinatario.
- Y, por último, porque, en consideración a todo lo expuesto, la pretendida **condición** sería **nula** por ser **contraria a una norma imperativa**: el artículo 20.1 LOE, en virtud del artículo 6.3 del Código Civil, envolviendo, incluso, un fraude de Ley en virtud del artículo 6.4 del Código Civil.

b) En el *seguro de caución*, en cambio, si se sigue la tesis de PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (véase el epígrafe XIII de este trabajo) y siendo coherente con ella, por razón del fundamento teleológico de dicho seguro de caución, sí puede operar la **condición** cuando **se subordina el comienzo material** —o sea, el inicio de la cobertura real— del contrato de seguro al hecho de la transmisión de todo o parte del edificio a un tercero, único posible asegurado en el seguro de caución, ex artículo 19.3.a) LOE. En ese caso, a pesar de lo dispuesto por el artículo 19.3.a) en relación con el artículo 19.2.b) LOE, el promotor (tomador del seguro) no puede ser obligado al pago de la prima (que es el precio del riesgo) hasta que surja el riesgo, o sea, la posibilidad de siniestro, posibilidad que

Siendo ello así, el promotor, de hecho, no esperará al día de la terminación de la obra para contratar el seguro, sino que lo suscribirá normalmente con anterioridad. Por eso cabe distinguir y compatibilizar dos momentos: a) el de perfección del contrato (emisión de la póliza), en una fecha, y b) el de inicio de la cobertura real de los riesgos (suscripción del documento de entrada en vigor), en otra fecha, que será la fecha de la recepción de la obra —quedando, en su caso, excluidas de la cobertura real las reservas formuladas en el acta de recepción de la obra mientras no hayan sido subsanadas, ex art. 19.9.i) LOE—. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «Análisis del artículo 20...», obra citada, pág. 324. Por su parte, GONZÁLEZ TAUSZ, RAFAEL, en obra citada, pág. 2722, dice que el riesgo y, por lo tanto, su cobertura real, nacen desde la recepción de la obra.

(187) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en obra citada, pág. 496.

no puede aparecer hasta la transmisión a un tercero de todo o parte del inmueble (188).

9. *Las obras nuevas declaradas conforme al artículo 52 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio (RDU), y la Disposición Transitoria Primera LOE en relación con el artículo 20.1 LOE*

El artículo 52 RDU establece:

«Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se pruebe por Certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por Certificación Técnica o por Acta Notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.*
- b) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.*
- c) Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».*

El ámbito de aplicación práctica de este precepto está constituido por las construcciones u obras **terminadas no amparadas o legitimadas por licencia municipal de edificación**, previéndose cuatro documentos alternativos, ex artículo 52.a) RDU, como sustitutivos de la licencia y del certificado del técnico de los artículos 46 y 49 RDU.

Si no se acredita la obtención de la licencia (por ejemplo, porque no existe, habiéndose realizado la edificación sin licencia) y, en consecuencia, la fecha de solicitud de la licencia que toma como referencia la Disposición Transitoria Primera LOE a los fines del artículo 20.1 LOE, será suficiente

(188) En mi opinión, pueden corroborar esta tesis los artículos 14 *ab initio*, y 2 *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro y el criterio jurisprudencial de la configuración del seguro de caución, bajo el principio de autonomía de la voluntad, como una garantía **autónoma** y **atípica** que arranca en la voluntad contractual de concertar un seguro que dé cobertura a determinados derechos para terminar dotándolo frente al destinatario final de un nuevo perfil más eficiente como garantía autónoma de buena ejecución. Además, como dice CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 390, los seguros de caución son seguros de «grandes riesgos», conforme al artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro. A estos seguros no les es aplicable la imperatividad del artículo 2 *ab initio* de la Ley de Contrato de Seguro, y las partes pueden pactar libremente la ley aplicable.

para suplirla el cumplimiento de todos los requisitos expresados en el artículo 52 RDU, es decir, utilizar la vía de este precepto para la formalización e inscripción de la obra nueva terminada.

Y como habrá que acreditar la **terminación de la obra en fecha determinada** por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU, estimo que, en principio, **será esa fecha la que opere a los efectos de la aplicabilidad o no del artículo 20.1 LOE** a las obras nuevas del artículo 52 RDU porque no son ni de mejor ni de peor condición que las obras nuevas legitimadas con licencia municipal de edificación (189). De este modo, si la fecha de la terminación de la obra es anterior a la entrada en vigor de la LOE no será aplicable, lógicamente, el artículo 20.1 LOE; pero si la fecha de terminación de la obra es posterior a la entrada en vigor de la LOE actúa el artículo 20.1 LOE, a no ser que se pruebe —por uno cualquiera de los medios enumerados en el art. 52.a), por analogía, RDU— la iniciación de la obra con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LOE. Para defender este criterio, se puede citar la Disposición Transitoria Primera LOE, al decir:

«Lo dispuesto en esta Ley ... será de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes...»

Por último, cuando sea procedente, las garantías obligatorias del artículo 19 LOE podrán suscribirse tomando como base la recepción bilateral o, en su caso, la llamada «recepción unilateral» de la obra (190).

(189) En las obras nuevas declaradas conforme al artículo 52 RDU, el punto de conexión a los efectos de la aplicabilidad o no del artículo 20.1 LOE no puede ser el de la fecha de la solicitud de la licencia (como establece la Disposición Transitoria Primera LOE) —porque son obras no legitimadas por licencia municipal de edificación— si no el de la fecha de la terminación de la obra.

(190) Cuestión distinta, que, obviamente, no se puede desconocer, será que los propietarios de estas edificaciones terminadas tropiecen:

— Bien con la posible negativa de la entidad aseguradora a concertar el contrato de seguro sobre un edificio ya construido al no haber hecho un seguimiento técnico de la construcción que, por lo demás, puede tener notoria antigüedad.

— O bien con la dificultad de que la entidad aseguradora exija primas muy elevadas si no aparecen determinados *ab initio* todos o algunos de los agentes del proceso de edificación, dada la merma de su eventual derecho de subrogación que le reconoce el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y el artículo 18.2 LOE, caso de producirse el siniestro y pagada la indemnización al perjudicado.

En definitiva, las dificultades u obstáculos para contratar el seguro pueden ser grandes porque las entidades aseguradoras, antes de cubrir los riesgos, deben contar con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asienta el edificio, así como supervisar la idoneidad del proyecto y sobre todo controlar *ab initio* la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «El seguro...», obra citada, pág. 276.

10. *La inmatriculación de obras nuevas por su descripción en títulos referentes al inmueble y el artículo 20.1 LOE*

La obra nueva puede formalizarse: *a)* bien **mediante el pertinente documento específico descriptivo de la misma**, o *b)* bien **mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble**, de conformidad con los artículos 208 de la Ley Hipotecaria, 308 de su Reglamento, y 45 RDU.

- a)* *En el primer supuesto* la escritura de declaración de obra nueva no se podrá inmatricular porque el título en sí mismo no es inmatriculable, ya que, al no formalizar una transmisión de dominio, no reúne el requisito esencial del artículo 199.b) de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 298.1 de su Reglamento.
- b)* *Y, en el segundo supuesto*, es decir, cuando se pretenda la inmatriculación de la obra nueva a través de un título referente al inmueble no inmatriculado por su mera descripción en dicho título, bien sea un **título traslativo**, ex artículo 199.b) de la Ley Hipotecaria y 298.1 de su Reglamento, o bien un **expediente judicial de dominio**, ex artículo 199.a) de la Ley Hipotecaria, deberán acreditarse, por un lado, los requisitos de legalidad urbanística, ex artículos 22 de la Ley del Suelo y 45 y siguientes RDU (191), y, por otro lado, en su caso, la constitución de las garantías del artículo 19 en relación con el artículo 20.1 LOE (192).

(191) Resoluciones de la DGRN, de 22 de julio de 1998 y de 9 de octubre de 2000.

(192) CURIEL LORENTE, FERNANDO, *Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida*. Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 55 a 57 y pág. 105.

En relación con el expediente judicial de dominio que tenga por objeto la inmatriculación de casas o edificios —o sea, terrenos edificadas— y el expediente judicial de dominio reanudador del tracto sucesivo interrumpido de una finca registral que recoja o declare una obra nueva no inscrita (cfr. Resoluciones de la DGRN, de 18 de junio de 1991 y de 9 de octubre de 2000), a mi entender es exigible también la acreditación, en su caso, de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE, a pesar del tenor literal del artículo 20.1 LOE y el apartado 6 *in fine* de la E. de M. LOE, que utilizan la expresión «*escrituras públicas*». Una interpretación literalista contraria supondría eludir el cumplimiento de los requisitos administrativos que para la inscripción exige el artículo 20.1 LOE. Y hay que tener presente que una de las finalidades de la Ley, según el apartado 6 *in fine* de la E. de M. LOE, es «*evitar el fraude a los adquirentes*».

Puede confirmar, análogicamente, este criterio la Resolución de la DGRN, de 9 de octubre de 2000, recaída en un expediente judicial de dominio reanudador del tracto sucesivo interrumpido de una finca registral, que, además, recoge o declara una obra nueva, afirmando el Centro Directivo que el cumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística (arts. 22 de la Ley del Suelo y 45 y sigs. RDU) es aplicable a todos los modos de acceso al Registro de la Propiedad de las edificaciones (y uno de ellos es su descripción en los títulos referentes al inmueble, ex arts. 208 de la Ley Hipotecaria y 308

Por último, hay que tener presente, a los efectos de la aplicabilidad o no del artículo 20.1 LOE, que si se trata de una obra nueva amparada o legitimada por licencia municipal de edificación, actuará la Disposición Transitoria Primera LOE, y, caso contrario, opera el artículo 52 RDU en los términos ya expuestos *ut supra*.

11. *La posible repercusión notarial y registral del transcurso de los diversos plazos de garantía del artículo 17.1 LOE*

En relación con la **recepción de la obra**, se plantea el problema de si tanto el Notario autorizante de la escritura de la declaración de obra nueva o del acta de finalización de la obra como el Registrador de la Propiedad pueden prescindir de exigir que se acredite la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, si han transcurrido los respectivos y distintos plazos de garantía o responsabilidad del artículo 17.1 LOE, según el origen de los daños.

En mi opinión, si se acredita al Notario o al Registrador de la Propiedad: *a)* bien la fecha de la recepción expresa de la obra sin reservas, y, en su caso, la subsanación documentada de éstas (ex arts. 6.5 y 17.1 LOE), o *b)* bien la fecha de la recepción tácita de la obra (ex arts. 6.4 y 6.5 LOE), todo ello **en forma fehaciente**, podrán prescindir de exigir que se les acredite la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, si en el momento de otorgarse la escritura de obra nueva o el acta de finalización de obra, o en el momento de practicarse el asiento registral, han transcurrido los plazos señalados en el artículo 17.1 LOE, y, en definitiva, el plazo máximo de responsabilidad o garantía de diez años previsto en el artículo 17.1.a) en relación con el artículo 19.1.c) LOE. Ello valdría tanto para la recepción bilateral como para

de su Reglamento). Esta doctrina lógica la sienta la DGRN a pesar del tenor literal del artículo 22 de la Ley del Suelo que, al exigir la acreditación de los requisitos de legalidad urbanística en la formalización de las obras nuevas, utiliza también la expresión «escrituras». En apoyo de ello, el artículo 55 RDU, bajo la rúbrica «*Calificación registral*», establece que «*los Registradores calificarán bajo su responsabilidad el cumplimiento de lo establecido en este Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos —aquí ya no se habla solamente de escrituras— que no reúnan los requisitos exigidos —de legalidad urbanística— no serán inscribibles...*» (cfr. también el art. 45 *ab initio* RDU).

Pues bien, si los artículos 22 de la Ley del Suelo, 45 y sigs. RDU, y 20.1 LOE exigen, respectivamente, determinados requisitos urbanísticos (LS) y administrativos (LOE) para la formalización e inscripción de las obras nuevas, no hay razón para no aplicar análogamente el artículo 55 RDU al artículo 20.1 LOE en la hipótesis concreta planteada de expedientes de dominio en los que se declare una obra nueva (en conclusión, no son inscribibles si no se acredita, en su caso, el cumplimiento de los requisitos administrativos del art. 20.1 LOE, totalmente necesarios a efectos de inscripción, sin perjuicio de la validez civil del acto jurídico).

la «recepción unilateral», siempre que las recepciones se hayan formalizado en su día **de forma fehaciente** (193).

En cualquier caso, *de lege ferenda* sería conveniente que, a efectos notariales y registrales, el legislador estableciese la fijación de **un plazo de caducidad de la omisión de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE**. El momento inicial del cómputo de dicho plazo de caducidad no sería la fecha fehaciente de la recepción bilateral expresa o tácita, o, en su caso, la fecha fehaciente de la «recepción unilateral» de la obra, porque pueden no haberse realizado, sino la **fecha de la terminación de la obra**, acreditada por cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU, por analogía con el artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, y el artículo 52.a) RDU. Del mismo modo que el artículo 52 RDU posibilita la formalización e inscribibilidad de las obras nuevas amparadas en dicho precepto, una vez transcurrido el plazo de prescripción de la posible infracción urbanística, por incumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística, no hay razón para que el legislador no prevea, a efectos notariales y registrales, un plazo de caducidad por la omisión de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, que es simplemente un requisito administrativo y no un requisito de validez civil del acto ni del cumplimiento de la legalidad urbanística. Dicho plazo podría ser el de quince años de prescripción de las acciones personales del artículo 1.964 del Código Civil o el de diez años, que es el plazo máximo de garantía o responsabilidad establecido por el artículo 17.1.a) para los daños materiales previstos en el mismo; en mi opinión, parece más coherente *de lege ferenda* que se establezca este último plazo por razón de su fundamento teleológico. De esta forma, quedaría cubierta la laguna o falta de previsión legal existente a estos efectos.

12. *¿Puede el adquirente de promotor/autopromotor formalizar e inscribir una obra nueva construida pero no declarada por éste?*

Puede suceder que los promotores/autopromotores no otorguen las correspondientes escrituras de obra nueva con objeto de hurtarse a la exigencia de la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE. La tentación puede ser muy grande porque una Ley promulgada «a la brava» en algunos aspectos cruciales y vidriosos, sobre todo en el régimen de autopromoción, puede provocar como resultado el levantamiento de construcciones «a la brava» —por utilizar la expresión de PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO (194)— en

(193) En parecidos términos se expresa GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, MANUEL, en obra citada, pág. 1524.

(194) PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, pág. 218.

un ambiente de manifiesta desobediencia civil, con la consiguiente «*clandestinidad*» de la edificación a los efectos de su título formal por no haberse constituido las garantías del artículo 19 LOE, ex artículo 20.1 LOE.

En torno a este problema cabe cuestionarse si el adquirente del promotor/autopromotor podrá otorgar la escritura de declaración de obra nueva (construida por su transmitente, promotor/autopromotor) sin necesidad de constituir las garantías del artículo 19 LOE.

En opinión de CARRASCO PERERA, ANGEL (195), la respuesta ha de ser positiva porque el artículo 20.1 LOE es una norma protectora de los adquirentes, como asegurados *ex lege* de las garantías concertadas al amparo del artículo 19 LOE. La norma pretende tutelar su expectativa contractual mediante un expediente previo a la adquisición de la edificación. De otra forma, sigue afirmando el citado autor, la norma adquiriría unos efectos perversos, y el incumplimiento de la misma por el sujeto obligado —el promotor infractor— serviría para gravar mucho más la posición de los beneficiados por la norma, que hubieran estado mejor protegidos de no haber existido la norma que sedicentemente trataba de protegerlos.

Aunque los argumentos aportados por dicho autor parezcan, en principio, sugerentes, a fin de defender su tesis, modestamente no la puedo compartir por los siguientes motivos:

- a) Por la negligencia del adquirente del promotor/autopromotor al no haber exigido de éste la formalización de la obra nueva y la constitución de las garantías del artículo 19 LOE como acto previo a su adquisición (aunque se puedan instrumentalizar simultáneamente la declaración de obra nueva y la transmisión de la finca registral). Y esta falta de diligencia del adquirente no le legitima para presentarse como «*víctima*» por una omisión del promotor-transmitente que el propio adquirente debió evitar.
- b) Y porque el adquirente del promotor/autopromotor no es el único beneficiario de las garantías del artículo 19 LOE, sino también los sucesivos adquirentes —o sea, los subadquirentes— (arts. 19.2 y 3 LOE; apartado seis *in fine* de la E. de M. LOE; y art. 17.1 LOE), a favor de todos los cuales principalmente (adquirentes y subadquirentes) deben constituirse las garantías.

Por eso, estimo que en la hipótesis estudiada por CARRASCO PERERA, ANGEL, el adquirente y, por extensión, los sucesivos adquirentes, pueden utilizar, según los casos, cualquiera de las siguientes vías alternativas:

(195) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 462.

- Requerir al promotor/autopromotor y al constructor para que, por un lado, caso de no haber suscrito el acta de recepción de la obra, formalicen la misma, ex artículo 6 en relación con los artículos 9.2.c) y 11.2.f) LOE —a no ser que justifiquen fehacientemente la recepción tácita de la obra conforme al art. 6.4 LOE—, y, por otro lado, suscriban las respectivas garantías del artículo 19 LOE, ex artículos 6.2.e), 9.2.d), 11.2.h) y 19.1, 2 y 3 LOE, so pena de responder personalmente, ex artículo 19.7 LOE (196).
- Suscribir el adquirente o, en su caso, el subadquirente, las garantías del artículo 19 LOE, aportando el acta de recepción de la obra suscrita en su día, al menos, por el constructor y el promotor con los requisitos del artículo 6 LOE, o justificando fehacientemente la recepción tácita de la obra realizada, en su día, por el promotor en la forma determinada por el artículo 6.4 LOE (197).
- Realizar el adquirente o, en su caso, el subadquirente, por sí mismo, y por subrogación, a efectos de suscribir las garantías del artículo 19 LOE, la que he venido denominando «recepción unilateral», en defecto y por imposibilidad material de la recepción bilateral de la obra.
- Dejar transcurrir los plazos de responsabilidad o garantía señalados en el artículo 17.1 LOE y, en definitiva, el plazo máximo de diez años de responsabilidad por los daños materiales a que se refiere el artículo 17.1.a) LOE, acreditando al Notario y al Registrador de la Propiedad: a) bien la fecha de la recepción expresa de la obra sin reservas y, en su caso, la subsanación documentada de éstas (ex

(196) Ello porque, en virtud de los preceptos citados, no pueden eludir la constitución de las respectivas garantías —obligatorias para el promotor/autopromotor y para el constructor— trasladando dicha carga al adquirente, so pena de responder personalmente, ex artículo 19.7 LOE.

(197) Cuestión distinta será que los terceros adquirentes tropiecen:

— Bien con la posible negativa de la entidad aseguradora a concertar el contrato de seguro sobre un edificio ya construido a no haber hecho un seguimiento técnico de la construcción que, por lo demás, puede tener notoria antigüedad.

— O bien con la dificultad de que la entidad aseguradora exija primas muy elevadas si no aparecen determinados *ab initio* todos o algunos de los agentes del proceso de edificación, dada la merma de su eventual derecho de subrogación que le reconoce el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y el artículo 18.2 LOE, caso de producirse el siniestro y pagada la indemnización al perjudicado.

En definitiva, las dificultades u obstáculos para contratar el seguro pueden ser grandes porque las entidades aseguradoras, antes de cubrir los riesgos, deben contar con el resultado de los correspondientes estudios geotécnicos del suelo sobre los que se asiente el edificio, así como supervisar la idoneidad del proyecto y sobre todo controlar *ab initio* la ejecución material de la obra a través de verificaciones ejercidas *ad hoc* por las Oficinas Técnicas de Control. GARCÍA CONESA, ANTONIO, en «El seguro...», obra citada, pág. 276.

- arts. 17.1 y 6.5 LOE), o *b*) bien la fecha de la recepción tácita de la obra (ex arts. 6.4 y 6.5 LOE), todo ello en **forma fehaciente** (198).
- Y, por último, si bien *de lege ferenda*, probar, por un lado, la terminación de la obra en una fecha determinada por uno cualquiera de los medios enumerados en el artículo 52.a) RDU, por analogía con el vigente artículo 1.591, párrafo primero, del Código Civil, y el artículo 52.a) RDU, y, por otro lado, el transcurso de un determinado plazo a partir de dicha fecha, de igual forma que prevé el artículo 52.a) y *b*) RDU en materia de legalidad urbanística. De ahí la conveniencia, reitero, *de lege ferenda*, de que el legislador prevea, a efectos notariales y registrales, un plazo de caducidad de la omisión del requisito administrativo consistente en la suscripción de las garantías del artículo 19 LOE, a contar, no desde la fecha fehaciente de la recepción bilateral expresa o tácita, o, en su caso, desde la fecha fehaciente de la «recepción unilateral» de la obra, porque pueden no haberse realizado, sino desde la fecha de la terminación de la obra, acreditada por cualquiera de los medios expresados.

De no ser viables las soluciones que he apuntado, la problemática se agrava en relación con los adquirentes y subadquirentes porque una hermenéutica literal conllevaría —en contra de la medida y la lógica del sentido común— la proscripción de la formalización de las obras nuevas, y, consiguientemente, el cierre registral de las mismas, por parte de los adquirentes y subadquirentes de promotores/autopromotores, convirtiéndolas *de iure* en «clandestinas» a perpetuidad, con lo que a todas las inseguridades de las que la Ley quiere proteger a los adquirentes se añadiría la de su clandestinidad al no poder escriturar ni inscribir. Y esta proscripción (por una infracción ajena recayente sobre el promotor que no constituyó las garantías del art. 19 LOE ni, acaso, recepcionase la obra) vulneraría el artículo 24 de la Constitución Española que, en su acepción amplia, judicial y extrajudicial, proscribía la indefensión de derechos (199).

Desde mi punto de vista, todo ello parece demostrar que las críticas del artículo 20.1 LOE se deben predicar respecto de la exigencia de la constitución de las garantías del artículo 19 LOE para formalizar e inscribir en el

(198) Ello valdría tanto para la recepción bilateral como para la «recepción unilateral» de la obra, siempre que las recepciones se hayan formalizado, en su día, de forma fehaciente.

(199) Dice PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO, en obra citada, pág. 217, que la indefensión se produciría porque los terceros adquirentes interesados en escriturar e inscribir la obra nueva no podrían servirse de los medios de defensa (materiales o procesales), dependientes de la inscripción, que el Ordenamiento civil reconoce.

Registro de la Propiedad las obras nuevas (200), pues el legislador ha querido subordinar la autorización e inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva a un **requisito administrativo**, cual es la constitución de las garantías del artículo 19 LOE. Y este requisito administrativo **no pertenece a la estructura dispositiva civil del acto de declaración** (201) y es, además, **ajeno al control del cumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística** contenidos en el artículo 22 de la Ley del Suelo (que es legislación básica), desarrollado por los artículos 45 y siguientes RDU (202).

RICARDO FRANCISCO SIFRE PUIG
Registrador de la Propiedad

(200) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, pág. 456, dice que es dudoso en qué medida ha sido procedente la innovación del artículo 20.1 LOE.

(201) El seguro o garantía no es un elemento material que conforme la validez de la declaración de obra nueva como acto dispositivo, desde el punto de vista civil.

(202) CARRASCO PERERA, ANGEL, en obra citada, págs. 456 y 459.

La publicidad formal y la legislación de protección de datos de carácter personal tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000

SUMARIO: I. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.—II. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA LEGISLACION DE PROTECCION DE DATOS DE CARACTER PERSONAL.—III. DE LOS MODOS QUE TIENE EL REGISTRADOR DE EXPEDIR LA PUBLICIDAD FORMAL.—IV. LA POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE PUBLICIDAD FORMAL. SENTENCIAS DE 24 DE FEBRERO DE 2000, 12 DE DICIEMBRE DE 2000, 31 DE ENERO DE 2001 Y 7 DE JUNIO DE 2001.—V. INCIDENCIA DE ESTAS MATERIAS EN EL REGISTRO MERCANTIL.—VI. EL CONVENIO ENTRE EL COLEGIO DE REGISTRADORES Y ASEDIE.—VII. A QUIEN CORRESPONDE LA ELECCION DEL MEDIO DE EXPEDIR LA PUBLICIDAD FORMAL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE ABRIL DE 2001.—VIII. EL ASESORAMIENTO EN RELACION CON LA PUBLICIDAD REGISTRAL.—IX. CONCLUSIONES.

I. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

La Constitución Española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1); al mismo tiempo establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos (art. 18.2).

En este ámbito de protección del derecho a la intimidad debe encuadrarse el estudio de las relaciones entre el Registro de la Propiedad y la legislación de protección de datos de carácter personal.

No obstante, mucho antes de la Constitución, el legislador decimonónico ya advirtió la necesidad de regular el acceso a los datos del Registro de la

Propiedad, que a pesar de basarse en un principio esencial de publicidad, no por ello admite una publicidad indiscriminada.

Es cierto que el Registro de la Propiedad es público, y en ello se basan las presunciones derivadas de los asientos registrales, en particular la protección del tercero que de buena fe confía en lo que el Registro publica. En esto consiste la eficacia del Registro: se garantiza una única titularidad de la finca o derecho y con las cargas que constan en el folio abierto (arts. 13, 32 y 34 LH), de manera que al tercero que consulta el Registro no le son oponibles las causas de nulidad del título del transferente ni las cargas no inscritas.

Eso justifica la posibilidad de acceso al contenido del Registro. Ahora bien, tal posibilidad de acceso no es absoluta; tan sólo está dirigida a quien va a adoptar la posición de tercer adquirente. O dicho en otras palabras: el Registro es público para la finalidad para la que fue constituido: la seguridad en el tráfico jurídico, no para otros fines.

De ahí que tanto en la Ley Hipotecaria de 1861 (1) y en el Código Civil de 1889 se exigiera interés conocido para poder consultar los datos del Registro. Y por lo mismo no se contiene en la legislación hipotecaria —contrariamente a lo que pudiera pensarse— ninguna presunción de conocimiento general.

El artículo 222 de la Ley Hipotecaria, coincidente con el artículo 607 del Código Civil, establece que los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

La calificación del interés corresponde al Registrador, bajo su personal y exclusiva responsabilidad, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir en primera instancia ante el Juez de Primera Instancia correspondiente a la demarcación del Registro y en apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 228 LH). Esta decisión del Centro Directivo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, posibilidad sancionada por la jurisprudencia a diferencia del criterio sostenido en sede de recurso gubernativo.

El Reglamento Hipotecario contiene una serie de supuestos en los que el interés conocido se presume. Así, el artículo 332 en su párrafo 3.º establece que «quien desee obtener información de los asientos deberá acreditar ante el Registrador que tiene interés legítimo en ello. Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello, deberá acreditar, a satisfacción del Registrador, el encargo recibido y la identidad de la persona o entidad en cuyo nombre actúa. Se presumen acreditadas las personas o entidades que desempeñen una actividad profesional o empresarial re-

(1) Artículo 279: «Los Registros serán públicos para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos».

lacionada con el tráfico jurídico de bienes inmuebles tales como entidades financieras, abogados, procuradores, graduados sociales, auditores de cuentas, gestores administrativos, agentes de la propiedad inmobiliaria y demás profesionales que desempeñen actividades similares, así como las entidades y organismos públicos y los detectives, siempre que expresen la causa de la consulta y ésta sea acorde con la finalidad del Registro».

La presunción de interés legítimo no exime, por tanto, al solicitante de la necesidad de expresar la causa de la consulta y de que el Registrador califique que dicha causa es conforme con la finalidad del Registro (2). El caso de los detectives no constituye una excepción.

(2) El acceso por parte de los detectives a la información registral ha planteado siempre problemas, ya que aquéllos entienden que su estatuto orgánico les exime de cualquier manifestación respecto de la finalidad de la consulta. Las quejas formuladas contra Registradores que se niegan a dar información generalizada de las personas físicas han sido siempre desestimadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así ocurrió en la queja contra el Registrador de Tarragona, número 3, en la Resolución de 10 de marzo de 1998, en la que el Registrador se negó a dar información ante la solicitud de un detective, generalizada y sin expresión de causa, de la totalidad de los bienes que un determinado ciudadano tuviera inscritos; eso sí, dándole siempre la posibilidad de recurrir contra la decisión ante el juez de Primera Instancia. En dicha resolución, ante la queja formulada por un detective contra la actuación del Registrador de la Propiedad de Tarragona, número 3, don Francisco Javier Gómez Gállico, ante su negativa a expedir nota simple informativa de todos los bienes que pudieran estar inscritos a nombre de una persona determinada, la Dirección General de los Registros y del Notariado recordó la necesidad de que los Registradores cumplan las instrucciones sobre publicidad formal dictadas por el Centro Directivo, en particular las siguientes: a) La Resolución-Circular de 8 de abril de 1983, sobre control de identidad de los solicitantes y medidas de conservación, seguridad e integridad de los libros del Registro, según la cual, «cuando el que solicita la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello por quien lo es, debe acreditar, a satisfacción del Registrador, dicho encargo»; b) la Resolución-Circular de 12 de junio de 1985, según la cual «podrá dispensarse de la justificación del encargo a profesionales del Derecho, oficinas públicas y entidades financieras cuando la información que directamente soliciten se refiera personas o fincas concretamente relacionadas con la legítima actividad de tales profesionales, oficinas o entidades»; c) la Instrucción de 5 de febrero de 1987, sobre publicidad en los Registros de la Propiedad, según la cual: «...se pondrá de manifiesto el contenido de los libros del Registro a quienes tengan interés, a juicio del Registrador, en conocer el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos. El Registrador podrá dispensar la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento (entidades y organismos públicos, entidades financieras, profesionales del Derecho, detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demás profesionales que desempeñen actividades similares). Cuando la persona o entidad que solicite la información registral no sea portadora de un interés directo, el Registrador podrá exigirle la acreditación del encargo recibido y la concreción de éste a personas o fincas determinadas (...). Los Registradores establecerán el tipo de control que estimen oportuno acerca de la identidad y datos personales de quienes solicitan la manifestación de los libros del Registro»; d) la Resolución de 31 de agosto de 1987, sobre informatización de

La Instrucción de 17 de febrero de 1998 sobre principios generales de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa (*BOE* de 27 de febrero de 1998) exige que la solicitud de datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del interés perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro y que deberá calificar el Registrador. La finalidad del Registro está definida en la propia Instrucción: la investigación jurídica en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad) así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales. Es decir, que lo importante es que el detective exprese al Registrador la finalidad perseguida con la información, y que dicha finalidad

los índices, en cuyo artículo 4.º estableció que «los Registradores, a fin de facilitar la publicidad formal y por consulta del Índice General Informatizado, podrán suministrar noticia de la existencia de titularidades registradas en cualquier Registro a favor de personas físicas o jurídicas determinadas, siempre que aprecien interés en el peticionario de tal dato y sin que ello prejuzgue la misma calificación en el Registro o Registros donde haya de obtenerse la exhibición, nota simple o certificación correspondientes»; e) la Instrucción de 29 de octubre de 1996, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y Ordenación de sus Archivos (*BOE* de 9 de noviembre de 1996) que impuso el control por parte de un Registrador de la Propiedad de la causa por la que se solicite la publicidad instrumental proporcionada por el Servicio de Índices del Colegio de Registradores, tal como exige el artículo 398.c) del Reglamento Hipotecario; f) La Instrucción de 17 de febrero de 1998, sobre principios generales de la publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa (*BOE* de 27 de febrero de 1998), según la cual la publicidad formal es una publicidad profesional, lo que implica «que no podrán consistir en dar conocimiento indiscriminado del patrimonio de las personas o publicidad en masa. Quien desee obtener información de los asientos deberá acreditar ante el Registrador que tiene interés legítimo en ello, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral, si bien en el ámbito mercantil dicho interés se presume (...) Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles deberá cumplir las normas aplicables sobre protección de datos de carácter personal. La solicitud de datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del interés perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro». Todo ello no es sino desarrollo de lo dispuesto en los artículos 607 del Código Civil («El Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos anotados o inscritos»), 221 de la Ley Hipotecaria («Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos»), y 227 del mismo cuerpo legal («Los Registradores no expedirán certificaciones sino a instancia, por escrito, de que, a su juicio, tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble o derecho real de que se trate, o en virtud de mandamiento judicial»). A la vista de estas normas, el Centro Directivo entiende que lo que procede frente a la negativa de un Registrador de la Propiedad a expedir nota simple informativa es el recurso previsto en el artículo 228 de la Ley Hipotecaria. Contra la decisión del Juez de Primera Instancia es contra lo que podría recurrirse —en su caso— en apelación ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado. En consecuencia, declara que no procede la queja formulada contra el Registrador.

sea acorde con la propia del Registro. Lo que el detective no podrá hacer es guardar silencio en absoluto sobre el motivo de la petición; pero si lo expresa, será responsabilidad suya la veracidad de la afirmación: el Registrador no tiene por qué realizar averiguaciones sobre la verdad intrínseca de la afirmación realizada, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el solicitante frente al titular. Lo que sí hará es calificar si el motivo es acorde con la finalidad del Registro.

Por tanto, en principio, el artículo 19 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada (que faculta al detective para obtener información y pruebas sobre hechos privados, siempre que no se atente contra el derecho al honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen o al secreto de las comunicaciones) no excluye a los detectives de la necesidad de manifestar al Registrador el interés legítimo a que se refieren los artículos 607 del Código Civil y 221 y 227 de la Ley Hipotecaria y del control de las normas sobre protección de datos de carácter personal.

La exigencia de interés conocido tiene como lógica consecuencia que el Registrador en ciertos supuestos no deba dar a conocer la totalidad del contenido del asiento registral. Se puede no tener interés para conocer nada del asiento registral o para conocer algún extremo.

Esto también fue vislumbrado desde la primitiva Ley Hipotecaria. Así, el artículo 280 de la Ley de 1861, ya estableció que: «Los Registradores pondrán de manifiesto los Registros en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros del oficio y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación». El actual artículo 222.1 de la Ley Hipotecaria se pronuncia en prácticamente los mismos términos (3), lo que demuestra que ha sido un criterio hipotecario sostenido a lo largo de las reformas. Desde el comienzo del Registro, la publicidad formal no se extiende en principio a todos los datos del asiento, sino tan sólo a la parte necesaria, a juicio del Registrador, para satisfacer el interés del solicitante.

Tras la Constitución, la importancia de la calificación del interés legítimo se acentúa. Se eleva a rango constitucional la protección del derecho del titular registral a que los datos obrantes en el Registro no sean objeto de publicidad sin causa justificada.

Hay que advertir que esta protección va dirigida fundamentalmente a las personas físicas, sea pública o privada, que es quien ostenta el derecho a la intimidad personal y familiar; no a la persona jurídica. Como señala VICENTE GIMENO SENDRA (4) es con relación a la persona física cuando deben extre-

(3) Tan sólo habla de Oficina en lugar de «Oficio».

(4) GIMENO SENDRA, VICENTE, «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», en *Revista La Ley*, 11 de junio de 1997 y Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, núm. 76, noviembre-diciembre de 1997.

marse las exigencias del respeto a la esfera íntima, donde debe regir el principio de proporcionalidad, de manera que cualquier restricción de la misma debe sujetarse a tres criterios: legalidad, jurisdiccionalidad y necesidad.

Así con relación a la persona jurídica podríamos entender que la calificación del interés por el Registrador debe ser más flexible, de manera que sólo denegará la información cuando afecte a las personas físicas que integran aquélla o cuando la solicitud de la información no se adecue con la finalidad de seguridad en el tráfico a que responde el Registro.

Para GIMENO SENDRA junto a la esfera íntima cabe distinguir una esfera privada (integrada por datos o informaciones no íntimas pero que el individuo sólo desea que sean conocidas por determinada persona o grupo reducido de personas, rigiendo respecto de ella el secreto profesional) y la esfera pública (integrada por informaciones no íntimas que el sujeto desea poner en conocimiento del público en general). Pues bien, entiende este autor que el derecho a la intimidad también puede verse afectado en estos ámbitos. Ocurre así cuando se interconexonan datos que dan a conocer aspectos de la personalidad que el sujeto emisor de la información nunca habría desvelado. En este sentido las bases de datos públicas, en tanto se utilicen para fines distintos de los previstos o en tanto en cuanto sus informaciones se ponen en conocimiento de personas ajenas a los naturales usuarios o destinatarios de tales bases, inciden en la esfera privada o derecho a la intimidad del titular de dicha información.

¿Cuáles son estas informaciones que afectan a la intimidad de la persona física en el ámbito del Registro de la Propiedad?

Son muy numerosos los datos registrales que se pueden considerar «sensibles», esto es, afectantes a la intimidad de la persona y respecto de los cuales el solicitante normalmente no tendrá interés en conocer, porque no afectará a la finalidad para la cual se dirige al Registro, que es la obtención de información para la realización segura de una transacción inmobiliaria. Normalmente serán supuestos de información no jurídica.

Podemos así señalar las siguientes:

- a) filiación del titular registral, sobre todo si es extramatrimonial o adoptiva;
- b) domicilios, salvo que el solicitante lo necesitase para practicar notificaciones en virtud de contratos inscritos (caso del acreedor hipotecario);
- c) estado civil (especialmente la separación o divorcio) en cuanto que es el Registro Civil la institución competente en esta materia, de manera que el Registro de la Propiedad cumplirá informando si la titularidad es privativa, ganancial o perteneciente a algún tipo de comunidad;
- d) motivos determinantes de ciertas anotaciones preventivas, como las de querella (en las que bastaría con dar a conocer la existencia de una

querella que puede afectar a la validez del título, pero no el delito que se imputa al titular registral);

- e) asientos caducados; es el caso de las anotaciones preventivas de embargo, canceladas por cualquier motivo (desestimiento, pago, caducidad, etc.), en la medida que en nada afecta a la seguridad de la transacción inmobiliaria la situación de impago en que incurriera el titular registral con anterioridad (5);
- f) situaciones de incapacidad reflejadas únicamente en el Libro de Incapacitados (incapacitaciones, quiebras, suspensiones de pagos) por no existir bienes inscritos del titular registral; en tal caso la información del Libro de Incapacitados debe servir únicamente para facilitar la calificación del Registrador respecto de títulos presentados con posterioridad, pero no podrá ser objeto de publicidad formal aisladamente, esto es, desconectada de finca alguna.

En todas estas materias regirán los principios que veíamos con anterioridad de legalidad, jurisdiccionalidad y necesidad. En principio, el Registrador no deberá expedir publicidad formal respecto de ellas, salvo que tal información esté prevista en una Ley, lo solicite un juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales o exista alguna razón excepcional justificativa.

II. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA LEGISLACION DE PROTECCION DE DATOS DE CARACTER PERSONAL

La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD) en su artículo 2.2.a) excluía de su ámbito de aplicación a los Registros de la Propiedad y Mercantiles, al establecer que «el régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley no será de aplicación a los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general».

En interpretación de este precepto, la Exposición de Motivos de la citada Ley insistía en la exclusión de su ámbito de aplicación de los datos «que constituyen información de dominio público o recogen información, con la finalidad precisamente de darla a conocer al público en general, como pueden ser los Registros de la Propiedad o Mercantiles».

(5) En este sentido, la Agencia de Protección de Datos no admite que el fichero de morosos de las entidades financieras (tal es el caso de ASNEF) de información de impagos producidos con más de seis años de anterioridad, salvo que el crédito aún no esté prescrito.

Bajo la vigencia de la LORTAD no estaban los Registradores obligados a cumplir la legislación de datos de carácter personal. No obstante lo cual, el Colegio de Registradores de la Propiedad firmó, con el Director de la Agencia de Protección de Datos, el protocolo de 3 de noviembre de 1994, de colaboración e información entre ambas entidades públicas.

En virtud de dicho Convenio se acordó:

- a) El Registrador deberá tener presentes las normas de protección de datos de carácter personal, potenciando la publicidad económica o patrimonial en relación, es decir, previa exclusión de los datos que reseña la inscripción que pudieran afectar a la intimidad o privacidad, excluyendo la copia telemática o magnética de los asientos.
- b) Un control especial por parte del Registrador en caso de petición de datos en masa. Se insta así a que en la información en masa, que es donde más riesgos de manipulación de la información existen, se lleve a cabo el análisis de la personalidad del solicitante, y en este sentido se recomienda la petición de un escrito firmado que lo identifique y exprese la causa y el medio de publicidad solicitado (convencional, magnético o telemático), ya que aunque el Registro es un archivo vivo y la publicidad tiene una vigencia en el tiempo limitada, su obtención puede dar lugar a publicidad extrarregistral engañosa y a la duplicidad de archivos en contra de las disposiciones legales. Aquí también se instaba a valorar la necesidad de restricción de datos a los puramente económicos o patrimoniales, sin que se puedan extraer otros, como domicilios.
- c) Control también específico en los casos de peticiones de datos relativos al patrimonio de las personas; de manera que salvo interés conocido (judicial, Administración Pública, bancario) el suministro de todos los datos relativos al patrimonio de una persona, física o jurídica, exigiría el control de la identidad de la persona del peticionario, la expresión de la causa y el archivo de la solicitud a disposición del titular registral, potenciando la consulta derecho a derecho o acto a acto para evitar las intromisiones en la intimidad o privacidad, excluida la literalidad de los asientos.
- d) En conclusión, se establecía que el acceso a las bases de datos excluidas de la LORTAD deberá garantizar el control del solicitante de la información y el uso a que se destina, adoptando las técnicas adecuadas para evitar el acceso indiscriminado, en masa o al patrimonio de las personas físicas, y siempre con pleno respeto a los datos sensibles, intimidad y privacidad en la forma definida legalmente, de tal suerte que este nuevo cuerpo legal informe la actividad registral.

El criterio legal de excluir de su ámbito a los Registros de la Propiedad y Mercantiles ha variado en la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDGP), que ha derogado a la anterior. En ella sí se consideran incluidos los Registros de la Propiedad y Mercantiles, por exigencias de la Directiva 95/46/CE, que amplía el ámbito de aplicación de la protección de ficheros informáticos a algunos archivos públicos. En consecuencia, los principios orientadores del Protocolo antes referido, pasan a ser ahora legalmente exigibles, ya que existe un absoluto sometimiento de los Registros de la Propiedad y Mercantiles a la Ley 15/1999.

Esto supone la aplicación de las siguientes normas:

- a) Los datos de carácter personal contenidos en los Registros no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquéllas para las que los datos hubieran sido recogidos (art. 4.2). Así ocurriría, por ejemplo, si los datos del Registro de la Propiedad se cedieran masivamente a otras entidades públicas o privadas con finalidad de reventa o comercialización, pues ésta es una finalidad incompatible con la del propio Registro. Esto justifica la prohibición contenida en la legislación hipotecaria en relación a la incorporación de la publicidad registral obtenida a bases de datos para su comercialización (art. 222.2 inciso último de la Ley Hipotecaria). Veremos posteriormente que esta norma no rige con relación al Registro Mercantil, al menos con relación a los datos relativos a las personas jurídicas.
- b) Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados (art. 4.5). Es el caso de las anotaciones de embargo caducadas, a la que hacíamos referencia con anterioridad.
- c) El tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento del afectado, salvo que los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero al que se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado (art. 6.2). Esto supone que la cesión de datos registrales para satisfacer las necesidades del tercero en orden a dotarle de seguridad en el tráfico jurídico no necesitan del consentimiento del interesado, pero sí para la cesión de datos con finalidad distinta (realización de estudios, cesión a otras entidades públicas o privadas, etc.).
- d) El responsable del fichero (esto es el Registrador) deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración,

pérdida, tratamiento o acceso no autorizado (art. 9.1). Esto justifica las disposiciones legales y reglamentarias de carácter hipotecario, que obligan al Registrador a adoptar las medidas necesarias para evitar la manipulación o televaciado del archivo del Registro (art. 222.2 de la Ley Hipotecaria y 332.2 del Reglamento).

- e) El interesado (es decir, el titular registral) tiene derecho de acceso, esto es, de solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén realizar (art. 15.1). Esto significa que el Registrador deberá dar gratuitamente al interesado información sobre los datos de carácter personal contenidos en el Registro, si así lo solicita el titular registral, así como de las informaciones que de los mismos haya expedido, en su caso. En este sentido, tiene sentido la exigencia de que el Registrador archive las solicitudes de publicidad formal, de forma que se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y DNI o NIF durante un período de tres años (artículo sexto de la Instrucción de la DGRN, de 17 de febrero de 1998).
- f) El interesado (es decir, el titular registral) tiene derecho de rectificación, de forma que serán rectificadas o cancelados en su caso, los datos de carácter personal que resulten inexactos o incompletos (art. 16.2). Esto es congruente con el derecho de todo titular registral a rectificar los datos registrales de conformidad con las normas hipotecarias sobre cancelación y rectificación de asientos. Al existir consentimiento del titular registral y, salvo que afecte la rectificación a derechos de terceros, tal derecho de rectificación no tendrá impedimento alguno (cfr. arts. 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).
- g) El interesado (nuevamente el titular registral) tendrá derecho de indemnización en caso de daño o lesión en sus bienes o derechos por incumplimiento de la LOPDCP (art. 19.1). Aunque en principio este derecho de indemnización en los ficheros de titularidad pública es exigible de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas (art. 19.2), el régimen de responsabilidad personal de los Registradores de la Propiedad, por ser más específico, deberá prevalecer.

III. DE LOS MODOS QUE TIENE EL REGISTRADOR DE EXPEDIR LA PUBLICIDAD FORMAL

Precisamente porque la expedición de publicidad formal puede incluir datos sensibles y porque el interés del solicitante puede no extenderse a la

totalidad de los extremos contenidos en el asiento, es por lo que la determinación del medio de llevar a cabo la publicidad formal no puede depender en exclusiva de la decisión del solicitante. Así, en determinados supuestos, el Registrador puede entender no legitimado al solicitante para obtener una nota o certificación literal de los asientos o para acudir a la exhibición directa de los libros.

Inicialmente la legislación hipotecaria tan sólo admitió como medios de publicidad formal, los dos siguientes:

- a) La manifestación de los libros, aunque sin sacarlos de la oficina y con las precauciones necesarias para asegurar su conservación (art. 280 de la Ley Hipotecaria de 1861); el Reglamento de 1861 aclaró que los libros del Registro sólo se pondrían de manifiesto durante el tiempo en que el Registrador no los necesitase para el servicio de la Oficina (art. 226) y que los particulares que consulten el Registro podrán sacar las notas que consideren oportuno, pero sin copiar los asientos (art. 227);
- b) o mediante certificación, única forma de acreditar frente a tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales (art. 281).

Así se mantuvo en la reforma de 1909 y de 1944-1946. Fue el Reglamento Hipotecario de 1947 el que al regular la manifestación de los libros, añadió que «no obstante, a instancia de parte legítima y a título de manifestación por escrito, sin garantía, los Registradores podrán facilitar nota simple informativa de los asientos del Registro o de los datos que consten en los mismos» (art. 332).

La nota simple informativa es por tanto una creación reglamentaria, y es concebida como una forma de manifestación de los libros del Registro y con el mismo alcance que la exhibición directa de los mismos, esto es, bajo la responsabilidad del interesado y sin responsabilidad por parte del Registrador.

Debemos llegar nada menos que hasta la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, que en su Disposición Adicional segunda modificó los artículos 222, 253 y 258 de la Ley Hipotecaria, para que la nota simple informativa tuviera rango legal. De hecho, en el sentido de la reforma, la nota simple estaba destinada a sustituir en pleno a la exhibición directa de los libros, aunque como veremos después en el siguiente epígrafe, no lo va a entender así la jurisprudencia. Y es que la exhibición directa de los libros siempre fue interpretada muy restrictivamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El artículo 332 del Reglamento Hipotecario de 1947, admitía, en efecto, que la manifestación del contenido de los libros se hiciera mediante exhibi-

ción directa de los libros o por nota simple informativa sin garantía. La Instrucción de la Dirección General, de 5 de febrero de 1987, básica en la materia, aún admitió que la exhibición pudiera hacerse mediante la presentación de los libros o mediante fotocopia de los folios que se desee consultar, que serán retirados por el Registrador después de la consulta. Pero entiende que para el mejor cumplimiento de la exigencia legal de conservación de los libros, la presentación directa de éstos tendrá carácter excepcional y se reducirá a aquellos casos en que concurren razones especiales que la justifiquen.

El nuevo artículo 222 de la Ley Hipotecaria, tras recoger en su párrafo 1 el contenido total del antiguo artículo 222, que no se modifica, y establecer que los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación, añade siete nuevos párrafos, sancionando los siguientes principios en materia de publicidad formal:

- a) El principio de tratamiento profesional de la publicidad formal (apartado 2 inciso primero).
- b) La prohibición de acceso directo a los archivos de los Registros y la incorporación de la publicidad registral obtenida a bases de datos para su comercialización o reventa (apartado 2 inciso segundo).
- c) El valor jurídico de la publicidad formal (apartado 3) con independencia de que sólo la certificación genere responsabilidad (apartado 5 y art. 296 apartado 5).
- d) El carácter extractado de la publicidad formal, sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales a instancia de autoridad judicial, administrativa o de cualquier interesado (apartado 4) (6).
- e) El contenido predeterminado de la nota simple informativa (apartado 5).
- f) La necesidad de que los Registradores velen por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal (apartado 6).
- g) El reconocimiento de la función de asesoramiento del Registrador como íntimamente relacionada con la publicidad formal (apartado 7).
- h) La libertad de elección del Registrador a través del cual obtener la publicidad formal y la obligatoria interconexión de todos los Registradores de la Propiedad al efecto (apartado 8).

(6) En la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de Condiciones Generales se introdujo la posibilidad también de certificaciones literales a instancia de los interesados, cuando en el Proyecto tan sólo se preveía a instancia de las autoridades judiciales y administrativas.

La Reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, desarrolló estos principios en los siguientes términos:

- a) La posibilidad de que la publicidad formal se obtenga por medios telemáticos (art. 332.2).
- b) Presunción de interés legítimo para obtener información registral de entidades relacionadas con la contratación inmobiliaria, siempre que expresen la causa de la consulta y ésta sea acorde con la finalidad del Registro (art. 332.3).
- c) El contenido predeterminado de la nota simple informativa no impide que también pueda referirse a determinados extremos solicitados por el interesado, si a juicio del Registrador se justifica suficientemente el interés legítimo (art. 332.5 inciso segundo).
- d) La necesidad de que los Registradores tengan constancia de la identidad de los solicitantes de la publicidad formal y del motivo de la solicitud (art. 332.9), que deberán conservar al menos durante tres años como exige la Instrucción de la DGRN, de 17 de febrero de 1998.
- e) La interconexión entre Registradores se extiende también a los Registradores Mercantiles entre sí y con los de Propiedad (art. 332.8).
- f) La necesidad de que los Registradores velen por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal fue interpretada reglamentariamente como obligación de exigir su cumplimiento y como prohibición de atender solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada. Y esto es lo que fue objeto pronto de combate por parte de las entidades representativas de los intereses de las empresas de información comercial, como estudiamos a continuación.

IV. LA POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE PUBLICIDAD FORMAL. SENTENCIAS DE 24 DE FEBRERO DE 2000, 12 DE DICIEMBRE DE 2000, 31 DE ENERO DE 2001 Y 7 DE JUNIO DE 2001

Cuatro han sido las sentencias del Tribunal Supremo sobre la reforma del Reglamento Hipotecario en materia de publicidad formal llevada a cabo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, todas ellas de la sección sexta de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo. La primera de ellas, a mi juicio, y pese a las explicaciones de la Sala, sostuvo un criterio distinto que las tres siguientes:

1.º La primera de todas ellas fue la sentencia de 24 de febrero de 2000 (7), dictada en recurso 526/1998 en demanda formulada por varios Notarios a título particular (8), la cual rechazó de plano la pretensión de los recurrentes sobre la nulidad del artículo 332 del Reglamento Hipotecario, sin hacer interpretación alguna que la matizara, a diferencia de las sentencias posteriores (9).

Esta sentencia dijo que no podía tomarse en consideración la alegación de los recurrentes respecto de la discrepancia entre exhibición de los libros y exhibición de su contenido, ya que «obviamente lo que tiene interés para los particulares es el contenido de los libros, no éstos en sí mismos, y de otra parte la referencia al contenido de los libros como objeto de exhibición coincide con la regulación contenida en los artículos 222 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en lo que a la forma en que debe realizar el Registrador tal manifestación atañe. El propio artículo 222.2 se refiere a la manifestación del contenido de los asientos, coincidiendo en este punto con lo dispuesto en la norma reglamentaria».

En definitiva, sancionaba en esta materia no sólo el respeto al principio de jerarquía normativa en la reforma reglamentaria sino su racionalidad, en cuanto al interesado lo único que le interesa es el contenido del Registro y no los libros.

Sin embargo, el Tribunal Supremo sorprendentemente cambió pronto su criterio.

2.º La sentencia de 12 de diciembre de 2000 (10) se dictó en el recurso contencioso-administrativo número 519/1998, a instancia de la Asociación Española de Información Comercial (ASEICO) que impugnó el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de modificación del Reglamento Hipotecario, en cuanto a los siguientes preceptos:

- a) Artículo 332.1, para que los Registradores pongan de manifiesto directamente los libros del Registro y no solamente del contenido de los mismos;
- b) el artículo 332.2, en cuanto incluye una prohibición de acceso directo a los libros del Registro;

(7) Ponente: JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ.

(8) JOSÉ LUIS CARVAJAL GARCÍA-PANDO, FERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO, LUIS RUEDA ESTEBAN y JOSÉ MARÍA MOUTAS CIMADEVILLA.

(9) Pese a las explicaciones de las sentencias posteriores, que entendieron que con ello no se hacía sino desarrollar lo dicho en la primera, parece insostenible que el Tribunal Supremo, en tan reducido período de tiempo, en la misma sección, aunque con ponentes distintos, no sostenga idéntica posición en todas las sentencias sobre la materia.

(10) Ponente: JESÚS ERNESTO PECES MORATE.

- c) el artículo 332.6, en cuanto a que los Registradores pueden velar por el cumplimiento de las normas sobre protección de datos pero no exigir su cumplimiento;
- d) el mismo artículo 332.6, en cuanto a la prohibición de que los Registradores atiendan las solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada.

La Sección sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 12 de diciembre de 2000, tras afirmar la legitimación de ASEICO para impugnar el Real Decreto (11), declaró la nulidad del artículo 332.6, afirmando que:

- a) no es cometido de los Registradores de la Propiedad exigir el cumplimiento de las normas vigentes de protección de datos de carácter personal sino de informar y velar por su cumplimiento;
- b) en este sentido no pueden negarse a atender solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada, salvo que deban hacerlo en aplicación de las demás normas sobre publicidad e información; el mero hecho de ser masivas o indiscriminadas no justifica su rechazo.

En cuanto a los demás párrafos del artículo 332, mantuvo su validez, rechazando la pretensión de la entidad recurrente, considerando que están ajustados al artículo 222 de la Ley Hipotecaria, pero exigió —cosa que no había hecho en la sentencia de 24 de febrero de 2000—, que se interpretasen de la siguiente manera:

- c) los Registradores tienen el deber de poner de manifiesto los libros del Registro, y no solamente su contenido;
- d) subsiste la posibilidad de exhibición directa de los libros, que sería una forma de publicidad distinta de la manifestación del contenido de los libros del Registro prevista en el artículo 222 de la Ley y apartado cuarto del artículo 332 del Reglamento, esto es, distinta de la nota simple y de la certificación;
- e) no cabe más limitación en la exhibición de los libros del Registro de la Propiedad que la derivada de lo que fuera necesario y del interés legítimo en la consulta al prudente juicio del Registrador;

(11) Siguiendo un criterio contrario al que sostuvo la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de junio de 1990 (Az 5622) que desestimó una pretensión idéntica de ASEICO por la que se pretendía la declaración de nulidad de la Instrucción de la DGRN, de 12 de junio de 1985, en cuanto impedía el acceso directo de los informadores comerciales al Registro.

- f) el artículo 332.2 no conculca el principio de jerarquía normativa si no se le da más alcance que el de prohibir el acceso directo a los archivos de los Registradores pero no a los libros.

Quizá la afirmación más polémica de la sentencia es la de que no es cometido de los Registradores de la Propiedad exigir el cumplimiento de las normas vigentes de protección de datos de carácter personal sino de informar y velar por su cumplimiento, ya que no se aprecian las diferencias entre velar por el cumplimiento de las normas de protección de datos (dicción de la ley) y exigir su cumplimiento (dicción del Reglamento, que la interpretación jurisprudencial rechaza).

Es cierto que en la tramitación parlamentaria se suprimió la frase del proyecto de ley de reforma del artículo 222.6, contenida en la Disposición Adicional segunda de la Ley de Condiciones Generales, que establecía que el Registrador «no atenderá las solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada». El sentido del legislador era no establecer cortapisas a esta posibilidad, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la calificación del interés del solicitante por el Registrador (12).

Pero no es menos cierto que si el Registrador debe velar por que se apliquen las normas de protección de datos de carácter personal (y por tanto porque no se cedan datos sensibles sin consentimiento del interesado) y debe comprobar el interés legítimo en el alcance de la información solicitada en cada caso, muy difícil es que pueda tolerar la publicidad en masa o indiscriminada.

En esto puede decirse que la sentencia ha dejado las espadas en alto, y que sólo por vía de convenio —como luego veremos está trabajando hoy en día ASEDIE y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España— puede conjugarse el derecho de las empresas de información comercial a obtener la publicidad en masa y la exhibición directa de los libros, con el deber de los Registradores de velar por el cumplimiento de la legislación de datos de carácter personal y de calificar el interés legítimo del solicitante.

3.º La sentencia de 31 de enero de 2001 (13), en el recurso 507/1998, al que se acumuló el número 525/1998, el primero a instancia de la Asociación Foro Notarial, y el segundo siendo demandante la Libre Asociación de

(12) La enmienda 118 del Grupo Parlamentario Catalán al artículo 222.6 de la Ley Hipotecaria, que fue aceptada, solicitó la supresión de la previsión relativa a las solicitudes en masa o indiscriminada, «toda vez que la introducción de conceptos jurídicos indeterminados no parece afortunada y, en segundo término, porque parece más oportuno dejar a la discrecionalidad del Registrador, en la calificación del interés de las personas que solicitan la publicidad registral, el acceder o no a dicha solicitud.

(13) Ponente: JESÚS ERNESTO PECES MORATE.

Notarios Joaquín Costa. Esta sentencia, la que más ha afectado a la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, en cuanto al número de preceptos afectados, confirmó el criterio de la sentencia de 12 de diciembre de 2000, en materia de publicidad formal y posibilidad de acceso a los libros del Registro.

En efecto entiende que los apartados 1 y 2 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario no son contrarios a Derecho si se interpretan respetando lo dispuesto categóricamente en el artículo 222 de la Ley Hipotecaria. Insiste esta sentencia en que la reforma de la Ley Hipotecaria por Ley 7/1998 rechazó la pretensión del proyecto de Ley de sustituir la expresión «los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro» por la de «los Registradores pondrán de manifiesto *el contenido* de los libros del Registro». Al subsistir la redacción original debe entenderse que los Registradores deben poner de manifiesto los libros del Registro y no meramente su contenido, de manera que existen dos formas diferentes de publicidad: la primera (arts. 222.1 LH y 332.1 RH) a través de la puesta de manifiesto o exhibición de los libros del Registro en la parte necesaria que a su juicio tenga interés legítimo en consultarlos, y la segunda (arts. 222.2 LH y 332.4 RH) a través de la expedición o libramiento de notas simples y certificaciones del contenido de los asientos registrales (14).

4.º Finalmente, la sentencia de 7 de junio de 2001 (15), en el recurso contencioso-administrativo número 467/1998, a instancia del abogado Eduardo Rodríguez González, en su propio nombre y Derecho, reproduce los mismos argumentos (16) que las dos anteriores en orden a afirmar la validez del artículo 332, párrafos 1 y 2.

Sin embargo, contiene una importante afirmación en orden a la validez de los párrafos 5 y 6 del mismo artículo, cuya validez, también en este recurso, se había puesto en entredicho.

El recurrente sostenía la nulidad del inciso primero del artículo 332. 5 del Reglamento tras la reforma de 4 de septiembre de 1998, por entender que la referencia a que la nota simple es un extracto *sucinto de los asientos vigentes* relativos a la finca objeto de manifestación, no estaba amparada legalmente. El Tribunal Supremo sostiene lo contrario y entiende que la publicidad regis-

(14) Yerra aquí la sentencia que tan sólo distingue dos formas de publicidad registral, a saber: manifestación de los libros por un lado, y nota simple y certificación por otro, ya que en realidad la nota simple nació como forma de manifestación de los libros. En realidad las dos formas de publicidad son la manifestación sin responsabilidad del Registrador y la certificación bajo su responsabilidad; la primera, a su vez, admite tres variantes: presentación física de los libros; exhibición al solicitante de fotocopia de los mismos, que luego será retirada, y nota simple informativa sin garantía.

(15) Ponente: JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ.

(16) A veces de forma tan literal que se refiere a la «asociación demandante» como si del recurso de Foro Notarial y Asociación Joaquín Costa se tratase.

tral, a través de la nota simple informativa, tiene como fin conocer el contenido de aquélla respecto de situaciones vigentes y que tal configuración tiene su amparo legal en el artículo 225 de la Ley Hipotecaria que explicita el contenido de la nota simple, que no puede alcanzar a derechos no vigentes, sino tan sólo identificación de la finca, identidad del titular o titulares y la extensión, naturaleza y limitaciones de los derechos inscritos, así como restricciones o prohibiciones afectantes a los titulares.

Lo que interesa al tráfico jurídico —dice la sentencia— es el estado de los bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre los mismos, a los que no afecta el contenido de los derechos que hayan sido definitivamente cancelados y que se refieren a situaciones inexistentes, y por tanto irrelevantes.

También combatía el recurrente la necesidad de expresión de la causa y finalidad de la consulta como requisito necesario para obtener la información registral a que se refieren los artículos 332.3 y 332.5, párrafo segundo del Reglamento Hipotecario. Y entiende que la necesidad de que en la solicitud consten tales extremos es necesario para que el Registrador pueda calificar la concurrencia de interés legítimo y para que pueda velar por el cumplimiento de las normas sobre protección de datos de carácter personal.

Respecto de la calificación del interés, el Tribunal Supremo *realiza obiter dicta* una interpretación del interés conocido o legítimo (al que se refiere la Ley y el Reglamento Hipotecario) de forma amplia, como un concepto más amplio que el de interés directo, y en este sentido entiende que no es exigible un interés en un procedimiento administrativo o judicial concreto, sino que basta un interés no contrario a Derecho. En cualquier caso, reitera (17) que son los Registradores quienes deben apreciar la legitimación del solicitante de la publicidad registral.

V. INCIDENCIA DE ESTAS MATERIAS EN EL REGISTRO MERCANTIL

En el ámbito de los Registros Mercantiles, y en particular con relación a los depósitos de cuentas, las restricciones a la posibilidad de publicidad en masa son aún menores, en la medida de que las personas jurídicas no están protegidas por la legislación de protección de datos de carácter personal (aunque sí los datos de las personas físicas integrantes de las mismas) y de que no existe ningún precepto legal que la prohíba, salvo la adecuación a la finalidad misma del Registro como instrumento de protección del tráfico que impide la cesión de los datos para finalidades distintas.

(17) Como ya señalara la sentencia de 16 de junio de 1996.

A) El no sometimiento de las personas jurídicas a la legislación de protección de datos de carácter personal ha sido confirmado por el informe de la Agencia de Protección de Datos, de 19 de enero de 2000, en la consulta formulada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España sobre el FLEI (Fichero Localizador de Entidades Inscritas), esto es, sobre la posibilidad de que se puedan consultar vía internet los datos del Registro Mercantil.

La Agencia de Protección de Datos entiende que aunque los Registros de la Propiedad y Mercantiles se encuentran sometidos a la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal contenida en la Ley 15/1999, la cesión de datos del Registro Mercantil (a diferencia del Registro de la Propiedad) a través de internet será posible, siempre y cuando se produzca en el ámbito de la finalidad atribuida al propio Registro, por lo que sólo admite la consulta a través de denominaciones de empresarios individuales o sociales, sin que quepa la existencia de búsquedas referidas a personas físicas (18).

Y lo justifica en que en lo referente a los datos de las personas jurídicas, el tratamiento de los datos no se encuentra sometida a la legislación de protección de datos de carácter personal.

Cuestión distinta, hay que insistir, es el Registro de la Propiedad. De ahí que el Colegio de Registradores haya configurado la consulta de los datos de los Registros de la Propiedad a través del sistema FLOTI (Fichero Localizador de Titularidades Inscritas) que, a diferencia del FLEI, no es más que un sistema de petición de notas simples por internet, de manera que no existe una base de datos a la que se pueda acceder de inmediato y sin control del interés.

En esta materia del control de la legislación de datos de carácter personal por el Registrador Mercantil se pronunció también la Agencia de Protección de Datos respecto de la pretendida reforma del artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil a través de la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998 (19) (que quiso introducir los nuevos apartados 4 a 9 del art. 12) entendiendo que ya era suficiente la regulación del régimen de privacidad en atención a la publicidad formal del Registro Mercantil contenida en el vigente artículo 12.3 del Reglamento del Registro Mercantil (20). Es decir, considera suficiente dejar a la responsabilidad del Registrador Mercantil la atención a consultas en masa o el control de la publicidad sobre datos personales, en base al criterio de que la finalidad de los datos que se custo-

(18) Discutible es que estando publicados en el BORME los datos del Registro Mercantil, y existiendo empresas que en base a los datos publicados en el citado BORME ofrecen información vía internet de cargos personas físicas, no puedan hacer lo mismo los Registradores.

(19) Finalmente, declarada nula por falta de dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000.

(20) Informe de 12 de agosto de 1998.

dian y exteriorizan en el Registro Mercantil es la de otorgar seguridad al comercio, sin que puedan servir para finalidades distintas.

B) La no existencia en el ámbito del Registro Mercantil de ningún precepto expreso que prohíba la publicidad en masa, es un argumento irrefutable.

De hecho, en el Proyecto de Ley de Condiciones Generales, en su Disposición Adicional segunda, la reforma del artículo 222 de la Ley Hipotecaria incluía a los Registradores Mercantiles.

El Proyecto establecía que «se prohíbe a estos efectos el acceso directo por cualquier medio, físico o telemático a los archivos de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (...)». La referencia a los Registradores Mercantiles se suprimió durante la tramitación parlamentaria (21), como también vimos ocurrió con la referencia a la prohibición de publicidad en masa.

El artículo 12.3 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, es la única norma que trata la materia, y se limita a señalar que «los Registradores Mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de las normas vigentes en las solicitudes de publicidad en masa o que afecten a los datos personales reseñados en los asientos».

Es por tanto, el Registrador Mercantil el que en cada caso y bajo su responsabilidad calificará el cumplimiento de la normativa. En este sentido puede servir de orientación la Instrucción de la DGRN, de 17 de febrero de 1998, sobre publicidad en masa, anterior por tanto a la reforma legal operada por Ley 7/1998, de 13 de abril, que no por ello está derogada. Aunque ley posterior deroga a norma anterior sobre todo si es de rango inferior, a mi juicio no existe contradicción con el criterio legal favorable a la publicidad en masa. Precisamente dicha Instrucción parte de la base de la posibilidad de peticiones en masa, que incluso da nombre a la citada Instrucción (22).

Los criterios del Centro Directivo aún pueden servir de orientación a los Registradores a la hora de cohonestar la posibilidad de las peticiones en masa con la obligación de velar por el cumplimiento de las normas de protección de datos y de la calificación del interés.

(21) La enmienda 115 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán fue aceptada. Se justificaba en que la referencia a los Registradores Mercantiles tenía difícil encaje en ese artículo y en que «no parece comprensible que los datos publicados por organismos oficiales y registros públicos cuya finalidad es facilitar la contratación dando seguridad a los derechos reales mediante su publicidad, no puedan ser incorporadas a bases de datos que están sometidas a inspección y control permanentes según lo establecido por la Ley Orgánica 5/1992».

(22) Instrucción de 17 de febrero de 1998 de la DGRN sobre principios generales de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de peticiones en masa (BOE de 27 de febrero de 1998).

Así podrían destacarse los siguientes criterios de la Instrucción en vigor:

- a) Deben excluirse de la publicidad en masa los datos carentes de trascendencia jurídica (datos sensibles).
- b) Debe rechazarse una publicidad en masa con la finalidad de formación de Registros paralelos con fines exclusivos de comercialización o reventa (23).
- c) Sí debe aceptarse la publicidad masiva, entre otros casos que juzgue conveniente el Registrador, cuando lo faculte alguna disposición legal; se satisfaga un interés público o exista un convenio de colaboración con el Colegio de Registradores.
- d) Debe garantizarse por el solicitante que el tratamiento de datos no afectará a la normativa sobre protección de datos y que se conocerá la fuente de la información.
- e) Deben conservarse por los Registradores las solicitudes de publicidad formal, al menos durante tres años, de manera que se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y DNI o NIF.

IV. EL CONVENIO ENTRE EL COLEGIO DE REGISTRADORES Y ASEDIE

Siguiendo la idea de que en el ámbito del Registro Mercantil es menos rigurosa la aplicación de la legislación de protección de datos de carácter personal, dado que las personas jurídicas no están directamente protegidas por ella (aunque sí los datos de las personas físicas integrantes de las mismas) y de que no existe ningún precepto legal que la prohíba, unido al principio jurisprudencial de que no puede excluirse siempre y en todo caso el acceso a los libros registrales, resultará que será el Registrador Mercantil el que en cada caso, y siguiendo los criterios expresados en el punto anterior, el que juzgará la posibilidad o no de la publicidad en masa que solicitada en atención a la propia finalidad del Registro de garantizar la contratación en el tráfico mercantil.

Para facilitar la homogeneidad en el criterio de los Registradores, se hace necesario que el Colegio de Registradores realice convenios con las asociaciones representativas de las entidades dedicadas a la información comercial. Con ello se trataría de evitar calificaciones discrepantes por parte de los

(23) Esto significa que no habrá impedimento en la expedición de publicidad en masa cuando el solicitante no se limite a duplicar el archivo, sino que incorpore un valor añadido a la información registral, por ejemplo, aportando un informe comercial o relacionándolos con otros datos.

Registradores, agilizar la expedición de la información registral, a la par que el sometimiento de las empresas de verificación comercial y contable a una serie de requisitos que garanticen que la cesión de datos no se realiza en contra de la finalidad del Registro Mercantil, ni va a servir para la creación de registros paralelos.

Precisamente con esta finalidad y para impedir un tráfico inexacto o ilegal de datos, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España va a suscribir con la Asociación Multisectorial de Información (ASEDIE), un convenio por virtud del cual se regule y facilite al obtención de información sobre depósito de cuentas y sobre sociedades mercantiles contenidas en los Registros Mercantiles, ya directamente, bien telemáticamente a través del servidor Web de dichos Registros, en base a los siguientes criterios:

- a) No limitación del número de peticiones que puedan realizarse, siempre que se canalicen a través de los sistemas gestionados por el Colegio (24).
- b) Expedición de la información registral de forma inmediata cuando se realice a través del servidor Web de los Registros; y con un flujo no inferior a 50 depósitos cuando se despachen en soporte papel.
- c) Los depósitos de cuentas deberán estar disponibles para su publicidad formal en masa antes del 31 de diciembre de cada año.
- d) Constancia en la información comercial realizada por las empresas asociadas a ASEDIE del Registro Mercantil como fuente (25).

Si se cumplieran estos requisitos, se garantizaría, a mi juicio, la adecuación de la información comercial paralela a la finalidad del Registro, que es la seguridad del tráfico, con independencia del mayor o menor número de peticiones que se realicen. Lo importante no es tanto la reventa posterior de la información por las empresas de información comercial: lo esencial es que figure el Registro Mercantil como fuente de información para que el interesado, si quiere, acuda al origen de la información para contrastarla fehacientemente y que la información esté actualizada o exista la advertencia de su no actualización (es decir, que no se genere una información inexacta en contra de la seguridad del tráfico).

(24) Con ello se pretende evitar limitación por razón del número o del importe de la información, pero siempre que se realice a través de procedimientos telemáticos que no colapsen el Registro, por ejemplo, realizando las peticiones masivas por la noche.

(25) Lo ideal sería que en el convenio estuviera prevista la información registral continuada para garantizar que no circula una información registral inexacta.

VII. A QUIEN CORRESPONDE LA ELECCION DEL MEDIO
DE EXPEDIR LA PUBLICIDAD FORMAL. LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE ABRIL DE 2001

La consecuencia lógica de excluir la publicidad indiscriminada de los datos registrales; de entender que el Registrador debe velar por el cumplimiento de los datos de carácter personal; que la publicidad formal exige un tratamiento profesional sin que pueda llevarse a cabo sistemáticamente mediante la reproducción literal de los asientos; y la necesidad de calificar el interés legítimo, llevó a la doctrina de la DGRN a entender que era el Registrador quien debe elegir el medio de expedición de la publicidad formal cuando el interesado optaba por la manifestación de los libros.

Así lo determinaba expresamente el artículo 332.2 del RH antes de la reforma, al establecer que: «El Registrador, en cada caso, determinará la forma de manifestación, de acuerdo con la exigencia legal de observar las precauciones convenientes para asegurar la conservación de los libros y evitar su posible daño» (26).

La cuestión se plantea con relación a la manifestación de los libros, más que con relación a las certificaciones. Si el interesado quiere una certificación, el problema se limita a la calificación por parte del Registrador del interés conocido y de si éste o las normas sobre protección de datos sensibles autorizan para certificar de los extremos solicitados. Pero tratándose de manifestación de los libros del Registro, el Registrador puede entender que la exhibición directa de los libros perjudica la llevanza del Registro o que puede atentar contra las normas de protección de datos. En este caso, lo lógico es permitir al Registrador que sustituya la exhibición directa de los libros por un nota simple informativa en extracto.

La jurisprudencia había mantenido este criterio. Puede así citarse por todas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de marzo de 1997, que había confirmado la Resolución de la DGRN, de 28 de julio de 1994, por entender que es al Registrador al que el artículo 332 del RH atribuye la facultad de elección de la forma de manifestación del Registro, facultad que podría calificarse de potestad discrecional, aunque no arbi-

(26) Según el Consejo de Estado, en observación no esencial a la reforma de 4 de septiembre de 1998, la elección del procedimiento de manifestación debía articularse como opción del consumidor y no como opción del Registrador, ya que de esta manera se reforzarían más los derechos de los consumidores (dictamen de 9 de julio de 1998, pág. 11). Para no ir en contra de su observación no esencial, no se hizo referencia alguna al tema. Sin embargo, a mi juicio, el tema sigue igual, y además el debate era innecesario, pues la elección por el Registrador no era una novedad de la reforma. El criterio del Consejo de Estado además no tenía en cuenta que la elección por parte del consumidor impedía velar al Registrador por el cumplimiento de las normas sobre protección de datos de carácter personal.

traria, de manera que si se usara no con criterios objetivos sino con criterios subjetivos, podría impugnarse su decisión. Además esta sentencia se basaba en que no hay ningún precepto que obligue al Registrador a otorgar fotocopias de las hojas registrales.

La jurisprudencia más reciente, aún manteniendo este criterio, ha aclarado que esta facultad del Registrador de decidir sobre la forma de manifestación de los libros tiene que estar justificada y no puede consistir en una prohibición generalizada de exhibición de los libros.

Así ha ocurrido con la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 9 de abril de 2001 (27).

Dicha sentencia se pronunció en recurso contencioso-administrativo contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 8 de julio de 1996, que revocó la Resolución de la DGRN, de 23 de febrero de 1993, dando por tanto razón al Juzgado de Primera Instancia de Osuna que por auto de 17 de septiembre de 1992 estimó el recurso frente a la denegación de la Registradora de Osuna a la exhibición de libros del Registro a un abogado.

En efecto, la Registradora de Osuna había denegado a un abogado en ejercicio la exhibición directa de los libros, ofreciéndole tan sólo la posibilidad de obtener la manifestación de los libros a través de nota simple informativa.

El abogado interpuso recurso ante el Juez de Primera Instancia de Osuna, conforme al artículo 228 de la Ley Hipotecaria, el cual por auto de 17 de septiembre de 1992, dio la razón al recurrente, entendiendo que el Registrador podrá determinar, en cada caso, conforme al artículo 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, la forma de manifestación, de acuerdo con la exigencia legal de observar las precauciones convenientes para la conservación de los libros y evitar su posible daño, pero para ello habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, sin que en el caso concreto objeto del recurso se hubiera justificado las razones que impidieran la exhibición directa. En el auto se hace referencia a la Instrucción de la DGRN, de 12 de junio de 1985, que si bien hace referencia a que la exhibición de los libros se reducirá a aquellos casos en que concurren circunstancias excepcionales que la justifiquen, entiende el Juzgado que es en atención a la necesidad de velar para que no puedan acceder a los datos del Registro personas que no tengan un interés legítimo, pero eso no puede en absoluto predicarse respecto de la actuación profesional de un Letrado.

Doña ROCÍO AGÜERO RUANO, Registradora de la Propiedad de Osuna, interpuso recurso de alzada ante la DGRN contra el citado auto, por entender que el párrafo 2.º del artículo 332 del Reglamento Hipotecario (28) faculta

(27) Ponente: FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO.

(28) En su redacción anterior a la Reforma de 4 de septiembre de 1998.

al Registrador —y no al particular— para determinar la forma de manifestación; a su juicio, los particulares tienen derecho de acceso al contenido de los libros del Registro, pero no a la forma en que esa manifestación puede tener lugar, sin que ese derecho se hubiera denegado en el caso objeto del recurso.

La DGRN por Resolución de 23 de febrero de 1993 estimó el recurso de la Registradora y revocó el auto del Juzgado, por entender que el artículo 332 del Reglamento distingue dos formas de manifestación del Registro, mediante exhibición directa de los libros o nota simple informativa, cuya elección corresponde al Registrador en cada caso concreto. De esta decisión exclusiva del Registrador —insiste la Resolución— se hace eco la Instrucción del propio Centro Directivo, de 12 de junio de 1985 y 5 de febrero de 1987, que al tiempo que reitera el carácter excepcional de la exhibición directa de los libros, señala que la exhibición podrá llevarse a cabo mediante la presentación de los libros o mediante fotocopia de los folios que se desee consultar, que será retirada por el Registrador después de la consulta.

Lo cierto es que, en efecto, éste había sido siempre el criterio de la DGRN, no sólo en las Instrucciones antes citadas, sino en la resolución de los recursos de alzada frente a las decisiones de los Registradores de no expedir fotocopias o de no admitir la exhibición directa: la forma de manifestación corresponde decidirla al Registrador, reduciéndose la exhibición o la fotocopia a aquellos casos en que concurren circunstancias excepcionales.

Recurrida en vía contencioso-administrativa la decisión de la DGRN (29), el TSJ de Andalucía, en sentencia de 8 de julio de 1996, estima el recurso y declara nula la Resolución de 23 de febrero de 1993, en base a que la decisión del Registrador sobre la forma de manifestación debe atender al caso concreto, mientras que la decisión recurrida era el acuerdo de que genéricamente la exhibición de los libros se haría por nota simple informativa; esto es, la prohibición genérica de exhibición directa de los libros. Y entiende que de la Ley y el Reglamento Hipotecario no puede desprenderse que el Registrador tenga la facultad de prohibir, de forma genérica, la exhibición de los libros. Además cita el derecho constitucional al acceso a los archivos y Registros administrativos (art. 105 de la Constitución) (30).

(29) Ya vimos que frente al criterio jurisprudencial de considerar al margen del procedimiento contencioso-administrativo la impugnación de las Resoluciones de la DGRN en expedientes gubernativos contra la calificación de los Registradores, precisamente por tratarse de materias de Derecho privado, ni la jurisprudencia ni el propio Centro Directivo han dudado nunca en la admisión del recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones de la DGRN en materia de denegación de publicidad formal, quizá por entender que en esta materia prevalece la configuración del Registro como servicio público, sin que la materia pueda encuadrarse propiamente en el Derecho Civil o Privado.

(30) Poco afortunada es esta referencia cuando el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil son Registros jurídicos, de efectos frente a terceros, en los que juega

Finalmente, el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de abril de 2001 resuelve el recurso de casación frente a la anterior sentencia del TSJ de Andalucía, confirmando, y por tanto dando razón al recurrente en contra del criterio de la Registradora y de la DGRN.

Esta sentencia se basa en su decisión en las sentencias del mismo Tribunal Supremo (misma Sección sexta de la Sala tercera) relativas a la reforma del Reglamento Hipotecario, de fechas 12 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001, por las que se había interpretado que el artículo 332.1 del Reglamento, para guardar el principio de jerarquía normativa y ajustarse al artículo 222 de la Ley —en su redacción tras la reforma de la Ley 7/1998, de 13 de abril— (31) no debe impedir el acceso de los particulares a los libros del Registro: «tanto el precepto legal como el reglamentario —dice la sentencia— imponen a los Registradores el deber de poner de manifiesto los libros del Registro y no meramente su contenido».

También podemos destacar al respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de 22 de enero de 2000, contra la denegación por parte del Registrador de Gandía (32) de una solicitud de nota simple de asientos registrales por fotocopia efectuada también por un abogado.

El Registrador se basaba en la doctrina de la DGRN y en la jurisprudencia, en concreto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de marzo de 1997, que había confirmado la Resolución de la DGRN, de 28 de julio de 1994, por entender (como vimos anteriormente) que es al Registrador al que el artículo 332 del RH atribuye la facultad discrecional de elección de la forma de manifestación del Registro. Además esta sentencia se basaba en que no hay ningún precepto que obligue al Registrador a otorgar fotocopias de las hojas registrales.

El Juzgado de Primera Instancia de Gandía, en recurso interpuesto al amparo del artículo 228 de la Ley Hipotecaria, confirmó la denegación de la nota simple por fotocopia, ya que dicha cuestión había sido ya decidida por

el control del interés legítimo y son competencia del Estado (art. 148.1.18 de la Constitución) cosa que no sucede en los Registros administrativos, de meros efectos de publicidad noticia, en los que no hay control del interés en el solicitante y son competencia de las Comunidades Autónomas.

(31) Curioso es que el Tribunal haga referencia a un texto normativo que no estaba en vigor en el momento en que la Registradora de Osuna denegó la exhibición directa de los libros, cuando debió aplicar el antiguo artículo 332, párrafo segundo del Reglamento Hipotecario, que ni siquiera es citado en la sentencia.

(32) En realidad la denegación fue realizada por la Registradora interina del citado Registro, pero el Registrador titular don CARLOS PÉREZ-MARSA fue sin embargo code mandado junto con la Dirección General de los Registros y del Notariado.

la Dirección General de los Registros y del Notariado (33) en el sentido de que corresponde al Registrador, con carácter exclusivo, la determinación en cada caso de la forma de manifestación del contenido del Registro.

La Dirección General confirmó en apelación el criterio del Juzgado de Primera Instancia, en Resolución de 29 de julio de 1996. Según el Centro Directivo, la cuestión ya había sido decidida en la Resolución de 28 de julio de 1994 y por la Instrucción de 5 de febrero de 1987, entendiéndose que lo mismo puede rechazarse la solicitud de nota simple por fotocopia que la solicitud de nota simple literal de todas las inscripciones de determinada finca, ya que es el Registrador el que debe decidir sobre la forma de manifestación para impedir la formación de archivos, bases de datos o registros paralelos, garantizando el carácter jurídico de la información registral para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la citada sentencia de 22 de enero de 2000, estima el recurso. El TSJ de Valencia acepta y comparte los siguientes argumentos del Registrador y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (34):

- a) que la nota simple se basa en unos principios incompatibles con la fotocopia, pues exige un control profesional por parte del Registrador que asegure su valor jurídico;
- b) una cosa es que el Registro sea público y otra que se divulgue su contenido; en efecto, el Registro es público para la finalidad para la que fue constituido, que es facilitar la contratación, lo cual no autoriza para dar a conocer indiscriminadamente el patrimonio de las personas;
- c) el Registrador debe excluir de la publicidad los datos carentes de trascendencia jurídica, siendo así que no siempre existe interés por parte del solicitante de la información respecto de todos los datos que obran en el Registro de la Propiedad;
- d) que alguno de estos datos pueden estar bajo la protección de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (35);
- e) que el comprador no tiene por qué tener alcance a tales datos, cosa que sucedería si la publicidad se realizara sin control, indiscriminadamente o por mera fotocopia;

(33) Se citaba la Resolución de 28 de julio de 1994 y la Instrucción de 5 de febrero de 1987.

(34) Dice literalmente el Fundamento de Derecho quinto, que «la Sala comparte estos razonamientos de la demandada» recogidos en el Fundamento de Derecho cuarto y que son los explicados en el texto.

(35) La propia sentencia recoge la aplicación directa de la Directiva 95/46/CE en cuanto a los Registros Públicos, adelantándose a la Ley Orgánica 15/1999.

- f) en virtud del respeto a la intimidad de las personas, el Registrador de la Propiedad tiene la facultad de poner de manifiesto los libros del Registro cuando entienda que ningún dato afecta a la intimidad de las personas, o por el contrario dar nota simple en la que se supriman la referencia a los datos sensibles, si se atenta a la intimidad.

Ahora bien, en lo que discrepa la sentencia, pese a estar de acuerdo en los pronunciamientos anteriores, es que «la nota simple deba siempre circunscribirse a la identificación de la finca, identidad de los titulares de los derechos inscritos, extensión, naturaleza y limitaciones de éstos, con advertencia de las prohibiciones o restricciones jurídicas inscritas, ya que de no existir motivos jurídicos prevalentes debe mantenerse la complitud de la información registral, pues el interesado tiene derecho a la información en la parte necesaria, y es evidente que, salvados los extremos antes dichos, al posible contratista le interesa legítimamente el conocimiento íntegro de todos los asientos (...) De existir motivos ha de hacerse constar que no se expide literalmente, como se pide, precisamente por la existencia de datos que afectan a la intimidad de terceros. Sólo así el solicitante tendrá la seguridad de que lo que se le comunica por el Registro concuerda fielmente con su contenido y en caso de que no se le de por completo podrá en su caso impugnar el carácter privado o no de los datos que se niegan (...)» (36).

Del análisis de las sentencias anteriores podemos concluir diciendo que el Registrador no tiene una facultad discrecional de decidir si la manifestación de los libros del Registro se hace por exhibición directa, por fotocopia —conservando la misma una vez consultada— o por nota simple informativa en extracto; ni cabe una prohibición genérica de exhibición directa de los libros, ni tampoco una decisión de que la manifestación se haga siempre y en todo lugar por nota simple. Menos cuando en el caso concreto el solicitante de la información era un Letrado, donde incluso —tras la reforma de 1998— goza de una presunción de interés legítimo.

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial no impide que el Registrador, atendiendo las circunstancias del caso concreto, debe decidir sobre la forma de manifestación, teniendo en cuenta las demás normas legales y reglamentarias y las Instrucciones de la DGRN en materia de publicidad formal (aún en vigor). En consecuencia:

- a) El criterio debe seguir siendo el carácter excepcional de la exhibición directa o fotocopia (la cual en todo caso no puede salir de la oficina), sin perjuicio de lo cual admitirá tal consulta directa con relación a las personas a las que se presume interés conocido, siempre que con ello

(36) Fundamento Jurídico sexto.

no se dé acceso a datos sensibles ni se obstaculice el funcionamiento de la Oficina.

- b) Las notas simples informativas serán la forma normal de manifestación de los libros del Registro, nunca podrán consistir en exclusiva en fotocopias, ya que según la Instrucción de la DGRN, de 5 de febrero de 1987, las fotocopias de los asientos registrales no pueden salir de la oficina y además por definición no permiten el control de las normas sobre protección de datos; pero deberán extenderse sin necesidad de certificación a todos los extremos sobre los que se interese el solicitante con interés legítimo (cfr. art. 332.6, último inciso del RH) (37).

VIII. EL ASESORAMIENTO EN RELACION CON LA PUBLICIDAD REGISTRAL

En la última sentencia de la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2001, el Tribunal Supremo reconoce que es conforme a Derecho el artículo 334.1 del Reglamento Hipotecario. Se reconoce así la facultad de asesoramiento que corresponde al Registrador de la Propiedad (y por tanto también a los Registradores Mercantiles, como consecuencia de la aplicación supletoria del Reglamento Hipotecario en materia de Registro Mercantil, por disposición de los artículos 13.3 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio). Aunque expresamente no lo dice, al rechazar íntegramente la demanda (que también combatía el párrafo 3 del mismo art. 334), acepta que el Registrador, en su función asesora, pueda emitir dictámenes.

Con ello se desestima la pretensión del Colegio de Abogados de Valencia (a cuya demanda se adhirió el Consejo General de la Abogacía Española) que entendía que en los Registradores de la Propiedad, a diferencia de los Notarios, no pueden distinguirse las funciones públicas de las profesionales y por ser el asesoramiento función propia de los abogados. El recurrente entendía, además, que tal posibilidad de asesorar iría en contra del principio de independencia del Registrador en su función calificadora.

Según el Tribunal Supremo, la función de asesoramiento reconocida a los Registradores, no es un asesoramiento genérico, sino que debe encuadrarse dentro de la función registral de calificación e inscripción. «El deber de aseso-

(37) Así, por el mismo precio de la nota simple, el solicitante podrá pedir que ésta contenga además del contenido legal y reglamentario mínimo (descripción, titularidad, cargas, limitaciones y prohibiciones) otros extremos tales como: título de adquisición, fecha de adquisición, fecha de adquisición por el transmitente anterior, cuota de participación en gastos comunes, estatutos de propiedad del edificio matriz, etc.

ramiento —dice el Alto Tribunal— es consustancial a la información que el Registrador, en el ejercicio profesional de su función pública, debe facilitar en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria (...) Los Registradores de la Propiedad deben informar sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes lo soliciten, modo legal de proceder que constituye un auténtico asesoramiento, que en contra del parecer de los demandantes no lo extiende dicho Reglamento a cualquier materia de contenido patrimonial o inmobiliario, sino que se circunscribe a aquellos asuntos registrales directamente relacionados con las funciones de calificación e inscripción en el Registro».

Esta sentencia no entra a valorar el artículo 355.2 del Reglamento Hipotecario que fue ya declarado nulo en cuanto al inciso final (en cuanto a la expresión «dicho informe será vinculante tan sólo para el Registrador que lo hubiere realizado») por la sentencia de 24 de febrero de 2000, por entender que va en contra del artículo 253.3 de la Ley Hipotecaria. Este artículo prevé la posibilidad de pedir al Registrador dictamen vinculante o no vinculante sobre la forma de subsanación de los defectos bajo la premisa en el caso de ser vinculante del mantenimiento de la situación registral y de la adecuación del medio subsanatorio al contenido del dictamen y sin perjuicio del derecho del interesado a acudir a otros medios de subsanación que estime más adecuados para la protección de su derecho.

La sentencia de 24 de febrero de 2000 entiende que el citado inciso final del artículo 355.2 va en contra de ese artículo 253.3 porque reduce el carácter vinculante del dictamen a una vinculación estrictamente personal con el Registrador que lo emite. El Tribunal Supremo parte de una consideración, a mi juicio equivocada del Registro como órgano administrativo, de manera que aunque reconoce que «no se identifica de manera absoluta el titular del Registro con la condición de funcionario, no puede calificarse tampoco su actividad como una actividad privada, razón por la que sus actos como titular de un organismo administrativo cuando sean vinculantes por establecerlo así una norma de rango de Ley lo serán para el órgano de la Administración del que es titular, ya que los Registradores desempeñan una función pública y no una función privada a título personal». Confunde, por tanto, la sentencia el carácter público de la función registral con lo administrativo, olvida que el Registrador es un profesional ejerciente de funciones públicas (cfr. art. 222.7 de la Ley Hipotecaria) y que su calificación la ejerce bajo su responsabilidad (art. 18 de la Ley Hipotecaria) (38).

(38) La vinculación de Registradores posteriores al dictamen del Registrador anterior es tan absurdo como que el Notario quede vinculado por el dictamen anterior de su predecesor en el protocolo, o por el borrador de escritura que éste tuviera preparado pero no hubiera llegado a firmar antes de la sucesión en el protocolo.

En cualquier caso habrá que entender que la inscripción que el Registrador practique en virtud de la subsanación practicada atendiendo al dictamen de otro Registrador, será bajo la responsabilidad de éste, debiendo hacerse constar en la inscripción que se practica a su amparo.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sección sexta de la Sala Tercera, de 31 de enero de 2001, declaró a su vez la nulidad del artículo 355.1 del Reglamento Hipotecario, por entender que el dictamen registral a que se refiere el artículo 355.1 es desarrollo del artículo 253.3 de la Ley Hipotecaria, y que por tanto no puede extenderse a toda materia jurídico-registral sino tan sólo a la forma de subsanación de los defectos consignados en la nota de calificación.

No obstante, el Tribunal Supremo reconoce que junto con este dictamen sobre la forma de subsanación de los defectos a que se refiere el artículo 253.3 de la Ley, rige también la información que está obligada a dar el Registrador conforme a los artículos 222.7 y 258.1 de la misma Ley Hipotecaria, esto es, sobre materias relacionadas con el Registro, medios más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten, inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, requisitos registrales, recursos contra la calificación y la minuta de inscripción.

Después de la nulidad del artículo 355.1 del Reglamento Hipotecario, deberá entenderse en vigor la redacción anterior a la reforma, que permite la solicitud, mediante petición expresa y por escrito, de certificación con informe no vinculante explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho, del modo más conveniente para actualizar el contenido registral o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral.

Del estudio conjunto de los artículos 222.7 y 253.3 de la Ley Hipotecaria y del artículo 334 de su Reglamento, y del artículo 355 del Reglamento después de las sentencias sobre el mismo antes referidas, pueden distinguirse así las siguientes facetas del asesoramiento registral:

- a) La información que el Registrador está obligado a facilitar sobre el procedimiento registral, normalmente suministrada verbalmente, ya sea directamente o por medio de sus empleados, aunque también se puede realizar por escrito. Esta información no devenga honorarios separadamente.
- b) El asesoramiento sobre materia registral consistente en dictámenes solicitados expresamente por el interesado, realizados por escrito por el Registrador, sean vinculantes o no, sobre la forma de subsanación de defectos. Este asesoramiento se minuta separadamente conforme a lo previsto en el arancel.
- c) Las certificaciones con dictamen no vinculante sobre la situación jurídico-registral de una finca o derecho, que es una manifestación de la publicidad formal y que también tiene su previsión expresa en el arancel.

Esta distinción entre información obligatoria y gratuita, y asesoramiento a través de dictámenes, que es retribuido y que tiene que solicitarse expresamente y realizarse por escrito (aunque siempre sobre materia registral) está sancionada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de junio de 1998 (39).

(39) En la citada Resolución de 15 de junio de 1998, sobre la función de asesoramiento de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles a los interesados y sus diferencias con el deber de información que deben prestar, se consultaba lo siguiente: 1.º) Si el Registrador Mercantil puede o debe emitir dictamen a petición del interesado sobre la inscribibilidad en su Registro de ciertos documentos y hechos inscribibles cuando el título no hubiera sido presentado («consultas previas»). 2.º) Si el dictamen, en su caso, podrá ser vinculante o no vinculante, según parece deducirse del artículo 253.3 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, o si tal dictamen tiene que ser exclusivamente no vinculante ex artículo 355 del Reglamento Hipotecario. 3.º) Si el dictamen evacuado por el Registrador Mercantil genera derecho a percepción arancelaria y, en su caso, cuál sea ésta, habida cuenta de que la única norma aplicable será el arancel del Registro de la Propiedad y ésta sólo contempla girar derechos sobre fincas. En contestación a dicha consulta, el Centro Directivo resolvió lo siguiente: 1. El Registrador de la Propiedad y Mercantil, como profesional del Derecho, puede y debe emitir dictamen a petición del interesado sobre la inscribibilidad en su Registro de determinados derechos, aún cuando el título por el que se constituyan, modifiquen, reconozcan o extingan tales derechos todavía no hubiera sido formalizado. La posibilidad de que el interesado realice consultas previas al Registrador estaba ya sancionada en nuestro Ordenamiento Jurídico al amparo del Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo, en cuyo artículo 5.º se estableció que: *«Todos los Registradores deberán dedicar como mínimo, dentro de las horas de oficina, dos horas diarias para informar al público en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten»*. La expresión «información sobre los fines lícitos que se propongan» los solicitantes significa que los Registradores pueden y deben aconsejar e informar a los interesados, aún antes de la formalización de título alguno relativo a derechos inscribibles. La Exposición de Motivos del citado Real Decreto lo justifica diciendo que *«parece conveniente establecer un tiempo diario en que el Registrador deberá atender directamente al público para informarle o asesorarle en materias relacionadas con el Registro»*. De la misma manera se pronuncia el Real Decreto 3503/1983, de 21 de diciembre, en cuya Exposición de Motivos literalmente se dice: *«Parece conveniente potenciar la función del Registrador en un doble sentido: por un lado, adoptando sistemas en los que la publicidad registral traiga consigo una actuación activa de información por parte del Registro, lo que indudablemente supone una mayor comodidad para el destinatario de la publicidad registral; y por otro, aprovechando el carácter de profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral de las fincas o derechos inscritos (...)»*. En consecuencia, el artículo 355 del Reglamento Hipotecario —en la redacción dada al mismo por el Real Decreto anteriormente citado— admitió que el Registrador emitiera informe no sólo sobre la situación jurídico-registral de la finca o derecho o sobre el alcance de una determinada calificación registral, sino también sobre *«el modo más conveniente de actualizar el contenido registral»*. El artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional segunda de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, ha sancionado legalmente esta función del Registrador al establecer que: *«Los Registradores, en el ejercicio profesional de su función pública, deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacio-*

IX. CONCLUSIONES

1.^a El Registrador tiene que apreciar el interés en el solicitante de la información registral, siendo así una de sus funciones propias, como puedan ser la calificación de títulos o la liquidación de impuestos de la Oficina de

nadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten». En esta función de información o consulta previa encaminada a la configuración futura de los derechos o actos inscribibles, no vinculada a la necesidad de presentación de título formal alguno, el Registrador actúa como profesional del Derecho, incluso en régimen de libertad de elección por parte del solicitante. 2. Dicho asesoramiento registral regulado en el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria puede ser emitido verbalmente o por escrito, y es aplicable tanto a los Registradores de la Propiedad como Mercantiles (cfr. respecto de éstos lo dispuesto en el art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio). Y no puede ser confundido con el deber genérico de información registral regulado en el artículo 258, apartado primero de la Ley Hipotecaria que impone al Registrador la obligación de facilitar a cualquier persona interesada, durante el horario habilitado al efecto (véase el art. 5 del citado Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo), la obtención de información en orden a la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, los requisitos registrales, los recursos contra la calificación y la minuta de inscripción. El asesoramiento escrito podrá ser vinculante siempre que reúna los siguientes requisitos: a) que se solicite expresamente así por el interesado; b) que sea expedido por el Registrador competente para practicar, en su caso, la inscripción, que será el único a quien vincule. En caso de varios cotitulares del Registro, vinculará a quien lo hubiera expedido; c) que se mantenga la misma situación registral; d) que se adecúe el medio subsanatorio al contenido del dictamen (véase en este sentido lo dispuesto en el art. 253.3 de la Ley Hipotecaria, que aunque referido a los supuestos de denegación o suspensión de la inscripción del derecho contenido en el título, es aplicable por analogía a los supuestos de asesoramiento registral previo por parte del Registrador competente para practicar la inscripción). A su vez, el asesoramiento registral o dictamen por escrito, de carácter vinculante o no vinculante, puede ir o no supeditado a la expedición de certificación registral (sólo en este sentido el art. 355 del Reglamento Hipotecario debe entenderse ampliado por la reforma de la legislación hipotecaria llevada a cabo por la Ley 7/1998). 3. No obstante lo dicho anteriormente, sólo el asesoramiento que el interesado solicite por escrito, así como el asesoramiento solicitado conjuntamente con una certificación registral, devengará honorarios separadamente. El asesoramiento verbal sobre materias del propio Registro al igual que el deber de información registral general regulado en el artículo 258.1 de la Ley Hipotecaria, no devenga derechos arancelarios separadamente, sino que están incluidos en las escalas del respectivo arancel. Este es el criterio seguido por la norma segunda del Anexo II del Arancel de los Notarios aprobado por Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, según el cual el Notario no podrá percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio cuya documentación autorice. Y es la pauta que analógicamente debe presidir la interpretación del Arancel de los Registradores, tanto de Propiedad como Mercantiles, de manera que sus honorarios por el asesoramiento verbal sobre derechos inscribibles en el propio Registro deberán entenderse incluidos en las demás escalas del Arancel una vez que en su caso se practique la inscripción correspondiente. En el caso de que el asesoramiento devengue derechos arancelarios conforme a los criterios anteriores, el Registrador minutará, además de los honorarios derivados en su caso de la certificación correspondiente, los derechos previstos en el Arancel para la emisión de dictámenes, según el valor de la

Distrito Hipotecario. Esta función la ejerce bajo su responsabilidad y sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contra su calificación conforme al artículo 228 de la Ley Hipotecaria ante el Juez de Primera Instancia, y en apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, pudiendo a su vez alzarse en vía contencioso-administrativa contra la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2.^a Por interés conocido o legítimo debe entenderse un interés no contrario a Derecho, sin que sea exigible un interés directo, como pudiera ser un interés en un procedimiento administrativo o judicial concreto.

3.^a El interés conocido puede justificar el acceso a todo o parte del contenido del Registro. La publicidad formal no se extiende necesariamente a todos los datos del asiento, sino tan sólo a la parte necesaria, a juicio del Registrador, para satisfacer el interés del solicitante.

4.^a Existen presunciones de existencia de interés en los profesionales relacionados con la contratación inmobiliaria, pero no exime de manifestar la finalidad de la consulta y el examen por parte del Registrador de su adecuación a la finalidad del Registro. También en estos casos deben cumplirse las exigencias derivadas de la legislación de protección de datos de carácter personal. No constituyen una excepción los detectives.

5.^a La calificación del interés es una exigencia que ya estaba prevista en la primitiva legislación hipotecaria y en la codificación civil, si bien hoy en día tiene una justificación superior en el respeto al derecho constitucional a la intimidad y en la protección de datos de carácter personal.

6.^a Los Registros de la Propiedad y Mercantiles están sometidos a la legislación de protección de datos de carácter personal, tras la aprobación de la LOPDCP 15/1999, de 13 de diciembre. En este sentido rigen, respecto del titular registral, los principios de protección de datos en ella recogidos, en particular tiene los derechos de acceso, rectificación e indemnización sancionados en la citada Ley.

7.^a El respeto al derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal tiene su ámbito normal de aplicación con relación a las personas físicas. La calificación del interés es por tanto más flexible cuando se trata de solicitud de datos registrales de personas jurídicas, sin perjuicio de lo cual el Registrador denegará la información cuando afecte a las personas físicas que integran aquélla o cuando la solicitud de la informa-

finca o derecho en el caso de los Registradores de la Propiedad (cfr. núm. 5 del Arancel de los derechos de los Registradores de la Propiedad aprobado por Real Decreto 1427/1989). Los Registradores Mercantiles se atenderán al importe que en su caso correspondería si en lugar de consulta se tratase de la extensión de un asiento, según las bases que en cada caso fueran aplicables (véase el núm. 2, párrafo primero, inciso último del Arancel de los Registradores Mercantiles aprobado por Decreto de 29 de marzo de 1973).

ción no se adecue con la finalidad de seguridad en el tráfico a que responde el Registro.

8.^a Son numerosos los datos registrales que se pueden considerar «sensibles», esto es, afectantes a la intimidad de la persona y respecto de los cuales el solicitante normalmente no tendrá interés en conocer, porque no afectará a la finalidad para la cual se dirige al Registro, que es la obtención de información para la realización segura de una transacción inmobiliaria. Normalmente serán supuestos de información no jurídica.

9.^a La publicidad formal se realiza bajo los principios de tratamiento profesional por el Registrador, valor jurídico, libertad de elección e interconexión entre todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España.

10.^a La publicidad formal puede hacerse mediante manifestación de los libros o por medio de certificación. La certificación es la única forma de acreditar fehacientemente frente a tercero el contenido del Registro (40).

11.^a La manifestación de los libros puede hacerse mediante exhibición directa de los libros o por fotocopia, la cual no podrá salir del Registro; también puede consistir en nota simple informativa sin garantía.

12.^a La nota simple informativa, que tuvo una creación reglamentaria como forma de manifestación de los libros, ha sido finalmente sancionada legalmente por la Reforma de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que introdujo respecto de ella los principios de tratamiento profesional, carácter sucinto, contenido predeterminado y sometimiento a la legislación de protección de datos.

13.^a Aunque la reforma legal de 1998, con relación al artículo 222 de la Ley Hipotecaria, pretendió suprimir la exhibición directa de los libros, la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000, mantiene tal posibilidad dentro de la manifestación de los libros. Pero debe entenderse que para el mejor cumplimiento de la exigencia legal de conservación de los libros, la presentación directa de éstos tendrá carácter excepcional y se reducirá a aquellos casos en que concurran razones especiales que la justifiquen, como ya estableció la Instrucción de 5 de febrero de 1987. En todo caso, la STS de 12 de diciembre de 2000, permite que la exhibición directa tenga como límite las demás normas sobre publicidad e información (como serían la falta de interés o la contravención de normas de carácter personal).

14.^a Estas mismas restricciones afectarían a la fotocopia como medio de expedición de notas simples informativas, por lo que aunque no se puede decir que estén totalmente proscritas, no pueden ser utilizadas como medio

(40) Todo ello sin perjuicio de la prevalencia, siempre y en todo caso del contenido del Registro, de manera que en caso de certificación inexacta, el Registrador será responsable, pero las cargas o gravámenes omitidos seguirán gravando la finca.

normal de publicidad formal, ya que eso no sólo contravendría las Instrucciones de la DGRN sobre recuperación de los archivos y sobre publicidad formal (que obligan al Registrador a comprobar que las fotocopias no salen del Registro) sino que demostraría que no se califica el interés ni se vela por el cumplimiento de la normativa sobre datos de carácter personal.

15.^a Es el Registrador el que decide el medio de hacer efectiva la publicidad formal por vía de manifestación, como ya señalara la Instrucción de 5 de febrero de 1987. Ahora bien, como señala la jurisprudencia más reciente, no es esta una facultad discrecional o absoluta, sino que depende de las circunstancias del caso concreto, ni autoriza para la prohibición genérica del acceso a los libros ni impide que la nota simple pueda extenderse a todos los extremos de los asientos registrales respecto de los cuales tengan interés legítimo el solicitante.

16.^a Los Registradores no pueden negarse a atender solicitudes de publicidad en masa o indiscriminada, salvo que en aplicación de las demás normas sobre publicidad e información, deban negarse a atenderlas; el mero hecho de ser masivas o indiscriminadas no justifica su rechazo. Pero la necesidad de calificar el interés y la posibilidad de que existan datos sensibles que no se puedan ceder sin consentimiento del interesado, hacen en la práctica inviables las peticiones masivas o indiscriminadas de información, salvo autorregulación por parte de las empresas de información comercial en virtud de convenios con los Registradores.

17.^a En el ámbito de los Registros Mercantiles, y en particular con relación a los depósitos de cuentas, las restricciones a la posibilidad de publicidad en masa son aún menores, en la medida de que las personas jurídicas no están protegidas por la legislación de protección de datos de carácter personal y de que no existe ningún precepto legal que la prohíba.

18.^a Aún pueden servir de criterios orientativos al Registrador, los recogidos en la Instrucción de la DGRN, de 17 de febrero de 1998.

19.^a Las notas simples informativas serán la forma normal de manifestación de los libros del Registro y nunca podrán consistir en exclusiva en fotocopias, ya que según la Instrucción de la DGRN, de 5 de febrero de 1987, las fotocopias de los asientos registrales no pueden salir de la oficina y además por definición no permiten el control de las normas sobre protección de datos. El contenido de la nota simple, además no puede alcanzar a derechos no vigentes, sino tan sólo identificación de la finca, identidad del titular o titulares y la extensión, naturaleza y limitaciones de los derechos inscritos, así como restricciones o prohibiciones afectantes a los titulares.

20.^a El tratamiento profesional de la publicidad registral está íntimamente ligada con la facultad de asesoramiento reconocida a los Registradores en el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria y 334.1 del Reglamento, por lo que el Registrador deberá informar al particular sobre los medios lícitos más

adecuados para el cumplimiento de sus fines en base a la publicidad obtenida, debiendo emitir, si así lo solicita el particular, el correspondiente dictamen que podrá ser vinculante o no, siempre que sea sobre materias registrales. El dictamen vinculante lo es para Registradores posteriores titulares del Registro; el no vinculante puede solicitarse conjuntamente con una certificación. En ningún caso puede confundirse con la obligación de dar información al consumidor gratuitamente sobre el procedimiento registral.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO
Registrador Adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Vocal permanente de la Comisión General de Codificación

DICTAMENES Y NOTAS

Breves consideraciones sobre las anotaciones preventivas judiciales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*)

SUMARIO: I. NOTA PREVIA.—II. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE NATURALEZA CAUTELAR EN LA NUEVA NORMA PROCESAL CIVIL. DIFICULTADES INTERPRETATIVAS. SUPRESION DEL SISTEMA DE *NUMERUS CLAUSUS* DE ANOTACIONES PREVENTIVAS CAUTELARES.—III. APUNTES SOBRE ALGUNAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES NO CAUTELARES: LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO Y LA ANOTACION PREVENTIVA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION DE LOS ACUERDOS SOCIALES IMPUGNADOS.—IV. EL ASIENTO REGISTRAL DE ANOTACION PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO PARA LA EJECUCION PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS NO FIRMES CON TRASCENDENCIA REGISTRAL: LA ANOTACION PREVENTIVA DE LAS SENTENCIAS NO FIRMES QUE DISPONGAN O PERMITAN LA INSCRIPCION O LA CANCELACION DE ASIENTOS EN REGISTROS PUBLICOS.—V. LA REFORMA DEL ARTICULO 86 LH: UNA NUEVA REGULACION DE LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES.—VI. LA CANCELACION DE LA ANOTACION PREVENTIVA CAUTELAR: ¿SE PUEDE SEGUIR DEFENDIENDO EN TODOS LOS CASOS LA NECESIDAD DE QUE LA RESOLUCION JUDICIAL QUE ORDENA O POSIBILITA LA CANCELACION DE UNA ANOTACION PREVENTIVA CAUTELAR SEA FIRME?—VII. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO ARTICULO 131 LH.

(*) Este trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación en Derecho Procesal «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Incidencia en procesos de otros órdenes jurisdiccionales. Estudios preparatorios para su aplicación», financiado por el Ministerio de Educación y Cultura (PB98-1468-C02-01).

Señalar también que este trabajo se ha realizado como aportación a los Estudios de Derecho Registral en homenaje al doctor CELESTINO CANO TELLO, Profesor Titular de Derecho Civil de la *Universidad de Valencia*.

I. NOTA PREVIA

Advertir que analizar las repercusiones registrales de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), excede de los límites de un trabajo como el que se ahora se pretende. Por este motivo, únicamente me dedicaré a destacar alguna de las principales novedades que presenta la nueva Ley Procesal Civil en relación con las anotaciones preventivas judiciales (1).

II. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE NATURALEZA CAUTELAR EN LA NUEVA NORMA PROCESAL CIVIL. DIFICULTADES INTERPRETATIVAS. SUPRESION DEL SISTEMA DE *NUMERUS CLAUSUS* DE ANOTACIONES PREVENTIVAS CAUTELARES

Las normas procesales que regulan la tutela cautelar se pueden agrupar en dos clases, en función del contenido de las mismas:

- a) Por una parte, las normas que regulan la competencia, los requisitos especiales de las partes o de los actos procesales en general, el procedimiento para resolver sobre las medidas cautelares solicitadas y las relaciones de éstas con el proceso principal.
- b) Por otro lado, las normas configuradoras de cada medida cautelar, es decir, las que determinan los presupuestos necesarios para su adopción y el contenido y efectos de la misma.

En relación con las primeras, entiendo que la intención del legislador ha sido la de introducir una regulación unitaria, válida para todas las medidas cautelares (arts. 721-725 y 729-747 LEC). En concreto, centrándonos en el procedimiento cautelar, tal intención, aunque no se manifiesta expresamente, se puede deducir, por un lado, del artículo 727.11 LEC, que únicamente remite a otras normas en lo relativo a la configuración de determinadas medidas cautelares específicas, sin que tal remisión se refiera al procedimiento propio de cada una de ellas, y, por otra parte, de la derogación de los preceptos que regulan el procedimiento para la adopción de algunas medidas cautelares (véanse, por ejemplo, los arts. 120 y 121 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas —TRLSA—, que regulaban las medidas

(1) Un análisis exhaustivo y actualizado de las anotaciones preventivas cautelares en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se puede encontrar en mi obra *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad – Centro de Estudios Registrales, 2001.

cautelares de suspensión de los acuerdos sociales impugnados y de anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil, derogados por la Disposición Derogatoria única 2.2 LEC).

Sin embargo, es necesario advertir que, aunque la LEC intenta establecer un procedimiento cautelar uniforme, no indica expresamente que dicho procedimiento cautelar sea de aplicación a todas las medidas cautelares específicas ni ha derogado expresamente todas las normas que regulaban el procedimiento para la adopción de algunas anotaciones preventivas de naturaleza cautelar (por ejemplo, los arts. 43.I y III, y 68 de la Ley Hipotecaria —LH—, y 139 del Reglamento Hipotecario —RH—).

Puede también pensarse que ya que muchos de los preceptos que regulan anotaciones preventivas cautelares se limitan básicamente a enunciarlas, conteniendo muy pocas normas de carácter procedimental, la nueva norma procesal se ha olvidado de derogar estas últimas o ha encontrado alguna dificultad para derogar con detalle lo que quería suprimir.

En este trabajo parto de la fundada suposición de aplicabilidad del mencionado procedimiento cautelar uniforme a las anotaciones preventivas cautelares, aunque, como ha señalado ORTELLS RAMOS, una cuestión tan importante «no puede quedar al albur de que se entienda producida una derogación tácita» de los procedimientos cautelares especiales, porque se correría «un riesgo claro de quiebra de la uniformidad de aplicación del texto» (2), máxime cuando para algunas medidas cautelares se han derogado expresamente sus normas procedimentales correspondientes.

En cuanto a la segunda clase de normas (las configuradoras de cada medida cautelar), el legislador no ha seguido un criterio uniforme.

En algunos supuestos, el artículo 727 LEC no sólo ha establecido medidas (efectos) cautelares, sino que también ha definido algunos de los presupuestos de las mismas, derogando la respectiva normativa específica (por ejemplo, con la suspensión de los acuerdos sociales impugnados —art. 727.10 LEC en relación con la Disposición Derogatoria única 2.2 LEC, que deroga el art. 120 TRLSA—).

Para los restantes casos, la LEC o ha simplemente concretado las medidas (efectos) cautelares, sin derogar sus normas reguladoras, tal y como ocurre, por ejemplo, con las anotaciones preventivas de demanda u otras anotaciones registrales de naturaleza cautelar (véase el art. 727.5 y 6 LEC en relación con el art. 42.1 y 5 LH), o se ha limitado a realizar una remisión a «aquellas otras medidas que para la protección de ciertos derechos prevean expresamente las

(2) En este sentido se ha expresado ORTELLS RAMOS, M.: «Las medidas cautelares. Análisis crítico del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV., *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Ponencias*, Murcia, Consejería de Presidencia, 1997, págs. 537-538.

leyes» o a autorizar al órgano jurisdiccional para adoptar las medidas cautelares «que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio» (art. 727.11 en relación con el art. 726 LEC).

De este modo, encontramos que las medidas (efectos) cautelares previstas en el artículo 727.5 y 6 LEC —anotación preventiva de demanda y otras anotaciones preventivas cautelares—, concurren con alguna de las medidas reguladas por las leyes especiales a que se refiere el mencionado artículo 727.11 LEC (por ejemplo, el citado art. 42.1 y 5 LH).

En principio, ante tal situación, siguiendo a ORTELLS RAMOS (3), las opciones posibles son dos: *a)* entender que la nueva norma procesal está simplemente modificando el régimen específico de las medidas cautelares (básicamente los presupuestos y los efectos) reguladas por la normativa especial, o *b)* llegar a la conclusión de que el texto de reforma no trata de modificar las medidas cautelares específicas, sino que configura otras medidas cautelares que están previstas para supuestos de hecho que no se hallan comprendidos en las leyes especiales.

La segunda opción podría resultar admisible en relación con las medidas cautelares que estamos estudiando, pues la anotación preventiva puede ser un efecto cautelar apropiado para supuestos de hecho distintos de los específicamente previstos por las leyes especiales; posibilidad ésta que, de acuerdo con la normativa anterior, no era admitida ni por la jurisprudencia ni por la doctrina de la DGRN, en virtud del denominado sistema de *numerus clausus* de anotaciones preventivas (4).

Personalmente me muestro partidario de la primera alternativa. En cuanto a los presupuestos, entiendo que el legislador ha querido establecer y generalizar un régimen de presupuestos para todas las medidas cautelares, ya que, por una parte, separa la determinación del régimen de los efectos (medidas) cautelares (art. 727 LEC) de la determinación de los presupuestos de las medidas cautelares (art. 728 LEC), y, por otro lado, cuando quiere salvar o mantener la especialidad de un presupuesto de alguna medida o de un aspecto del mismo lo hace expresamente (por ejemplo, el art. 728.3.I LEC, en relación con la obligatoriedad de la caución «salvo que expresamente se disponga otra cosa») (5).

(3) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares. Análisis...*, cit., págs. 544-545. Véase también SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «Las medidas cautelares en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *TJ*, núm. 5, mayo, 1999, pág. 412.

(4) Por ejemplo, con la anotación preventiva de querrela.

(5) Así, ORTELLS RAMOS, M., «Tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en AA.VV., *El proceso civil y su reforma* (dirigido por Morón Palomino, M.), Centro Superior de Estudios - Colex, Madrid, 1998, págs. 444-445.

Respecto a los efectos, sigo decantándome también por la primera alternativa, a pesar de que no está exenta de problemas. En primer lugar, si se trata de alterar el régimen específico de las anotaciones preventivas ya existentes, no se comprende muy bien por qué se ha modificado (derogado) la normativa reguladora de alguna de ellas y no la de las restantes.

Por otra parte, en relación con las anotaciones preventivas, la LEC se limita a disponer que, entre otras, podrán acordarse las medidas cautelares de «anotación preventiva de demanda cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros Públicos» y de anotación registral, «en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución» (art. 727.5 y 6), añadiéndose que para la ejecución de la anotación preventiva cautelar «se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente» (art. 738.2.III).

Como se puede observar, la redacción de la regla 5 del artículo 727 LEC deja fuera todas aquellas anotaciones preventivas cautelares que se refieran, no propiamente a bienes o derechos inscribibles, sino más bien, como es el caso de las demandas de impugnación de acuerdos sociales o de incapacidad, a hechos o situaciones jurídicas, tanto objetivas y generales como subjetivas y particulares, generalmente de carácter negativo, que deben tener reflejo registral (la interposición de una demanda de nulidad o de anulación del acuerdo social impugnado, o de una demanda de incapacidad).

Al respecto se debe tener presente que, en materia de anotaciones preventivas cautelares, el texto de la LEC reproduce el del Borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (BALEC), con la única salvedad de que el artículo 727.5 LEC ha recortado la última parte del (precedente) artículo 724.3.5 BALEC, aquélla que hacía referencia a la posibilidad de acordar también la anotación preventiva de demanda «cuando sea de utilidad dar a conocer el hecho del litigio, cualquiera que sea su objeto». Esta limitación puede tener su importancia respecto de la admisibilidad de la anotación preventiva de las demandas de incapacidad y de impugnación de acuerdos sociales.

A la vista de lo expuesto, ¿se puede llegar a pensar que la intención del legislador ha sido la de eliminar o prohibir la anotación preventiva de las demandas de incapacidad y de impugnación de acuerdos sociales? A mi juicio no, ya que la LEC no sólo persigue modificar y unificar la regulación —presupuestos, procedimiento y competencia básicamente— de las anotaciones preventivas cautelares previstas en las leyes especiales, sino también autorizar una utilización judicial mucho más amplia o, si se quiere, discrecional del registro con fines cautelares, amparando aquellos supuestos de hecho no contemplados expresamente por aquéllas.

Dicho de otro modo, entiendo que la finalidad perseguida por el legislador, dentro de los límites marcados por las reglas 5 y 6 del artículo 727 LEC, es la de unificar el régimen jurídico de las anotaciones preventivas

cautelares y también la de acabar con su sistema de *numerus clausus*, porque de no seguirse esta interpretación, ¿qué sentido tendrían las mencionadas reglas, habida cuenta de que la remisión contenida en la regla 11 del mismo precepto conduciría a un idéntico resultado? Esto es, si el legislador hubiera estimado conveniente conservar solamente determinadas anotaciones preventivas cautelares reguladas en leyes especiales, remitiendo a las mismas (por ejemplo, la anotación preventiva de la demanda de propiedad o de derechos reales del art. 42.1 LH), ¿para qué, sino para lo contrario, se refiere específicamente a las anotaciones preventivas?

Esta conclusión se refuerza con la letra del artículo 727.6 LEC, que permite la adopción de «otras anotaciones registrales en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución», y del artículo 727.11 de la misma norma, según el cual el órgano jurisdiccional podrá acordar tanto «aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes» —en concreto, el art. 42.5 LH, que prevé expresamente la anotación preventiva de la demanda de incapacidad— como aquellas otras medidas «que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

Además, téngase en cuenta que respecto de las posibles medidas cautelares adoptables, la norma importante es el artículo 726 LEC y no el 727 de la misma norma, que se limita a establecer una enumeración abierta y ejemplificativa de posibles medidas cautelares, y que en relación con la anotación preventiva de la demanda de incapacidad el artículo 762 LEC, no establece limitación alguna sobre las posibles medidas cautelares a adoptar en los procesos de incapacitación.

Por ello, considero que la redacción del artículo 727.5 LEC se debe más a un defecto de técnica legislativa o a un olvido de aquellas anotaciones preventivas de demanda que no se refieren expresamente a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros Públicos que a una consciente voluntad de suprimirlas.

No estimo que a la interpretación sostenida se oponga el artículo 738.2.III LEC, que, a los solos efectos de la ejecución de las medidas cautelares sujeta la actuación de las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar a las normas reguladoras del Registro correspondiente, ya que el mencionado precepto tan sólo remite a la normativa especial para su actuación, esto es, para los trámites formales que deben seguirse para la práctica material del asiento registral de anotación preventiva cuando dicha medida cautelar haya sido ya adoptada por el juez.

No obstante, si la interpretación defendida fuese realmente la seguida por la Ley de Procedimiento, considero que hubiera sido también conveniente una expresa reforma (derogación) de los preceptos contenidos

en leyes especiales que regulan las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar.

He dicho y defendido que, a mi juicio, el propósito del legislador ha sido el de acabar con el sistema de *numerus clausus* de anotaciones preventivas cautelares. En consecuencia, al amparo de los artículos 726, y 727.5, 6 y 11 LEC se podrán adoptar y practicar en el Registro anotaciones preventivas cautelares no previstas específicamente en ninguna norma. Por ejemplo, la anotación preventiva de un escrito que anuncie la posterior interposición de una demanda con trascendencia registral —la anotación preventiva cautelar *ante causam*—, la anotación preventiva de la solicitud de quiebra, la anotación preventiva de la pendencia de un procedimiento arbitral —ahora que la nueva Ley Procesal permite la tutela cautelar en el arbitraje, arts. 722, 724 y 730.3—, etc.

Todas estas anotaciones se podrían practicar en el Registro sin dificultad alguna al amparo de lo dispuesto por el artículo 42.10 LH, que establece que podrá pedir anotación preventiva en el Registro correspondiente, «el que en cualquiera otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley». En concreto, en los ya mencionados artículos 726, y 727.5, 6 y 11 LEC.

III. APUNTES SOBRE ALGUNAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES NO CAUTELARES: LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO Y LA ANOTACION PREVENTIVA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION DE LOS ACUERDOS SOCIALES IMPUGNADOS

En relación con la anotación preventiva de embargo, son de destacar las siguientes cuestiones:

- a) La obligatoriedad y necesidad de la anotación preventiva ha sido y es controvertida en el caso de la anotación preventiva de embargo. Por una parte, el artículo 42.2 y 3 LH dispone que «podrán pedir anotación preventiva el que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes del deudor» y «el que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Por el contrario, el artículo 140 RH dispone que «se hará anotación preventiva de todo embargo de bienes inmuebles o derechos reales que se decreta en juicio civil o criminal, aunque el embargo sea preventivo o en procedimiento administrativo de apremio»; el

artículo 68.d) LHMPSP establece que en los libros correspondientes se anotarán «los mandamientos judiciales de embargo y los de su cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario o pignoraticio o sobre los créditos inscritos»; y el artículo 604 LECRIM preceptúa que «cuando se decreta el embargo de bienes inmuebles, se expedirá mandamiento para que se haga la anotación prevenida en la Ley Hipotecaria» (6):

En el ámbito del proceso civil, la cuestión la ha resuelto parcialmente el artículo 629.1 LEC que, al configurar como garantía del embargo ejecutivo de bienes inmuebles y de otros bienes susceptibles de inscripción la anotación preventiva del mismo, dispone que «cuando el embargo recaiga sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, el tribunal, *a instancia del ejecutante* (7), librará mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad o anotación de equivalente eficacia en el Registro que corresponda».

- b) El artículo 629.1 LEC, en consonancia con los artículos 149.5 y 167 LEC, prevé que el acto procesal de comunicación entre el Tribunal y el Registro correspondiente para la práctica de la anotación preventiva de embargo sea el mandamiento judicial, pero para garantizar una mayor celeridad en el procedimiento de registración dispone que «el mismo día de su expedición se remitirá el mandamiento por fax desde el Tribunal al Registro de la Propiedad, donde se extenderá el correspondiente asiento de presentación, quedando en suspenso la práctica de la anotación hasta que se presente el documento original en la forma prevista por la legislación hipotecaria».
- c) Por último, el artículo 629.2 LEC establece que «si el bien no estuviere inmatriculado, o si estuviere inscrito en favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de éste, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria». Esta previsión hay que ponerla en relación con el artículo 140.I, 2 y 3 RH, y con el artículo 166.1.II de la misma norma, respectivamente.

(6) El artículo 43.2 LH prescribe que «en el caso del número segundo del mismo artículo, cuando se trate de juicio ejecutivo, será obligatoria la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», pero este artículo, en este punto, se debe considerar derogado, pues hay que recordar que los artículos 764.I, 1.409.I y 1.453.I LEC de 1881 —que establecían la obligatoriedad de la anotación preventiva de embargo—, han sido derogados por la Disposición Derogatoria única-1 LEC.

(7) La cursiva es mía.

Respecto de la anotación preventiva de la medida cautelar de suspensión del acuerdo social impugnado hay que destacar que aunque la Disposición Derogatoria única 2.2 haya derogado expresamente el artículo 121.2 TRLSA y tácitamente el artículo 157.1 RRM —en cuanto se limita a reproducir el contenido del primero—, dejando sin cobertura legal tal anotación preventiva, entiendo que toda suspensión deberá acceder al Registro y ser anotada para poder ser efectiva y producir efectos frente a terceros.

IV. EL ASIENTO REGISTRAL DE ANOTACION PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO PARA LA EJECUCION PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS NO FIRMES CON TRASCENDENCIA REGISTRAL: LA ANOTACION PREVENTIVA DE LAS SENTENCIAS NO FIRMES QUE DISPONGAN O PERMITAN LA INSCRIPCION O LA CANCELACION DE ASIENTOS EN REGISTROS PUBLICOS

Con anterioridad a la aprobación de la nueva Ley Procesal Civil no estaba normativamente prevista la anotación preventiva de las sentencias no firmes que dispusieran o permitieran la inscripción o la cancelación de asientos en registros públicos. Para sostener su admisibilidad cabía aducir los siguientes argumentos:

En primer lugar, parecía razonable pensar que si se preveía la anotación preventiva de demanda para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, con mayor razón se debía admitir la anotación de una sentencia no firme estimatoria de la pretensión deducida en el proceso, si la misma era apta para originar una modificación jurídico-real en aquellos supuestos en que tal efectividad no se encontrase todavía completamente asegurada (8).

En segundo lugar, el artículo 139 RH no sólo admitía la solicitud de anotación preventiva de demanda en el momento de interponer la propia demanda, sino también después (9). En consecuencia, este precepto simplemente atribuía «a la demanda un carácter de requisito previo en cuanto a la anotación (...); pero no un carácter de exclusión que obligaría a que sólo

(8) Así, AVILA NAVARRO, P., *Comentarios de jurisprudencia registral (1990-1993)*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 286.

(9) Vid. AZPIAZU RUIZ, J., «Un aspecto de las anotaciones de demanda. ¿Es procedente la anotación de demanda cuando ya se ha dictado la sentencia, si bien aun ésta no es ejecutoria, por haber sido apelada y admitida la apelación por la Audiencia?... Caso afirmativo, ¿quién ha de ordenarla?...», en *RGD*, 1946, pág. 13.

pudiera pedir la anotación el demandante y precisamente en la demanda, no en cualquier actuación posterior» (10).

Para determinar en qué momento cesaba la facultad del actor de solicitar la anotación preventiva de demanda, se debía tener en cuenta que dicha anotación podía ser pedida mientras subsistiera la necesidad de aseguramiento del objeto del litigio (11). En principio, esa necesidad subsistía, «después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley, hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas» (art. 199.II RH) (12). Asimismo, el artículo 174.III LH establecía —y sigue estableciendo— que «las anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial (...), cuando procediere la cancelación y no consintiere en ella aquél a quien ésta perjudique, no se cancelarán sino en virtud de resolución judicial que sea firme, por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo».

Por lo tanto, si hasta que se dictara una sentencia firme se podía solicitar la anotación preventiva de demanda (13), cuando se había dictado una sentencia no firme estimatoria de una pretensión con trascendencia jurídico-real y no se hubiese solicitado u obtenido previamente la anotación preventiva de la demanda iniciadora del pleito o la prórroga de la misma (14), para que la efectividad de dicha sentencia no se viese frustrada podía ser útil su anotación

(10) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Comentario a la RDGRN de 30 de junio de 1967», en *RDPRIV*, 1967, pág. 903.

(11) Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentario...*, cit., págs. 903-905, y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 2033.

(12) Este artículo que, en principio, simplemente desarrollaba lo dispuesto por el antiguo artículo 86 LH, se excedía un tanto en sus funciones de desarrollo, pues constituía una excepción a la regla general de caducidad establecida en el citado precepto legal antes de su reforma por la Disposición Final novena-2 LEC. Véase, al efecto, el AAP de Cádiz (Sección 5.^a), de 26 de septiembre de 1996.

(13) En este sentido, DE LA RICA Y ARENAL, R., *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, I*, Madrid, 1948, pág. 143; LASO MARTÍNEZ, J. L., «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en *REDA*, núm. 77, enero-marzo 1993, pág. 84, y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios...*, cit., págs. 2033 y 2036.

(14) Practicada la anotación preventiva de demanda, como indicaba ORTELLS RAMOS, M., «Para la reforma de la ejecución provisional en el proceso civil», en *Justicia*, 1991, pág. 289, «que la ejecución provisional no pueda desarrollarse en toda su plenitud en los supuestos considerados no perjudica, en principio, los intereses de la parte provisionalmente vencedora, dado que éstos pueden ser suficientemente satisfechos con una medida cautelar de anotación preventiva de demanda —que asegura frente a los riesgos de transmisión o gravamen—».

preventiva (15), pues en el Registro sólo pueden inscribirse las resoluciones judiciales firmes (16).

En efecto, «el requisito de la firmeza de la sentencia (...) está plenamente justificado en este caso en que se van a producir asientos definitivos, tanto de inscripción como de cancelación, pues si se admitiera la práctica de asientos sin ser firme la sentencia que los decreta, y estando pendientes recursos contra la misma, podrían surgir en el ínterin terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se apoyarían en los asientos registrales derivados de la resolución judicial no firme, y quedarían en posición inatascable, haciendo inviable la ejecución de la sentencia del órgano judicial superior que revisara la anterior» (17).

La RDGRN de 12 de noviembre de 1990 (18), estableció que no podía cancelarse una hipoteca en virtud de sentencia no firme dictada en primera

(15) A favor de esta posibilidad se manifestaban ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario (Dinámica registral)*, VI, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 377, nota 43, y CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentario...*, cit., pág. 903.

(16) Refiriéndose a la ejecución provisional, VA AGUAVIVA, M., «La ejecución de sentencias civiles en el Registro de la Propiedad», en AA.VV., «Ejecución de sentencias civiles», en *BDPCGPJ* (10/1992, págs. 433-478. Código CC921012), escribía que «esta adecuada medida procesal ha de coordinarse con el sistema, principios y normas expresas por las que se rige el Registro de la Propiedad. La firmeza de los asientos registrales sólo puede ser rectificada por pronunciamientos judiciales firmes. No se trata de cerrar el Registro a todas las consecuencias de la sentencia dictada. Y existiendo sentencia ejecutable no hay obstáculo para practicar una anotación preventiva, que es el asiento idóneo para los derechos litigiosos». En términos similares se pronuncia ORTELLS RAMOS, M., en AA.VV., *Derecho Procesal Civil* (con otros), Pamplona, Aranzadi, 2000, pág. 531, al destacar que «las sentencias constitutivas necesitan de firmeza para acceder a Registros Públicos —es decir: efecto suspensivo de la apelación—. Véase también TORMO SANTONJA, M., «No cabe inscribir una sentencia si falta la firmeza», en *Lunes 4:30*, núm. 250, segunda quincena de enero, 1999, pág. 3.

(17) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario (Urbanismo y Registro)*, V, Madrid, Civitas, 1999, pág. 652. Véase también el AAP de Navarra (Sección 1.^a), de 17 de mayo de 1999, y la RDGRN de 17 de septiembre de 1992.

(18) En contra de dicha RDGRN se ha manifestado VALDIVIESO POLAINO, J. L., «Aproximación a los asientos registrales», en AA.VV., «Derecho Hipotecario», en *BDPCGPJ* (38/1994, págs. 473-682. Código CC943806), alegando que «lo fundamental a estos efectos no es si la sentencia es o no firme, sino si es ejecutiva. Es la Ley de Enjuiciamiento Civil la que determina cuándo un pronunciamiento judicial es o no ejecutable y, en este caso, su artículo 385 es el que determina cuándo, y en qué condiciones puede ejecutarse un fallo no firme, debiendo estarse a dicho precepto, máxime teniendo en cuenta su posterioridad en el tiempo a los preceptos de la legislación hipotecaria invocados por la Dirección General. En definitiva, si la Ley que rige el proceso dice que un pronunciamiento determinado puede ejecutarse, no cabe negarlo por el hecho de que la Ley Hipotecaria exija resolución firme para que se autorice una cancelación. Es evidentemente cierto lo que dice la Dirección General respecto al carácter definitivo de la cancelación y a la posible irreversibilidad de sus efectos, con el adelanto de rango de los asientos posteriores. Pero ello no es sino el resultado de una ejecución de sentencia que, pese a su carácter provisional, puede ser llevada a efecto. La Ley de Enjuiciamiento

instancia y mandamiento de cancelación dictado en trámites de ejecución provisional, pero admitió la anotación preventiva de la sentencia no firme en cuanto situación litigiosa que afectaba a derechos inscritos.

De esta manera, el difícil maridaje entre la ejecución provisional de las resoluciones judiciales no firmes con los asientos registrales de inscripción y/o de cancelación, que reclaman situaciones definitivas y seguras, encontró su solución con la anotación preventiva, asiento provisional por excelencia (19).

En favor de la admisibilidad de la anotación preventiva de sentencia también se podía traer a colación un argumento teleológico, pues tal anotación cumplía la misma finalidad cautelar que las anotaciones preventivas de demanda (20), y otro normativo, ya que el artículo 926.I LEC de 1881, disponía que «cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado», y dentro de esas diligencias conducentes también podía estar comprendida la anotación preventiva de la sentencia (21).

subordina la posibilidad de ejecución a que el perjuicio producible por la ejecución sea reparable en caso de estimarse la sentencia. No se refiere la Ley procesal a que los efectos de la ejecución sean o no reversibles o, dicho de otro modo, a que esos efectos no sean definitivos e intangibles. Y, desde luego, los efectos derivables de una cancelación de inscripción de hipoteca son bien reparables (...). Por lo tanto, el criterio de la Dirección General resulta, a nuestro parecer, francamente erróneo, por atender en exclusiva a los mandatos de la Ley Hipotecaria y ser insensible a la estructura del proceso».

Por su parte, también en sentido contrario a la anterior RDGRN, la RDGRN de 5 de junio de 1999, ha considerado que para la ejecución provisional de una sentencia no firme, el asiento adecuado es el de inscripción y no el de anotación preventiva. En el caso resuelto por esta RDGRN, se debatía sobre la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la enajenación forzosa realizada como consecuencia de la ejecución provisional de una sentencia condenatoria al pago de una cantidad líquida recaída en autos de juicio de menor cuantía que se hallaba en fase de apelación. La inscripción fue rechazada por el registrador al estimar que «no siendo firme la sentencia ejecutada, no es posible su inscripción, de conformidad con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, siendo el asiento adecuado el de anotación preventiva, dada su provisionalidad en consonancia con el carácter provisional de la ejecución de la referida sentencia». Pero la mencionada RDGRN se pronunció en sentido favorable a la inscripción, ya que «de no mantener la firmeza de la ejecución provisional en caso de realización de bienes no dinerarios, resultaría inadecuada para el fin pretendido (dada la inevitable y sustancial reducción de las pujas que se formularían), sino totalmente inutilizada; habrá de concluirse que la enajenación forzosa de bienes no dinerarios realizada con ocasión de la ejecución provisional posibilitada en nuestro ordenamiento jurídico, se mantendrá aún en la hipótesis de posterior revocación de la sentencia ejecutada y que, por tanto, el auto firme de aprobación del remate de los bienes inmuebles ejecutados es plenamente inscribible en el Registro de la Propiedad, si no adoleciese de otros defectos».

(19) Así, AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., págs. 285-286.

(20) Vid. CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentario...*, cit., pág. 904.

(21) Vid. CARRETERO GARCÍA, T., «Comentario a la RDGRN, de 11 de octubre de 1973», en AA.VV., *Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Re-*

Por último, en defensa de dicha anotación se podía argüir una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 50.1 de la Ley de Arbitraje, que permite la adopción de las medidas cautelares conducentes para garantizar la efectividad del laudo no firme contra el que se haya interpuesto el recurso de anulación, en el supuesto de que dicho recurso sea desestimado y aquél devenga firme, y por el artículo 138.1 de la Ley de Patente, según el cual «si la sentencia de primera instancia dictada en el procedimiento civil de fondo estableciera pronunciamientos condenatorios para alguna de las partes y fuera objeto de apelación, se dará cuenta del recurso a la parte apelada para que ésta pueda, dentro del plazo de tres días, exigir del Juez la adopción de las correspondientes medidas cautelares o la prestación de la oportuna fianza sustitutoria, tendentes al aseguramiento de la efectividad del fallo recaído, siempre que estas medidas no se hubieran adoptado previamente o fueren insuficientes».

Por su parte, el 524.4 LEC, en materia de ejecución provisional, confirma la postura aquí expuesta, al prever que «mientras no sean firmes (...), sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en los Registros Públicos».

A mi parecer, si la sentencia no firme presenta una trascendencia jurídico-real, su anotación preventiva podrá practicarse en el Registro sin dificultad alguna, al amparo de lo dispuesto por el artículo 42.10 LH.

Es oportuno plantearse si la anotación preventiva de la sentencia no firme constituye una medida cautelar o una medida de ejecución (impropia) o actuación provisional de la sentencia estimatoria no firme pronunciada, ya que de tratarse de una auténtica ejecución provisional, desde una perspectiva procesal, el asiento registral a practicar debería ser el de inscripción y/o cancelación, y no el de anotación (22).

gistros y del Notariado, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles - Centro de Estudios Hipotecarios, 1987, págs. 556-557.

(22) Sobre el particular, téngase presente el AAP de Barcelona (Sección 1.ª), de 18 de enero de 1994, que, respecto de la anotación preventiva de una demanda de caducidad de una marca, ha puesto de manifiesto que «se trata de una medida cautelar de carácter preventivo y no ejecutivo (...). Por otra parte, la anotación preventiva de demanda solicitada goza de las características de instrumentalidad (pues es válida a los efectos de que la sentencia final se pueda ejecutar), temporalidad (pues cesará con la sentencia firme) y homogeneidad con las medidas ejecutivas (con las que no puede identificarse, pues la caducidad implicaría, de estimarse, una inscripción registral extintiva del derecho, lo que no acontece con la anotación)» (la cursiva es mía).

ORTELLS RAMOS, M., «Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil», en AC, núm. 42, 1996, pág. 934, entiende que para el supuesto de la sentencia no firme, estimatoria de la demanda, son posibles dos soluciones: «bien considerarla como documento acreditativo del *fumus boni iuris*, a efectos de la nueva petición de medidas, bien la de establecer una ejecución provisional de efectos limitados al mero aseguramiento, a la que se podría acceder prescindiendo del presupuesto del *periculum in mora* y,

Esto último no es posible, ya que, como pone de manifiesto ORTELLS RAMOS, cuando la actividad ejecutiva provisional entra en contacto con el Registro de la Propiedad choca con el obstáculo de que la legislación hipotecaria exige que los títulos judiciales para practicar asientos definitivos (inscripciones y/o cancelaciones) en el Registro deban ser resoluciones judiciales firmes —o deban derivar de resoluciones judiciales firmes, si se trata de mandamientos—, especialmente «cuando la ejecución de la sentencia deba consistir —únicamente o además de otros actos— en que la misma sirva como título formal (art. 3 LH) para producir inscripciones o cancelaciones de asientos registrales» (23).

Además, se debe tener en cuenta que «las resoluciones judiciales en ejecución provisional no pueden ser objeto de inscripción, porque la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral transformaría la situación en definitiva; por eso el asiento adecuado para reflejar esa provisionalidad es la anotación preventiva: avisa a terceros de que la situación puede devenir definitiva, y asegura a los interesados un rango para ese mismo caso» (24).

De lo expuesto se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- a) Esta anotación preventiva sustancialmente es una medida cautelar, pues trata de asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria no firme, sin que se pueda sostener que constituye propiamente una medida ejecutiva.
- b) No obstante, se debe tener en cuenta que tal anotación preventiva, si se tienen en cuenta las limitaciones registrales expuestas, es la única forma posible de ejecutar o actuar provisionalmente la sentencia no firme que disponga o permita la inscripción o la cancelación de asientos en los Registros Públicos (25).

dada la seguridad del título y la menos gravedad de los efectos de esta ejecución, con fianza de cuantía más reducida o incluso sin ella». Véase, también, del mismo autor, *Para la reforma...*, cit., pág. 295.

Por su parte, MONTERO AROCA, J., en AA.VV., *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 541, destaca que «debe partirse aquí de que la inscripción de la sentencia en un Registro Público no es una verdadera ejecución, pero además de que con la sentencia definitiva no se procederá a la misma (recordando que una cancelación es una inscripción), sino simplemente a la anotación preventiva».

(23) ORTELLS RAMOS, M., *Para la reforma...*, cit., págs. 288-289, esp. pág. 289. En términos similares se pronuncia PARDO NÚÑEZ, C. R., *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Madrid, Marcial Pons - Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1997, págs. 68-69, nota 4.

(24) AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., pág. 374.

(25) Apunta CABALLOL ANGELATS, LL., en «La ejecución provisional», en AA.VV., *El proceso civil y su reforma*, Madrid, Colex, 1998, pág. 481, y en «La ejecución provisional en el Anteproyecto de la LEC», en AA.VV., *Presente y futuro del proceso civil* (dirigido por Picó i Junoy, J.), Barcelona, Bosch, 1998, pág. 591, que es significativo que

- c) Hay que partir de la base de que el legislador —si se tiene presente que prevé expresamente esta anotación preventiva al regular el contenido de la ejecución provisional del mencionado tipo de sentencias— considera que dicha anotación no es una medida cautelar sino una medida de ejecución o actuación provisional de la sentencia estimatoria no firme pronunciada, pero de simple aseguramiento (26).
- d) Por ello considero que a la misma no se le debe aplicar el régimen general previsto para las medidas cautelares, sino la regulación establecida para la ejecución provisional.

Como alternativa a la ejecución provisional de la sentencia no firme (art. 524.4 LEC), el sujeto que ha visto estimada su pretensión también podría solicitar, como medida cautelar, la anotación preventiva de la sentencia no firme, al amparo de los artículos 726 y 727.6 y 11 LEC, considerando la estimación de dicha pretensión como una circunstancia nueva que justificaría la adopción de esa medida ex artículo 730.4.I LEC. Además, la posibilidad de solicitar como medida cautelar la anotación preventiva de una sentencia estimatoria no firme encuentra un punto de apoyo en el artículo 744 LEC. En este precepto se establece la circunstancia de haberse dictado una sentencia desestimatoria no firme como causa de alzamiento de la medida cautelar. La otra cara de la moneda, en consecuencia, debería consistir en la posibilidad de solicitar una medida cautelar cuando se haya dictado una sentencia estimatoria no firme (27).

el artículo 524.4 LEC, «regule el acceso a los Registros Públicos mediante anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de un asiento en un Registro Público cuando esta actuación es en la mayoría de supuestos la única relevante para conseguir la plena efectividad de los pronunciamientos declarativos y constitutivos (la llamada ejecución impropia)».

(26) ORTELLS RAMOS, M., *Para la reforma...*, cit., págs. 294-295, destaca que «la posibilidad de una ejecución provisional limitada a los actos del proceso de ejecución que aseguran la efectividad de la sentencia para el momento en que sea firme (...) bajo ciertas condiciones, puede ser de utilidad». Advierte que «los argumentos de que la ejecución no es una medida cautelar y de que una ejecución limitada a actos con efectos de aseguramiento no sería lo que estrictamente se reconoce como ejecución (aun provisional) pueden ser dogmáticamente irrefutables», pero concluye afirmando que «no son decisivos cuando se trata de valorar la utilidad práctica de una innovación legislativa. Lo importante es comprobar su adecuación para satisfacer los intereses que el legislador tiene presentes al configurar el régimen de la ejecución provisional».

(27) No obstante, se debe destacar que el legislador parece haber regulado únicamente la tutela cautelar dentro del proceso de declaración y no dentro del proceso de ejecución, tal y como se deduce del artículo 726.1.1 LEC, que, al enumerar las características de las medidas cautelares, establece que la medida debe «ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente».

Sin embargo, la opción de la ejecución provisional será mucho más beneficiosa para el demandante que ha obtenido una sentencia no firme favorable (28), pues para la misma no se exige la previa prestación de caución (art. 526 LEC), y difícilmente estimará el tribunal la causa de oposición a dicha ejecución provisional fundada en el artículo 528.2.2 LEC, pues con la anotación preventiva de la sentencia no va, en absoluto, a «resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada», ya que, al no practicarse una inscripción, no podrá aparecer un tercero protegido. En todo caso, de ser estimada esta causa de oposición, se mantendría la anotación preventiva de demanda —de haberse practicado con anterioridad— o se podría solicitar como medida de garantía la anotación preventiva de la sentencia al amparo de artículo 530.2 LEC en relación con el artículo 700 de la misma norma.

A pesar de lo expuesto, entiendo que en algunos supuestos será útil solicitar como medida cautelar la anotación preventiva de la sentencia no firme, al amparo de los artículos 726 y 727.6 y 11 LEC, considerando la estimación de dicha pretensión como una circunstancia nueva que justificaría la adopción de esa medida ex artículo 730.4.I LEC. El artículo 525.1 y 2 LEC excluye de la ejecución provisional «las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso» y «las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad». Por ello, para garantizar la efectividad de una sentencia no firme que, por ejemplo, constituya una incapacidad o condene al demandado a otorgar una escritura pública con trascendencia registral se podrá solicitar como medida cautelar la anotación preventiva de dicha sentencia.

Además, si se tiene presente que sólo pueden ser ejecutadas —tanto definitiva como provisionalmente— las sentencias de condena (arts. 517.1, 521.1, 524.2 y 3, y 526 LEC), para garantizar la efectividad de una sentencia declarativa o constitutiva no firme con trascendencia registral, considero que también se podrá solicitar la anotación preventiva de dicha sentencia, como medida cautelar, al amparo de los artículos 726 y 727.6 y 11 LEC.

Por último, simplemente subrayar que si previamente se hubiese practicado la anotación preventiva de demanda, al practicarse la anotación preventiva de la sentencia no firme, aquélla deberá ser cancelada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 731.2 LEC, según el cual «cuando se despache la

(28) Así, PÉREZ DAUDÍ, V., «Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial y la nueva LEC», en *RGD*, núm. 669, junio de 2000, pág. 7749.

ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución».

V. LA REFORMA DEL ARTICULO 86 LH: UNA NUEVA REGULACION DE LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS JUDICIALES

El antiguo artículo 86.I disponía que, salvo excepción, «las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha». El legislador de 1946 también fue consciente de la circunstancia de que ciertas anotaciones preventivas, especialmente las judiciales, podían requerir un plazo de vigencia mayor para poder cumplir con su cometido específico. A tal efecto, previó la posibilidad de prorrogar las anotaciones preventivas «por un plazo de cuatro años más» (antiguo art. 86.I *in fine* LH).

A pesar de la posibilidad de prorrogar las anotaciones preventivas judiciales por cuatro años más, dado el colapso en el que, en ocasiones, se encontraba inmersa —y todavía hoy se sigue encontrando así— nuestra Administración de Justicia, antes de la reforma del artículo 199 RH, se estaba produciendo la circunstancia de que determinadas anotaciones preventivas judiciales caducaban antes de que se hubiera dictado una sentencia firme en el proceso principal, con la consecuencia de que no podían garantizar plenamente sus resultados.

Tanto la doctrina hipotecarista (29) como la DGRN (30) advirtieron los perjuicios que podían derivarse de esta situación en contra de los intereses del sujeto favorecido por la anotación. Esta situación se daba principalmente en aquellos casos en los que, por agotarse todos los recursos procesales, el litigio se prolongaba más allá de los plazos, inicial y prorrogado, previstos para la anotación preventiva.

A tal problema se intentó poner remedio con la reforma reglamentaria operada por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que añadió un segundo párrafo al artículo 199 RH, en el que se disponía que «las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley, hasta

(29) Vid., entre otros, DE LA RICA Y ARENAL, R., «La caducidad de las anotaciones preventivas judiciales», en *RDPRIV*, 1952, págs. 899-903; MOUTAS MERAS, R., «El problema de la caducidad de las anotaciones preventivas de demanda», en *RDPRIV*, 1955, pág. 161; MENCHÉN BENÍTEZ, B., «La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y alguno de sus problemas», en *RCDI*, 1962, pág. 826, y GARCÍA GARCÍA, J. M.^a, «La inconstitucionalidad de la caducidad de anotaciones judiciales del artículo 86 de la Ley Hipotecaria y la constitucionalidad de la prórroga de anotaciones judiciales del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario», en *Lunes* 4:30, núm. 222, primera quincena de noviembre, 1997, pág. 9.

(30) Vid. las RDGRN de 7 de marzo de 1957 y de 16 de marzo de 1959.

que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas».

Lo dispuesto por el artículo 199.II RH planteaba dos importantes problemas:

Por una parte, como señaló una parte de la doctrina (31) y de la jurisprudencia (32), este precepto que, en principio, simplemente desarrollaba lo dispuesto por el antiguo artículo 86.I LH, se excedía un tanto en sus funciones de desarrollo, pues constituía una excepción a la regla general, en materia de caducidad, establecida por la citada norma legal, según la cual las anotaciones preventivas tenían una duración máxima de ocho años, siempre y cuando hubiesen sido prorrogadas.

Por otro lado, con independencia de la legalidad o no del artículo 199.II RH, la realidad práctica demostró que, en ciertos casos, no era suficiente que la anotación preventiva judicial mantuviese su vigencia hasta que recayese una resolución firme en el proceso en el que tal anotación preventiva y su prórroga habían sido decretadas. Es cierto que existen pronunciamientos judiciales que, una vez firmes, pueden acceder directamente al Registro sin necesidad de ninguna otra actuación, dependiendo ello tan sólo de la voluntad del demandante vencedor o del ejecutante. Pero otras veces es inevitable que medie un indeterminado lapso de tiempo entre dicho pronunciamiento firme y su ejecución o actuación registral. Si la anotación preventiva judicial se debía cancelar por caducidad una vez dictada la resolución firme, en el período de tiempo que mediaba hasta el acceso registral de dicha resolución, el demandado o el ejecutado estaban en condiciones realizar actos de disposición patrimonial que podían frustrar la efectividad de aquélla. En este caso se producía la paradoja de que la efectividad de la eventual resolución había sido garantizada —directa o indirectamente— (33) por la correspondiente anotación preventiva, mientras que la resolución ya firme corría el riesgo de resultar inefectiva, reabriéndose un nuevo período de peligro para la efectividad de la tutela judicial a causa de eventuales actos dispositivos del demandado vencido o del ejecutado que podían frustrar o dificultar la actividad ejecutiva.

(31) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español* (con CALDERÓN CUADRADO, M.^a P.), Granada, Comares, 1996, pág. 79; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, Bosch, 1984, pág. 249; MONTES REYES, A., *Registro y proceso: anotaciones preventivas*, Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal, 1978, pág. 150; AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., pág. 132; VALDIVIESO POLAINO, J. L., *Aproximación...*, cit., y ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario (Dinámica registral)*, IV, Barcelona, Bosch, 1997, págs. 318-323.

(32) Así, el AAP de Cádiz (Sección 5.^a), de 26 de septiembre de 1996.

(33) Directamente con una medida cautelar como la anotación preventiva de demanda, e indirectamente, por ejemplo, con la anotación preventiva de la medida cautelar de embargo preventivo.

Para evitar tal inconveniente, la jurisprudencia (34), la DGRN (35) y la doctrina (36) defendieron que la vigencia de las anotaciones preventivas judiciales debía ser mantenida hasta que la resolución firme accediese al Registro y se practicaran las inscripciones y/o cancelaciones oportunas (37).

El nuevo artículo 86.I *in fine* LH (de acuerdo con la redacción contenida en la Disposición Final novena 2 LEC), para evitar los inconvenientes comentados ha optado por introducir la posibilidad de que, vencida la primera prórroga, se puedan practicar sucesivas y ulteriores prórrogas cuatrienales (38), siguiendo la postura ya defendida en su día por DE LA RICA Y ARENAL (39), y por ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (40), según los cuales hubiera sido más conveniente no abandonar el régimen de la caducidad y permitir prórrogas sucesivas cuatrienales, en cuanto necesarias, de las anotaciones preventivas judiciales, pues con el artículo 199.II RH se había vuelto al sistema anterior a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, reproduciéndose los mismos o similares inconvenientes que entonces se producían.

(34) Vid. el AAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 22 de enero de 1996, y la STS (Sala 1.^a), de 17 de junio de 1949. Asimismo, téngase en cuenta el AAP de Castellón, de 3 de mayo de 1993; el AAP de Barcelona, de 25 de junio de 1993, y el AAP de Madrid, de 14 de febrero de 1994.

(35) Así, las RDGRN de 25 de septiembre de 1972, de 27 de octubre de 1993 y de 29 de mayo de 1998. En términos similares se manifestaron las RDGRN de 24 de mayo de 1990, de 25 de mayo de 1990 y de 11 de abril de 1991.

(36) Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., en *Comentario...*, cit., pág. 904, y en *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 5, Pamplona, Aranzadi, 1983, págs. 778-781; ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 320-321; CARRETERO GARCÍA, T., «Comentario a la RDGRN de 25 de septiembre de 1972», en *RCDI*, 1973, págs. 179-187; RAMOS MÉNDEZ, F., en *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, Bosch, 1980, pág. 189, y en *Enjuiciamiento Civil, II*, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 766; y CABALLERO ESCRIBANO, C., «La anotación preventiva de demanda», en *AC*, 1991, pág. 651.

(37) Siguiendo la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, de la DGRN, sobre interpretación del artículo 86 LH en la nueva redacción dada por la Disposición Final novena-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «se debe entender derogado, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley 1/2000, por ser esta norma de mayor rango y posterior, el artículo 199 del Reglamento Hipotecario, el cual ha venido amparando que las anotaciones preventivas prorrogadas no caduquen hasta que se ordenase así expresamente por la autoridad que las decretó».

(38) En la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, de la DGRN, sobre interpretación del artículo 86 LH, en la nueva redacción dada por la Disposición Final novena-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se destaca que con dicho precepto «se aclara la necesidad de prorrogar sucesivamente las anotaciones preventivas sin que quepan las prórrogas indefinidas».

(39) Vid. DE LA RICA Y ARENAL, R., *La caducidad...*, cit., págs. 902-903.

(40) Vid. ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 318-323. Véase también GARCÍA GARCÍA, J. M.^a, *La inconstitucionalidad...*, cit., pág. 10.

Con la nueva solución se plantea el problema de qué hacer para que la anotación preventiva judicial, sucesivamente prorrogada, no subsista más allá de lo estrictamente necesario, una vez haya terminado el proceso publicado registralmente, pues en principio, si se ha prorrogado la misma poco antes de la finalización de dicho proceso, todavía podrá continuar reflejada en el registro casi cuatro años más (41).

Dando por sentado que, en determinados supuestos, no es razonable la cancelabilidad inmediata de la anotación preventiva judicial, una vez firme la resolución recaída, tampoco parece aconsejable que la anotación sucesivamente prorrogada pueda subsistir durante mucho tiempo, una vez terminado el procedimiento reflejado registralmente (42), máxime cuando el no acceso registral del fallo se deba a una conducta negligente o abusiva del demandante vencedor o, especialmente, del ejecutante (43).

Se hace necesario, en consecuencia, fijar un plazo razonable, a contar desde la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso, durante el cual se mantenga la vigencia de la anotación adoptada en él y oportunamente prorrogada, precisándose para su cancelación la acreditación suficiente del transcurso de dicho margen temporal sin que el sujeto favorecido por dicha resolución se haya aco-

(41) Sobre las consecuencias negativas que se pueden derivar de la no cancelación por caducidad de una anotación preventiva judicial prorrogada, cuando ya ha finalizado completamente el proceso en el que aquélla se adoptó, véase la STS (Sala 1.^a), de 21 de mayo de 1993.

(42) Bajo la regulación anterior ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 323, consideraban que el artículo 199.II RH eliminaba prácticamente la caducidad de los asientos registrales de anotación preventiva ordenados por la autoridad judicial, los cuales quedaban prorrogados indefinidamente, volviéndose al sistema anterior a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, y reproduciéndose ahora los mismos inconvenientes que entonces se producían, a menos que se cancelasen en los casos previstos por los artículos 198 y 206 RH. En el mismo sentido, LLOPIS GINER, J. M., «Comentario a la RDGRN, de 31 de diciembre de 1986», en *RGD*, 1988, núm. 522, pág. 1170; MENCHÉN BENÍTEZ, B., *La cancelación...*, cit., págs. 826-827; VALDIVIESO POLAINO, J. L., *Aproximación...*, cit., y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «La prescripción y el tiempo en el Registro de la Propiedad», en AA.VV., «Prescripción y caducidad de derechos y acciones», en *BDPCGPJ* (14/1995, págs. 353-412. Código CC951407), nota 82.

Vid. también la SAP de Castellón (Sección 2.^a), de 30 de abril de 1998.

Esa misma situación se podrá reproducir, en parte, con el nuevo artículo 86.I LH.

(43) Así lo advierten explícitamente el AAP de Barcelona, de 25 de junio de 1993, y el AAP de Castellón, de 3 de mayo de 1993, e, implícitamente, el AAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 22 de enero de 1996.

En términos similares se manifiesta CARRETERO GARCÍA, T., «Comentario a la RDGRN, de 31 de octubre de 1969», en AA.VV., *Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles - Centro de Estudios Hipotecarios, 1987, pág. 163. Ténganse también presentes las advertencias de CASTEJÓN, F., «De la duración de la anotación preventiva en el proyecto falangista para Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, 1940, págs. 34-35.

gido a la protección registral que así se le brindaba, mediante la petición de inscripción y/o cancelación del título correspondiente.

Bajo la normativa anterior, para evitar el mencionado inconveniente, la RDGRN de 29 de mayo de 1998 recurrió a una aplicación analógica del artículo 157 LH, y estableció un plazo máximo de seis meses, a contar desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en el que la anotación preventiva y su prórroga hubiesen sido decretadas para que dicha resolución accediese al Registro y se cancelase la anotación preventiva.

Con la nueva normativa procesal civil, una limitación a la vigencia de las anotaciones preventivas que constituyan en sí mismas medidas cautelares (vg. las anotaciones preventivas de demanda) o actos de ejecución y de publicidad de una medida cautelar (vg. las anotaciones preventivas de la medida cautelar de embargo preventivo o de la medida cautelar de secuestro o prohibición de enajenar), viene dada por lo establecido en el artículo 731.1.I LEC, según el cual «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa, salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuviesen adoptadas».

De acuerdo con lo establecido por el artículo 548 LEC, «el Tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado». Es decir, se posibilita el mantenimiento de la medida cautelar durante el plazo señalado para el cumplimiento voluntario.

Además, se debe señalar que el nuevo artículo 86 LH mejora en tres aspectos la regulación anterior:

- a) El antiguo artículo 86.I LH disponía que las anotaciones preventivas «caducarán a los cuatro años de su fecha». Este precepto podía dar lugar a confusión, pues se podía entender que dicha fecha era o bien la fecha del asiento de presentación del mandamiento judicial correspondiente ex artículo 24 LH, o bien la fecha de la práctica de la propia anotación.

Ante la duda, la RDGRN de 28 de mayo de 1968 (44), se encargó de precisar cuál era el *dies a quo* o momento inicial para el cómputo del

(44) En el mismo sentido, la RDGRN de 11 de noviembre de 1994. Véanse también DE LA RICA Y ARENAL, R., «Fecha de los asientos registrales», en *RCDI*, 1954, págs. 878-879 y 885; LACRUZ BERDEJO, J. L. - SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos...*, cit., pág. 248; ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., pág. 311; RIFA SOLER, J. M.^a, en *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, Montecorvo, 1983,

plazo de cuatro años de duración de las anotaciones preventivas, poniendo de manifiesto que no es la misma la fecha a partir de la cual empieza a producir efectos la anotación preventiva que la fecha a partir de la cual comienza el cómputo del plazo de caducidad. En concreto resolvió que «lo mismo que en los supuestos de títulos perfectos ingresados en el Registro no juega —como sucede en los asientos de inscripción— la fecha del asiento de presentación para empezar a contar el plazo de vigencia de una anotación preventiva, sino que con arreglo al artículo 86 de la Ley, cualquiera que sea el origen, se contará desde el mismo día en que se practicó».

Por el contrario, la STS (Sala 1.^a), de 16 de junio de 1998, sostenía que el plazo de caducidad de las anotaciones preventivas comenzaba en la fecha del asiento de presentación, al destacar que son «exactos los razonamientos según los cuales el plazo de caducidad de la anotación, según los artículos 24, 25, 17 y 86 de la Ley Hipotecaria, comienza con la fecha del asiento de presentación».

Con la reforma se ha resuelto definitivamente la duda interpretativa, ya que el nuevo artículo 86.I LH ha establecido una duración de cuatro años para las anotaciones preventivas, a contar desde la fecha de su práctica (desde «la fecha de la anotación misma») y no desde la fecha del asiento de presentación del mandamiento judicial correspondiente.

En la Instrucción de 12 de diciembre de 2000 de la DGRN, sobre interpretación del artículo 86 LH en la nueva redacción dada por la Disposición Final novena-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, se aclara que con dicho precepto «se recoge legislativamente la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado en orden a que el plazo de vigencia de las anotaciones preventivas de cualquier clase se debe computar a contar desde la misma fecha de la anotación, y no desde la del asiento de presentación del mandamiento que las motiva».

págs. 511-512, y en «La anotación preventiva de embargo: Aspectos procesales», en AA.VV., «El juicio ejecutivo», en *BDPCGPJ* (2/1993, págs. 115-147. Código CC930204); O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, III*, Madrid, Edersa, 1988, pág. 429; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 651; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios...*, cit., págs. 732-733; CARBONELL SERRANO, V., «Cómputo del plazo de caducidad de la anotación de embargo: la STS de 16 de junio de 1998», en *Lunes 4:30*, núm. 266, segunda quincena de octubre, 1999, págs. 15-18; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., «Los principios hipotecarios de rogación, legalidad, prioridad y tracto», en AA.VV., «Derecho hipotecario», en *BDPCGPJ* (38/1994, págs. 85-138. Código CC943802), y VALDIVIESO POLAINO, J. L., *Aproximación...*, cit.

- b) Aunque según el tenor literal del precedente artículo 86.I LH, la prórroga debía haber sido anotada antes de que caducara el asiento de anotación preventiva, la redacción del mismo no era todo lo acertada que cabía desear, pues el momento de la anotación de la prórroga no depende completamente de la voluntad del sujeto interesado en mantener la vigencia de la anotación inicial, sino también del órgano jurisdiccional y del registrador (45).

Para rebajar la rigidez legal y tratando de favorecer al sujeto titular o beneficiario de la anotación preventiva —liberándolo de las dilaciones inevitables en el procedimiento de registración—, lo que sí admitía la DGRN (46) era la procedencia de la prórroga cuando los documentos necesarios para practicarla (en nuestro caso, el mandamiento judicial que ordena la prórroga de la anotación inicial), se hubieran presentado en tiempo y forma, aunque el asiento en el que la misma se hiciera constar se extendiese una vez transcurrida la fecha de caducidad de la anotación inicial —ya fuere por exigencias del despacho de la oficina o por otra causa legalmente fundada—, pero dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación.

Esta doctrina de la DGRN, a mi juicio, ha sido acertadamente recogida por el legislador en el nuevo artículo 86.I LH, según el cual las anotaciones preventivas judiciales «podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento, ordenando la prórroga, sea presentado antes de que caduque el asiento».

En la Instrucción de 12 de diciembre de 2000 de la DGRN, sobre interpretación del artículo 86 LH en la nueva redacción dada por la Disposición Final novena-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se recuerda que «la fecha determinante del nuevo régimen será la de presentación en el Registro de la Propiedad del mandamiento de prórroga de la anotación preventiva, con independencia de cuál sea la fecha de la resolución acordándola, conforme al criterio general de que la fecha de inscripción se retrotrae al momento del asiento de presentación (cfr. art. 24 de la Ley Hipotecaria)».

(45) Así se pronunciaban ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (IV, 1997), cit., págs. 312-313, y RIFÀ SOLER, J. M.^a, en *La anotación...*, cit., págs. 515-516, nota 18, y en *La anotación...*, cit. Por el contrario, VALDIVIESO POLAINO, J. L., *Aproximación...*, cit., señalaba que dicho precepto «parece significar que no sería suficiente con presentar el título de la prórroga antes de aquella caducidad, sino que se precisaría, además, que el asiento de prórroga se extendiese antes de la caducidad».

(46) Vid. las RDGRN de 28 de mayo de 1968, de 19 de abril de 1988, de 11 de julio de 1989, de 14 de septiembre de 1990, de 11 de noviembre de 1994, de 27 de julio de 1998 y de 30 de julio de 1998.

- c) Por último, señalar que, para evitar eventuales confusiones respecto del *dies a quo* para el cómputo de la prórroga, según el nuevo artículo 86.I LH, «la anotación preventiva prorrogada caduca a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de la prórroga».

VI. LA CANCELACION DE LA ANOTACION PREVENTIVA CAUTELAR: ¿SE PUEDE SEGUIR DEFENDIENDO EN TODOS LOS CASOS LA NECESIDAD DE QUE LA RESOLUCION JUDICIAL QUE ORDENA O POSIBILITA LA CANCELACION DE UNA ANOTACION PREVENTIVA CAUTELAR SEA FIRME?

Las normas hipotecarias requieren que la resolución judicial que ordena o posibilita la cancelación de un asiento registral sea firme, por no admitir recurso alguno o por haberse desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo.

Por un lado, el artículo 83.I LH dispone que «las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria». Obsérvese que el artículo 245.4 LOPJ, al igual que hacía el derogado artículo 369 *in fine* LEC de 1881, define la ejecutoria como «el documento público y solemne en que se consigne una sentencia firme».

Por su parte, el artículo 174.III RH establece que «las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial y las practicadas en virtud de escritura pública, cuando procediere la cancelación y no consintiere en ella aquél a quien ésta perjudique, no se cancelarán sino en virtud de resolución judicial que sea firme, por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo. Se exceptúa el caso de caducidad por ministerio de la Ley».

Ese carácter firme también viene exigido por el artículo 207.I RH, que preceptúa que «la cancelación se practicará mediante la presentación del testimonio de la resolución judicial firme o mandamiento donde se ordene la cancelación, escritura pública o documento en que se acredite el hecho determinante de aquélla o, en su caso, solicitud de los interesados».

De los preceptos transcritos se deduce que siempre se requerirá una resolución judicial firme para cancelar la anotación preventiva cautelar (47), ya

(47) Así parecen manifestarse también ORTELLS RAMOS, M., *Para la reforma...*, cit., págs. 288-289; RAMOS MÉNDEZ, F., en *La anotación...*, cit., pág. 206, y en *Enjuiciamiento...*, pág. 767; VA AGUAVIVA, M., *La ejecución de sentencias civiles en el Registro...*, cit.; DÍAZ FRAILE, J. M.^a, «Necesidad de expresión de la causa en los mandamientos judiciales

que la necesidad de firmeza de la resolución judicial para proceder a su cancelación se fundamenta en el principio de seguridad jurídica y en la necesidad de evitar situaciones que puedan resultar irreversibles e irreparables por la aparición de un tercero hipotecario (48).

La conclusión aquí expuesta puede resultar contradictoria con lo previsto, al menos, en dos supuestos por la LEC:

En primer lugar, el artículo 744.1 LEC establece que «absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere procedente acceder a la solicitud mediante auto».

La contradicción existente entre este precepto y los artículos 83.I LH, y 174.III y 207.I RH, se podría aparentemente salvar si se entendiese que la resolución judicial firme para practicar la cancelación no es la sentencia del proceso principal, sino la resolución judicial (auto) que ordene el alzamiento de la medida cautelar adoptada.

Este auto sólo será recurrible mediante el recurso de reposición de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 451 LEC, «sin perjuicio del cual se llevará a efecto lo acordado». Pero este efecto no suspensivo se compatibiliza mal con el requisito de la firmeza de la resolución judicial para cancelar una anotación preventiva también judicial.

Por el contrario, si se considera —lo que entiendo que es la solución más correcta— que la resolución judicial firme para practicar la cancelación es la sentencia del proceso principal, la antinomia entre el artículo 744.1 LEC y los artículos 83.I LH y 174.III y 207.I RH es evidente.

En segundo lugar, similar problema se plantea en el supuesto de alzamiento de la anotación cuando se revoque la resolución que la acordó sin previa audiencia del demandado, al estimarse la oposición formulada contra

de cancelación (en particular en los de cancelación de anotaciones preventivas de embargo)», en *Lunes 4:30*, núm. 34, primera quincena, mayo de 1998, pág. 18; CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario, II*, Madrid, Marcial Pons, 1994, págs. 1235, 1247 y 1250-1251; RIVAS TORRALVA, R., «Registro de la Propiedad y procesos concursales», en *RCDI*, 1996, pág. 1256; AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., pág. 132; MORELL Y TERRY, L., *Comentarios a la legislación hipotecaria, III*, Madrid, Reus, 1917, pág. 523; y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, I*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 93. En sentido contrario se manifiesta VALDIVIESO POLAINO, J. L., *Aproximación...*, cit., para quien «esto de la firmeza de la resolución no me parece admisible en todos los casos».

(48) Así, las RDGRN de 4 de abril de 1960, de 12 de noviembre de 1990 y de 17 de septiembre de 1992.

la misma, ya que el auto estimatorio de la oposición será apelable sin efecto suspensivo (arts. 740.2.III y 3 LEC).

En este caso, este efecto no suspensivo tampoco se compatibiliza bien con el requisito de la firmeza de la resolución judicial para cancelar una anotación preventiva también judicial (49).

A falta de norma expresa que resuelva estas contradicciones y en defecto de solución jurisprudencial, las soluciones posibles son dos:

- a) Entender aplicable el criterio interpretativo de que lo dispuesto por la ley especial (la normativa registral) prevalece sobre lo establecido por la ley general (la LEC).
- b) Pensar en una aplicación del principio «la ley posterior deroga la ley anterior», e invocar también el artículo 17.2 LOPJ, según el cual, «las Administraciones Públicas, las autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes».

Esta última solución puede parecer la más adecuada en la medida que permite un mayor ajuste entre la realidad extrarregistral litigiosa y la realidad registral, pero no se puede desconocer que la misma puede originar situaciones que pueden resultar irreversibles e irreparables por la aparición de un tercero hipotecario en el supuesto de que en virtud de los recursos legalmente establecidos se estime la pretensión interpuesta o se revoque la resolución judicial que ordene o posibilite la cancelación de la anotación preventiva cautelar (50).

(49) En un supuesto similar, VALDIVIESO POLAINO, J. L., *Aproximación...*, cit. —para quien «la exigencia de firmeza no puede sustituir o derogar el régimen legal en materia de recursos, de efectos de esos recursos y de ejecutividad de las resoluciones judiciales»— se mostraba contrario al requisito de la firmeza: «Si una resolución ordinatoria de la cancelación es ejecutable conforme a las leyes, aunque no sea firme, no me parece que el precepto reglamentario pueda impedir la cancelación ordenada por esa resolución así ejecutiva. Ejemplo de ello es el caso de que, ordenada judicialmente la práctica de un asiento (por ejemplo, una anotación preventiva) e interpuesto recurso de reposición contra la providencia correspondiente, sea el mismo estimado, cabiendo contra el auto estimatorio, solo, recurso de apelación en un efecto; supuesto en el que deberá procederse ya, a mi entender, a la cancelación. Ello no producirá mayores perjuicios que si, inicialmente, el juez deniega la práctica del asiento, supuesto en el que nada ingresará en el Registro. Si, volviendo de su inicial criterio, el juez entiende improcedente el asiento ya practicado, no hay inconveniente en la cancelación, que nos llevaría a la misma situación que si, *ab initio*, el juez hubiera denegado el asiento».

(50) Las consecuencias negativas que se pueden derivar de la cancelación de una anotación preventiva cautelar, en virtud de una resolución judicial no firme, se deducen claramente del caso concreto resuelto por la RDGRN de 1 de julio de 1999.

VII. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO ARTICULO 131 LH

Los artículos 681-698 LEC regulan el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, denominado por la propia ley, «procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca». Con anterioridad este procedimiento era el regulado por el artículo 131 LH, con la denominación de «procedimiento judicial sumario».

La Disposición Final novena LEC ha modificado, dándoles una nueva redacción, los artículos 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135 LH. El nuevo artículo 129 LH dispone que «la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V».

Por su parte, el artículo 698.1.I LEC dispone que «cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo».

Para asegurar la efectividad de la sentencia que se pueda dictar en ese proceso declarativo de oposición, el artículo 698.2 LEC prevé la medida cautelar de retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, deba entregarse al acreedor ejecutante. Según la doctrina, tal retención, en realidad, constituye un embargo preventivo especial (51).

Reflexionando sobre lo dispuesto por el artículo 698 LEC, ORTELLS RAMOS se plantea dos cuestiones (52):

- a) Si lo único que puede pretenderse y obtenerse en el proceso declarativo a que se refiere el artículo 698 LEC, es una condena pecuniaria, solamente para lo cual sería adecuada la medida cautelar de embargo preventivo y, en concreto, el especial que regula el mencionado precepto.

(51) Así, ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo. Doctrina y jurisprudencia*, Granada, Comares, 1998, págs. 71-73, y SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Teoría general de las medidas cautelares», en *Las medidas cautelares en el proceso civil (con RAMOS MÉNDEZ, F.)*, Barcelona, Bosch, 1974, págs. 65-66.

(52) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *El embargo...*, cit., págs. 71-72. La exposición de este autor es anterior a la reforma procesal civil, pero sigue siendo de aplicación a la nueva normativa.

- b) Si la limitación del objeto de la pretensión que puede interponerse resulta específicamente impuesta por la sola previsión, realizada en el artículo 698 LEC, de una medida cautelar que únicamente puede garantizar una condena pecuniaria.

En relación con la primera cuestión, considera que «presupuesta una cierta legitimación del actor en aquel proceso declarativo y la inexistencia de otros obstáculos de Derecho material, puede pretenderse y obtenerse en aquel proceso bien que la finca sobre la que recae la actividad ejecutiva se restituya al ser y estado anterior a la iniciación de la misma, bien incluso una declaración de extinción de la hipoteca con anterioridad a la iniciación del procedimiento judicial sumario; en tal caso, la medida cautelar adecuada es la anotación preventiva de demanda al amparo del artículo 42.1 LH» (53).

En respuesta a la segunda cuestión, estima que «para la anterior conclusión no es obstáculo ni que el (antiguo) (54) artículo 132 LH —sustituido por el art. 698 LEC— (55) sólo se refiera a la retención de cantidades, ni que la antigua redacción del artículo 236 RH sólo previera esta anotación preventiva respecto al procedimiento ejecutivo extrajudicial —lo que podría permitir un argumento *a contrario*—. En cuanto a lo primero, es obvio que no es la medida cautelar prevista la que condiciona la pretensión que puede interponerse; sucede exactamente a la inversa o, como mucho, el tema de la pretensión ha de resolverse con independencia de si una determinada medida cautelar será o no procedente. En punto a lo segundo, el argumento *a contrario* no conduciría a demostrar la improcedencia de la anotación preventiva de demanda, sino que su práctica no provoca la suspensión del procedimiento judicial sumario —a diferencia del que era su efecto en el ejecutivo extrajudicial—» (56).

Estas últimas conclusiones se refuerzan si se atiende a lo dispuesto por el propio artículo 698.1.I LEC, que prevé la posibilidad de que el sujeto interesado pueda formular en el proceso ordinario que corresponda cualquier reclamación no comprendida en los preceptos precedentes, «incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o

(53) ORTELLS RAMOS, M., *El embargo...*, cit., pág. 72. En el mismo sentido se manifiestan FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil, III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, Madrid, Eceja, 1995, pág. 133, y MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, págs. 1155-1158 y 1177-1182, con matizaciones según la concreta pretensión que se interponga en el declarativo.

(54) La inserción del paréntesis es mía.

(55) La inserción del texto entre guiones es mía.

(56) ORTELLS RAMOS, M., *El embargo...*, cit., págs. 72-73. También se pronuncia en este sentido, DE LA PUENTE ALFARO, F., «La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones», en *RCDI*, núm. 643, 1997, págs. 2159-2160.

cuantía de la deuda», y por el nuevo artículo 131 LH, que se refiere expresamente a «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución».

En consecuencia, cuando en el proceso declarativo se pretenda una condena pecuniaria, la medida cautelar oportuna para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria será la mencionada retención o embargo preventivo especial; por el contrario, si se interpone una demanda en la que se pide la declaración de nulidad de las actuaciones realizadas y/o de la propia hipoteca, y además la cancelación de las anotaciones e inscripciones resultantes del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, para que la situación registral quede tal y como estaba con anterioridad al acto nulo, la única medida cautelar susceptible de asegurar la efectividad del fallo que pueda estimar estas últimas pretensiones es la anotación preventiva de demanda al amparo de los artículos 42.1 LH y 727.5 LEC (57).

A mi juicio, también cabrá la anotación preventiva de demanda cuando se litigue sobre el vencimiento, certeza o extinción de la deuda (58). Por el contrario, si se impugna la cuantía de la misma, considero que la medida cautelar procedente será la referida retención.

Se debe señalar que el artículo 698.1 LEC, a diferencia del antiguo artículo 132.VI LH, no incluye expresamente entre las reclamaciones que no pueden dar lugar a la suspensión del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria las que estén basadas en una posible nulidad de las actuaciones procesales llevadas a cabo en dicho procedimiento.

No obstante, la falta de previsión expresa no significa que no se pueda pretender la nulidad de las actuaciones procesales ni solicitar la anotación preventiva de la correspondiente demanda, ya que, por una parte, el artículo 698.1 LEC no excluye tal tipo de pretensión al establecer que «cualquier reclamación (...) que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza,

(57) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *El embargo...*, cit., págs. 72-73; MONTERO AROCA, J., *Procedimiento...*, cit., págs. 1155-1156; DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución...*, cit., págs. 2141 y sigs., y 2183 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., en *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 282, y en «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Lunes 4:30*, núm. 257, primera quincena, mayo de 1999, págs. 17-21, y DÍAZ FRAILE, J. M.^a, «Nota sobre los posibles inconvenientes de cerrar el Registro de la Propiedad a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de las hipotecas en caso de que se soliciten una vez iniciado el procedimiento judicial sumario», en *BCRE*, núm. 48, mayo de 1999, págs. 1189-1192.

(58) Vid. DÍAZ FRAILE, J. M.^a, *Nota...*, cit., pág. 1190; GARCÍA GARCÍA, J. M., *El Registro...*, cit., págs. 18-19 y 21, y LÓPEZ LIZ, J., *El procedimiento extrajudicial notarial de ejecución hipotecaria*, Barcelona, Bosch, 1993, pág. 409.

extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda», y, por otro lado, el nuevo artículo 131 LH tampoco prohíbe la anotación preventiva de la demanda en la que se ejercite tal pretensión, al referirse a la posibilidad de solicitar y acordar «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución».

Realizada esta introducción, se debe partir del hecho de que la demanda origen del proceso declarativo ha sido anotada, y que el procedimiento de ejecución ha finalizado antes que el mencionado proceso declarativo.

Como consecuencia de las actuaciones judiciales de dos órganos jurisdiccionales distintos seguidas por procedimientos diferentes (procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y proceso declarativo de oposición), es posible que se pueda producir una colisión entre la resolución judicial aprobatoria del remate y de la adjudicación, que da lugar a una inscripción de dominio a favor del adjudicatario y a la cancelación de las inscripciones y asientos posteriores a la constitución de la hipoteca (nuevos arts. 133 y 134 LH), y la eventual sentencia de nulidad de la hipoteca o de las actuaciones procesales, que posteriormente ordene la cancelación de la hipoteca y/o de las inscripciones y anotaciones posteriores que traigan causa de dicha hipoteca y/o del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria.

Ese conflicto se producirá en aquellos casos en que, por aplicación del nuevo artículo 131 LH (la regla 17 del antiguo art. 131 LH), se haya cancelado la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca o del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, y sobre todo cuando, a causa de dicha cancelación, aparezca un tercero protegido que dificulte la efectividad de la eventual sentencia de nulidad y de rectificación del Registro dictada en el proceso declarativo (59).

Se debe destacar que si la regla 17 del antiguo artículo 131 LH era criticable, ya que obligaba a la realización de un importante esfuerzo interpretativo para salvar de la purga la anotación preventiva de la demanda de nulidad (60), con mayor razón se debe censurar, a mi entender, el nuevo

(59) Vid. DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución...*, cit., pág. 2151.

(60) Estando anotada la demanda del proceso declarativo, el juez del procedimiento judicial sumario debía aplicar la regla 17 del antiguo artículo 131 LH, no de forma automática y general, sino de un modo selectivo, excluyendo aquella anotación de la cancelación, pues la propia ley le facultaba a ello, ya que dicha anotación estaba poniendo en entredicho la hipoteca base del procedimiento judicial sumario o ese mismo procedimiento.

Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento...*, cit., pág. 282, y MONTERO AROCA, J., *Procedimiento...*, cit., pág. 998.

En la jurisprudencia, véanse la STS (Sala 1.ª), de 18 de noviembre de 1993; el AAP de Zamora, de 22 de junio de 1995, y el AAP de Lleida (Sección 2.ª), de 11 de noviembre de 1998.

artículo 131 LH, que ordena expresamente la cancelación de la anotación preventiva de demanda. En efecto, según este precepto:

Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto.

Por su parte, en el nuevo artículo 134 LH se establece que:

El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento.

Tan solo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones.

Para garantizar que el juez tenga conocimiento de todas las cargas, gravámenes e inscripciones posteriores que se hubiesen verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, y pueda ordenar su cancelación en el correspondiente mandamiento, el nuevo artículo 135 LH dispone que «el Registrador deberá comunicar al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución».

La solución del nuevo artículo 131 LH supone dejar prácticamente vacío de contenido buena parte del artículo 698.1.I LEC. Este precepto establece que todas las demás reclamaciones que pueda formular el deudor ejecutado se ventilarán en juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente ley. Si la anotación preventiva de la demanda correspondiente debe ser cancelada, se producirá una desprotección de los derechos que se pre-

tenden hacer valer en el proceso declarativo y salvaguardar con tal medida cautelar (61).

Dicho de otro modo, si se cancela la anotación preventiva de la demanda del juicio ordinario de oposición, en el supuesto de que el adjudicatario transmite el bien inmueble a un tercero, será imposible que la sentencia estimatoria pueda ejecutarse o actuarse específicamente. En este caso, el demandante que ha visto estimada su pretensión de oposición no podrá recuperar el bien inmueble en cuestión y deberá conformarse con una indemnización pecuniaria.

Pero si ello es así, mejor hubiera sido permitir únicamente la adopción, como medida cautelar, de la retención o embargo preventivo especial (art. 698.2 LEC), y no permitir, aunque sea tangencial e indirectamente, la anotación preventiva de la demanda de oposición (nuevo art. 131 LH).

Me parece un contrasentido contemplar la posibilidad de que se acuerde una anotación preventiva de demanda en un precepto, si a continuación se anula su eficacia disponiéndose su cancelación (nuevo art. 131 LH). Para ello mejor hubiera sido no retocar el artículo 131 LH, según la redacción del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición Final décima-3), en el que se prohibía expresamente la mencionada anotación, al establecer que «una vez que se ha hecho constar en el Registro la iniciación del procedimiento a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no se podrá tomar anotación de demanda de nulidad de la propia hipoteca, salvo que se base en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución» (62).

Téngase en cuenta además que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado constitucional el procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 LH, pues, si bien ha reconocido que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se limitaba extraordinariamente la contradicción procesal, ha destacado que ello no implicaba que se produjera indefensión, porque la contradicción seguía siendo posible en el juicio ordinario y porque el antiguo artículo 132.VIII LH —interpretado ampliamente por el Tribunal Constitucional— «prevé la petición y adopción de medidas cautelares capaces de asegurar la sentencia que en el procedimiento declarativo se dicte», espe-

(61) Es cierto que la cancelación del artículo 131 LH no afectará a las anotaciones preventivas de las demandas que versen sobre la nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza o extinción de la deuda, cuando tales demandas se hayan interpuesto antes de la iniciación del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. Pero no se puede olvidar que muchas de estas demandas se interponen cuando ya se ha iniciado el mencionado procedimiento y, en concreto, después de que se haya tomado razón del mismo en el registro mediante la práctica de la nota marginal de la expedición de la certificación de dominio y de cargas, y que las demandas de nulidad de las actuaciones procesales presuponen el inicio de dicho procedimiento y la extensión de tal nota marginal.

(62) Este precepto fue duramente criticado por DÍAZ FRAILE, J. M.^º, *Nota...*, cit., págs. 1189-1192.

cíficamente «la anotación preventiva de demanda», de modo que el mencionado procedimiento de ejecución no resultaba anticonstitucional por ser contrario al artículo 24.1 CE, ya que el deudor y el titular del dominio no quedaban indefensos ni privados de tutela (63).

Si la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que se pueda dictar en ese proceso declarativo no puede garantizarse plenamente con la anotación preventiva de demanda, debido a su cancelación, habrá argumentos suficientes para volver a replantearse la constitucionalidad del nuevo procedimiento judicial de ejecución hipotecaria (64).

Por otra parte, la inutilidad e ineffectividad de la anotación preventiva de demanda hará que el demandante solicite la medida cautelar alternativa de retención del precio del remate, lo que puede perjudicar también al acreedor hipotecario, ya que éste «no cobrará hasta que se resuelva el procedimiento declarativo. Ciertamente resulta menos oneroso para el titular del crédito garantizado cobrar de inmediato una vez hecho el remate, sin perjuicio de tole-

(63) STC 296/1993 (Sala 2.^a), de 18 de octubre de 1993. ORTELLS RAMOS, M., «Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales (1981-1996)», en *TJ*, 1997, pág. 629, destaca que esta sentencia considera las medidas cautelares como instrumentos para garantizar la efectividad de la tutela judicial, ya que para la misma, «la específica previsión de esas medidas en relación con el proceso ordinario para impugnar los resultados de un procedimiento hipotecario judicial sumario constituye uno de los argumentos para negar que ese régimen de impugnación establecido por la ley sea contrario al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión».

Vid., asimismo, la STC 41/1981 (Pleno), de 18 de diciembre de 1981; la STC 64/1985 (Sala 1.^a), de 17 de mayo de 1985; la STC 8/1991 (Sala 1.^a), de 17 de enero de 1991; el ATC 6/1992 (Sala 2.^a), de 13 de enero de 1992, y la STC 217/1993 (Sala 2.^a), de 30 de junio de 1993. Asimismo, véanse las STS (Sala 3.^a), de 16 de octubre de 1995, y de 23 de octubre de 1995. Véanse también la STC (Sala 2.^a), de 18 de octubre de 1993, y la STC (Sala 1.^a, Sección 2.^a), de 16 de febrero de 1994.

(64) Así, DÍAZ FRAILE, J. M.^a, *Nota...*, cit., págs. 1190-1192, esp. págs. 1190-1191, quien destaca que «la imposibilidad de asegurar el resultado del declarativo entablado por el titular registral del dominio constituyente de la hipoteca (...) como consecuencia de la paralela imposibilidad de prevenir la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral al prohibirse (en el art. 131 LH, según la redacción del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil; ordenarse su cancelación en el art. 131 LH, según la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la anotación preventiva de la demanda genera una situación contraria al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española al dejar al recurrente en situación de indefensión», añadiendo que «lo anterior supone: a) una posible inconstitucionalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en los términos proyectados, y b) una situación de indefensión para el titular registral del dominio, quien recelará de la seguridad jurídica que le proporciona el Registro de la Propiedad en caso de hipotecar su propiedad. Esto, a su vez, podría retraer la demanda de crédito hipotecario al poner en indefensión al propietario registral» (la inserción de los paréntesis es mía).

Este mismo autor (pág. 1191), nos recuerda que «es evidente que la fundamentación utilizada por el Tribunal Constitucional para argumentar la no inconstitucionalidad del

rar la anotación preventiva de la demanda que no impedirá, en el ínterin hasta que se resuelva, la inscripción a favor del adjudicatario de la subasta» (65).

Si, como se desprende del artículo 33 LH, el adjudicatario no puede ser considerado un tercero hipotecario, lo que sí que podrá hacer el ejecutado que quiera recuperar el bien inmueble es dirigir la demanda no sólo contra el acreedor hipotecario, sino además contra dicho adjudicatario, y solicitar la anotación preventiva de la misma. Si la demanda del juicio declarativo de oposición se ha interpuesto antes de la adjudicación, el ejecutado podrá demandar también al adjudicatario, pedir la anotación preventiva de la demanda y solicitar la acumulación de los procesos.

En definitiva, como señala DÍAZ FRAILE, «el sistema propuesto está basado, no ya en la idea del carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca, sino más bien en la de un supuesto carácter abstracto del derecho real de hipoteca, desvinculado de los vicios del negocio causal que le da origen» (66).

JOSÉ MARTÍN PASTOR
Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia-
Real Colegio de España y de Valencia
Profesor Ayudante de Facultad de Derecho Procesal
de la Universidad de Valencia

artículo 131 de la Ley Hipotecaria por razón de la limitación de la controversia, se resiente en caso de suprimir el mecanismo registral de garantía de la efectividad de la sentencia que pueda recaer en el procedimiento declarativo al que se remiten las causas de oposición no suspensivas.

Por su parte, GARCÍA GARCÍA, J. M., *El Registro...*, cit., págs. 18-21, esp. págs. 19 y 20-21, respectivamente, también critica la supresión (ahora cancelación) de la anotación preventiva de la demanda de nulidad o extinción de la hipoteca o de nulidad del procedimiento, destacando que «precisamente porque no hay indefensión al existir la posibilidad de contradicción en el juicio ordinario, que es el que debe decidir en “vía jurisdiccional” sobre todas las cuestiones, es por lo que, cabe en cualquier momento que se anote la demanda de nulidad o extinción de la hipoteca o de nulidad del procedimiento o de los asientos registrales en cualquier momento, pues es la esencia misma de los principios registrales de legitimación y de legalidad, para evitar que surjan terceros hipotecarios protegidos y así conseguir que la sentencia del juicio ordinario sea plenamente ejecutable». Por ello concluye afirmando que «si se mantiene este texto, será declarado inconstitucional (...). Pues bien, si no cabe tomar anotación de demanda, la eficacia de la sentencia en el juicio ordinario se vería comprometida y podría no ser ejecutable si surgen terceros hipotecarios del artículo 34 LH. Ello produciría indefensión al deudor o propietario, y no podría ser aplicado (...). Y no hay que olvidar que la limitación de la práctica de las anotaciones de demanda es un límite que puede producir indefensión y dejar prácticamente inútil el ulterior procedimiento jurisdiccional» (la inserción del paréntesis es mía).

(65) DÍAZ FRAILE, J. M.^a, *Nota...*, cit., pág. 1192.

(66) DÍAZ FRAILE, J. M.^a, *Nota...*, cit., pág. 1192.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales

1. *Reconocimiento del Comité de Derechos Humanos.*—En el *BOE* del día 4 de diciembre, se publica la declaración por la que el Gobierno español, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto.

2. *Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.*—En el Boletín de Información del Colegio de Registradores del mes de octubre (págs. 3012 y siguientes) se inserta el texto del Reglamento del Consejo de Europa que aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, así como la Directiva que lo completa.

B) Leyes nacionales

1. *Tratado de Niza.*—En el *BOE* del 7 de noviembre se publica la Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001.

2. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de *Marcas*.

3. Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de *Presupuestos Generales del Estado* para 2002.

4. —Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de *Medidas fiscales, administrativas y de orden social*.

C) Normas Autonómicas

Baleares.—Ley de 20 de octubre. Atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de servicios sociales y Seguridad Social.

Cantabria.—Ley de 20 de noviembre. Protección a las personas dependientes.

Galicia.—Ley de 10 de septiembre. Modificación de la Ley de Concentración Parcelaria para Galicia.

Valencia.—Ley de 26 de noviembre. Reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

II. Información de actividades

A) Colegio de Registradores de la Propiedad

1. *Conferencia sobre la Sociedad Anónima Europea*.—El día 7 de noviembre, don GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil, desarrolló en el salón de actos una conferencia sobre «La Sociedad Anónima Europea. El Reglamento y la Directiva comunitarios desde la perspectiva española».

2. *Curso de Derecho Registral para hispanoamericanos*.—Entre los días 12 a 30 de noviembre ha tenido lugar en el Colegio un curso patrocinado por la Fundación Carolina, al que han asistido veinticuatro registradores de diversos países hispanoamericanos para exponerles el sistema registral español, que los asistentes han seguido con gran interés.

En el acto de apertura, presidido por autoridades del Ministerio de Asuntos Exteriores, el Decano-Presidente don ANTONIO PAU PEDRÓN desarrolló la conferencia inaugural sobre el tema «El Registro de la Propiedad y la seguridad jurídica».

A lo largo del curso se han desarrollado los siguientes temas:

- TEMA I: EL SISTEMA REGISTRAL. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. EL REGISTRADOR: ASPECTOS ORGANICOS E INSTITUCIONALES.

(Profesor: Don JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Registrador de la Propiedad).

- TEMA II: EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

(Profesor: Don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad).

- TEMA III: PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

(Profesor: Don ANTONIO TORNELL, Registrador de la Propiedad).

- TEMA IV: LA EFICACIA DEL REGISTRO. PRESUNCION DE EXACTITUD E INTEGRIDAD DEL REGISTRO.

(Don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad).

- TEMA V: LA INFORMACION REGISTRAL.

(Doña CAROLINA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, don JESÚS JIMÉNEZ JIMÉNEZ).

- TEMA VI: EJECUCION Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
(Profesor: Don JUAN JOSÉ JURADO, Registrador de la Propiedad).
- TEMA VII: RESOLUCIONES SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.
(Profesor: Don EDUARDO FERNÁNDEZ GALBIS, Registrador de la Propiedad).
- TEMA VIII: OTROS EXPEDIENTES JUDICIALES.
(Profesor: Don EDUARDO FERNÁNDEZ GALBIS, Registrador de la Propiedad).
- TEMA IX: LEGISLACION AGRARIA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
(Profesor: Don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad).
- TEMA X: LEGISLACION URBANA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
(Profesor: Don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad).
- TEMA XI: EL REGISTRO MERCANTIL Y EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.
(Profesor: Don ANTONIO HUESO, Registrador de la Propiedad).
- TEMA XII: LA ORGANIZACION PROFESIONAL DE LOS REGISTRADORES.
(Profesor: Don JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Registrador de la Propiedad).

3. *Jornada sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil.*—Tuvo lugar el día 20 de noviembre, exponiéndose los temas siguientes:

- *Procesos ordinarios de declaración: juicio ordinario y juicio verbal*, por don PABLO UREÑA GUTIÉRREZ, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.
- *El proceso monitorio*, por don JULIO BANACLOCHE PALAO, Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense.
- *Ejecución forzosa*, por don JAIME VEGAS TORRES, Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de La Rioja.
- *Medidas cautelares*, por doña MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO, Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valencia.
- *Ejecución hipotecaria*, por don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- *Especialidades de los procesos para la defensa de derechos e intereses de los consumidores y usuarios*, por doña LORENA BACHMAIER

WINTER, Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense.

B) Universidad Carlos III de Madrid

En los días 19 y 20 de noviembre han tenido lugar unas «Jornadas sobre la nueva legislación del suelo de la Comunidad de Madrid y su aplicación práctica», con las siguientes ponencias:

- *Clasificación y categorización del suelo. Efectos de la STC 164/01.*
Ponente: Profesor Doctor LUCIANO PAREJO ALFONSO (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid).
- *Criterios de organización del territorio: clasificación del suelo, áreas homogéneas, ámbitos, sectores y unidades de ejecución.*
Ponente: Don MIGUEL ANGEL LÓPEZ TOLEDANO (Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Técnico-Urbanista).
- *Determinaciones estructurantes y pormenorizadas: el sistema de articulación del planeamiento urbanístico. Calidad de los instrumentos de ordenación. Elaboración, aprobación y revisión del planeamiento. Competencias y aprobación por silencio.*
Ponente: Profesor Doctor LUCIANO PAREJO ALFONSO.
- *Panorámica general sobre la determinación de las edificabilidades y aprovechamientos de referencia en todas y cada una de las clases de suelo y en especial ejemplo en el suelo urbanizable sectoriado.*
Ponente: Don RICARDO SANTOS DÍEZ (Doctor Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Licenciado en Derecho. Técnico-Urbanista).
- *Suelo urbano consolidado. Problemas y alternativas de planeamiento, gestión y edificación ante la STC 164/01. Las TAU en los planes vigentes.*
Ponente: Don JAVIER GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO (Doctor Arquitecto. Técnico-Urbanista).
- *Suelo urbano no consolidado y urbanizable sectoriado. Gestión y ejecución de ámbitos y sectores. Suelo urbanizable no sectoriado, su gestión y ejecución mediante los Planes de Sectorización. Ejemplos prácticos.*
Ponente: Don JOAQUÍN JALVO MÍNGUEZ (Arquitecto. Técnico-Urbanista).
- *Redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios. Gestión y valoración equivalente sustitutoria del suelo.*
Ponente: Profesor Doctor JOSÉ MARÍA EZQUIAGA DOMÍNGUEZ (Profesor Titular de la E.T.S. de Arquitectos de Madrid. Técnico-Urbanista).

- *Compensación urbanística en la nueva Ley del Suelo de Madrid. El agente urbanizador y su intervención sustitutoria en suelo urbano.*
Ponente: GERARDO R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (Profesor de la E.T.S. de Arquitectos de Valencia. Técnico-Urbanista).
- *Instrumentos de legitimación y control del uso del suelo.*
Ponente: Profesor Don AGUSTIN DE ASÍS ROIG (Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid).
- *Problemas de Derecho Transitorio.*
Ponente: Profesor Doctor LUCIANO PAREJO ALFONSO.

C) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

1. *Jornadas sobre la actualidad del Derecho Nobiliario.*—Se han celebrado en los días 20 y 27 de noviembre, con el siguiente programa:

- *Los derechos nobiliarios del cónyuge consorte.*
Ponente: Excmo. Señor don MANUEL DE TABOADA Y ROCA, Conde de Borrajeiros, Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, antiguo Magistrado del Tribunal Supremo.
- *La prescripción en el Derecho Nobiliario español.*
Ponente: Excmo. Señor Doctor don ALFONSO DE CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, Marqués de la Floresta, Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- *La preferencia sucesoria de hombres y mujeres en el Derecho Nobiliario.*
Ponente: Ilmo. Señor Doctor don FÉLIX JAVIER MARTÍNEZ LLORENTE, Profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Valladolid.
- *Mesa redonda en la que participarán los ponentes, junto a don JOSÉ ANTONIO DÁVILA y don CARLOS TEXIDOR, Letrados del Ilustre Colegio de Madrid y especialistas en Derecho Nobiliario, pudiendo intervenir también el público asistente.*

2. *Conferencias sobre «Diplomacia y Derecho Internacional».*—Han tenido lugar durante los días 22 y 28 de noviembre y 4 y 11 de diciembre, desarrollándose las siguientes:

- *El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad internacional entre los Estados, al final del camino,* por el Excmo. Señor don AURELIO PÉREZ GIRALDA, Embajador de España, Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores.

- *La protección del patrimonio cultural subacuático*, por el Excmo. Señor don JOSÉ ANTONIO YTURRIAGA, Embajador en Misión Especial para el Derecho del Mar.
- *De los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda a la Corte Penal Internacional: experiencias de un negociador*, por el Excmo. Señor don JUAN ANTONIO YÁÑEZ, Embajador en Misión Especial, Jefe de la Delegación Española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional.
- *Espacio ultraterrestre: derecho internacional y derecho interno*, por el Excmo. Señor don JOSÉ MANUEL LACLETA, Embajador de España, Antiguo miembro de la Comisión Internacional de Derecho de Naciones Unidas, Presidente del Centro Español de Derecho Espacial.

3. Mesas redondas sobre matrimonio y libertad religiosa

a) El 8 de noviembre se celebró la mesa redonda sobre «Matrimonio religioso y matrimonio civil. Nuevas perspectivas», con este programa:

Moderador:

Profesor Doctor DANIEL TIRAPU MARTÍNEZ, Catedrático de la Universidad de Jaén.

Ponentes:

- *Matrimonio canónico y matrimonio civil en la Segunda República*, por el Profesor Doctor JOSÉ MARÍA VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Almería.
- *Matrimonio canónico y matrimonio civil en la Ley 30/1981*, por la Profesora Doctora MARÍA ELENA OLMOS ORTEGA, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Valencia.
- *Las nuevas causas canónicas de nulidad matrimonial y su incidencia civil*, por la Profesora Doctora MARÍA ALVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN, Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Granada.
- *El matrimonio de las minorías religiosas*, por el Profesor Doctor JAVIER ESCRIVÁ IVARS, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Valencia.
- *Matrimonio religioso y matrimonio civil en la Unión Europea*, por el Profesor Doctor RAFAEL RODRÍGUEZ CHACÓN, Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Complutense.

b) Mesa redonda sobre «Multiculturalismo, Derecho y libertad religiosa», celebrada el 13 de diciembre con las siguientes participaciones:

Moderador:

Profesor Doctor DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Complutense.

Ponentes:

- *Los acuerdos de 1992 del Estado español con las minorías religiosas*, por la Profesora Doctora ANA FERNÁNDEZ-CORONADO, Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Complutense.
- *La integración de las minorías islámicas en la sociedad europea*, por el Profesor Doctor LUIS PORTERO SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Salamanca.
- *Multiculturalismo y objeciones de conciencia*, por el Profesor Doctor JUAN FORNÉS DE LA ROSA, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Navarra.
- *Libertad religiosa y movimientos migratorios*, por el Profesor Doctor EDUARDO BAJET ROYO, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Barcelona.
- *Multiculturalismo y sectas o nuevos movimientos religiosos*, por la Profesora Doctora SARA ACUÑA GUIROLA, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Cádiz.

D) Universidad Católica de Avila

Seminario sobre cuestión agraria y cooperativas.—Se ha celebrado en los días 10 a 14 de diciembre, bajo la dirección del Rector, don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, estudiando la situación de hecho y las leyes que rigen estas cuestiones en el área de los países iberoamericanos.

El programa ha sido el siguiente: «Estudio de la cuestión agraria y las cooperativas en México, Centroamérica, Región andina, Brasil y Cono Sur y, finalmente, España y Portugal».

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 17 de septiembre de 2001.—NULIDAD DE ACTUACIONES POR EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO.—Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por haber emplazado por edictos a herederos desconocidos e inciertos de la demandada, sin haber agotado las posibilidades disponibles para lograr una comunicación efectiva. Ponente: Señor Viver Pi-Sunyer.

Antecedentes.—Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El Banco Herrero promovió demanda de reclamación de cantidad por importe de 4.561.612 pesetas contra la herencia yacente de doña Adelaida Fresco García (de la que la ahora recurrente en amparo era sobrina y heredera única) y contra la comunidad de herederos desconocidos e inciertos de aquélla. En la demanda se hacía constar el último domicilio de la fallecida, solicitándose mediante otrosí libramiento de oficio al Notario ante el que ésta había otorgado testamento para averiguar la existencia de herederos.

b) El Juzgado admitió a trámite la demanda, no accediendo a la solicitud planteada mediante otrosí y emplazando directamente a la herencia yacente y los herederos desconocidos, para su comparecencia en autos, por edictos publicados en el tablón de anuncios del Juzgado y en el «Boletín Oficial del Principado de Asturias».

c) Tras declarar en rebeldía a los demandados por su falta de comparecencia y someter el pleito a prueba, el Juzgado dictó sentencia el 21 de octubre de 1998, estimando la demanda, cuyo encabezamiento y fallo fue publicado en el mencionado Boletín Oficial. Una vez firme la sentencia, el Banco solicitó su ejecución, procediéndose a la subasta de la mitad indivisa de un inmueble propiedad de la fallecida, sito en Gijón, y que era el mismo que figuraba en la demanda como su último domicilio. La adjudicación correspondió al propio Banco con la facultad de ceder el remate a terceros.

d) Conocida a principios de julio de 1999 la subasta por la recurrente en amparo, que era propietaria de la otra mitad indivisa de la vivienda, aceptó la cesión del remate ofrecida por el Banco que se llevó a efecto el 7 de julio de 1998, formulando a continuación incidente de nulidad de actuaciones ex

artículo 240.3 LOPJ, que fue inadmitido a trámite por el Juzgado, al considerar que no se había producido infracción ninguna de las normas procesales.

La recurrente aduce que el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Gijón ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al haber emplazado a la herencia yacente y a la comunidad de herederos inciertos y desconocidos de doña Adelaida Fresco García mediante edictos y no en el domicilio que constaba en la demanda. A juicio de la recurrente en este caso, el Juzgado no debió acudir al emplazamiento edictal, ya que, a tenor de la jurisprudencia constitucional, esta forma de emplazamiento sólo es compatible con el derecho que consagra el artículo 24.1 CE cuando se desconoce el domicilio del demandado y el órgano judicial, una vez agotados los medios ordinarios para averiguar su paradero, llega a la convicción de que no es posible su localización. Supuesto que, en su opinión, no concurre en este caso, ya que en la demanda constaba el domicilio de la persona fallecida y además se indicaba que doña Adelaida Fresco García había otorgado testamento ante el Notario de Gijón, don José Prieto Alvarez-Buylla, por lo que el Juzgado podía haber conocido si en ese momento existían herederos mandando libramiento al Notario para que expidiese copia autorizada del referido testamento, tal y como, mediante otrosí, solicitaba la parte demandante en su escrito de demanda.

Por todo ello considera la recurrente que se le ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se le ha impedido defenderse en un proceso que afecta a sus intereses y que le ocasiona un perjuicio real y efectivo, pues la demandante en amparo es la heredera de doña Adelaida Fresco García, y la sentencia recaída en ese proceso condenó a la herencia yacente y a los herederos desconocidos e inciertos de doña Adelaida Fresco García a pagar al Banco Herrero, S.A., la cantidad de cuatro millones quinientas setenta y una mil seiscientos doce pesetas, más los intereses legales desde la interposición judicial y las costas. También señala que en ejecución de dicha sentencia se adjudicó en primera subasta al Banco Herrero la mitad indivisa de un inmueble de cuya otra mitad es ella la propietaria, lo que la obligó a aceptar el remate cedido por el Banco.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1.º Reconocer que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular las actuaciones y decisiones dictadas y practicadas del juicio de menor cuantía, número 128/98, seguido en el Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Gijón, contra la herencia yacente y herederos desconocidos e inciertos de doña Adelaida Fresco García, así como las resoluciones dictadas en su ejecución y el Auto del mismo Juzgado, de 7 de octubre de 1999, por el que se acordó la inadmisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones suscitado por la ahora recurrente y retrotraer las actuaciones seguidas en el referido juicio al momento inmediatamente anterior al emplazamiento, para que la demandante de amparo sea emplazada con todas las garantías.

Fundamentos jurídicos.—1. En el presente recurso de amparo se plantea la cuestión de si el órgano judicial, al emplazar edictalmente a la herencia yacente y a los herederos desconocidos e inciertos de doña Adelaida Fresco García, ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la ahora recurrente en amparo, heredera de doña Adelaida Fresco García. Aduce la demandante de amparo que, al acudir al emplazamiento edictal sin haber intentado el emplazamiento personal en el domicilio que constaba en la demanda, se le ha privado de ejercer su derecho de defensa en el juicio de menor cuantía promovido por el Banco Herrero contra la herencia yacente y herederos desconocidos e inciertos de doña Adelaida Fresco García, lo que le ha deparado un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos.

El fiscal interesa el otorgamiento del amparo por entender que, al constar en la demanda el último domicilio de la causante, se debió efectuar allí el emplazamiento antes de acudir al emplazamiento edictal, ya que de ese modo hubieran existido más posibilidades de que la recurrente hubiera podido conocer la llamada al proceso. Por ello considera que, al haber emplazado a los recurrentes edictalmente —modalidad de emplazamiento que, a tenor de la jurisprudencia de este Tribunal, sólo debe utilizarse cuando se tiene la convicción o certeza de la inutilidad de otras formas de emplazamiento— sin haber intentado previamente el emplazamiento en el domicilio consignado en la demanda, se ha vulnerado el artículo 24.1 CE.

La entidad bancaria que es parte en este recurso de amparo sostiene, por el contrario, que no puede imputársele esta infracción constitucional al órgano judicial, pues considera que, al haber fallecido la demandada y siendo desconocidas las personas que pudieran ser llamadas a su herencia, el emplazamiento edictal de la herencia yacente y de los herederos desconocidos e inciertos es plenamente ajustado a Derecho. Señala, además, que, aun cuando se hubiera efectuado el emplazamiento en el domicilio que constaba en la demanda —que era el domicilio de la causante—, no por ello la ahora recurrente hubiera tenido conocimiento de la existencia del proceso, ya que en dicho domicilio no residía ya nadie y la ahora demandante de amparo tiene su domicilio en Las Palmas de Gran Canaria. Por otra parte, aduce que el recurso de amparo incurre en la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 44.1.a) LOTC por no haber agotado debidamente la vía judicial ya que, en su opinión, el incidente de nulidad de actuaciones era extemporáneo.

2. Antes de entrar a examinar el fondo de la cuestión planteada debemos analizar si, como sostiene la entidad bancaria, el recurso de amparo incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 44.1.a) LOTC. Como queda dicho, a juicio de esta parte procesal, la recurrente no agotó debidamente la vía judicial al haber interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones extemporáneamente, ya que este recurso lo interpuso el día 28 de julio de 1999, y considera que tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento seguido contra su causante, como mínimo, el 2 de julio de este año, lo que determinaría que el plazo de veinte días, establecido por la Ley para interponer este recurso, venciera el día 26 de julio. Esta afirmación la fundamenta en que el día 5 de julio, su Letrado envió un fax al Banco Herrero por el que le comunicaba que, tal y como hablaron el viernes anterior —que era 2 de julio—, su cliente accedía a que le adjudicaran el remate. Por ello entiende que, tomando como referencia dicha fecha, el incidente de nulidad de actuaciones era extemporáneo, por lo que no puede considerarse agotada la vía judicial, ya que,

en su opinión, la interposición de un recurso fuera de plazo debe equipararse a la no utilización de ese recurso.

No cabe apreciar, sin embargo, esta causa de inadmisibilidad. La eventual extemporaneidad del incidente de nulidad de actuaciones es una cuestión sobre la que, en principio, no puede pronunciarse este Tribunal al ser doctrina constitucional reiterada que, salvo en los casos de error patente o manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad, la apreciación de los requisitos procesales es una cuestión que carece de relevancia constitucional y que, en consecuencia, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales. Por esta razón, al haber apreciado el órgano judicial que el plazo de veinte días establecido por la Ley para interponer el incidente de nulidad de actuaciones debía computarse desde que otorgó poder al Letrado don Víctor M. Menéndez Martínez, por el que le facultaba para aceptar en su nombre la cesión del remate, por entender que fue en ese momento cuando la ahora recurrente tuvo conocimiento del defecto que denunciaba, y al no incurrir esta decisión en error patente —de los datos que obran en el expediente no se deduce con toda evidencia que con anterioridad a esa fecha la ahora recurrente conociera la existencia de la sentencia— ni tampoco tratarse de una decisión arbitraria o irrazonable, este Tribunal debe entender que la recurrente agotó debidamente la vía judicial.

3. Una vez rechazada la causa de inadmisibilidad alegada, debemos entrar ya a analizar si el Juzgado de Primera Instancia, al emplazar edictalmente a la herencia yacente y a los herederos desconocidos e inciertos de doña Adelaida Fresco García, lesionó el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo.

Es doctrina reiterada de este Tribunal la trascendental importancia que posee la correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal para entablar y proseguir los procesos judiciales con plena observancia de los derechos constitucionales de defensa que el artículo 24 CE garantiza a las partes. De ahí que hayamos sostenido que un instrumento capital de esa correcta constitución de la relación jurídico-procesal lo constituye el régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos procesales que tienen lugar en los procedimientos judiciales, pues sólo así cabe garantizar los imprescindibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes del litigio (por todas STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4). Por esta razón hemos señalado también que los órganos judiciales tienen la obligación de velar por la correcta constitución de aquella relación procesal, y por ello hemos considerado que, en aquellos casos en los que de las actuaciones resulte con toda claridad la existencia de posibles interesados, o a partir de los datos que allí consten sea factible que el órgano judicial pueda efectuar el emplazamiento, recae sobre él el deber de velar porque dichos actos se efectúen, no sólo cumpliendo los requisitos legales, sino que además debe garantizar que los mismos sirven a su propósito y, en consecuencia, que garantizan que la parte pueda ser oída en el proceso. Todo ello sin perjuicio de que tampoco puede exigirse al órgano judicial que despliegue una desmedida labor investigadora, lo que podría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales (por todas, STC 268/2000, FJ 4).

En concreto, en relación con el emplazamiento edictal, hemos señalado que la citación por edictos es una modalidad de emplazamiento supletoria y excepcional, a la que sólo cabe acudir cuando el órgano judicial llegue a la

convicción o certeza de la inutilidad de cualquier otra modalidad de citación (SSTC 12/2000, de 17 de enero, FJ 3; 232/2000, de 2 de octubre, FJ 2; 268/2000, FJ 4; 71/2001, de 26 de marzo, FJ 2, entre otras muchas).

Por otra parte, debe recordarse también que, según la doctrina de este Tribunal, no todo defecto o irregularidad procesal que cause indefensión a quien la padece tiene relevancia constitucional, pues para ello es necesario, además, que la indefensión padecida no sea imputable a la parte. De ahí que en los supuestos en que los órganos judiciales han incurrido en irregularidades o defectos procesales que han tenido como consecuencia que sus resoluciones se dictaran *inaudita parte*, para poder apreciar la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE es necesario que la indefensión sufrida no tenga su origen en una actitud negligente del afectado que le haya situado al margen del proceso y que el interesado no hubiera tenido conocimiento extraprocesal de la tramitación del proceso. No obstante, para poder apreciar estas circunstancias, y enervar la lesión de derecho a la tutela judicial efectiva, la parte que las alega no podrá fundarlas en simples conjeturas, sino que, para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, deberá acreditarlas, pues, como hemos sostenido en otras ocasiones (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre; 128/2000, de 16 de mayo, FJ 5; 268/2000, FJ 4, entre otras), lo que se presume es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega.

4. Para determinar en este supuesto si el órgano judicial cumplió su deber constitucional de realizar los actos de constitución de la relación jurídico-procesal respetando las exigencias que se derivan del artículo 24.1 CE, debemos tomar en consideración las circunstancias que concurrieron en ese caso concreto. La primera cuestión que debemos constatar es que la demanda no se dirigió personalmente contra la ahora recurrente en amparo, sino contra la herencia yacente y los herederos desconocidos e inciertos de doña Adelaida Fresco García. Como señalamos en la STC 109/1999, de 14 de junio, FJ 2, en un supuesto similar en el que también la demanda se dirigía contra los herederos y no se les identificaba nominalmente, la designación innominada del demandado trasciende a la efectividad del emplazamiento, cualquiera que sea la forma en la que éste se realice, pues esa abstracta indicación no garantiza que el emplazamiento se haga a una persona concreta ni que, por tanto, esa persona pueda participar en el proceso.

También debe tenerse en cuenta que el emplazamiento no se efectuó en el domicilio que designó el entonces demandante en su escrito de demanda como último domicilio de la causante, sino que directamente se llevó a cabo el emplazamiento edictal. De igual modo debe tomarse en consideración que el demandante en aquel proceso solicitó al órgano judicial que, a efectos del emplazamiento de la demandada, librara mandamiento al Notario de Gijón que se le indicaba, porque, según constaba en una certificación del Registro de Últimas Voluntades, doña Adelaida Fresco García, el 18 de septiembre de 1973, había otorgado testamento ante ese Notario, pero el órgano judicial, sin motivar su decisión, rechazó esta solicitud.

5. Atendiendo a las circunstancias señaladas, y de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, es claro que el órgano judicial acudió al emplazamiento edictal sin antes agotar otras modalidades de emplazamiento más respetuosas con el derecho a la defensa de los demandados en ese proceso. A pesar de que en el escrito de demanda se indicaba el último domicilio de la causante y de que asimismo se le solicitaba que dirigiera mandamiento al

Notario de Gijón en el que, según la certificación expedida por el Registro de Ultimas Voluntades, otorgó testamento para que le remitiera copia del mismo, lo que le hubiera permitido conocer la existencia de posibles herederos y de su posible paradero, el órgano judicial emplazó directamente a la herencia yacente y a los herederos desconocidos e inciertos de la causante sin ni siquiera intentar la notificación en el último domicilio de ésta. De tal modo, al no haber agotado el órgano judicial los medios normales a su alcance para asegurar, no sólo que los demandados en un proceso se encontraban identificados —lo que como se ha indicado, redundaría en la efectividad del emplazamiento—, sino que tampoco intentó su emplazamiento en el domicilio que constaba en la demanda, la actuación del Juzgado no puede considerarse acorde con el deber constitucional que se deriva del artículo 24.1 CE.

6. Una vez apreciado que el órgano judicial efectuó el emplazamiento sin cumplir las exigencias que se derivan del artículo 24.1 CE, y siendo claro que en este caso la recurrente en amparo, al ser heredera de doña Adelaida Fresco García, tenía un interés en ese proceso y que la falta de audiencia en dicho proceso le ha causado indefensión material —indefensión a la que ha de otorgársele este carácter al margen de la incidencia que hubieran podido tener sus alegaciones en el resultado del proceso—, queda por descartar que la indefensión padecida haya podido tener su origen en una actuación imputable a su falta de diligencia, pues, como se ha indicado, para que la infracción procesal conlleve la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es necesario que la indefensión ocasionada no sea imputable a una actuación negligente de la parte que la padece.

Pues bien, en el presente caso no existe ningún dato en las actuaciones del que pueda deducirse que la situación de indefensión padecida por la recurrente se deba a su negligencia, pues su falta de emplazamiento personal no trae causa de ninguna acción que le sea imputable ni tampoco existe circunstancia alguna de la que quepa deducir con toda evidencia que la recurrente conocía la existencia del proceso.

Por todo ello debemos considerar que el órgano judicial incurrió en la vulneración constitucional que le imputa la recurrente y, en consecuencia, lesionó su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FERNANDO CURIEL LORENTE

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Registro de la Propiedad

Resolución de 10 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Málaga, número 9
(*BOE de 13-10-2001*)

DOCUMENTO PRIVADO. ELEVACION JUDICIAL A PUBLICO. NECESARIA COINCIDENCIA.

En cumplimiento de sentencia dictada en juicio declarativo para elevación a público de un contrato privado de compraventa, el Juez, en rebeldía del vendedor, otorga la venta no a favor del comprador, ya fallecido, sino a favor de su esposa e hijo, que son quienes han instado el procedimiento: no procede la inscripción porque lo actuado no es congruente con la sentencia y el Juez carece de legitimación suficiente para otorgar el acto formalizado que altera sustancialmente el contrato inicialmente celebrado.

Resolución de 11 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Posadas
(*BOE de 30-10-2001*)

SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO. TITULO MATERIAL.

No procede la inscripción de una sentencia que se limita a declarar, por allanamiento del demandado, que el dominio de una mitad indivisa corresponde al actor, sino que es preciso indicar la causa o título material en que se funda la adquisición o acompañar el documento que conste en autos del que se deriva dicho título material.

Resolución de 12 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Valencia, número 4
(BOE de 30-10-2001)

USUFRUCTO SUCESIVO. CONSTITUCION POR EL NUDO PROPIETARIO.

Es posible la inscripción como sucesivo del usufructo que el nudo propietario se reserva al enajenar la nuda propiedad, pues, aunque no es titular de dicho derecho, no es el actual usufructo lo que desea inscribir a su nombre, sino el que le corresponderá al consolidarse el mismo con la nuda propiedad.

Resolución de 13 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Mérida, número 1
(BOE de 29-10-2001)

PARTICION DE HERENCIA. NULIDAD DE TESTAMENTO. NECESIDAD DE SENTENCIA.

No procede la inscripción de una partición hereditaria realizada sobre la base de un acta notarial de declaración de herederos, aun existiendo un testamento anterior que el Notario estima nulo por preterición no intencional de legitimarios, siendo necesario bien el consentimiento de todos los favorecidos por el testamento presuntamente nulo o la declaración judicial de la nulidad del testamento, del cual no puede prescindirse sin alguno de tales requisitos.

Resolución de 14 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 3
(BOE de 29-10-2001)

HIPOTECA. NOVACION. AMPLIACION DE HIPOTECA. LEY 2/94. NO NECESIDAD DE CANCELACION PARCIAL. REDISTRIBUCION DE RESPONSABILIDADES ENTRE LAS DIVERSAS FINCAS.

La extralimitación del negocio novatorio de un préstamo hipotecario respecto de los requisitos de la Ley 2/94 no impide su validez e inscripción, sino que, únicamente, condiciona el disfrute de los beneficios fiscales y arancelarios que dicha ley concede.

El reconocimiento por los interesados, en particular el acreedor, de la amortización parcial del préstamo garantizado, no impide la inscripción de la novación del mismo, ya que ningún precepto impone la cancelación parcial de la hipoteca, sin perjuicio del valor que la consignación de la amortización pueda tener (similar a la nota de los arts. 144 LH y 240 RH, a la vista, sobre todo, del art. 688.1 LEC).

No siendo necesaria la cancelación parcial, tampoco resulta imprescindible la redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas, pues cada una quedará respondiendo por los conceptos y cantidades iniciales más las que son resultado de la ampliación.

Resolución de 15 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Nules, número 1
(BOE de 29-10-2001)

TRACTO SUCESIVO. ANOTACION DE EMBARGO.

Los principios registrales de legitimación, salvaguardia judicial de los asientos y tracto sucesivo, impiden anotar un embargo acordado en procedimiento en el que no sean parte los actuales titulares de los bienes trabados, sin que baste con que dichos titulares sean herederos del deudor ni que se dirija el procedimiento de forma indeterminada contra quienes sean herederos del mismo deudor demandado, cuando los bienes embargados figuran ya inscritos a favor de determinados herederos en virtud de la correspondiente partición hereditaria.

Resolución de 17 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz
(BOE de 30-10-2001)

CONDICION RESOLUTORIA. RESOLUCION UNILATERAL. FALTA DE INSCRIPCION DE LA CONDICION.

La falta de inscripción de la condición resolutoria, que formaba parte del pliego de condiciones de la subasta en virtud de la cual se inscribió la compraventa que ahora se resuelve, no es obstáculo para inscribir la resolución acordada por el Ayuntamiento, dado que la finca no ha pasado a tercero y sigue inscrita a favor del adjudicatario, habiendo tenido el Registrador a la vista el citado pliego de condiciones.

No se valora, por no haberse alegado como defecto en la nota de calificación, si la sola decisión del Ayuntamiento puede tener acceso al Registro para reinscribir a su favor la finca en virtud de la resolución unilateralmente acordada.

Resolución de 21 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Trujillo
(BOE de 29-10-2001)

CALIFICACION. MOMENTO AL QUE HA DE REFERIRSE. DOCUMENTOS PRESENTADOS CON POSTERIORIDAD. CIERRE DEL REGISTRO MERCANTIL.

La calificación de la capacidad y legitimación de los otorgantes debe referirse al momento del otorgamiento del acto sujeto a calificación y no al momento de la presentación del documento correspondiente en el Registro de la Propiedad.

La posibilidad de que para calificar un documento tenga el Registrador a la vista otro presentado con posterioridad, del que, según el recurrente pero sin que resulte acreditado, se desprende la nulidad del primero, no puede llevar al extremo de desvirtuar totalmente el principio de prioridad, rechazando el despacho del documento primeramente presentado.

El cierre provisional de la hoja registral mercantil de una sociedad previsto en el artículo 378 RRM, desvirtúa la eficacia legitimadora de los asientos en ella contenidos, a efectos de acreditar razonablemente la validez y subsistencia de la representación alegada en el documento.

Resoluciones de 22 y 26 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Bermillo de Sayago
(BOE de 30-10-2001)

HIPOTECA. NOVACION. CAMBIO DE INTERESES FIJOS A VARIABLES. ADAPTACION DE LA RESPONSABILIDAD. PRINCIPIO DE DETERMINACION.

En materia de préstamos hipotecarios, el principio de determinación registral sólo se predica respecto del derecho real de hipoteca, siendo irrelevantes los aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía, por lo que no hay obstáculo para inscribir una novación en la que cambian los intereses de tipo fijo a variable, sin modificación de la responsabilidad y sin fijación de un tipo máximo, si aparece inequívocamente determinado el límite de la cobertura hipotecaria por dichos conceptos.

Resolución de 24 de septiembre de 2001
Registro de la Propiedad de Madrid, número 33
(BOE de 30-10-2001)

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION DE ESTATUTOS. RECTIFICACION DE ERROR DE CONCEPTO.

No cabe rectificar una inscripción de modificación de estatutos por el presunto error cometido al practicarla, a solicitud del presidente de la comunidad en virtud de los mismos documentos que causaron la inscripción equivocada, cuando consta que han cambiado ya los integrantes de la comunidad y la rectificación afectaría a sus derechos según la situación registral vigente cuando se practicó la inscripción a su favor, siendo necesario el consentimiento unánime de todos los actuales interesados.

Registro Mercantil

Resoluciones de 1 y 18 de septiembre de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número VIII
(BOE de 29 y 30-10-2001)

CUENTAS ANUALES. FALTA DE DEPOSITO. CERTIFICACION ARTICULO 378 RRM.

El cierre de la hoja registral de una entidad sólo procede por incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas, pero no por el hecho de que no hayan sido aprobadas o formuladas por los administradores, por lo que

acreditado, mediante la certificación prevista en el artículo 378 RRM, que las cuentas no habían sido aprobadas con expresión de la causa (no haber sido formuladas por el órgano de administración y haber cesado la sociedad en su actividad), procede la reapertura de la hoja sin que pueda el Registrador entrar a calificar si la causa expresada es o no suficiente a tales efectos.

Resolución de 3 de septiembre de 2001
Registro Mercantil de Segovia
(BOE de 29-10-2001)

CUENTAS ANUALES. FALTA DE DEPOSITO. CERTIFICACION ARTICULO 378 RRM.

El cierre de la hoja registral de una entidad sólo procede por incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas, pero no por el hecho de que no hayan sido aprobadas o formuladas por los administradores, por lo que acreditado, mediante la certificación prevista en el artículo 378 RRM, que las cuentas no habían sido aprobadas con expresión de la causa (haber votado en contra la totalidad de los socios), procede la reapertura de la hoja sin que pueda el Registrador entrar a calificar si la causa expresada es o no suficiente a tales efectos, ni si la prolongada situación de falta de aprobación de las cuentas permite presumir mala fe y ánimo fraudulento en la sociedad incompatible con el levantamiento del cierre registral.

Resolución de 19 de septiembre de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número IV
(BOE de 30-10-2001)

CIERRE REGISTRAL. FALTA DE ADAPTACION S.A. (DT 3.ª, 4 LSA).

La falta de inscripción de la adaptación de los estatutos sociales a la LSA determina, cfr. DT 3.ª, 4 LSA, el cierre de la hoja registral, sin que baste con alegar que la adaptación ha sido acordada pero no se ha inscrito.

Resolución de 20 de septiembre de 2001
Registro Mercantil de Madrid, número X
(BOE de 30-10-2001)

CIERRE REGISTRAL. FALTA DE DEPOSITO DE CUENTAS. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD.

No cabe oponer el cierre de la hoja registral de una sociedad por falta de depósito de cuentas, y exigir la realización de éste con carácter previo, para la inscripción de una escritura de disolución de la sociedad, nombramiento de liquidador y extinción de aquella, por cuanto, realizada la liquidación, carece de sentido condicionar el reflejo registral de la extinción de la sociedad al cumplimiento de un requisito previsto para el caso de que la sociedad se encuentre viva.

Resolución de 21 de septiembre de 2001
Registro Mercantil de Segovia
(BOE de 30-10-2001)

CIERRE REGISTRAL ADAPTACION DE S.A.L. (DT 3.ª, 4 LSA). ACTOS ANTERIORES INSCRITOS.

La falta de inscripción de la adaptación de los estatutos sociales a lo establecido en la LSA determina, cfr. DT 3.ª, 4 LSA, el cierre de la hoja registral, sin que baste alegar que se ha adaptado e inscrito la cifra mínima de capital, cuya falta está prevista en la DT 6.ª, 1 LSA, y sin que quede la Registradora vinculada en su calificación por la posible errónea inscripción de actos que no deberían hacer accedido al Registro.

F. C. L.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR CARMEN BETEGÓN SANZ, PEDRO FERNÁNDEZ-BOADO G. VILLAAMIL,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HIPOTECA. INTERESES. DETERMINACION.—DEBE CONSIDERARSE SUFICIENTEMENTE DETERMINADA LA RESPONSABILIDAD POR INTERESES DE DEMORA, FIJANDO EL NUMERO DE ANUALIDADES Y EL TIPO MAXIMO DE DEVENGO, SI, DEL CONTEXTO, PUEDE DEDUCIRSE TAMBIEN QUE LA BASE SOBRE LA QUE SE APLICA ESTE TIPO ES LA MISMA CIFRA DE CAPITAL. (RESOLUCIÓN DE 25 DE JUNIO DE 2001. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001.)

RESOLUCION de 25 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Zaragoza, don José María Badía Gascó, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de dicha ciudad, número 5, doña Carmen Betegón Sanz, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Zaragoza, don José María Badía Gascó, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de dicha ciudad, número 5, doña Carmen Betegón Sanz, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 17 de julio de 1998, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Zaragoza, don José María Badía Gascó, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid concede un préstamo a don F. J. S. P., el cual constituye primera hipoteca sobre una vivienda de su propiedad. En la cláusula hipotecaria primera de la citada escritura se establece: «Sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la parte prestataria, en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura, constituye hipoteca a favor de la Caja de Ahorros y

Monte de Piedad de Madrid, que por medio de sus representantes en este acto la acepta, sobre la finca descrita en el número segundo del expositivo II de esta escritura, la cual queda respondiendo de la suma de un millón de pesetas de principal, dos anualidades de intereses remuneratorios al tipo del 4,75 por 100, salvo modificación pactada, de acuerdo con los términos del contrato, y de tres anualidades de intereses moratorios al tipo de los que resulta establecido para su cálculo en la cláusula sexta, sin que en ninguno de ambos casos pueda sobrepasarse el límite del 13 por 100 y de la cantidad de cuatrocientas mil pesetas que se estipulan para costas y gastos».

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 5, fue calificada con la siguiente nota: «Prevía calificación del precedente documento, se suspende la inscripción por el siguiente defecto subsanable: Siendo la hipoteca en garantía de los intereses moratorios una hipoteca de máximo no se determina, al constituirse, la cantidad máxima de que responde la finca conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado. Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de tres meses, a contar desde esta fecha en los términos prevenidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de acudir ante los Tribunales de Justicia para que declaren la validez e inscribibilidad del presente documento a tenor de lo previsto en el primero de los preceptos citados. Zaragoza, 6 de noviembre de 1998. La Registradora. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que no procede tal suspensión en base a los argumentos siguientes: 1.º Que el artículo 153 de la Ley Hipotecaria regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, hipoteca de máximo. La hipoteca cuya escritura de constitución es objeto de calificación es una hipoteca de tráfico ordinario, si bien de interés variable, cuya cuantía está determinada por principal y costas y gastos, y solamente en lo relativo a los intereses que son variables quede pendiente de determinar, pero cuya cuantía es determinable para la integración del título ejecutivo, sin que sea aplicable ninguno de los procedimientos que regula dicho artículo. Bastará simplemente hacer el cálculo de los intereses en los términos convenidos con referencia a unos tipos preestablecidos. En tal sentido, la hipoteca se constituye como de caución y seguridad y por ello es necesario, por exigencias del principio de especialidad, la determinación de un máximo, con distinción de uno y otro tipo de intereses. 2.º Que parece ser que el defecto a que se refiere la Registradora es la indeterminabilidad del máximo garantizado por intereses moratorios con los datos que se reflejan en el documento, aunque creo que lo mismo que para los moratorios sería predicable respecto de los ordinarios. Dado lo escueta que es la nota, no se puede adivinar cuál debería ser la redacción correcta a juicio de la señora Registradora. Que se intuye que la cuestión se reduce a si con los datos con que se cuenta se puede hacer el cálculo del máximo garantizado por este concepto. El capital al que se aplica el tipo es el principal prestado. El tipo tiene que ser determinable y máximo. Determinable con arreglo a la estipulación tercera-bis: MIBOR a un año, redondeado por exceso al cuarto, incrementado a setenta y cinco centésimas, eliminando el tercer decimal. Y máximo, el 13 por 100, aplicable igualmente a los intereses ordinarios. 3.º Que, por lo expuesto, el cálculo correcto del

total garantizado es: Principal: 1.000.000 de pesetas. Dos anualidades de intereses remuneratorios al tipo máximo del 13 por 100: 260.000 pesetas. Tres anualidades de intereses moratorios al tipo máximo del 13 por 100: 390.000 pesetas, y costas y gastos: 400.000 pesetas. Total: 2.050.000 pesetas. Cantidad total por la que responde la finca por razón de la hipoteca, que además sirve de base, tanto para la liquidación de honorarios, como a la liquidación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados. 4.º Que se considera que la fórmula utilizada en la cláusula primera de constitución de la hipoteca, no sólo deja claro el tope máximo garantizado, sino también que al prestatario le van a hacer la liquidación de unos y otros intereses en los términos convenidos y no le van a aplicar a palo seco el 13 por 100.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de la nota informó: A) Se constituye una hipoteca de máximo, sin que la escritura contenga todos los elementos o circunstancias necesarias para su inscripción. En el documento calificado se constituyen dos tipos de hipoteca: 1. Una hipoteca de tráfico ordinario cuya cuantía se determina por el principal prestado y los intereses remuneratorios calculados sobre el mismo (cfr. art. 315 del Código de Comercio y cláusula tercera de la escritura expresiva de que «la cantidad prestada devengará intereses»). 2. Dos hipotecas de máximo, una en garantía de posibles intereses moratorios y otra en garantía de posibles costas y gastos, esta última perfectamente constituida al establecerse una cifra determinada de responsabilidad hipotecaria y que, por tanto, no es objeto de recurso. Que ambas hipotecas, la de tráfico y la de máximo, garantizan intereses en un caso recayentes sobre el principal prestado y en otro caso recayentes sobre las cantidades en las que el deudor incurra en mora, sin que la circunstancia de que estos sean variables, pendientes de determinar o determinables, tenga relevancia a los efectos del recurso, porque ni se cuestiona ni se señala como defecto en la nota de calificación. Pero la distinta naturaleza de ambos tipos de intereses significa que son dos hipotecas distintas y de distinta naturaleza jurídica, por cuanto garantizan obligaciones diferentes, no obstante sin conexión causal, como dicen las Resoluciones de 20 de mayo de 1987 y 11 de febrero de 1998. Que resulta que hay que constituir una garantía específica en seguridad de los intereses moratorios y que la escritura debe contener todos los elementos necesarios para su inscripción, fundamentalmente la determinación de la cantidad máxima de la que responde la finca, mediante una declaración de voluntad expresa. Que la hipoteca de máximo en garantía de intereses moratorios garantiza una obligación futura al amparo de los artículos 1.861 del Código Civil y 142 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, indeterminada no sólo en cuantía sino también su existencia o, como dice el artículo 142 de la Ley Hipotecaria. Que la única exigencia legal para la constitución de la hipoteca de máximo es que se establezca en la escritura «la cantidad máxima de que responde la finca», exigencia derivada del principio de especialidad (art. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario) y exigida literalmente por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, que es aplicable por analogía a todo tipo de hipoteca en garantía de obligación futura. En relación con este tipo de hipotecas cabe traer a colación, como dice la Resolución de 23 de diciembre de 1987, que la escritura de constitución de la hipoteca de máximo no es por sí sola un título ejecutivo, toda vez que no acredita de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, debiendo acudirse a cualquier procedimiento liquidatorio, con lo que la analogía se acentúa con el supuesto tipificado en el artículo 153 de la Ley

Hipotecaria. Que la cláusula primera de la constitución de la hipoteca establece el tiempo y el tipo, no establece la base sobre la que haya de aplicarse el tipo para, con una simple operación matemática, resulte determinada la cantidad máxima de que responde la finca. Que al no resultar explícitamente la base, ni haberse establecido una cifra cierta, como dice la Resolución de 29 de octubre de 1984, existe una clara indeterminación en la escritura de constitución de la hipoteca que infringe el principio de especialidad que a estos efectos hubiera sido suficiente explicitar que el tipo se aplicaría sobre el principal para cumplir la exigencia legal de determinación de un máximo y ello pudiendo y debiendo hacerlo como resulta de la Resolución de 20 de mayo de 1987 y no se hace. Que de las cláusulas de la escritura no resulta otra cosa que una hipoteca indeterminada en la cuantía de la responsabilidad hipotecaria. B) Que el recurso se limita a explicar *a posteriori* lo que la escritura podía y debería decir y no dice, con lo que implícitamente se reconoce la imprecisión de la cláusula e incluso el defecto señalado. Que el recurrente acude a la ficción de presumir o presuponer que es el principal del préstamo garantizado con la hipoteca de tráfico el que tiene que servir de base de cálculo para determinar la cuantía de la hipoteca de máximo, cuando son hipotecas distintas que garantizan obligaciones de distinta naturaleza, sin que pueda presumirse que la primera pueda servir de referencia para suplir omisiones en la constitución de la segunda, sin declararlo expresamente. Que el mismo recurrente no dice que la escritura calificada determine o establezca la responsabilidad por intereses moratorios, sino que de la escritura resultan, a su juicio, elementos para determinarla, pero siempre basando su afirmación sobre la premisa de presumir la base del cálculo, presunción respetable, que ni es compartida ni asumida por el Registrador que califica, ni sirve de base para la extensión del asiento registral, como afirma la Resolución de 29 de octubre de 1984. En efecto, para que se pudiera inscribir la escritura constituida, tal como resulta del documento calificado, tendría necesariamente que consignar en la inscripción que el tipo fijado se aplica sobre el principal prestado, ya que de otro modo quedaría indeterminada la cifra de la responsabilidad hipotecaria y no respondería a las exigencias del principio de especialidad, ni del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, trasladándose la misma indeterminación a la inscripción. Que en este punto hay que señalar lo que dicen las Resoluciones de 6 de marzo de 1997 y 30 de junio de 1987. Que la cuestión tiene importancia a los efectos de publicidad registral y conforme a lo que establece el artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón confirmó la nota de la Registradora, fundándose en los argumentos contenidos en el informe de aquélla.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.281 y 1.284 del Código Civil; 12 y 153 de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 17 de marzo y 28 de septiembre de 2000.

1. Se plantea en este recurso si es posible interpretar una cláusula que pretende determinar la responsabilidad hipotecaria por intereses de demora de un préstamo, especificando sólo el número de anualidades (tres) y el tipo máximo del interés (13 por 100), en el sentido de que la base de cálculo es el capital del préstamo para salvarla del defecto de indeterminación.

2. Ciertamente, como sostiene la Registradora, la extensión de la garantía se ha de dar a conocer por datos numéricos (Resolución de 29 de octubre de 1984), y, por otra parte, no puede el Registrador modificar los términos del contrato (Resolución de 6 de marzo de 1997), ni integrarlo o configurarlo en todos sus aspectos (Resolución de 30 de junio de 1987). Pero esto, que sería en verdad excederse de la función calificadora, no es equiparable a la interpretación, que es búsqueda de la verdadera voluntad de las partes, insuficiente u oscuramente expresada, y debe realizarse en todo caso, y, salvo que se exija la constancia expresa en el título de cierta circunstancia o dato esencial para la válida constitución de la relación o derecho de que se trate (cfr., por ejemplo, art. 54 del Reglamento Hipotecario sobre determinación de cuotas de los condóminos) será posible inducir tal circunstancia o dato en caso de omisión expresa, aplicando las pautas del Código Civil sobre interpretación de los negocios, lo que no ha de confundirse con la conjetura o presuposición de voluntad sin base alguna.

3. Contrada así la cuestión, hay que saber si al ser hipoteca de máximo la que garantiza la eventual obligación de pago de intereses de demora, para cuya constitución hay que determinar en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca (cfr. arts. 12 y 153 de la Ley Hipotecaria), es necesario que consten en forma expresa en la escritura todas las circunstancias para la determinación de los intereses asegurados sin que sea posible su deducción por interpretación.

4. La determinación de la responsabilidad hipotecaria es un pacto negocial susceptible de interpretación como los demás, ya que no exige la ley que se fije numéricamente una cifra sino sólo que se «determine» dentro del límite admisible, tratándose de cobertura de intereses ordinarios o de demora, y la determinación que resulte es imputable a la voluntad de las partes, aunque surja sólo del empleo del criterio objetivo de atribución del sentido más favorable al pacto para que surta efectos el contrato, de acuerdo con su naturaleza.

5. En la interpretación del negocio (cfr., entre otras, las Resoluciones de 17 de marzo de 2000 y de 28 de septiembre de 2000) ninguno de los medios (literal, sistemático, finalista) es jerárquicamente superior o excluyente de los otros. El elemento literal, por insuficiente, es el que suscita la duda (art. 1.281 del Código Civil). El sistemático (art. 1.284 del Código Civil) tampoco sirve, porque el pacto sobre devengo de intereses de demora incurre con claridad en la figura de anatocismo, ya que ordena la capitalización por trimestres vencidos de los intereses de demora liquidados y no satisfechos, lo que en el ámbito registral es rechazable, según reiterada doctrina de este Centro Directivo. Habrá que optar forzosamente por la interpretación más conforme a la naturaleza del negocio para que éste produzca efectos (art. 1.285 del Código Civil), y así, al delimitarse la cuantía de los intereses moratorios asegurados mediante la consignación de un número de años y de un tipo máximo, sin expresar sobre qué se computan, y dado que la obligación de pago de intereses de demora sobre ser eventual incurre en anatocismo, no pueden haberse referido útilmente a esta obligación como base de cálculo, sino, más bien a la obligación de pago del capital, que surge ya, y nada impide que como ordinariamente ocurrirá, salvo que claramente resulte lo contrario, se tome como base para la determinación de la cobertura hipotecaria máxima de los intereses de demora, habida cuenta, además, de la evidente conexión más que causal de accesoriidad entre el aseguramiento hipotecario de los intereses moratorios y el del principal e intereses

ordinarios, todo ello dentro del único derecho real de hipoteca constituido, inscribible en único asiento con único rango.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el Auto apelado y la calificación del Registrador.

Madrid, 25 de junio de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

COMENTARIO

En escritura de diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho, otorgada ante el Notario de Zaragoza, don José María Badía Gascó, se constituye una hipoteca que incluye la siguiente cláusula: «...y de tres anualidades de intereses moratorios al tipo de los que resulta establecido para su cálculo en la cláusula sexta, sin que en ninguno de ambos casos pueda sobrepasarse el límite del 13 por 100...»

Esta cláusula motiva la siguiente nota: «Prevía calificación del precedente documento, se suspende la inscripción por el siguiente defecto subsanable: Siendo la hipoteca en garantía de los intereses moratorios una hipoteca de máximo, no se determina, al constituirse, la cantidad máxima de que responde la finca conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria».

La Dirección General de los Registros y del Notariado, con fecha veinticinco de junio de dos mil uno, resuelve el recurso entablado contra esta nota con la apoyatura, exclusivamente voluntarista, de establecer una nueva forma de subsanación de los defectos de que adolecen los títulos objeto de una nota de calificación. Ante la importancia del tema y dada su repercusión en orden a la calificación y, en general, a la función registral, con este breve comentario se invita a reflexionar sobre lo que puede constituir una extralimitación en la competencia y función que la Ley asigna a la Dirección General en materia de Recursos Gubernativos, en cuanto se atribuye facultades que significan de hecho una subrepticia modificación y limitación de la calificación registral, por la estrecha vía de una resolución administrativa, así como la posible elusión de unos textos legales, aparentemente claros y terminantes, realizada quizá en una clave y con un trasfondo más político que estrictamente jurídico, tendente a liberar del control de legalidad la actuación del Notario.

Según la Dirección General, «se plantea en este recurso si es posible interpretar una cláusula que pretende determinar la responsabilidad hipotecaria por intereses de demora en un préstamo, especificando sólo el número de anualidades (tres) y el tipo máximo de interés (13 por 100), en el sentido de que la base de cálculo es el capital del préstamo, para salvarla del defecto de indeterminación».

Es importante señalar que la Dirección General reconoce, sin lugar a dudas, que la cláusula de constitución de la hipoteca de máximo en garantía de intereses moratorios, tan escuetamente redactada, adolece de un vicio o «defecto de indeterminación», que es el que motiva la nota de suspensión recurrida, por lo que el defecto existe, y la nota de calificación es correcta y ajustada a derecho.

En respuesta a su propio planteamiento, la Dirección General se muestra beligerante y estima que puede «interpretar la cláusula... para salvarla del defecto de indeterminación» atribuyéndose la función de subsanar el defecto de que adolece el título por la vía de una resolución administrativa. Así, interpreta o deduce que la base a que se debe aplicar el tipo tiene que ser el principal del préstamo, y revoca la nota de calificación para que la escritura así «salvado el defecto» sea inscrita.

La cuestión básica radica precisamente en determinar el alcance y límites de la Dirección General en la resolución de los recursos contra las notas de calificación, y determinar cómo y por quién ha de hacerse la subsanación. Es decir, si la Dirección General tiene legalmente la facultad de interpretar una escritura para salvar un defecto subsanable señalado en la nota de calificación, o reconocida la existencia del defecto sólo ha de confirmar la nota para que sea subsanado.

Hay que recordar, como cuestión general que, ante esta escueta cláusula de constitución de la hipoteca de máximo que la Dirección General considera indeterminada, el Registrador que califica originariamente la cláusula puede tener dos opciones:

- 1.º Considerar, legítimamente, que la cláusula, a pesar de su indeterminación, puede interpretarla y salvarla en sentido favorable a su inscripción y la inscribe.
- 2.º Considerar, con igual legitimidad, que la cláusula al ser indeterminada, no se ajusta al mandato legal y exigir su subsanación formal.

Esta doble opción es consecuencia de la propia función calificadora que corresponde exclusivamente al Registrador, es decir, a cada Registrador que califica e inscribe bajo su responsabilidad, y que ha de interpretar cada título para calificar «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...» (art. 18 LH), y los demás requisitos necesarios para la inscripción, sin que ninguna calificación registral tenga que ser necesariamente uniforme ni uniformada.

Todo contencioso originado por una nota de calificación ha de ser resuelto por la Dirección General para cada caso concreto, dentro de los límites y con observancia de unas normas legales. Sin embargo, en esta Resolución se soslaya que la función interpretativa que la Ley le atribuye se circunscribe a controlar la legalidad de la actuación del Registrador en orden a la inscripción del título, y que ante una nota de calificación ha de interpretar y resolver si existe y es ajustado a derecho el defecto señalado, o que el título no adolece de ningún defecto, y en consecuencia confirmar o revocar la nota de calificación recurrida. Por el contrario, lo que no parece encajar en la legislación vigente es que la labor interpretativa de la Dirección General pueda servir, por el cauce de una resolución, para imponer directamente la subsanación del título calificado y dictar una norma general de calificación.

No existe en la Ley ni en el Reglamento Hipotecario ningún precepto que permita a la Dirección General interpretar la validez de los actos dispositivos, para «salvar» o entender salvado por la vía interpretativa un defecto del título calificado, prescindiendo de su subsanación formal. Por eso, la «interpretación subsanatoria» que la Dirección General se atribuye e impone en esta resolución, no sólo suplanta y limita el derecho del Registrador a calificar el

título originario de modo discrepante, sino también a calificar la subsanación del defecto en orden a la inscripción del título defectuoso.

En efecto, la Dirección General está obligada a respetar y cumplir la normativa vigente: No sólo el artículo 18 de la LH, sino específicamente el artículo 126 del RH, que regula imperativamente la forma de resolver y el alcance y límites de la propia resolución, así como el artículo 110 del RH, que ordena por quién y en qué forma han de subsanarse los defectos, en su caso, reconocidos en la resolución.

Según el artículo 126 del Reglamento Hipotecario: «Si la resolución declarase insubsanable el defecto, el Registrador cancelará de oficio ... Si la resolución declarase subsanable el defecto, podrá ser subsanado dentro de los quince días siguientes ... Si se resolviese que procede practicar la inscripción, por no adolecer el título de defecto alguno, el Registrador extenderá el asiento solicitado...»

Por otra parte, el artículo 110 del RH dice: «Las faltas subsanables, cualquiera que sea su procedencia, podrán subsanarse por instancia de los interesados ... siempre que no fuese necesario un documento público y otro medio especialmente adecuado».

De acuerdo con ambos textos, de obligado cumplimiento para la Dirección General, admitida la existencia del «defecto de indeterminación», sólo puede confirmar la nota para que el defecto sea subsanado en la forma reglamentaria por el interesado (arts. 126 y 110 del RH). Parece que, en modo alguno, puede la Dirección General subsanar o considerar subsanado el defecto en la propia resolución y revocar la nota de calificación.

Así, al margen de la legislación vigente, se trata de introducir una novedosa forma de «subsanación interpretativa», carente de constancia documental calificable, también, por el Registrador (art. 18 de la LH), infringiendo a sabiendas y deliberadamente los artículos 126 y 110 del RH.

No sería jurídicamente correcto el subterfugio de mantener que la Ley no se lo prohíbe, porque en esta materia procesal sólo es válido lo que está permitido y reglamentado para que se cumpla. Tampoco que en la resolución no se confirma expresamente el defecto sino que sólo se salva la indeterminación de la escritura, por lo que, al quedar salvada, se revoca la nota; porque puestos a especular dentro de la arbitrariedad, más congruente con la legislación vigente hubiera sido resolver, porque sí, que la cláusula «no adolecía de defecto alguno», revocando la nota y ordenando la inscripción de la cláusula, sin tener que acudir a ningún tipo de arbitraria interpretación, para lo cual haría falta, también, una buena dosis de temeridad jurídica.

Hasta aquí, a nuestro juicio, la Dirección General se extralimita en su función, siendo la resolución de dudosa legalidad por un grave defecto de procedimiento.

Por otra parte, la Dirección General considera que la labor hermenéutica que realiza en orden a la subsanación del defecto, es algo aséptico que no implica ni la configuración ni la integración de la cláusula defectuosa, ya que no se rectifica formalmente, sino que su interpretación sólo consiste en «buscar la verdadera voluntad de las partes insuficiente u oscuramente expresada», cuya insuficiencia u oscuridad hay que suplir para, como afirma, «inducir tal circunstancia o dato en caso de omisión expresa». Prescindiendo del juego de palabras de si inducir una omisión expresa implica de hecho integrar o configurar la cláusula defectuosa, hay que resaltar:

1. Que la facultad de interpretar los contratos en orden a su validez, recogida en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil es, según el Tribunal Supremo, una facultad que corresponde privativamente a los Tribunales de Instancia.

2. Que esta facultad corresponde también al Registrador, que al calificar realiza un juicio jurídico y objetivo de valor sobre la «validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...» (art. 18 LH), en orden a la inscripción del título.

3. Que la Ley no atribuye a la Dirección General la función de interpretar la voluntad de las partes, para salvar un defecto del título y ordenar su inscripción, a ejercer por la vía de una resolución administrativa, sin que ninguna norma general interpretativa pueda ser impuesta al Registrador en orden a la calificación ni a la subsanación del título (arts. 18 LH y 110 RH).

Tampoco puede confundirse la interpretación de los contratos en orden a su validez y eficacia obligatoria entre las partes, con la exigencia de las circunstancias que, además, ha de reunir el título para su inscripción, establecidas en normas de orden público y que constituyen la base de los principios de especialidad y legalidad. Aquí no hay que indagar o interpretar la voluntad de las partes en orden a constituir o como ha de constituirse válidamente una hipoteca de máximo, sino subsanar una escritura defectuosa porque no cumple la exigencia formal de determinar la cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria, que es bien distinto, y que es una omisión atribuible al funcionario público que redacta o copia la cláusula.

La Dirección General en la Resolución señala como límite, a esta su labor interpretativa, el que «se exija la constancia expresa en el título de cierta circunstancia o dato esencial para la válida constitución de la relación o derecho de que se trate» y cita como ejemplo de ese límite interpretativo el artículo 54 del RH. Sorprendentemente excluye de la aplicación de este límite interpretativo el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, norma específica de las hipotecas de máximo. Este texto legal, igual que el artículo 54 del RH, contiene, también, la clara y terminante exigencia de la «constancia expresa» en la escritura de una circunstancia o dato esencial. Así, «especificar ... con datos matemáticos...» (art. 54 RH) y «determinándose en la escritura...» (art. 153 LH) son términos sinónimos que comportan igual exigencia de que conste en la escritura o en el título un dato esencial: «...la porción ideal de cada condueño...» (art. 54 RH) y «...la cantidad máxima de que responda la finca...» (art. 153 RH).

Para tratar de justificar esta parcial e insólita eliminación del artículo 153 LH, se afirma que en la Ley «no hay exigencia de que se fije numéricamente una cifra», media verdad, ya que la inexcusable determinación de la cantidad se hará en función de la forma o fórmula empleada en la redacción de la cláusula de constitución de la hipoteca, pero que, cualquiera que sea la fórmula empleada para la cuantificación, tiene que constar expresamente en la escritura. Igualmente considera que la palabra «determine» del texto legal es un término «a entender dentro del límite admisible...» (?), lo que implica no decir nada, porque determinar una cantidad significa gramaticalmente, según el diccionario, «fijar los términos de una cosa ... que pueda medirse o numerarse», y eso es lo que exige el artículo 153 LH, con la particularidad de que esa fijación tiene que hacerse en la escritura a calificar exclusivamente por el Registrador, y no *in pectore* por otro intérprete, sea el Notario, que no califica,

o la Dirección General. «Por ello, resulta insólito tener que interpretar cuál es la responsabilidad hipotecaria, como lo sería tener que interpretar el precio en la compraventa, ya que en ambos casos, por imposición legal, no cabe la interpretación, sino la simple expresión del dato (arts. 10 y 153 LH).

Así, al soslayar la aplicación del artículo 153 de la LH, la Dirección General olvida que en la interpretación de las leyes hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 3, número 1, del Código Civil: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...», y caben pocas dudas, incluso con una superficial lectura, de que las palabras empleadas en la redacción del artículo 153 LH tienen un «sentido propio» y claro, salvo para la Dirección General.

La referencia que la Dirección General hace al anatocismo para justificar que, si los intereses de demora sólo pueden aplicarse por el impago del capital, ha de ser el capital del préstamo la única base para aplicar el tipo, es una afirmación que la propia Dirección General contradice con el razonamiento posibilista de «como ordinariamente ocurrirá, salvo que claramente resulte lo contrario», salvedad que es rigurosamente cierta y habitual, ya que los intereses moratorios también se aplican, según pacto lícito, a otras cantidades debidas por pagos realizados por cuenta del deudor, que tengan conexión con la garantía, ajenos al anatocismo. Pero, en todo caso, resulta irrelevante porque esa determinación, la referencia al capital, tendría y tiene que haberse hecho constar expresamente en la escritura para poder ser inscrita, según el artículo 153 LH, que excluye la conjetura.

Por último, aunque hay una evidente conexión causal entre la hipoteca de tráfico y la hipoteca de máximo en garantía de intereses moratorios, no dejan de ser dos hipotecas distintas, con una tipificación legal individualizada, sin que puedan confundirse o mezclarse incluso a efectos interpretativos. El que exista esa conexión causal y que se constituyan en la misma escritura, que es lo que origina su inscripción en el mismo asiento y la igualdad de rango, no implica, como erróneamente indica la resolución, que sea un «único derecho real de hipoteca constituido», sino que siempre serán dos las hipotecas que se constituyen en el mismo acto y para garantizar distintas obligaciones.

Se puede concluir que habiendo admitido la Dirección General que una cláusula así redactada adolece de un «defecto de indeterminación», sigue siendo plenamente aplicable el artículo 110 RH, en orden a la subsanación del defecto a exigir por el Registrador que califica la cláusula como defectuosa.

Son muchas, demasiadas, en los últimos pocos años, las resoluciones que, por unas u otras razones, justifican una importante corriente de opinión, incluso del Tribunal Supremo, que pide un drástico cambio en el sistema de los recursos gubernativos atribuyendo la competencia a los Tribunales de Justicia. «No sólo porque la materia de los recursos la constituyen derechos privados de los ciudadanos o “legislación civil”, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución, sino también por la necesidad de su armonización con algunos Estatutos de Autonomía y por el interés práctico de seguir el mismo modelo de los Países de la Comunidad Europea». Por ello es de desear que una posible nueva reforma vaya por unos cauces distintos de la ya intentada. Mientras tanto, la libertad de la calificación registral puede quedar protegida gracias a la barrera anticontaminante que, para esta y otras resoluciones, significa el artículo 1, número 6, del Código Civil.

C. B. S. y P. F.-B. G. V.

TRACTO SUCESIVO. TRACTO ABREVIADO. EXPROPIACION Y REVERSION NO INSCRITAS. POSIBILIDAD DE SUPLIRLAS CON LOS DATOS APORTADOS.—PUEDE PROCEDERSE A LA INSCRIPCION DE LA COMPRAVENTA DE LAS PARCELAS RECUPERADAS POR EL TITULAR REGISTRAL MEDIANTE REVERSION, CONSECUENCIA DE UNA EXPROPIACION, AUN CUANDO, POR NO HABER SIDO OBJETO DE INSCRIPCION LA EXPROPIACION NI LA REVERSION, LA FINCA SIGA INSCRITA A FAVOR DEL VENDEDOR EN LA MISMA FORMA QUE AL TIEMPO DE LA EXPROPIACION, HABIDA CUENTA DE QUE CON LOS DOCUMENTOS APORTADOS PUEDE CONOCERSE LA ESENCIA DEL EXPEDIENTE EXPROPIATORIO Y DE LA REVERSION QUE PODRAN REFLEJARSE EN EL ASIEN TO MEDIANTE EL MECANISMO DE TRACTO ABREVIADO. (RESOLUCIÓN DE 29 DE JUNIO DE 2001. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001).

RESOLUCION de 29 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Loja, don Pedro Antonio Vidal Pérez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de dicha ciudad, doña Aurora Galisteo Cano, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Loja, don Pedro Antonio Vidal Pérez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de dicha ciudad, doña Aurora Galisteo Cano, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 12 de febrero de 1998, mediante escritura pública otorgada ante don Pedro Antonio Vidal Pérez, Notario de Loja, 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, 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, cuyas parcelas totalizan la superficie revertida de 30.460.912 metros cuadrados, que consta en la citada Resolución de 4 de agosto de 1993. A continuación en el expositivo III se describen las parcelas objeto de la reversión que constituyen el resto.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Loja, 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. Artículo 20 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 29 de noviembre de 1978. 2. Como consecuencia de ello, por existir dudas sobre la identidad y concordancia entre la finca registral 3.732 y la que se describe en la documentación aportada, esto es, la Resolución de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía, de 4 de agosto de 1993, y Acta de manifestaciones de 3 de junio de 1998. 3. 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 el certificado correspondiente sobre licitud de dicha división. Contra esta nota de calificación podrá interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, conforme al artículo 113 del Reglamento Hipotecario. No se ha tomado anotación preventiva por defecto subsanable por no haberse solicitado. Loja, a 19 de febrero de 1999. El Registrador. Firma ilegible».

III. 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 se parte de la última inscripción del dominio y se formaliza la compraventa por el titular registral, dándose cuenta de los avatares extrarregistrales de la finca inscrita, que pueden reflejarse bajo la modalidad de tracto abreviado que reconoce el precepto citado de la Ley Hipotecaria. 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. Que no es, por tanto, una quiebra del principio de tracto sucesivo, no siendo de aplicación la Resolución citada en la nota de calificación. 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 esto resulta más congruente con el artículo 199 de la Ley de Patrimonio del Estado y con el artículo 5 del Reglamento Hipotecario, en su redacción vigente en el momento de otorgarse la escritura, que exceptúa de inscripción los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil. 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, circunstancia que no puede ser instada por el adquirente de la finca ni por la vendedora, contra o sobre la voluntad no expresada de la Administración expropiante que, de esta suerte, acaba inscribiendo su dominio obligatoriamente, contraviniendo así el principio de rogación. 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.º del Reglamento Hipotecario. Que si se puede inscribir el dominio a favor del beneficiario de la expropiación sin hacerlo a favor del expropiante, no parece que haya razón para no poder hacerlo a favor del reversionario, sin hacerlo a favor del

expropiante, dadas las circunstancias del caso. 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 ejecutórios. Que en cuanto al segundo defecto resulta impensable que una reversión parcial de la finca expropiada pueda ofrecer datos coincidentes con la última inscripción del dominio. Que esto no ocurrirá jamás por la fuerza de los hechos, si se tiene en cuenta que se trata de porciones sobrantes tras la ejecución de una carretera. 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. Que en lo referente al defecto tercero, la escritura es suficientemente clara no sólo porque las fincas discontinuas no son la norma y requieren unidad orgánica (art. 44.2 y 3 del Reglamento Hipotecario); sino que, además, se solicita la inscripción de las fincas al amparo del artículo 25.d) de la Ley 19/1995. Que en el suelo rústico lo único que se exige es el respeto a lo dispuesto en la legislación agraria o forestal (art. 20.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril). Y en este último punto rige la Ley 19/1995, antes citada.

IV. 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 conforme a los artículos 32.2 del Reglamento Hipotecario y 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, la Administración considera propietario o titular a quien conste con este carácter en el Registro Público y, por ende, en el Registro de la Propiedad. 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 en cuanto a los efectos del derecho de reversión, el artículo 69 establece 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 39 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados. Que en cuanto a la interpretación que se hace de este precepto, un sector de la doctrina considera que la reversión no opera *ex lege*, sino que es necesario que la Administración, a instancia de los interesados, realice un acto administrativo necesario (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1959). Lo cual lleva a su imprescindible constancia registral para que pueda perjudicar a tercero. Sobre este tema existen las Resoluciones de 29 de mayo de 1905, 14 de abril de

1920 y 17 de marzo de 1972, entre otras). Que la norma general, sin embargo, es que el derecho de reversión participa de la naturaleza y efectos de aquellas situaciones jurídicas que tienen una publicidad que emana de la propia ley. Que debe inscribirse la declaración administrativa o judicial de sobrantes con relevancia jurídica para la reversión conforme al artículo 31 del Reglamento Hipotecario. Para que sea operativa la reversión ha de constar que la adquisición se produjo por expropiación (Resolución de 29 de noviembre de 1978). Que de todo lo expuesto, se pueden hacer las siguientes conclusiones: 1.º 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.º 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; 3.º Que con la presentación del expediente expropiatorio no se atenta al principio de rogación, pues con el reflejo del mismo y del derecho de reversión se extendería con exactitud, y no del resultado de simples manifestaciones, las alteraciones de la finca registral en el asiento de inscripción correspondiente. 2. Que el punto segundo de la nota de calificación está íntimamente relacionado con el primero. Que conforme a la Resolución de 25 de febrero de 1953 y artículo 32 del Reglamento Hipotecario y demás preceptos en la materia, 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. 3. Que el requisito establecido en el artículo 24 de la Ley 19/1995, de 4 de febrero, sobre Modernización de las Explotaciones Agrarias, es de imprescindible cumplimiento (Resoluciones de 13 de mayo de 1994, 5 de enero, 17 de enero y 16 de junio de 1995). Que para llevar a cabo la calificación sobre las excepciones que enumera el artículo 25 de la Ley citada, deberá haberse presentado la expropiación forzosa con la documentación correspondiente, para así poder confirmar si se dan tales excepciones y proceder en consecuencia.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota de la Registradora en cuanto al primer defecto, y la revoca en cuanto a los restantes, fundándose, en lo que se refiere al primer defecto, en el que el derecho de dominio cuya inscripción se pretende no aparece inscrito a favor de la transmitente. Ciertamente ella aparece como titular registral, pero no del bien transmitido, sino de otro distinto, cual es la finca registral número 3.732. El derecho cuya inscripción se pretende no está inscrito a favor de persona alguna. Que la división de la finca registral surge en los artículos 47 a 49 del Reglamento Hipotecario, como consecuencia de la voluntad del titular registral unilateral o concerniente y, sin embargo, en el presente caso el título cuya inscripción se pretende reconocer que eso no es así, sino que la división resulta de la voluntad de quien no figura como titular registral: la administración expropiante y de una posterior reversión. Que se trata de un problema de concordancia registral y el tracto sucesivo no resulta satisfecho.

Que en lo que concierne al defecto segundo se revoca porque no tiene entidad propia, y el tercero porque resulta claro que la división se ha operado como consecuencia de la expropiación aplicable, por tanto, el artículo 25.d) de la Ley 19/1995, de 4 de julio.

VI. El Notario autorizante apeló el auto presidencial en cuanto al primer defecto, manteniéndose en sus alegaciones que se refieren al mismo, añadió: Que no puede mantenerse que el derecho cuya inscripción se pretende no está inscrito a favor de persona alguna, esto sólo es predicable de las fincas no inmatriculadas. Desde que se inmatricula la finca el dominio está inscrito; por ello no es aplicable el artículo 20.3.º de la Ley Hipotecaria porque es el párrafo aplicable a las fincas no inmatriculadas. Que, por último, la administración no divide nada. Es una transformación física de la finca y de ahí la jurídica. Son parcelas sobrantes tras la ejecución de una carretera. Que la escritura dice con claridad que, tras la reversión parcial, la porción resto quedó «reducida en su superficie y convertida en cuatro parcelas» y no se ve, de momento, la contradicción que resultaría en la inscripción de cada parcela, en su folio correspondiente, con su nota de referencia al resto de donde procede tras su expropiación, transformación y reversión parcial; o sea, con el extracto del título.

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, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

COMENTARIO

Esta Resolución de la DGRN, de 29 de junio de 2001, cree que se puede aplicar libremente el tracto abreviado (a modo de «Escuela Libre del Derecho»), sin estar previsto el supuesto en la Ley Hipotecaria, olvidando que los fundamentales efectos que producen los asientos, conforme a la legislación hipotecaria, exigen atenerse a los requisitos establecidos en la misma.

La figura del tracto abreviado tiene una tipificación legal en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, que no puede extenderse a supuestos no previstos legalmente y en que la aplicación tópica del tracto abreviado podría representar la infracción de preceptos hipotecarios tan importantes como el del «título inscribible» (art. 3 LH), el de «calificación» (arts. 18 LH y 99 RH), e incluso podría producir confusiones sobre el requisito de previa inscripción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Más que un supuesto de «tracto abreviado», que no aparece por ningún lado en la legislación hipotecaria respecto al supuesto que se plantea en esta resolución, lo que parece que se pretende por la misma es una «abreviación de títulos y de requisitos» para la práctica de asientos, lo que necesariamente lleva consigo que se prescinda de requisitos legales de control de legalidad previstos en la Ley Hipotecaria para poder practicar los asientos.

La vida real ofrece en la actualidad ejemplos muy señalados demostrativos de que no resulta adecuado rebajar los listones del control de legalidad previstos en la Ley, y mucho menos cuando la Ley Hipotecaria no permite que se prescinda de requisitos fundamentales. Después vienen situaciones lamentables para los ciudadanos, que no ocurrirían si se cumplieran los controles legalmente previstos.

La Resolución de 29 de junio de 2001, desconociendo el fundamento del tracto abreviado, el concepto de «título inscribible» y la «legalidad o calificación», extiende de modo inadecuado el concepto de tracto abreviado, a un supuesto de expropiación, reversión y venta, que requeriría no sólo asientos sucesivos y diferentes para cada uno de esos actos y derechos, sino control de legalidad en el cumplimiento de los requisitos de esos diferentes actos, así como presentación de títulos inscribibles en consonancia con la naturaleza administrativa o civil de los mismos, sin que pueda considerarse una escritura pública de compraventa el título suficiente para reunir en ella todos los actos sucesivamente producidos, porque entonces la escritura pública no sólo «aumenta de tamaño», sino que cambia de naturaleza.

El supuesto del que se ocupa la resolución consiste en el de fincas inscritas a nombre de una determinada titular registral, sin que hubieran accedido al Registro la ulterior expropiación forzosa ni la sucesiva reversión a favor de la misma de parcelas sobrantes, y a pesar de ello, se otorga escritura pública en que la titular vende dichas parcelas incluyendo en la escritura una serie de documentos relativos a la expropiación forzosa y a la reversión, cuyos datos no se mencionan en la resolución con suficiente detalle, por lo que no resulta posible determinar si eran suficientes para la constancia de los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria, y si configuraban el título administrativo inscribible con todos los requisitos previstos en la Ley, respecto a los trámites seguidos, y sin que desde luego baste la aportación de unos planos sobre las fincas objeto de reversión, pues los planos no constituyen título inscribible, según la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 31 de

enero de 2001, sin perjuicio de que sirvan como documento complementario en supuestos de expropiación forzosa y otros previstos en las leyes.

Todo ello, aparte de la situación registral que se puede producir, si es que las parcelas sobrantes determinan segregación de una finca matriz y si queda un resto a nombre de la Administración expropiante, pues sobre esas cuestiones nada se dice en la resolución.

El Presidente del Tribunal Superior de Andalucía había confirmado la nota calificadora en atención al principio de tracto sucesivo, que no se había cumplido por la falta de previa inscripción de la expropiación forzosa y de la reversión.

La Resolución de la DGRN citada, revoca la nota del Registrador y el auto del Presidente (¿es constitucional esta revocación?, se preguntaría la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001), entendiendo que se puede aplicar lo que denomina «tracto abreviado», sin apoyo alguno en ningún precepto legal ni reglamentario.

Dicha resolución señala:

«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».

Hasta aquí el escueto texto de los «Fundamentos» de la resolución.

Como hemos indicado anteriormente, el «tracto abreviado» es un concepto típico en la legislación hipotecaria, recogido fundamentalmente en los últimos párrafos del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, que no puede ser extendido a otros casos que nada tienen que ver con los que señala la misma.

La Ley Hipotecaria no permite «abreviaciones» nada más que en supuestos tipificados, que son los que hemos ya comentado anteriormente. En los demás, han de aplicarse los requisitos de los títulos y de los asientos que exigen los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 y concordantes de su Reglamento.

No puede, por tanto, al amparo de la extensión desmesurada de la figura del «tracto abreviado», obviarse la práctica de asientos que requieren unas circunstancias determinadas y una comprobación de los requisitos precisos.

La cuestión no es tan simple como la plantea la resolución, pues han podido omitirse requisitos que podrían motivar la improcedencia de la reversión, sin que pueda despacharse el asunto en la forma que lo hace la resolución, que más que supuesto de tracto abreviado parece de «pretensión de abreviación de requisitos legales y de títulos inscribibles», y que por ello merece una crítica muy desfavorable por falta de todo apoyo legal en la legislación hipotecaria.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el tracto abreviado no permite eludir el cumplimiento de una serie de requisitos legales, perfectamente aplicables a este caso, como es la aportación de títulos inscribibles suficientes al Registro para calificar la validez de los actos, la capacidad o legitimación de los otorgantes, las formalidades extrínsecas del documento presentado, los trámites esenciales del procedimiento administrativo, la competencia del órgano y los obstáculos registrales. Y todo ello, además, para luego recoger en el asiento las circunstancias que exige la legislación hipotecaria sin abreviaciones inventadas o improcedentes.

El tracto abreviado se refiere únicamente al problema de simplificación de los asientos, pero no a la simplificación de los requisitos que la Ley Hipotecaria exige para practicar dichos asientos.

Por otra parte, no puede desconocerse tampoco la incidencia que el tracto sucesivo abreviado tiene en el requisito de previa inscripción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Aunque una cosa es el requisito de previa inscripción, a efectos del tracto sucesivo (como puro requisito de inscripción), y otra diferente la previa inscripción que se exige a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (como requisito de confianza en la legitimación registral base de protección del tercero), no cabe duda de que si la Ley Hipotecaria dispensa del requisito de previa inscripción a través de los supuestos específicos y determinados de tracto abreviado en el artículo 20, es que también modaliza en esos casos el requisito de la previa inscripción en el momento de «adquirir» para la protección del tercero del artículo 34, siempre que lo cumpla respecto a la última inscripción practicada que sirva de enlace y siempre que se aporten documentos suficientes que permitan el enlace con el último titular registral.

Pero si no se trata de supuestos tipificados legalmente como de tracto abreviado, subsiste el requisito de la previa inscripción, no ya sólo a efectos del tracto sucesivo (como requisito de inscripción), sino como requisito de confianza y de protección del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en el momento de la adquisición.

En el presente caso, la legitimación «civil» para disponer no la ostenta la vendedora por el hecho de ser antigua titular de la finca, sino por el hecho de ser titular de un derecho de reversión, pues ambas partes reconocen que existió tal derecho sin constancia registral. El adquirente sólo puede ser considerado tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria si adquiere basado en la confianza que le proporciona la legitimación dispositiva derivada de la inscripción de la reversión, pues es el que se alega en la escritura de venta, pero no si dicho título de reversión no está inscrito en el momento de adquirir, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ahora bien, si la Ley Hipotecaria no contempla de modo expreso el tracto abreviado en este caso ni dispensa del requisito de previa inscripción, el titular registral no será nunca tercero hipotecario si falta esa previa inscripción. Con la doctrina de esta resolución sobre extensión como un «acordeón», o por

estiramiento del tracto abreviado, se fomentarán situaciones contrarias a la seguridad del tráfico.

En tales supuestos en que falta la previa inscripción, lo procedente es que el que vaya a comprar la finca exija previamente la inscripción del título del vendedor, y una vez que tiene confianza en la inscripción de dicho título (legitimación dispositiva registral), puede adquirir seguro en base a los pronunciamientos del Registro. Los abogados y demás operadores jurídicos, a quienes se pida opinión sobre la materia, parece que han de asesorar en tal sentido, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en lugar de inventarse supuestos de tracto abreviado no previstos en la Ley.

Si se mezcla este supuesto de la resolución y otros que podrían inventarse o incorporarse, con los legalmente previstos de tracto abreviado, se hace una aplicación desmesurada e improcedente del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y se confunden los supuestos a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, con grave confusión para los compradores y fomentando la inseguridad y la conflictividad litigiosa.

Lo que ha de decirse en este caso es que el comprador no es tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque no ha cumplido el requisito de la previa inscripción y hubiera sido preferible para él, al menos a efectos de la protección de la fe pública registral, esperar a que el vendedor obtuviese previamente la inscripción de su título para estar completamente seguro de la inatacabilidad de su adquisición. Máxime si, como parece, todo estaba en regla y sólo faltaba presentar la documentación en el Registro.

Pero es que, con independencia del supuesto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el comprador no tendrá la seguridad plena de que la Administración expropiante no vaya a exigir la recuperación de la finca por falta de los requisitos del expediente de reversión, pues éstos no han sido objeto de control de legalidad. En definitiva, es mejor para un comprador que consten previamente inscritos los títulos que faltaban y no que se inscriban simultáneamente, pues así resulta del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Y es que, aun en el supuesto del tracto abreviado, no puede confundirse el «tracto abreviado de asientos» con la necesidad de presentar los títulos necesarios para la calificación de la legalidad, necesarios para la práctica de esos asientos.

La Resolución de 25 de septiembre de 1993, que es otra de esas resoluciones para «olvidar», pretendió esa confusión, considerando que no era necesaria la presentación en el Registro del título sucesorio y sus complementarios en un supuesto, eso sí, de tracto abreviado tipificado legalmente como es el de inscripción de contratos privados (que la resolución denomina «título material») elevado a público por los herederos (que la resolución denomina «título formal»). Pero dicha resolución olvidó la existencia de la Resolución de 25 de octubre de 1943, que sigue un criterio totalmente contrario, diciendo:

«Considerando que para que sean aplicables estas disposiciones excepcionales de la norma general del citado artículo (las del tracto abreviado) y para la debida protección hipotecaria al titular inscrito y a sus causahabientes, es indispensable acreditar el fallecimiento del causante y acompañar el testamento o el testimonio de la declaración de herederos y el certificado original o relacionado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad; y sobre los referidos documentos habrá de recaer la calificación relativa, en primer término, a la legitimación registral de los que hayan sido demandados personal-

mente y representados por el Juez en la enajenación de las fincas y, en segundo lugar, a la facultad dispositiva sobre las mismas que, indudablemente, les correspondiese a título de herencia o legado».

Seguidamente, esta memorable Resolución de 25 de octubre de 1943, que no puede ser olvidada, a diferencia de esas «otras» contrarias al sistema registral, señala la clásica diferencia entre la jurisdicción civil, con efectos *inter partes*, y la función de los Registradores *erga omnes*, que es perfectamente aplicable, con mayor razón, a la diferencia entre una escritura pública con efectos «entre partes» y los asientos registrales, extendidos con todos los requisitos y previa la calificación del funcionario encargado por la Ley para ello con efectos *erga omnes*.

J. M. G. G.

PARTICION HEREDITARIA. ALBACEA CONTADOR PARTIDOR. NO NECESIDAD DE LEGITIMARIOS.—LA PARTICION REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR ES VALIDA MIENTRAS NO SE IMPUGNE JUDICIALMENTE, Y SOLO LOS TRIBUNALES SON COMPETENTES PARA DECLARAR LA DISCONFORMIDAD DEL PROCEDER DE LOS CONTADORES CON LO QUERIDO POR EL TESTADOR. (RESOLUCIÓN DE 24 DE MARZO DE 2001. BOE DE 16 DE MAYO DE 2001).

RESOLUCION de 24 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Felicidad Ramírez Vinuesa, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Orgaz, don José Luis Jiménez Fernández, a inscribir una escritura de protocolización de operaciones particionales en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Cuartero Peinado, en nombre de doña Felicidad Ramírez Vinuesa, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Orgaz, don José Luis Jiménez Fernández, a inscribir una escritura de protocolización de operaciones particionales en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. En testamento otorgado el 27 de junio de 1989, ante doña Ana Fernández Tresguerres García, Notaria de Mora, don Manuel Quintanero Chacón nombró dos albaceas contadores-partidores de sus bienes, los cuales, fallecido el testador el 23 de noviembre de 1995, aceptaron por acta de 3 de abril de 1996, el cargo y practicaron las operaciones particionales de la herencia, que fueron elevadas a escritura pública con fecha 4 de marzo de 1998, ante el Notario de Consuegra, don Alberto J. Martínez Caldevilla. En el Fundamento de Derecho 1.º se expresan las disposiciones testamentarias y las operaciones particionales que interesan en este recurso.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Orgaz, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento por no comparecer los legitimarios, ni prestar su consentimiento en la presente partición. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado. Orgaz, a 9 de junio de 1998. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Procurador de los Tribunales, don Manuel Cuartero Peinado, en representación de doña Felicidad Ramírez Vinuesa, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que el artículo 434 del Reglamento Hipotecario hace referencia a la obligación de consignar en la nota de calificación la causa o motivo que ha dado lugar a la suspensión o denegación de la inscripción del título. Que, desconociéndose por falta de mención, el artículo o doctrina vulnerada se produce una incertidumbre que conduce a la indefensión. 2.º Que el título de que se trata es un cuaderno particional debidamente protocolizado, elaborado por dos albaceas contadores-partidores solidarios, nombrados por el causante en su última disposición testamentaria para la confección de las operaciones de partición de los bienes dejados a su muerte, contando para ello con las más amplias facultades admitidas en derecho para realizarlas, las cuales se llevan a efecto dentro de plazo. Que la doctrina, tanto legal como científica, de una forma uniforme sostiene que las operaciones particionales llevadas a cabo por el contador-partidor no necesitan del concurso de los herederos. En este sentido, entre otras, las Resoluciones de 12 de diciembre de 1927 y 3 de agosto de 1944 y las sentencias del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 1943 y 27 de mayo de 1968. Que el artículo 1.057 del Código Civil contempla la figura del contador-partidor, pero nada menciona de la necesidad del concurso de voluntades de éste y los legitimarios del causante para que sea válida la partición realizada. Que dicho precepto hay que ponerlo en relación con el 1.056 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia y resoluciones que dicen que la partición realizada por el contador-partidor equivale a la hecha por el propio testador y, por tanto, presupuesto el encargo realizado por el causante aquella partición se basa sólo en la voluntad unilateral de aquél, sin necesidad del consentimiento o aceptación. Así, el contador está en su derecho de partir él solo, prescindiendo de los herederos, de modo que éstos no pueden imponerle su intervención. Que el título rechazado es susceptible de inscripción directa en el Registro de la Propiedad sin necesidad de actos complementarios, y ni siquiera es necesario para el acceso del título en el Registro de la Propiedad la aceptación de la herencia por los herederos. Que en este punto se citan las Resoluciones de 5 de octubre de 1880, 19 de junio de 1929 y 3 de agosto de 1944. Que la nota del señor Registrador deja vacío de todo contenido a la figura del contador-partidor testamentario contemplado en el artículo 1.057 del Código Civil. Que su nombramiento se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos para eliminar toda posible contienda litigiosa entre ellos en la partición.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1.º Que la nota de calificación recurrida cumple perfectamente con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Que no hay precepto legal, sentencia o resolución que exija a la nota de calificación citar un precepto legal concreto o antecedentes jurisprudenciales. Que en este punto hay que tener en cuenta lo que dicen los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, 111, 429 y 434 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 25 de febrero de 1953. Que la nota recurrida cumple todas las exigencias legales y jurisprudenciales al señalar el defecto observado. 2.º Que es principio fundamental de nuestro derecho que el testamento es la ley de la sucesión. Que el contador-partidor nombrado en el testamento por el causante debe proceder a realizar lo acordado por él y en la forma en que lo estableció, siempre que sea posible y dejando a salvo las legítimas. Que debe realizar todas las operaciones necesarias que condu-

can primero a la partición y luego a la adjudicación de los bienes hereditarios, respetando siempre la voluntad del testador manifestada en su testamento. En este caso concreto, dos de las fincas que se asignan a los hijos, según el testador, estaban tituladas fiduciariamente a nombre de su hija, pero que eran de su propiedad, no obstante se encuentran inscritas a nombre de su hija. Esta cuestión la dan por buena los contadores-partidores sin tener en cuenta la opinión del titular registral, que es una de las herederas legítimas y no sólo no la consideran, sino que actúan contra su expresa voluntad, que tuvo ocasión de dar a conocer en el requerimiento que les hizo la Notaría de Mora, el 30 de abril de 1996. Que se acompaña con los títulos objeto de calificación. Que, por tanto, se plantea una cuestión litigiosa que corresponde resolver a los Tribunales, pues sin su consentimiento será imposible inscribir en el Registro esas fincas a favor de otros titulares. Que es objeto de calificación la forma en que los contadores-partidores, excediéndose de su función, no cumplieron la voluntad del testador, sin contar con el consentimiento de los legitimarios herederos, cuya participación lo hubiese subsanado. Que aún después de otorgar testamento, el testador contrajo matrimonio con la legataria, pero no modificó aquél, y a las disposiciones testamentarias, en las que le concede el usufructo de una determinada vivienda, debe añadirse su cuota legitimaria como viuda, que al concurrir con descendientes se reduce al usufructo del tercio de mejora. Que con las operaciones que se exponen en el Fundamento de Derecho 1.º, en las que no se adjudica la quinta parte de todos los bienes a la esposa, los contadores-partidores modificaron la voluntad del testador expresada en su testamento, y por tanto se excedieron en su función, y por ello para que sea válida es necesario el concurso de los herederos y el Registrador en el ejercicio de su facultad calificadora, recogida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria suspendió la inscripción de la partición por no concurrir el consentimiento de los legitimarios. Que la Resolución de 12 de julio de 1974 es aplicable al caso que se estudia.

V. El Notario autorizante de la escritura informó: Que la intervención en el documento fue al efecto de protocolizar el cuaderno particional redactado por los contadores-partidores. Que se está de acuerdo en que los contadores-partidores se han extralimitado en hacer la partición y en la entrega de legados sin estar facultados para ello.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha consideró convalidado el defecto de la falta de motivación de la nota del Registrador por el traslado que se dio a la parte recurrente en las actuaciones, y habiendo aceptado ésta la imposibilidad de inscripción de los bienes de propiedad fiduciaria por la falta de intervención en la partición del titular registral, la cuestión controvertida se reduce a determinar si, a los efectos de acceso del título al Registro de la Propiedad, los contadores-partidores testamentarios necesitan el consentimiento de los herederos para realizar el encargo recibido del causante y en cuanto a ello revocó la nota del Registrador, fundándose en que en nuestra legislación vigente no se establece la necesidad del concurso de voluntades del contador-partidor y los herederos del causante para que la partición realizada por aquél sea válida. Que conforme a lo establecido en el artículo 1.057 del Código Civil, la partición del contador es semejante a la realizada por el propio testador, según la jurisprudencia, debiendo ser respetada mientras las legítimas quedan incólumes. Que a pesar de que el Registrador entienda que el cuaderno particional no menoscaba las cuotas legitimarias, considera que los contadores se exceden en sus funciones,

y hay que señalar que los Tribunales de Justicia son los competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador la partición del titular registral.

VII. El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que se rechaza el que la nota de calificación produjo indefensión a la parte recurrente por contener el defecto falta de motivación. Que la nota cumple lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, y 111, 429 y 434 del Reglamento Hipotecario. Que en este tema hay que citar la Resolución de 26 de junio de 1986. Que el Excmo. Señor Presidente dio traslado del informe emitido por el Registrador a la parte recurrente por quince días para alegaciones, presentando dicha parte un escrito del que no se ha tenido conocimiento. Que el procedimiento del recurso gubernativo viene desarrollado en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario (cfr. Resolución de 19 de noviembre de 1952). Que en cuanto a la afirmación que hace el auto en cuanto a que el recurso se reduce a determinar si los contadores-partidores testamentarios necesitan el consentimiento para poder realizar el encargo recibido del causante hay que remitirse a la nota recurrida. Que en cuanto a la afirmación que se atribuye al Registrador de que el cuaderno particional no menoscaba las cuotas legitimarias, se decía en el informe que la necesidad de concurrir los legitimarios se debía a que los contadores partidores se habían excedido en sus facultades desvirtuando las disposiciones testamentarias. En este punto hay que considerar lo que dice la Resolución de 14 de septiembre de 1964. Que la mayoría de la doctrina mantiene la necesidad de la intervención de los legitimarios que ha confirmado la Resolución de 19 de julio de 1952, fundándose en el principio de intangibilidad de las legítimas. Que, además, en el caso que se estudia, el causante no concedió a los albaceas contadores-partidores facultades especiales para entregar los bienes hereditarios por sí solos. 3. Que la afirmación del auto de que el Registrador no puede entrar en la calificación de los actos realizados por los contadores, atribuyendo esa facultad a los Tribunales de Justicia con exclusividad, choca con el texto del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y con la Resolución de 22 de enero de 1927. Que conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento; por lo tanto, la calificación registral debe recaer necesariamente en el examen del testamento y en la escritura de partición derivada del número 4. Que se vuelve a insistir en lo que dice la Resolución de 12 de julio de 1974.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 815 y 1.057 del Código Civil y 81 del Reglamento Hipotecario.

1. Se presenta en el Registro un testamento, acompañado de la partición realizada por los albaceas contadores-partidores, que presenta las siguientes particularidades.

El testamento se otorga afirmando el testador hallarse separado judicialmente de su esposa, conteniéndose en él, como disposiciones relevantes, las siguientes:

a) Lega a doña Felicidad R. V., con cargo al tercio libre de su herencia, la quinta parte de todos sus bienes en pleno dominio.

b) Lega también a dicha señora, «sometido a la condición resolutoria de que permanezca en estado de soltera sin convivir maritalmente con persona

alguna, el usufructo vitalicio de la casa X (que constituye el domicilio del testador), para su uso personal sin que quepa en ningún supuesto su cesión ni gratuita ni onerosa, debiendo ser ocupada por ella misma un plazo mínimo de seis meses ininterrumpidos al año».

c) Instituye herederos por cuartas partes a sus cuatro hijos, nombra dos albaceas contadores-partidores solidarios y prohíbe la intervención judicial en la partición.

Los albaceas contadores-partidores realizan la partición, en la que cabe resaltar:

a) Se adjudican a la viuda determinados bienes en los siguientes conceptos: por su cuota legal usufructuaria, por el legado de la casa y por el legado de la quinta parte.

b) Se adjudican a la legataria y a los herederos bienes inscritos a favor de algunos de éstos.

c) La casa que constituía el domicilio del testador se adjudica a la viuda en nuda propiedad por su legado de parte alicuota y en usufructo por el legado segundo del testador, sin establecer condición ni restricción alguna.

2. Presentados los anteriores documentos en el Registro, en unión de los complementarios, el Registrador califica con la nota siguiente: «Se suspende la inscripción del precedente documento por no comparecer los legitimarios ni prestar consentimiento en la presente partición». Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior estima el recurso entendiendo que sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad de lo ordenado por el testador y lo realizado por los contadores-partidores. El Registrador recurre el Auto presidencial.

3. No hay que entrar en la adjudicación de bienes inscritos a favor de los herederos pues, afirmando el Auto presidencial que dichos bienes para su inscripción a favor de éstos necesitan el consentimiento del titular registral, y no habiendo sido apelado el Auto por la recurrente, en este punto dicho Auto ha devenido firme.

4. La nota de calificación del Registrador no puede mantenerse. La partición realizada por el contador-partidor es válida mientras no se impugne judicialmente, de forma que, como dice el Auto recurrido, sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición realizada por los contadores, tanto en la interpretación a la que llegaron respecto del legado de usufructo, como a la de que el otro legado no es de cosa determinada, sino de parte alicuota.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el Auto presidencial con revocación de la calificación del Registrador.

Madrid, 24 de marzo de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución, objeto de comentario, se centra en que *«la partición realizada por el contador-partidor es válida mientras no se impugne judicialmente, de forma que, como dice el auto recurrido, sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición realizada por los contadores, tanto en la interpretación a la que llegaron respecto del legado de usufructo, como a la de que el otro legado no es de cosa determinada sino de parte alícuota»*.

El supuesto de hecho se centra en la existencia de un testamento en el que se nombran dos albaceas contadores-partidores de los bienes, los cuales, una vez fallecido el testador, procedieron a aceptar el cargo y a practicar operaciones particionales de la herencia que se elevaron a públicas.

El Registrador se niega a inscribir el cuaderno particional en base a que no comparecen los legitimarios, ni prestan su consentimiento en la presente partición.

La legataria, representada debidamente, recurre contra la calificación del Registrador.

La doctrina de la presente resolución trata el estudio de varios aspectos:

- Una cuestión interesante sobre la que apenas se incide recae en el tema de la interpretación del testamento y de la voluntad del testador por los contadores.
- Otro de los puntos objeto de análisis se basa en la impugnación de la partición, concretamente debe examinarse quién debe hacerla, cómo debe hacerse.
- Por último, uno de los asuntos a analizar es de puro Derecho Civil Sucesorio, centrado en la diferenciación entre tres tipos de legados distintos: a saber, el legado de usufructo, el legado de cosa determinada y el de parte alícuota.

Así debemos iniciar nuestro comentario deteniéndonos en la *figura del albacea-contador-partidor*, en sus facultades y en la necesidad de proceder a la interpretación del testamento.

En el supuesto de estudio, la partición se encomienda a los contadores-partidores solidarios que, como hemos visto, también cumplen el cargo de albaceas. Ambos cargos tienen como finalidad la de velar en todo caso por el cumplimiento del testamento.

Como albaceas deben cumplir estrictamente lo señalado por el propio testador, o, en su defecto, cumplir las obligaciones que el propio artículo 902 del Código Civil le imponen (1).

No obstante, como contadores-partidores su misión principal radica en la de partir la herencia, esto es, en realizar las operaciones particionales en que consiste la división de la herencia. Y como la partición no significa otra cosa que llevar a efecto lo ordenado por el propio testamento, es lógico que entre

(1) Puede hacerse la entrega por el albacea, sin más requisitos, si los legitimarios lo consienten. Resoluciones de 27 de febrero de 1982 y 20 de septiembre de 1988.

las facultades del contador esté la de interpretar el mismo (2). Está obligado a realizar lotes y a adjudicar a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, especie o calidad, igualdad cualitativa que ha de guardarse si es posible (3).

- Otro de los puntos sobre los que debemos recapacitar se centra en la *impugnación de la partición*, concretamente debe examinarse quién debe hacerla, cómo debe hacerse (4).

La Resolución establece, sin duda alguna, que corresponde a los Tribunales de Justicia conocer de la impugnación de la partición, y a ellos corresponde declarar la disconformidad entre el proceder de los contadores-partidores y la voluntad del testador.

La Dirección General únicamente se pronuncia sobre el acceso al Registro de la partición, esto es, de la protocolización del cuaderno particional realizado por los contadores y que, como no ha sido impugnado, es válida la partición.

Como se señala en la Resolución, la partición es válida porque ningún heredero ni la legataria han procedido a su impugnación, ni han acudido a los Tribunales de Justicia para ello, únicamente se ha acudido al Registro a fin de proceder a la inscripción del documento que es el cuaderno particional.

- Por último, uno de los asuntos a analizar es de puro Derecho Civil Sucesorio, centrado en la diferenciación entre tres tipos de legados distintos: *a saber el legado de cosa determinada, el de parte alícuota y el legado de usufructo*.

Nos encontramos que el propio testador establece la existencia de un *legado de cosa determinada y específica* (de la casa X que constituía el domicilio del testador) a favor de doña Felicidad, que atribuye la propiedad de la cosa desde que el testador muere, haciendo incluso suyos los frutos y las rentas pendientes (inexistentes en nuestro caso). No obstante, aunque es propietario, el artículo 885 del Código Civil le prohíbe ocupar la cosa por sí mismo, y dispone que debe pedir su entrega y posesión al albacea, cuestión que se prevé a fin de mantener un respeto a las legítimas y demás derechos de posibles

(2) El contador-partidor puede *interpretar* el testamento, pero no de tal forma que cree situaciones jurídicas no queridas por el testador (Resoluciones de 17 de diciembre de 1955, 14 de septiembre de 1964, 31 de marzo de 1970 y 27 de diciembre de 1982).

(3) El albacea contador-partidor, con las amplias facultades para la ejecución de todas las operaciones particionales, lo está para la entrega de legados, aunque no se mencione expresamente esta facultad, pero es necesario que la entrega se haga en escritura de liquidación y partición de herencia. No puede hacerlo en escritura compensativa de la sola entrega (Resoluciones de 12 de julio de 1974, 27 de febrero de 1982 y 20 de septiembre de 1988).

(4) Al legatario se le considera heredero a los efectos de solicitar la inscripción de los bienes de la herencia (Resolución de 12 de junio de 1963).

El legatario no puede tomar posesión por sí de la cosa legada. Ha de pedir su entrega al heredero o persona autorizada por el testador para ello, aunque ya estuviera el legatario en posesión de la cosa legada y ante la negativa de aquéllos de acudir a la autoridad judicial: Resoluciones de 7 de abril de 1906, 12 de noviembre de 1927, 19 de mayo de 1947 y 19 de noviembre de 1942.

Si existen herederos forzosos debe procederse a la práctica de la partición o contar, para la entrega, con la anuencia de aquéllos (sentencias de 4 de marzo de 1973 y 20 de septiembre de 1988).

interesados, ya que los legados han de reducirse en lo que perjudiquen a aquéllas (5).

En cuanto al *legado de parte alícuota* (6) se trata de una figura híbrida entre el legado y la institución de heredero, salvo que la parte alícuota no se refiera a la herencia como un todo o *universum ius* con sus bienes y deudas. El legatario es llamado a una cuota de bienes (activo) o del remanente (una vez deducidas las deudas).

Por último, en relación con el *legado de usufructo* (en nuestro caso de la referida vivienda a doña Felicidad, con quien después de hacer testamento contrae matrimonio) hay que recordar que teóricamente el usufructo de la herencia o parte alícuota de la misma no es una institución de heredero. El usufructo se crea por voluntad del causante, y a su muerte estamos ante un derecho que se crea *ex novo*, esto es, no es un derecho que figuraba en su patrimonio.

I. de la I. M.

(5) Existiendo legitimarios, aunque haya autorizado el testador la toma de posesión por el propio legatario y aunque dichos legitimarios hubiesen recibido con antelación bienes suficientes a cubrir sus legítimas, ha de pedirse la entrega al heredero (Resoluciones de 25 de mayo de 1971 del Código Civil).

(6) Al legatario de parte alícuota debe citársele para la formación de inventario (Resolución de 30 de junio de 1956).

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

RESCISION EN FRAUDE DE ACREEDORES: NO PUEDE CARGARSE AL ACTOR CON LA PRUEBA DE QUE EL DEMANDADO CARECE DE BIENES. (STS DE 11 DE ABRIL DE 2001.)

Al acreedor que ejercita la acción rescisoria de actos y contratos celebrados en fraude de acreedores no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, es decir, que puede abstenerse de la alegación fácil y accesible para él de hechos positivos que deslegitimarían al acreedor accionante, cual es que tiene bienes realizables que no se han perseguido. Sería tanto como obligarle a una prueba diabólica, por lo que aquel acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que conoce o debió conocer, según las circunstancias del caso. Cabalmente se cumplen estas prescripciones aquí, pues en la diligencia de requerimiento de pago y embargo en el juicio ejecutivo seguido con anterioridad al declarativo que nos ocupa por el Banco contra sus deudores, éstos no manifestaron ningún bien para su traba, siendo el acreedor el que lo hizo con la información registral que ya tenía, limitándose aquellos deudores a decir que esos bienes no eran suyos ya por haberse donado. Venir ahora con la exigencia de la prueba diabólica, de la que se ha hablado antes, es cuando menos, extravagante.

El procedimiento a que da lugar el ejercicio de la acción pauliana nada tiene que ver con la situación jurídica del deudor demandado en su cualidad de fiador solidario del prestatario afianzado. El acreedor no acciona contra él en razón de las normas sobre la fianza solidaria, sino por la vulneración de sus legítimas expectativas de cobro, fundadas en el principio de la responsabilidad universal (art. 1.911 del Código Civil).

Además de todo ello, el motivo que se juzga olvida que el deudor fue afianzado solidariamente por los recurrentes, por lo que el acreedor en ningún caso tendría que perseguir y realizar bienes del obligado principal antes de dirigir su acción contra ellos (arts. 1.822 y 1.831.2.º del Código Civil).

La donación es un acto gratuito que por sí mismo se considera, con presunción *iuris tantum* realizado en fraude de acreedores (arts. 1.297 y 643 del Código Civil). El que los bienes objeto de la misma estuviesen gravados con cargas al afianzar solidariamente, no constituyen la demostración contraria a esa presunción porque no es en este pleito donde pueden resolverse las preferencias de aquellas cargas entre sí, sino la tercería de mejor derecho, ni sobre ninguna otra vicisitud más relativas a las mismas, como su oposición al Banco demandante ni sobre la protección de terceros adquirentes en la subasta judicial de los bienes a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.295 del Código Civil, que no se cita como infringido.

LA EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL HA DE SER OPUESTA DE BUENA FE, Y SU ACOGIDA NO EXTINGUE LA ACCION PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO SOLO LO PARALIZA. (STS DE 21 DE MARZO DE 2001.)

La excepción de incumplimiento contractual exige que quien la propone no haya incumplido lo que le incumbe, o si hay incumplimiento de la parte actora contra la que opone, el mismo no haya sido causado por la parte demandada. Su efecto no es la absolución de esta última, sino la paralización de la facultad de exigir hasta que la parte actora cumpla el contrato, o estar real, firme e indiscutiblemente dispuesta a cumplir. También es necesario que la excepción se oponga de buena fe; no será viable que se paralice la acción por incumplimiento de obligaciones accesorias o no principales, tal incumplimiento lo ha de ser de obligaciones cuya insatisfacción frustre la finalidad del contrato.

EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL NO AUTORIZA UNA NUEVA VALORACION PROBATORIA. (STS DE 28 DE MARZO DE 2001.)

El recurso extraordinario de casación no es una instancia más del pleito, no cabe la valoración probatoria de la instancia al amparo de un precepto como es el 1.214 del Código Civil, que no puede ser infringido más que cuando se obliga a una parte a probar lo que es de incumbencia de la contraria, y nada de ello ocurre aquí, en que lo que se pretende es el que prevalezca la tesis del recurrente de que él ha probado la existencia del crédito y la parte demandada no lo ha hecho respecto de la inexistencia del mismo, pero no se imputa directamente a la sentencia recurrida que haya invertido las reglas de la distribución de la carga de la prueba, sólo porque la valoración de la misma no le es favorable acude al artículo 1.214 del Código Civil.

LA CLAUSULA PENAL NO EXIME DEL PAGO DE INTERESES MORATORIOS COMO CONSECUENCIA DE LA RECLAMACION JUDICIAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA. (STS DE 2 DE ABRIL DE 2001.)

Los intereses moratorios debidos a la reclamación judicial del importe de la pena no están comprendidos en el artículo 1.152 del Código Civil, como tampoco lo que por imperativo del artículo 921 LEC deba satisfacer la parte con-

denada. Otra interpretación debilitaría la eficacia de la cláusula y daría ocasión para dilatar lo más posible su cumplimiento en beneficio del obligado.

LA ACCION PAULIANA ES SUBSIDIARIA EN RELACION CON LA POSIBILIDAD DE PAGO. (STS DE 20 DE FEBRERO DE 2001.)

La entidad demandante tenía que haber probado (el precepto que invoca es el art. 1.294 del Código Civil) que se habían agotado todos los medios legales necesarios para hacer efectivo el cobro conforme a las exigencias que impone la subsidiariedad de la acción pauliana. Empero, consta acreditado que fue en atención a las garantías que ofrecían los bienes enajenados por lo que se accedió al otorgamiento del préstamo, sin que se hayan señalado otros bienes en cuantía suficiente, a disposición de los deudores para la satisfacción de la deuda reclamada. Como enseña la doctrina, la subsidiariedad debe entenderse referida a la posibilidad de pago y, por tanto, a la existencia de bienes en poder del deudor suficientes, desde luego, para la satisfacción de lo reclamado. En este sentido, el deudor ha de precisar y señalar estos bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria. Explica la jurisprudencia, finalmente, que para el éxito de la acción pauliana no es indispensable que el deudor se coloque en situación de insolvencia total, basta con que sus bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores.

EL CONTRATO DE VITALICIO ES SIMULADO, DISIMULA UNA DONACION. (STS DE 2 DE MARZO DE 2001.)

La codemandada le donó a su hijo dos inmuebles en escritura pública de fecha de 3 de junio de 1985, posteriormente en fecha de 1 de febrero de 1993 aquella misma donante transmite los mismos inmuebles a su nuera a cambio de la obligación de prestar a la primera sustento, vestido y asistencia médica, lo que debe ser calificado como contrato de vitalicio. Respecto a este contrato, la sentencia de la Audiencia Provincial dice que dicho contrato no es más que una simulación, encaminada a encubrir una auténtica donación, calificación que esta Sala acepta. Siendo así resulta que la donante hizo esta segunda donación disimulada, a su nuera, cuando ya había hecho donación de los mismos inmuebles, unos ocho años antes a su hijo. Lo que atenta al artículo 624 del Código Civil, que exige que el donante tenga la disposición de sus bienes donados a su nuera, ya no tenía disposición, pues los había donado antes a su hijo.

El motivo de la casación inciden en el tema de que la primera donación, la de la madre al hijo en 1985, fue revocada o resuelta verbalmente; no tiene sentido por dos motivos: el primero, porque la sentencia de instancia declara explícitamente que no se ha probado y, como situación fáctica objeto de prueba, es incólume en casación; el segundo porque el ordenamiento no prevé una resolución unilateral ni revocación sin causa legal, ni mutuo disenso, en un contrato como el de donación, que se perfecciona en escritura pública y transmite la propiedad, sino que sería preciso que el donatario retransmitiera la propiedad al donante.

EL BAJO VALOR RESIDUAL DEL OBJETO EN EL CONTRATO DEL LEASING NO ES CIRCUNSTANCIA QUE POR SI MISMA OBLIGUE A CONSIDERARLO COMO VENTA A PLAZOS. (STS DE 7 DE MARZO DE 2001.)

Uno de los motivos de casación se centra en que en los contratos de leasing en los que el valor de la opción de compra se fija en un precio puramente residual, se desvirtúa la naturaleza del arrendamiento financiero, resultando que se esconde bajo este contrato simulado una compraventa de bienes muebles a plazo.

El TS señala que debe desestimarse el motivo porque el único dato que se alega para desvirtuar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero no es considerado por la doctrina relevante a este fin.

LA PRESCRIPCION DE ACCIONES QUE SE ESTABLECE EN EL ARTICULO 1.967.1.º DEL CODIGO CIVIL HA DE EMPEZAR A CONTARSE MAS ALLA DE LA CESACION DE LOS RESPECTIVOS SERVICIOS DESDE QUE LAS PRESTACIONES SE HAN DEVENGADO Y NO PERCIBIDO. (STS DE 26 DE FEBRERO DE 2001.)

El derecho a percibir esos honorarios —remuneración correspondiente a un trabajo o cometido— está procesalmente protegido por la acción que se extingue por prescripción, atendiendo el artículo 1.967.1.º del Código Civil, a los tres años contados desde el devengo de aquéllos, según cabe establecer desde la exclusión que hace el último párrafo del precepto, al igual que desde la duración de la vida del derecho generador de remuneración periódica para el agente afecto de seguros en cuanto cabe su prolongación más allá del momento de la finalización de la prestación de los servicios propios del contrato de agencia que le una con su principal, según queda consignado anteriormente.

En aras de estos contenidos, no contrariados como la norma permite, no cabe sino señalar que dentro de los límites de tiempo fijados en demanda, y desde luego sin rebasar la cantidad global que en ella se establece, han de señalarse las remuneraciones que hasta la fecha de presentación de la demanda pudieran corresponder al demandante desde cada uno de los contratos de seguro que a esa fecha estuvieren vivos y legalmente le pertenecen en ese aspecto, siempre que no se hayan extinguido por el transcurso de tres años desde su producción y falta de percepción hasta la fecha de demanda, todo ello a determinar en ejecución de sentencia sin que pueda incrementarse en perjuicios reclamados pero no probados y sí con los intereses legales desde su determinación hasta su total pago.

NO CABE DEJAR LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA Y ALCANCE DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS A LA EJECUCION DE SENTENCIA. (STS DE 21 DE ABRIL DE 2001.)

El motivo de la demanda de casación acusa la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al segundo párrafo del artículo 1.124 del Código Civil, en cuanto al acogimiento de la pretensión de la demanda a que se condenase a la demandada a la indemnización de daños y perjuicios de la actora. Se

considera que dicha pretensión ha sido acogida contra el criterio de esta Sala, que exige no sólo su fundamento legal sino la realidad de su existencia.

El motivo se estima porque no se ha probado cuáles son los daños y perjuicios concretos que se han ocasionado a la actora por el incumplimiento, ni existe en autos la más mínima prueba para que este Tribunal, al casar en este punto la sentencia recurrida, establezca las bases para su determinación cuantitativa en ejecución de sentencia. Es la expuesta doctrina constante de esta Sala, por lo que la queja de la recurrente está fundamentada.

LA CONDICION DE APARCERO NO ES TITULO PARA LA PRESCRIPCION ADMINISTRATIVA DE BIENES INMUEBLES. (STS DE 18 DE ABRIL DE 2001.)

Constatada la existencia real y efectiva de un contrato parciario, se determina fácilmente que en la pretendida pretensión de la parte recurrente falta un requisito esencial para que pueda tener éxito la prescripción adquisitiva que determina la misma, como es el de poseer la cosa en concepto de dueño, ya que como dice la sentencia de 27 de enero de 1984, el aparcero carece en absoluto de título hábil o legítimo para adquirir por prescripción la finca por no concurrir en su posesión el requisito del artículo 1.941 del Código Civil, que determina que la dicha posesión ha de ser siempre en concepto de dueño.

Todo lo cual hace además absolutamente aplicable lo dispuesto en el artículo 101.5.º LAU, a favor de la parte recurrida, ya que existe base hermenéutica para dar por resuelto el contrato por incumplimiento de la parte recurrente, que no opuso a tal pretensión en la instancia, entrando de lleno en su actuación procesal en la teoría de los actos propios, cuyo origen o acto inicial es un reconocimiento de la pretensión contraria.

EFICACIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO FIDUCIARIO CUANDO NO ENVUELVE FRAUDE DE LEY. (STS DE 5 DE MARZO DE 2001.)

El motivo se centra en que la Sala de apelación incurre en evidente error de derecho al precisar la existencia de un pacto fiduciario, máxime cuando ni siquiera afirma si se está en presencia de uno *cum amico* o de otro *cum creditore*.

Se desestima porque el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y la sentencia recurrida señala que, a la vista de la prueba, es evidente la existencia de un pacto de esta naturaleza en alguna de las variantes reconocidas por la jurisprudencia, y, aunque no precisa la calificación del mismo, no hay duda de que se trata de un contrato fiduciario *cum amico* al probarse la certeza de la compraventa por parte de don Gerardo y la simulación de la referente a don Esteban, mediando entre ambos negocios jurídicos el nexo de confianza propio de los vínculos amistosos y de los derivados de la circunstancia de ser socios de la misma entidad en que precisamente radica la causa de dicho negocio, sin que, en esta clase de fiducia, sea necesaria una obligación preexistente de garantía.

Por demás, esta Sala ha proclamado reiteradamente que cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz.

VALIDEZ DEL NEGOCIO DE TRANSMISION DE LA PROPIEDAD EN GARANTIA DEL CUMPLIMIENTO DE DEUDA AJENA. (STS DE 26 DE ABRIL DE 2001.)

Hechos.—Escritura pública de compraventa con pacto de retro que oculta una transmisión de la propiedad en garantía del pago de una deuda.

Doctrina.—De la misma forma que un tercero puede garantizar una deuda ajena por medio de las figuras típicas de garantías reales (art. 1.857 del Código Civil), no hay razón para impedir que se consiga el mismo resultado (garantía) mediante negocios indirectos, siempre que no adolezcan de causa ilícita. Es a la autonomía de la voluntad de las partes a la que corresponde elegir entre las formas jurídicas más aptas para la satisfacción de sus intereses.

Distinto ha de ser el juicio sobre la instrumentación jurídica de la operación. Atendiendo, sin más, a la literalidad de la escritura pública y documento privado coetáneo, cuyo contenido se expuso en lo sustancial en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, lo que las partes han pactado no es sólo una transmisión de la propiedad con fines de garantía, sino la adquisición de la misma si se impaga la deuda garantizada. En definitiva, se pretende conseguir así el resultado que no permite la ley mediante la prohibición del pacto comisorio. Al mismo tiempo se traspasan los límites que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido para la eficacia jurídica de la transmisión de la propiedad en garantía.

La referida prohibición del pacto comisorio no debe entenderse circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los negocios indirectos que persigan fines de garantía. De lo contrario, el principio de la autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1.255 del Código Civil, permitiría la creación de negocios en fraude de ley. Se tendría entonces, una vez descubierto el fraude, que aplicar la prohibición tratada de eludir, previa nulidad de las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (art. 6.4.º del Código Civil).

I. de la I. M.

NO EXISTE RESPONSABILIDAD SANITARIA CUANDO NO ES POSIBLE ESTABLECER LA RELACION DE CAUSALIDAD CULPOSA. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 7, de los de Salamanca, en sentencia de 23 de febrero de 1994, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Salamanca, en sentencia de 7 de julio de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—El día 21 de junio de 1991 nace una niña a la que se le detectan, en el momento de su nacimiento, múltiples anomalías congénitas consistentes, entre otras, en: ausencia de antebrazo y mano izquierda; brazo derecho con la mano con dedos fusionados; miembro inferior izquierdo presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo, hipoplasia lingual con anquiloglosia, imperforación anal... La actora, doña Rosalinde Bejarano, sin antecedentes familiares, ni en ella ni en su esposo, por malformaciones congénitas, fue seguida durante su embarazo en la localidad de Béjar, por la codemandada doctora Orobón Martínez, que desempeñaba su trabajo como ginecóloga en el Hospital donde nació la pequeña. Durante el seguimiento de dicho embarazo se le realizaron una serie de pruebas y controles periódicos de control obstétrico, siendo sus resultados normales; las exploraciones realizadas se ajustaron a los protocolos fijados por el Insalud, así como las ecografías efectuadas, las cuales eran de las consideradas como Nivel I, suficiente para un embarazo de «bajo riesgo», como era, vistos los análisis y demás seguimiento, así como los antecedentes, el de doña Rosalinde. Posteriormente a la última ecografía, la señora Bejarano se trasladó a Toledo donde se le realizaron dos ecografías en el hospital en que trabaja una hermana como anestésista, donde lo único especial que le comentaron fue que el feto era pequeño.

Doctrina de la Sentencia.—De los antecedentes, historia clínica y demás, no se pudo deducir que la actora estaba incluida dentro de un embarazo de alto riesgo, y se entendió haber cumplido los protocolos establecidos en una embarazada de bajo riesgo, de Nivel I (ecografías), que es lo que daban los controles practicados.

En realidad y en lo relativo a la *imprudencia médica*, la Jurisprudencia ha señalado lo siguiente: *a)* la no imputación en función de un simple error científico o de diagnóstico equivocado, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulte de extrema gravedad; *b)* que tampoco se considera como elemento constitutivo, sin más, de la imprudencia, el hecho de carecer el facultativo de una pericia que pueda considerarse extraordinaria o de cualificada especialización; *c)* que no es posible en este campo hacer una formulación de generalizaciones aplicables a todos los supuestos, sino que es indispensable la individualizada reflexión sobre el supuesto concreto de que se trate, y *d)* y más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo cuando se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse en acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, diligencia medida por sus conocimientos y preparación, el resultado lesivo no lo hace dentro del campo de actuación ordinaria de un profesional de la medicina. Complementaria a esto destaca otra doctrina fijada por el propio Tribunal Supremo, que mantiene que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, caracterizándose la responsabilidad del médico por los requisitos de acción u omisión voluntaria, resultado dañoso y relación de causalidad. La obligación contractual o extracontractual del médico no es la de obtener resultados, sino una obligación de medios, es decir, está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiere,

según el estado de ciencia, quedando, además descartada, en la conducta de los profesionales sanitarios, toda clase de responsabilidad, más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando por tanto la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico que puede manifestarse a través de una acción culposa, sin que exista esta responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa. Conforme, pues, a dicha doctrina jurisprudencial reseñada, aplicable al caso concreto que nos ocupa en relación directa con los hechos dados como probados, se entiende que la conducta profesional de la codemandada es correcta e irreprochable a los efectos de la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil. En cuanto a la responsabilidad del INSALUD, como sustento de la administración sanitaria a realizar a la generalidad de los ciudadanos, dentro del campo de la Seguridad Social, el artículo 43 de la Constitución Española recoge en su apartado 1.º, «*el derecho a la protección de la salud*», como tal derecho constitucional, y en su apartado 2.º establece que «*competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*», sobre ello, en el caso que nos ocupa, queda probado que conforme a los protocolos vigentes del INSALUD y la praxis médica habitual, tanto en las exploraciones como en los análisis realizados en las ecografías, se dejó claro que se obró correctamente, pero también es verdad que las anomalías de los miembros pueden ser observadas ecográficamente, por lo que en estos casos está indicado un seguimiento ecográfico riguroso en cada nuevo embarazo, además, el propio informe de la inspección del INSALUD, aportado con la demanda, dispone que: si bien en ninguna de las ecografías realizadas se observó ningún hallazgo de los descritos que hiciesen sospechar la posibilidad de malformación o anomalía fetal, «*la paciente fue atendida a nivel básico porque nada hacía sospechar la aparición de malformaciones que pudieran ser detectadas por ecografías especializadas en tales diagnósticos*», etc. En las ecografías realizadas —de Nivel I—, es decir, las realizadas por los obstetras sin dedicación exclusiva a la ecografía y con un equipo lineal, pues su preparación básica y su campo de acción es la atención primaria y ambulatoria, con esta salvedad, el diagnóstico de estas malformaciones, aunque posible, es de difícil realización. La ecografía de la semana veinte va a buscar no anomalías estructurales y, en principio, dicha ecografía debería detectar esas anomalías, aunque, si determinante, dicho diagnóstico podrá complementarse por otros signos indirectos; la anomalía que nos ocupa es de difícil visualización, siempre hablando de una ecografía de Nivel I. En opinión del perito, en una ecografía de Nivel I, practicada a la veinte semana, no llega al 20 por 100 los casos en que se visualizarán los dos fémures y los dos húmeros, ahora bien, realizándose una ecografía de Nivel II, existiría un porcentaje del 75 por 100 en que se hubiera detectado alguna anomalía, siendo muy importante, en cualquier caso, la posición del feto. Así pues, se puede concluir que si bien en el presente caso se realizaron correctamente, conforme a los protocolos para un embarazo de bajo riesgo, las correspondientes radiografías de Nivel I para los cuales la misma tenía unos conocimientos, utilizando un equipo elemental, de haberse, no sólo realizado ya una ecografía de Nivel I, sino también de Nivel II, se podrían haber detectado las posibles malformaciones, cuyo conocimiento hubiese dado a los actores la posibilidad de tomar la solución más adecuada. Y hemos de destacar que quien estaría obligado a proporcionar dichos medios

necesarios para poder detectar con mayores garantías las anomalías estructurales que padece la hija de los actores, evidentemente, conforme al mencionado artículo 43.2.º de la Constitución Española, es el propio Estado a través del Organismo Público correspondiente que en nuestro caso es el INSALUD. Ello se deriva de la propia doctrina jurisprudencial, a ese respecto, cuando ha establecido que: los puntos básicos para determinar la responsabilidad de la Administración del Estado por las lesiones que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos como en el presente caso no deja de ser el de asistencia sanitaria, pero también como: *a)* la existencia de una lesión; *b)* la imputación de ésta a la Administración; *c)* la relación de causalidad, y *d)* la existencia de un daño efectivo. En relación con el primero de dichos requisitos —*el a)*— hay que dar al concepto de lesión resarcible su más exacto sentido, que comprende, no sólo los perjuicios económicos concretos evaluables e individualizados, sino también las lesiones físicas y mentales e incluso los daños morales. Por lo que se refiere a la *imputación a la Administración Pública de la lesión sufrida por un administrado que dé lugar a derecho de indemnización*, —*el b)*— debe atribuirse a los conceptos de servicio público y de su funcionamiento, el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, lo que supone identificar el servicio público con toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso, con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado. En este sentido, la Jurisprudencia viene aceptando pacíficamente que una conducta que consiste en una omisión, puede determinar la responsabilidad administrativa, y por otra parte, nada obsta a que se aprecie la existencia de responsabilidad como consecuencia de la Administración, que es de por sí lícita. Ambos requisitos, entiende la Sala, se dan desde el punto de vista de la obligación de la Administración de poner los medios necesarios para que los ciudadanos vean satisfechos sus derechos, reconocidos constitucionalmente, a una asistencia sanitaria adecuada y digna, que debería traducirse, en el supuesto analizado, en el haber facilitado el acceso a la realización de unas ecografías adecuadas, con material y personas adecuadas que hubieran, si no impedido, sí al menos reducido considerablemente el riesgo de tener que aceptar una hija con las malformaciones congénitas detectadas en la niña y de cara a poder, en su caso, adoptar una posibilidad de aborto legal, que así les ha quedado, por circunstancias ajenas a su voluntad, vedada. **En nuestro caso** no hubo dotación necesaria para las ecografías a realizar, y dado el daño causado, el mismo se halla en una relación de causa/efecto con el actuar negligente atribuible de forma directa al INSALUD por las deficiencias en las condiciones del material empleado y exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, así como de forma indirecta o por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados. El Tribunal Supremo contesta de la manera siguiente: la Administración responde de manera directa y objetiva, artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 106.1 de la Constitución Española, de toda lesión que los particulares sufran, siempre que sean consecuencia del funcionamiento, tanto normal como anormal, de los servicios públicos, prescindiendo de toda suerte de ilicitud o culpa, esto es, al margen del cual sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, como corresponde a un ordenamiento inspirado en la reparación de los daños imputables al funcionamiento administrativo, incluyendo así tanto los ilegítimos derivados

de una actuación culpable, como los daños anudados a una actividad lícita e irreprochable de los servicios de la Administración, con la sola exclusión de la presencia del caso fortuito como resultante de un riesgo originado por la simple creación de servicios. Asimismo, en cuanto a *la relación de causalidad (c)*, en relación, a su vez, con el daño causado, la propia Jurisprudencia tiene establecido que en orden a dicha relación causal, para imputar responsabilidad patrimonial a la Administración, se requiere que los daños o deterioros ocasionados sean como consecuencia del actuar de la Administración; y si bien no ha de exigirse una prueba directa y concluyente de difícil consecución, sí se ha de precisar para su apreciación deducir, conforme a las reglas del criterio racional, un enlace preciso entre uno y otro elemento. Y, además, conforme al artículo 106.2.º de la Constitución Española, que dispone: «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», funciona frente al administrado al margen de todo elemento de negligencia o culpa, en cuanto a que la razón justificadora de la atribución al Estado de su obligación de indemnizar se encuentra en el nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento y no en causa de fuerza mayor o en la conducta propia del administrado que sufre la lesión. Y, finalmente, en cuanto al requisito último —(*el d*)— *sobre la existencia de un daño efectivo*, parece fuera de toda duda la existencia del mismo en el caso que nos ocupa, estando individualizado en una persona concreta —la hija de los actores— y tratándose de un daño evaluable económicamente.

Se dan, pues, todos los requisitos necesarios para que funcione la responsabilidad directa de la Administración a través del codemandado INSALUD, al no haber proporcionado, como debía, a la actora, los medios necesarios e idóneos en orden a la resolución conveniente de su embarazo, incumpliendo con ello el deber de prestar adecuadamente a aquélla el derecho a una asistencia sanitaria adecuada, encuadrable y protegida por el artículo 43.2.º de la Constitución Española. Por lo tanto, la naturaleza de la acción ejercitada no es otra sino la derivada de los contenidos de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil por culpa extracontractual achacada a la ginecóloga bajo cuyo tratamiento y observación se desenvolvió el embarazo de la codemandante doña Rosalinde Bejarano López. Y además, la inexistencia de culpa o negligencia en la actuación de la mencionada doctora al estar acreditado que realizó en cada momento y curso del embarazo cuanto ordenan los protocolos de la praxis médica para un supuesto normal o de bajo riesgo, como era el que presentaba la embarazada, y sí calificable por los datos médicos, historia clínica y tratamiento al que periódicamente fue sometida y en el que no se detectan anomalías estructurales del feto.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS. OBRAS FUERA DE PROYECTO.
(SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 34, de los de Madrid, en sentencia de 6 de mayo de 1993, estima en parte la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), en sentencia de 18 de mayo de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Objeto de la litis.—**Nos encontramos ante la reclamación del precio de las obras ejecutadas fuera del contrato pactado y en el que no se contiene previsión alguna respecto de tales obras** y no ante un problema de ejecución o cumplimiento del dicho contrato pactado.

Doctrina de la Sentencia.—Ante estos presupuestos básicos, decir que: a) permitida por el artículo 1.593 del Código Civil, la revisión del precio pactado en los contratos de ejecución de obra a tanto alzado cuando se produzca aumento de obra, siempre que se hubiese dado su autorización al propietario, la declaración de si éste prestó su consentimiento a ese aumento de obra, en cualquiera de las formas admitidas por la Jurisprudencia, es una cuestión privativa del Tribunal de instancia cuyas conclusiones han de ser respetadas en casación en tanto no resulten combatidas adecuadamente; b) la utilización por el Juzgador de instancia de la prueba de presunciones a través de la cual establece la existencia de ese consentimiento tácito del propietario al aumento de obra. De forma tal que, si el Tribunal *a quo* obtiene esa conclusión fáctica, éste constituiría el hecho base de la presunción, y sabido es que vigente la Ley 10/1992, de 30 de abril, no cabe impugnar los hechos base de la presunción, al haber sido suprimido el motivo casacional de error de hecho en la apreciación de la prueba.

Entre las partes litigantes *medió un contrato de obra con precio a tanto alzado* que tenía por objeto las obras contenidas en el proyecto suscrito por ambos contratantes, obras realizadas y que fueron ejecutadas con la autorización, al menos tácita, del propietario, y precisamente por tratarse de obras ejecutadas que suponen aumento de la contratada, al no existir acuerdo entre las partes sobre su realización y autorización por el propietario como su precio, se hace necesario acudir a la vía judicial para determinar aquellos extremos, sin que respecto de los mismos sean aplicables las previsiones contractualmente establecidas para la obra contratada y sin que ello suponga una extensión de lo pactado a cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar. Además, por definición, las obras que suponen aumento de la inicialmente proyectada, no están incluidas en el contrato celebrado por lo que, en relación a tales obras, no puede alegarse que ha sido interpretado erróneamente.

AUTORIZACION PARA EJECUCION EN ESPAÑA DE SENTENCIA EXTRANJERA. ES COMPETENTE EL TRIBUNAL DEL ESTADO DE ORIGEN, EN MATERIA CONTRACTUAL, SIENDO EL TRIBUNAL DEL LUGAR EN EL QUE HUBIERE SIDO O DEBIERE SER CUMPLIDA LA OBLIGACION QUE SIRVIERE DE BASE A LA DEMANDA, Y ELLO AUNQUE SE TRATE DE PROCESO INCOADO CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR EN EL ESTADO REQUERIDO DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968 Y, EN CONCRETO, DE SUS ARTICULOS 54.2 Y 5.1. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Valladolid, en sentencia de 4 de enero de 1994, autoriza la ejecución en España de las Resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Colonia (Alemania): sentencia de 15 de septiembre de 1992 y auto de tasación de costas de 9 de octubre de 1992.

La Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia de 10 de noviembre de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Situación fáctica.—En virtud del correspondiente pedido, la entidad mercantil española INTRAENSA, con domicilio social en Tordesillas (Valladolid), se obliga, el 9 de noviembre de 1988, con la entidad alemana «Herrera Serrano, S. L.», al «*suministro y montaje*» de unos elementos frigoríficos con un destino determinado y por un precio también determinado. El 17 de noviembre de 1988, la entidad alemana, por medio de un camión de matrícula también alemana, recoge todos los elementos frigoríficos contratados. Aunque la sentencia extranjera, cuya ejecución en España se pretende, no lo dice, parece que fue dictada en un litigio sobre resolución de contrato, toda vez que la condena de la demandada/entidad española al pago a la entidad alemana de la cantidad pactada se hace contra la entrega o devolución por ésta a aquélla de los elementos frigoríficos suministrados.

Doctrina de la Sentencia.—La entidad española INTRAENSA se opuso a la concesión de autorización para la ejecución en España de la sentencia extranjera con base en la consideración de que al haberse dictado dicha sentencia extranjera en un proceso sobre resolución de un contrato de compraventa, la competencia para conocer de dicho proceso ha de corresponder a los órganos jurisdiccionales del lugar de celebración y cumplimiento de dicho contrato, que fue en España, y por ende los Tribunales alemanes carecen de competencia para conocer del citado proceso sobre resolución del mencionado contrato de compraventa. Pero tal alegación es rechazada en el auto aduciendo que al no conocerse el lugar de pago del precio, ha de acudir a la factura aportada al procedimiento por la entidad demandada, en cuya factura se dice textualmente: «Suministro y montaje de elementos frigoríficos con destino a...», por lo que entiende que, al obligarse la vendedora al montaje de dichos elementos, el contrato celebrado no puede ser considerado sólo como un contrato de compraventa, sino también como un contrato de arrendamiento de obra, lo que lo transforma en un contrato mixto, que ha de cumplirse en el lugar del domicilio de la entidad demandante, por lo que concluye el mismo disponiendo que: «La recurrente cumplía con su compromiso, una vez quedasen montados los equipos. El lugar de instalación era en las dependencias de la ejecutante, sitas en Alemania». Por tanto, no puede llegarse a otra conclusión, según los datos expresados, que es en Alemania donde debía cumplirse y se cumplió la obligación de la recurrente y también que la competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con el contrato aludido correspondía a los órganos jurisdiccionales alemanes.

También se denuncia infracción del apartado 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, pues la tesis impugnatoria contenida en dicho motivo la hace consistir la recurrente en que el citado precepto establece que las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. En materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda, y como quiera que el contrato de compraventa al que se refiere este procedimiento fue cumplido en España, solamente ante los Tribunales de este país, concluye, se podía formular la demanda correspondiente, pero tal motivo se desestima, ya que con el mismo limita la

recurrente a hacer supuesto de la cuestión, pues sostiene que el contrato que sirvió de base a la sentencia extranjera fue cumplido en España cuando aparece probado que el expresado contrato fue cumplido en Alemania. Paralelamente a esto, parte la recurrente del párrafo segundo del artículo 29 que recoge una Disposición Transitoria para el caso de resoluciones judiciales dictadas después de la entrada en vigor del citado convenio entre el Estado de origen y el Estado requerido que sean consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a dicha fecha, otorgándolas reconocimiento y ejecutabilidad conforme a las disposiciones del convenio, sólo en el caso de haberse ajustado las reglas de competencia a las previstas en el Título II del convenio o en un convenio en vigor entre el Estado de origen y el requerido al ejercitarse la acción. Dicho artículo 29, que cita el auto recurrido, corresponde al «Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República portuguesa al convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968». Asimismo, hemos de aclarar que los artículos 5.1 y 7.7 que igualmente cita el auto, corresponden, respectivamente, al Convenio de Bruselas de 1968 y al Convenio de 14 de noviembre de 1983, suscrito entre España y la República Federal de Alemania.

También se cita como norma infringida el párrafo segundo del artículo 54 del convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, de 27 de septiembre de 1968, con las adaptaciones introducidas por el Convenio de Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa de 26 de mayo de 1989, ratificado con fecha de 29 de octubre 1990. Dicho artículo 54 del Convenio de Bruselas de 1968, después de prescribir en su apartado primero que sus disposiciones solamente serán aplicables a las actuaciones judiciales ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, agrega en su apartado segundo lo siguiente: «Sin embargo, las resoluciones dictadas después de la fecha de entrada en vigor del convenio entre el Estado de origen y el Estado requerido como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la fecha serán reconocidas y ejecutadas en el Estado requerido con arreglo a las disposiciones del Título II, si las reglas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el Título II o en un convenio en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido al ejercitarse la acción». Dicho apartado segundo del artículo 54, aplicable al supuesto que contemplamos, viene a permitir que también se reconozcan y ejecuten las sentencias dictadas con posterioridad a la fecha de entrada en vigor en un Estado, España, en nuestro caso, aunque hayan sido dictadas en procesos incoados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor, siempre que la referida sentencia haya recaído sobre asuntos que sean incardinables en las reglas de competencia del Título II de dicho convenio de 1968 o en un convenio en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido al ejercitarse la acción.

Y concluimos diciendo que el asunto debatido en nuestro caso de proceso en el que recayó sentencia extranjera —alemana— es plenamente incardinable en las reglas de competencia del Título II del Convenio de Bruselas de 1968, concretamente en su artículo 5.1, que pertenece a dicho Título II y que prescribe que: «*Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. En materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda*», y también incardinable en las reglas de

competencia del Convenio de 14 de noviembre de 1983, suscrito entre España y la República Federal de Alemania, concretamente en su artículo 7.7, que reconoce la competencia del Estado de origen cuando la demanda tuviere por objeto un contrato o una acción derivada de un contrato y la obligación litigiosa hubiera sido cumplida o hubiera de serlo en el Estado de origen, siempre que, según la ley del Estado requerido, tal acuerdo pudiera ser determinante de la competencia, por lo que la sentencia extranjera a que nos venimos refiriendo puede ser reconocida y ejecutada en España en la forma determinada en el Título II del Convenio de Bruselas de 1968, como correctamente entiende el auto que se recurre.

CONTRATOS. FALTA DE REPRESENTACION. GESTION DE NEGOCIOS AJENOS: INEXISTENCIA. (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 4, de los de Córdoba, en sentencia de 9 de julio de 1994, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª), en sentencia de 19 de diciembre de 1994, estima el recurso de apelación interpuesto.

Triunfa el recurso de casación.

Base fáctica.—Se acude ahora a la figura de la gestión de negocios ajenos, al tratarse de un contrato tendente a la ejecución de obras en un inmueble de la sociedad demandada.

Doctrina de la Sentencia.—Se denuncia infracción por inaplicación del artículo 1.257 del Código Civil, pues los términos claros, terminantes y expresos de tal precepto y en concreto en su párrafo primero, no dejan lugar a dudas acerca del principio de relatividad contractual que en él se proclama, en cuanto a los límites subjetivos en relación con la efectividad de los derechos y obligaciones que nacen de todo contrato, de tal suerte que, en general, no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento y, por ello, los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato, sólo han de afectar a los litigantes conformes a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos, como así lo tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial.

SI BIEN EL CONTRATO PRIVADO FUE SUSCRITO POR AMBAS PARTES Y DE LA PRUEBA PRACTICADA SE DESPRENDE QUE NO TUVO EFECTIVIDAD POSTERIOR. (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Tudela, en sentencia de 21 de abril de 1994, desestima la excepción de falta de legitimación pasiva. La Audiencia Provincial de Pamplona (Sección 2.ª), en sentencia de 16 de diciembre de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de la Sala la que mantiene que el que reclama el pago de una deuda se esforzará en aportar todos los elementos probatorios que pueden contribuir al éxito de su pretensión, y el que rehúsa

cumplir, normalmente, aunque disponga de elementos de prueba, de la realidad de su obligación, los ocultará porque tales probanzas sólo servirían para condenarle. De la misma forma, el que se opone a una obligación puede disponer de documentos o de otros medios que podrían servir para acreditar que el crédito se ha extinguido, pero como esta prueba le perjudicaría, es lógico pensar que, si dispone de ella, no la aportará al pleito, por ello se exige que sea el que opone la extinción de la obligación el que pruebe suficientemente esa contingencia.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ARRENDATARIO TIENE LA CUALIDAD DE CULTIVADOR PERSONAL, COMPATIBLE CON LA DEDICACION A OTRAS ACTIVIDADES Y CON LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA VALORACION SE HA HECHO CONFORME AL ARTICULO 98 LAR, SIN QUE SE CONTRARIE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado número 2 de Azpeitia estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. El recurrente afirma que el arrendatario no trae causa de persona que ya tenía el carácter de tal con anterioridad a 1935, tratando de impedir la aplicación de la Disposición Transitoria 3.^a LAR, pero su afirmación no hace desaparecer la relación fáctica de la Audiencia que, además de entender que el arrendamiento tiene la antigüedad necesaria, afirma que es en la arrendataria en quien concurre la condición de cultivador personal, compatible con la dedicación a otras actividades y con las prestaciones de la Seguridad Social, según reiterada jurisprudencia. Los montes han sido utilizados por el actor y no hay dato que demuestre que no fuera objeto de arrendamiento, y éste no es compatible con la pertenencia del arbolado a la propiedad, por lo que no se entiende incluido en el acceso a la misma que se concede al colono. La tasación se ha hecho conforme al artículo 98 LAR aplicable, sin que contrarie el principio de igualdad, ya que cada proceso da lugar a unos hechos, unas pruebas distintas y no violan la igualdad de resultados distintos ni se puede privar al orden judicial civil de su facultad de aplicar la ley y fijar el precio del acceso a la propiedad (sentencia de 17 de febrero de 1995).

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SE ADMITE YA QUE EL ARRENDATARIO ES CULTIVADOR PERSONAL SIN QUE SE PRUEBE ABANDONO DEL CULTIVO POR EL MISMO. NO EXISTE EN LA LAR PROHIBICION DE QUE

SE ADMITA MAS DE UNA SUCESION MORTIS CAUSA EN EL ARRENDAMIENTO, YA QUE ESTA PROHIBICION HABRIA DE SER EXPRESA COMO OCURRE EN LA LAU. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado número 2 de Azpeitia estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó la anterior parcialmente, en el sentido de rectificar la cantidad a abonar para el acceso a la propiedad.

No procede la casación. Alega el recurrente que el arrendatario no es cultivador personal, pero la jurisprudencia no exige la dedicación única a la actividad agraria como requisito necesario del concepto, ya que el cultivador personal es quien lleva la explotación de la finca por sí o con la ayuda de familiares que con él convivan, estableciendo la sentencia impugnada que son varios y suficientes los documentos aportados, acreditativos de que el arrendatario desarrolla la explotación agrícola y ganadera del caserío, debiendo tenerse en cuenta que la Ley no prohíbe al arrendatario el ejercicio de otras actividades, siempre que, profesionalmente, dedique su actividad a dicha explotación, sin que se aporte ninguna prueba del abandono o descuido por parte del demandante de las labores agrícolas. Se alega que existe cesión ilícita de la explotación al cesionario anterior al fallecimiento del actor, produciéndose una subrogación nula que ocasiona la resolución del contrato, sin que exista prueba de tal cesión, ya que el hecho de que el hijo colabore con su padre en las labores agrícolas, no implica una sustitución en la relación arrendaticia, ya que el artículo 16 LAR considera cultivador personal a quien lleva la explotación por sí o con la ayuda de familiares que con él convivan, y esto es lo ocurrido, siendo el hijo titular del arrendamiento, desde el fallecimiento de su padre, reconociendo el propietario la condición de arrendatario al aceptar el pago de las rentas durante cuatro años, sin ningún reparo del demandado. No existe la prohibición de más de una sucesión *mortis causa*, pues la Ley no establece tal límite, ya que la Exposición de Motivos de la Ley de 10 de febrero de 1992 dice que, al valor de las fincas arrendadas «han contribuido de forma notable al arrendatario y sus ascendientes mediante su cultivo durante generaciones», lo que supone varias sucesiones en el arriendo, y cuando el legislador ha querido establecer límites lo hizo expresamente (como ocurre en la LAU, respecto a las subrogaciones *mortis causa* en viviendas y locales).

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA FIJACION DE UNA RENTA SUPERIOR A LA ANTIGUA SUPONE LA NOVACION EXTINTIVA DEL CONTRATO QUE IMPIDE EL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado número 3 de Granada estimó la demanda, pero la Audiencia revocó parcialmente.

Triunfa la casación. Existe doctrina jurisprudencial que establece la novación extintiva de un contrato de arrendamiento rústico sin necesidad de que conste en la escritura en la que se ha plasmado el mismo cuando la relación arrendaticia ha sufrido una modificación sustancial sobre todo cuando la misma recae sobre la renta a pagar, pues la modificación al alza de la misma puede hacer que el contrato quede sometido a una normativa distinta, sobre todo en lo relativo a las prórrogas legales, según que la renta fuese o no superior a

las 5.000 pesetas anuales. En el año 1966 se elevó la renta a 31.195 pesetas, y como este cambio de renta produjo un nuevo contrato de arrendamiento, éste no está sujeto a la normativa del artículo 2 de la Ley de 28 de junio de 1940 y al artículo 9 del Reglamento de 24 de septiembre de 1959, puesto que tal regulación no era susceptible de aplicación a los contratos cuya renta sea superior a las 5.000 pesetas anuales, produciéndose una novación del contrato anterior. No es aplicable al actual arrendamiento la normativa antes vigente, relativa a la posibilidad de acceder a la propiedad de la finca objeto del arrendamiento, cuya posibilidad desaparece, dada la situación del nuevo contrato.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ARRENDATARIO NO TIENE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL, YA QUE TIENE OCHENTA Y TRES AÑOS Y SOLO CULTIVA UN PEQUEÑO HUERTO, DEJANDO INCULTIVADO EL RESTO DE LAS FINCAS ARRENDADAS. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado número 2 de Grado estimó la demanda, pero la Audiencia revocó.

No se admite la casación. El artículo 16 LAR exige, para considerar a alguien cultivador personal, que lleve la explotación por sí o con ayuda de familiares. El cultivador es considerado profesional de la agricultura, exigiendo que se ocupe, efectivamente, de la explotación. El arrendatario tiene ochenta y tres años y sólo cultiva un pequeño huerto, dejando incultivadas las restantes fincas que integran la casería que pretendía adquirir en pleno dominio, ayudado por dos hijos que trabajan en otras localidades con dedicaciones ajenas a la agricultura. En estas condiciones no se puede pretender adquirir unas fincas en las que no se piensa trabajar personalmente, pareciendo que lo que desea es comprar terrenos a bajo precio para transmitirlos *mortis causa* a los herederos. Aunque le ayuden sus hijos, hay que tener en cuenta que no es lo mismo enfermedad que senectud, ya que aquélla se cura, pero la otra avanza con los años. La enfermedad es sobrevenida, pero la decrepitud es segura, impidiendo no ya continuar sino siquiera iniciar el cultivo personal. Por tanto, debe fracasar el intento de acceso a la propiedad por su incapacidad física para cultivar personalmente, y el propio arrendatario reconoce en confesión que sólo cultiva el huerto y no puede acreditar la explotación del conjunto predial.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA FINCA LITIGIOSA TIENE UN VALOR EN VENTA SUPERIOR AL DOBLE DEL PRECIO QUE CORRESPONDE A LAS DE SU MISMA CALIDAD O CULTIVO, POR LO QUE ESTA EXCLUIDA DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1998.)

El Juzgado número 1 de Irún desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. La sentencia recurrida llega a la conclusión de que la finca litigiosa tiene, por circunstancias ajenas al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que corresponda en la comarca a las de su misma calidad o cultivo, teniendo en cuenta los dictámenes periciales. Esas

circunstancias son la proximidad al centro urbano, a la playa, al puerto y a sus paseos y comunicaciones, incluido el aeropuerto. No hace falta que estos dictámenes se hagan en relación con otras fincas, sino con la propia finca de autos, sin que sea necesario establecer comparaciones con fincas cuya similitud, exigida por la Ley, puede ser en la práctica muy difícil de hallar. Lo que debe constar es la magnitud del precio en relación con las no afectadas por las circunstancias ajenas al destino agrario. Las pruebas periciales son de libre apreciación por el juez y sólo puede impugnarse en casación la valoración realizada, si es contraria a la racionalidad o contra las más elementales directrices de la lógica, lo que no ocurre en este caso.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD CORRESPONDE AL ARRENDATARIO, PERO NO TIENE ESTA CUALIDAD EL ACTOR, YA QUE PERTENECE POR LEY A SU MADRE, CONYUGE DEL ANTERIOR ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado número 2 de Azpeitia estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. El derecho de acceso a la propiedad reconocido en la Disposición Transitoria 1.^a, regla 3.^a de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, es un derecho personalísimo ejercitado únicamente por quien ostenta la condición de arrendatario, pesando sobre el actor la prueba de esa condición. Pero no puede aceptarse que el actor suceda a su padre al fallecer éste en 1963, porque conforme al artículo 18 LAR, la subrogación por fallecimiento del arrendatario se produjo a favor del cónyuge superviviente, y el actor convivía con ella al formular la demanda. No estando incluido el actor en el supuesto del número 1 del artículo 79 LAR y viviendo la viuda del anterior arrendatario, carece el actor de esa cualidad y no puede acceder a la propiedad de la finca.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PROCEDE RESPECTO A LA SOCIEDAD MERCANTIL DEMANDADA QUE CARECE DE PERSONALIDAD JURIDICA AL NO ESTAR INSCRITA EN EL REGISTRO MERCANTIL, PERO SI RESPECTO AL CODEMANDADO QUE ES EL TITULAR DEL NEGOCIO Y QUE SE HA INTRODUCIDO EN EL LOCAL SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado número 4 de Santander estimó la demanda y la apelación fue rechazada.

Tampoco procede la casación. Las sentencias recurridas entienden que no hay subarriendo o cesión respecto a la sociedad constituida, por tratarse de una sociedad irregular, carente de personalidad jurídica, pero sí respecto al otro codemandado que había sido introducido en la explotación del local, produciéndose un traspaso inconsentido del local. El examen de la prueba documental y testifical determina que este último se halla en el local como titular del negocio y no como trabajador por cuenta ajena. Para el Ayuntamiento, el titular del bar de copas, unido al restaurante ubicado en el local, es el codemanda-

do. Deducción lógica que hace la Audiencia es que el referido señor había sido introducido en el uso de parte del local por el primitivo arrendatario, sin que la introducción la hubiera podido hacer la sociedad al carecer de personalidad jurídica. El único arrendatario del local es el recurrente.

DESAHUCIO.—NO SIENDO FRAUDULENTO NI GRAVOSO PARA EL QUE READQUIERE LA PROPIEDAD, LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO NO SUPONE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO CONTRATADO POR AQUEL. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado número 6 de Murcia desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando la existencia y validez del arrendamiento. La Audiencia confirmó.

No procede la casación. El demandante solicita el desahucio por precario, y la parte adversa alegó en reconvencción la existencia y validez de un arrendamiento centrándose el litigio en decidir, si una vez resuelta la compraventa por falta de pago del precio, el vendedor que readquiere debe soportar el arrendamiento hecho por el comprador antes de la extinción de la relación contractual, triunfando la reconvencción de ambas instancias. Resuelta la compraventa por falta de pago, el readquirente ha de soportar el arrendamiento concertado por el comprador, arrendamiento sujeto a la LAU, que en el artículo 57 dispone la subrogación en el contrato, y no parece que el contrato fuera realizado en fraude ni resulte agravio para el propietario, y aunque la resolución del derecho del arrendador afecte al arrendamiento, éste no quedará extinguido automáticamente, sino que sería posible su resolución, lo que no ha sido reclamado en la demanda. El comprador tenía facultades para arrendar y los pactos otorgados fueron válidos, habida cuenta de que para la existencia de un contrato de arrendamiento urbano no se requieren formalidades especiales como tampoco su inscripción registral. Únicamente no lo sería si el contrato se hubiera concertado en fraude de ley, lo que no se ha demostrado.

RETORNO.—EL ABONO DE INTERESES EN LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS NO PUEDE APRECIARSE DE OFICIO, SINO QUE HA DE SER SOLICITADO EXPRESAMENTE POR LA DEMANDANTE. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado número 5 de Pontevedra estimó parcialmente la demanda, y la Audiencia revocó en parte.

Triunfa la casación. La petición principal: derecho de retorno no puede admitirse por haberse demolido la construcción, siendo más que probable el derrumbe de lo poco que queda en pie, lo que hace que se centre la acción en la petición subsidiaria de la indemnización de daños y perjuicios. No se da la excepción de cosa juzgada respecto a la sentencia que determinaba la resolución del contrato de arrendamiento por otro litigio, ya que no existen los requisitos de identidad del artículo 1.252 del Código Civil, ya que en uno se pretendía la resolución y en otro el retorno, sin que pueda entenderse que la resolución de la relación arrendaticia cierre la posibilidad de esta nueva pretensión. Se acoge el recurso en cuanto a que se ha condenado a la demandada

al abono de una cantidad más el interés legal, pero en ningún caso fue solicitado por la actora el incremento de la suma indemnizatoria en el interés legal, el cual según el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, nunca puede apreciarse de oficio, sino que se han de pedir por la parte interesada, suprimiendo por tanto ese concepto condenatorio de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA SIMPLE ALTERACION DE LA RENTA NO DETERMINA LA RENOVACION DEL CONTRATO SIN QUE EXISTA RENUNCIA EXPRESA AL DERECHO DE PRORROGA FORZOSA. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado número 1 de San Vicente del Raspeig desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. En el arrendamiento de local de 1988 se pactó el plazo de un año, así como la renuncia por la arrendataria a todos y cada uno de los beneficios que la LAU pudiera atribuirle conforme a lo previsto en el artículo 6, párrafo 3.º de la misma. En 1985 se había realizado otro contrato por tres años con la misma renuncia a los beneficios de la LAU, salvo los derechos de prórroga forzosa del artículo 57. El recurrente cree que debe aplicarse la prórroga forzosa en el actual contrato, pero la entrada en vigor del Real Decreto-ley, de 30 de abril de 1985, determina la existencia de dos clases de arrendamientos: los anteriores a la norma, sujetos a prórroga forzosa, y los posteriores a los que será de aplicación la tácita reconducción del artículo 1.566 del Código Civil, a no ser que los contratantes hubieran convenido el sometimiento al régimen de prórroga forzosa, haciendo uso de la libertad de pacto del artículo 1.255 del Código Civil, cuya posibilidad de pacto no se halla prohibida por el artículo 9 del Real Decreto-ley que sólo ha suprimido el automatismo legal. Pretende el recurrente que el contrato de 1988 no es sino una novación modificativa del de 1985, pero la jurisprudencia exige que para la novación modificativa se declare expresamente, o que resulte de los términos del acto que se considera novatorio, interpretando restrictivamente los tribunales la existencia de novación. La simple alteración de la renta no determina la renovación del contrato y no se renuncia expresamente al derecho de prórroga, siendo ilógico pensar que un comerciante renuncie a ese beneficio sin ninguna contraprestación, aceptando además una subida de la renta. En consecuencia, no procede declarar resuelto el contrato al amparo del Real Decreto-ley de 1985.

RETRACTO.—NO PROCEDE EN LA VENTA DE UN LOCAL CUANDO SE TRATA DE LA VENTA DE UN EDIFICIO EN SU CONJUNTO, QUE CONSTITUYE UNA SOLA UNIDAD FISICA Y JURIDICA, SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado número 5 de Vigo desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. La desestimación de la demanda se hizo porque la venta se había efectuado de la totalidad del inmueble, siendo el que recurre arrendatario del local bajo. En aplicación del artículo 47 LAU, el retracto no

resulta eficaz, ya que se trata de la venta de un edificio en su conjunto, que conforma una sola unidad física y jurídica, según reiterada jurisprudencia (sentencias de 3 de abril de 1985, 31 de enero de 1992, 24 de junio de 1994 y 6 de abril de 1995) no se ha probado que el local constituya finca independiente y como tal hubiera sido transmitida a tercero. No habiéndose hecho la división horizontal, la titularidad corresponde a la comunidad, que se constituye, integrada por las participaciones de los propietarios que, en 1991, constituyeron una comunidad civil por cuotas sobre la finca de referencia. El artículo 47 hace referencia exclusivamente a los inquilinos de la vivienda, pues de esta manera se cumplen los fines de justicia social para facilitar el acceso a la propiedad que inspira y justifica la norma y constituye la tendencia finalista del retracto urbano.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—EL PLAZO DEL CONTRATO ERA DE DIEZ AÑOS Y SE RESCINDE UNILATERALMENTE POR EL ARRENDATARIO. PROCEDE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS AL ARRENDADOR POR NO HABER RESTITUIDO LA CLIENTELA AL PROPIETARIO, AL CONCLUIR EL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado número 20 de Barcelona estimó la demanda y se estimó parcialmente la apelación.

No triunfa el recurso de los demandados. La interpretación del documento originario lleva a la inevitable conclusión de que el plazo era de diez años. El artículo 1.581 del Código es supletorio para el caso de que las partes no hubieran fijado plazo para el arrendamiento. No se prueba que hubiera resolución mutua pactada, y en los arrendamientos los propietarios no ceden el dominio sino su goce y disfrute, conservando la facultad de enajenar, y la recuperación de lo arrendado por los demandantes fue impuesta al haber resuelto unilateralmente el contrato por abandono del local objeto del mismo. No existe enriquecimiento injusto de los arrendadores al realizar la venta, ya que la posible ventaja que hubiera obtenido de los demandantes al desalojar el local no la propiciaron ellos, sino que les vino dada por la conducta desleal de la mercantil que recurre.

En cambio triunfa el recurso de los actores. Los términos del contrato son claros en razón a que la cesión llevada a cabo, del fondo comercial, demuestra que la arrendataria incumplió por la resolución unilateral que practicó. El negocio pactado implicaba que la sociedad demandada mantendrá la clientela para que, transcurrido el plazo de diez años, los recurrentes pudieran obtener la recuperación efectiva de lo cedido y poder continuar, si les conviene, con la actividad comercial a la que se habían dedicado. El contrato no autorizaba un desplazamiento definitivo de la clientela si no más bien uno temporal. También es de estimar el perjuicio sufrido por los recurrentes por no haber restituido la clientela la demandada a los arrendadores cedentes pues, al contrario, continuó trabajando en local distinto desarrollando el mismo negocio de distribución de bebidas a los clientes, procediendo la indemnización por clientela retenida conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias de 31 de diciembre de 1997, 17 de marzo de 1993, 25 de enero de 1996 y 14 de febrero de 1997).

RECLAMACION DE RENTAS Y DE DAÑOS.—PROCEDE RESPECTO A LAS PRIMERAS, PERO NO EN CUANTO A LOS DAÑOS, YA QUE, SEGUN EL CONTRATO, NO PUEDE EL ARRENDATARIO RETIRAR LAS MEJORAS REALIZADAS AL TERMINO DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado número 14 de Málaga estimó en parte la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Se reclamaron, por la entidad propietaria a los arrendatarios, determinadas cantidades por rentas y por los daños causados en base al contrato de 1 de abril de 1981, de arrendamiento de tres naves comerciales, acogiendo tanto el Juzgado como la Audiencia, en cuanto a las rentas, pero no en los demás pedimentos, centrándose la casación en el abono de los daños causados. El contrato tiene la cláusula en la que se dice que el cesionario instalaría, a su cargo, todas las conducciones de electricidad que necesiten las naves y la reparación de las cubiertas, bajantes y desagües, cuyas obras quedarán en beneficio de la propiedad al finalizar el contrato, interpretando la sentencia recurrida que el arrendador entrega el inmueble en el estado en el que se encuentra, al tiempo de estipularse el contrato, y el arrendatario asume la carga de adecuarlo para su disfrute sin que al terminar el arriendo pueda retirar las mejoras efectuadas que quedan a favor de la propiedad. Esta interpretación no ha sido combatida en casación y excluye la responsabilidad en los daños que se alegan en el presente caso.

TERCERIA DE DOMINIO (ARRENDAMIENTO FINANCIERO).—SIENDO EL VALOR RESIDUAL INSIGNIFICANTE, LO QUE EXISTE EN REALIDAD ES UNA COMPRAVENTA DE BIEN MUEBLE A PLAZOS, FRACASANDO LA TERCERIA DE DOMINIO, YA QUE LA USUARIA ERA LA PROPIETARIA DEL BIEN TRABADO POR LA ENTIDAD RECURRENTE. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado número 1 de Valladolid desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. Según reiterada jurisprudencia, la calificación jurídica de las relaciones negociales es función de los Tribunales de instancia que ha de ser mantenida en tanto no se revele como ilógica y contraria a las normas de hermenéutica de los artículos 1.281 y siguientes del Código. En este caso, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal *a quo* como contrato de «leasing» o arrendamiento financiero contradice las elementales normas de interpretación que debieron aplicarse al mismo. El leasing es un contrato de origen anglosajón por el que la sociedad de leasing se obliga a financiar la posibilidad de utilizar un objeto a un usuario comprándolo al suministrador y transfiriéndolo directamente al usuario mediante el pago de cantidades periódicas, calculadas en relación con los costes de adquisición previéndose, para el término del período pactado, una opción de compra a favor del usuario. Está regulado en la Disposición Transitoria 7.ª de la Ley de 29 de julio de 1988, sobre disciplina e intervención de las Entidades de crédito, ampliándose por la Ley de 13 de julio de 1998 en su Disposición Adicional 1.ª, que establece la posibilidad de inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pero como la regulación no es completa, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil y en la jurisprudencia. Lo que pretende la parte recurrida es el

levantamiento del embargo trabado por la parte recurrente sobre los bienes de la sociedad usuaria del leasing para el éxito de su tercería de dominio. Está claro que según sea la clase de leasing, tendría o no éxito la pretensión de la recurrente: el leasing de amortización parcial —arrendamiento— o un leasing de amortización total —compraventa—. En la primera, la propiedad es de la sociedad de leasing, y en la segunda es el usuario. Lo que caracteriza al leasing de amortización total es que el valor residual sea insignificante, siendo la compra del objeto la única alternativa razonable al término del leasing para el usuario. Como el valor residual en este caso es insignificante, sea el 1,66 por 100, como dice el recurrente, o el 3,84 por 100, que dice la parte recurrida, resulta claro que lo que las partes han suscrito ha sido un contrato de compraventa de bien mueble a plazos, por lo que procede estimar la tesis de la recurrente y el fracaso de la tercería de dominio, ya que la usuaria es la propietaria del bien trabado por la entidad recurrida.

C. R. R.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por el Departamento de Derecho Civil de la UNED.
Director: Profesor LASARTE

A la memoria de José María Corral Gijón

Querido José María:

Gracias a ti, y al apoyo que siempre nos brindó tu padre, formamos un pequeño grupo y aportamos nuestra modestísima colaboración a la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, comentando la Jurisprudencia que se iba generando en materia de responsabilidad.

Tú te encargabas de proporcionarnos las sentencias y, de cuando en cuando, las traías en un sobre bajo el brazo para que las repartiésemos y nos pusiéramos a trabajar. Ayer me llegó uno de esos sobres. Era la primera vez que no lo portabas tú, fue todo un presagio.

Hoy hemos conocido la triste noticia de tu partida. Te has ido, pero nos has dejado un grato recuerdo con tu sonrisa, tu ingenio, tu agudeza, tu mirada inteligente, tu gran sentido del humor, tu fortaleza, la valentía con la que te has enfrentado a la vida, tu discreción y, cómo no, tus chistes, tus viñetas y tus dibujos tan divertidos.

Ha sido todo un honor para mí conocerte, ya que estabas investido de la serenidad y la sencillez que sólo poseen las almas grandes.

Nos has enseñado mucho sin pretenderlo, sin palabras, sin discursos ni consejos. Nos has enseñado con tu forma de ser y de vivir. Muchas gracias.

Adiós, Jose María, descansa en paz.

Madrid, 24 de octubre de 2001

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

NEGLIGENCIA DEL PEDIATRA.—RESPONSABILIDAD POR LA PRESCRIPCIÓN DE UN FARMACO. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Un Juzgado de Primera Instancia de Denia desestimó la demanda presentada por el padre de una niña que sufría lesiones ocasionadas por unos inyectables indebidamente prescritos. En efecto, en el prospecto se advertía, con letras mayúsculas, que la especialidad en cuestión contiene Lidocaína en el disolvente para aumentar la tolerancia local en inyección intramuscular y, en consecuencia, no debía administrarse por vía intravenosa, ni en niños menores de dos años y medio, ni en pacientes con historial de hipersensibilidad a la Lidocaína. Y en el informe ante el Juzgado se hacía constar que «la prescripción de un antibiótico en inyección y además adicionado de un balsámico es inadecuado para ser administrado a un niño, pues las posibilidades de reacción anormal local son mayores en este caso».

Con todo, la demanda fue desestimada en primera instancia. En la Audiencia Provincial de Alicante se estima la apelación del demandante y se condena a los codemandados a indemnizar con ocho millones de pesetas.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación de los demandados, que alegaron diversos motivos. El referente a la responsabilidad civil se razona en el fundamento cuarto, que dice:

CUARTO.—El motivo tercero y último de este recurso se acoge al número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, estimando infringido el artículo 1.902 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Añade el motivo que no puede imputarse negligencia al pediatra por el simple hecho de recetar el medicamento en cuestión a una niña que aún no contaba tres años, pues en el prospecto del medicamento se advierte que no debe administrarse a niños menores de dos años y medio, siendo así que la niña nació el 23 de diciembre de 1985 y las inyecciones se le pusieron en diciembre de 1988, era mayor de dos años y medio. Dado que las inyecciones se le aplicaron por vía intramuscular y no era alérgica ni a la penicilina ni a la lidocaína y que no respondió al tratamiento alternativo por vía oral, resulta la absoluta falta de culpa o negligencia. De esto concluye el motivo que la conducta del pediatra no fue culposa o negligente al no ser previsible el suceso acaecido, al limitarse a recetar un medicamento aprobado por la Dirección General de Farmacia, ateniéndose a las instrucciones del prospecto y el nexo causal, al faltar la culpa o negligencia en su conducta queda fuera del ámbito del artículo 1.902 del Código Civil.

No puede acogerse el motivo en este punto. El médico es el prescriptor, el encargado de señalar el tratamiento terapéutico. A veces éste consiste en una o varias intervenciones quirúrgicas, otras en régimen dietético y las más en la prescripción de medicamentos. Así, cuando el médico prescribe un tratamiento consistente en el uso o consumo de un fármaco, incumbe a dicho facultativo la información sobre su utilización y dosificación, y ello sin olvidar que también el medicamento está acompañado de una información.

La selección del medicamento adecuado para el tratamiento de una enfermedad supone un juicio clínico que ha de sopesar y valorar riesgos y beneficios en su operatividad. Conocer la enfermedad y los males que puede generar al paciente en el curso de su evolución, pero ello requiere un acertado

diagnóstico, no limitado a un etiquetado o su denominación, sino con relación a los niveles de riesgo. En este punto entra la actividad del medicamento y de los efectos adversos que puedan presentarse en un cálculo de probabilidades que casi siempre tiene que ser aproximativo.

Tanto la Directiva Comunitaria, la 92/27 CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, como la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, contiene la normativa al respecto, en cuanto a las indicaciones terapéuticas, contraindicaciones, precauciones necesarias e instrucciones necesarias y habituales para una buena utilización (posología, forma y, si fuere necesario, vía de administración). En concreto, y con referencia a la Ley del Medicamento, su artículo 19 hace referencia a la ficha técnica, no dirigida al usuario, sino al médico y farmacéutico. Tanto para la información del prospecto como de la ficha técnica, lo referente a indicaciones, contraindicaciones, efectos adversos y precauciones particulares en su empleo han de estar en congruencia con los resultados de los estudios farmacológicos y clínicos sobre garantías de seguridad, ausencia de toxicidad o tolerancia y de eficacia.

No es suficiente, como parece pretender el motivo, con que un medicamento esté aprobado por la Dirección General de Farmacia. Se trataba de una paciente que no llegaba a los tres años de edad, a la que prescribir un tratamiento de Combitórax, de ampicilina con balsámico de cuatro inyectables, que repite, medicamento que en su prospecto, a más de las contraindicaciones hace advertencia de que no debe inyectarse en niños menores de dos años y medio, tratándose de una menor que no había alcanzado los tres años.

La conducta del médico debe reputarse de poco diligente al mandar ocho inyecciones a una menor de tres años, cuando una sola estaba contraindicada por el prospecto —y por la ficha técnica— a un menor de dos años y medio y no sólo se prescriben cuatro inyecciones en días sucesivos, sino que repite la dosificación.

Por el contrario, el motivo debe ser acogido respecto a los recurrentes ATS, pues no consta que las lesiones causadas a la niña lo fueran por haberse inyectado de forma incorrecta, antes al contrario, de toda la prueba practicada parece deducirse que se colocaron las inyecciones en «el punto de Barthelmy», o sea, en el correcto, en el de las inyecciones intramusculares, e incluso en el Informe del Hospital General de Alicante se señala que la lesión parece ser tóxica, y otro tanto repite el médico forense en el juicio de faltas. No consta que exista, por parte de tales ATS, actuación negligente alguna.

RESPONSABILIDAD EX ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL PARA LA DIPUTACION PROVINCIAL DE LA CUAL DEPENDE UN CENTRO HOSPITALARIO POR LAS LESIONES SUFRIDAS POR UNA ENFERMA MENTAL EN TAL CENTRO. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 2001.)

Ponente: Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Los hechos declarados probados en la instancia son los siguientes: la actora, debido a sufrir trastornos psiquiátricos, fue ingresada en la Unidad de Agudos del Hospital Psiquiátrico San José, de Toledo, y al cabo de unos días, el día 20 de abril de 1989 sufrió una alteración de su estado que le originó una agitación psicomotriz, por lo que fue atendida por el doctor don Antonio N. J. Barroso Cañizares quien, tras examinarla, ordenó que se le inyectara un

tranquilizante, lo que fue efectuado por la ayudante técnico-sanitaria, doña Lourdes Martín Serrano. Pero como, pese a ello, seguía con su estado de agitación, el referido doctor ordenó la contención mecánica de la enferma, cuya actuación fue realizada por los auxiliares de enfermería, doña Soledad Ayuso Vivar, doña Angeles Sánchez González y don Rafael Maldonado Palma, y por el cuidador, don Hipólito Ruiz Portales, dejando a la enferma sola en la habitación. Transcurridos algunos minutos, se escucharon gritos que procedían de la habitación de la enferma, por lo que la referida auxiliar de enfermería, doña María Angeles Sánchez González, acudió a ver qué pasaba y apercibiéndose de que había llamas en la cama en que se encontraba la enferma y en las ropas de ésta y, tras avisar a sus compañeros, apagaron el fuego y le practicaron una cura de urgencia, trasladando a la enferma, seguidamente, al Ambulatorio de la Seguridad Social y luego a Madrid en donde fue intervenida quirúrgicamente y a consecuencia de las quemaduras sufridas, la actora padeció lesiones de las que tardó en curar cien días, durante los cuales estuvo impedida para sus habituales ocupaciones, quedándole como secuelas la amputación de los dedos 2, 3, 4 y 5 de la mano izquierda, así como una cicatriz queloidea por quemaduras en región dorsal de dicha mano izquierda en una superficie de 11 por 4 centímetros.

Se demanda a los profesionales que intervinieron y subsidiariamente a la Diputación Provincial de Toledo. La demanda es desestimada en primera instancia respecto a los funcionarios, pero se estima respecto a la Diputación Provincial a la que se condena a indemnizar con cuatro millones de pesetas a la parte demandante. Este organismo recurre en alzada, pero se desestima su recurso por la Audiencia Provincial, confirmándose la condena por el Tribunal Supremo, que razona así su decisión: Esto hace referencia a un caso, no extraño precisamente dentro de la asistencia hospitalaria, relativo a la asistencia a los enfermos mentales que ha de contar con los riesgos y lesiones que estos pacientes puedan infligirse a sí mismos como a terceros. Como ha señalado la sentencia de esta Sala, de 22 de abril de 1997, la condena del Instituto Nacional de la Salud se basa en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del Instituto. Aquí, con respecto a la Diputación Provincial de Toledo, de la cual depende el Centro en el que acaecieron los hechos que ya se han expuesto, su responsabilidad solidaria es patente y de naturaleza directa, como se desprende de las sentencias de este Tribunal, de 8 de febrero y 10 de marzo de 1989, como más significativas y como repite la más reciente de 6 de junio de 1997. Se trata de una responsabilidad directa como empresa «por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos», como expresó la ya añeja Resolución de 16 de abril de 1973. En el caso traído ahora a la censura casacional, no ofrece duda que «existió una manifiesta asistencia defectuosa», en expresión de la sentencia de 27 de mayo de 1997, porque tratándose de una enferma con graves trastornos psiquiátricos, a los que añadía una agitación grave e importante de tipo psicomotriz que no cesó, pese a la inyección de tranquilizante ordenada por el doctor asistente a la paciente y ordenar la contención mecánica, sin registrar si portaba algún objeto peligroso para la enferma o terceros, tal contención se realizó sin impedimento de que pudiera la asistida sacar un mechero de sus ropas e incendiarlas y la cama en que quedó sujeta, habiéndola dejado sola y apercibiéndose de lo acaecido por los gritos de la quema-

da... que ha perdido cuatro dedos de la mano izquierda y sufrido grave abramiento palmar. Dispone el artículo 1.903 del Código Civil que cesa la responsabilidad cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. En el caso ahora examinado y en la instancia no aparece tal prueba —el motivo ni siquiera menciona tal extremo—. Existe, pues, una jurisprudencia que declara esta responsabilidad en el ámbito médico —sentencias de 11 de marzo de 1985, 7 y 22 de junio de 1988, y la ya referida de 27 de mayo de 1997— que proclama la responsabilidad del organismo Insalud, Diputación, etc., frente a la vieja irresponsabilidad del Estado y demás entes públicos que debido a distintas leyes —*ad exemplum*, Enjuiciamiento Criminal, Expropiación Forzosa y Régimen Local— desapareció.

Como señaló la sentencia de este Tribunal, de 6 de junio de 1997, el artículo 1.902 atribuye responsabilidades al que por acción u omisión cause un daño a otra parte sujeto activo; puede ser individual o colectivo, persona física o jurídica, particular o ente público. Promulgada la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1956, cuando la Administración lesiona bienes de carácter privado y entiende por tal la jurisprudencia, la salud —sentencias de 22 de noviembre de 1985, 1 de julio de 1986, 31 de marzo de 1987, 23 de noviembre de 1991, 11 de julio de 1993 y 8 de febrero de 1994— surge la obligación reparatoria de tal normativa especial incluso en concurrencia con el artículo 1.902 del Código Civil, como señaló la sentencia citada de 6 de junio de 1997.

Incluso con base en los artículos 1.902 y 1.903 del citado texto sustantivo civil, y sin haberse demandado a médico alguno, sino al ente jurídico Centro Médico, ha señalado al respecto la sentencia de 21 de julio de 1997, y ha repetido la de 25 de noviembre del mismo año, que «ciertamente, el artículo 1.903 presupone una actuación culposa, pero ésta se deduce del propio resultado producido, añadiendo que la aplicación del artículo 1.903 sobre obligación de indemnizar por hecho ajeno, presupone la obligación derivada de acto ilícito, responsabilidad extracontractual del artículo 1.902, y ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también defectuoso.

Por ello, manteniendo la absolución de los sanitarios, no cabe entender vulnerado el artículo 1.903 como pretende el motivo —como ya señaló la sentencia de 4 de febrero de 1999—, y ello hace perecer el recurso. Porque bien se haya aplicado este precepto sustantivo o bien el artículo 1.902, que permite la condena civil de personas jurídicas, el recurso perece.

FALTA DE NEXO CAUSAL.—EN ESTE CASO NO ES APLICABLE EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO. MENOR A LA QUE SE ATRAPA LA MANO EN UNA ESCALERA MECANICA EN UNOS GRANDES ALMACENES. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2001.)

Ponente: Don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Una niña de dos años, Bárbara, iba con su madre y con su tía, y al utilizar una escalera mecánica, que carecía de todo defecto de funcionamiento o fallo mecánico, quedó atrapada su mano, sin que se haya podido determinar certeramente cómo acaeció realmente el hecho, y sufrió un traumatismo que

hizo necesaria una intervención quirúrgica, cicatrizando las heridas con normalidad, sin ninguna secuela física ni psíquica.

Los padres de la niña, doña Joaquina Peña García y don José M. Diéguez Suárez, formularon demanda contra «El Corte Inglés, S. A.», en cuyo centro comercial de Las Palmas de Gran Canaria sucedió el hecho y contra el «Centro de Seguros, Correduría de Seguros, S. A.»; esta última fue absuelta de la demanda por falta de legitimación pasiva en ambas instancias. El Juzgado de la instancia, número 8, de Las Palmas, desestimó la demanda, esencialmente por entender que fue la propia víctima la que interfirió en la cadena causal y tratarse de una menor de dos años que no iba lo suficientemente vigilada por sus cuidadores. La Audiencia Provincial, Sección 4.ª, de la misma ciudad, revocó la sentencia dictada en primera instancia y condenó al «Corte Inglés, S. A.» al pago de una cantidad muy inferior a la reclamada en la demanda (la vigésima parte) por entender que en la responsabilidad por riesgo, cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su diligencia y se hacía necesario extremar la precaución a la hora de utilizar un medio mecánico; en todo caso apreció la concurrencia de culpas.

«El Corte Inglés, S. A.» formuló recurso de casación en seis motivos. El recurso es estimatorio y el Tribunal Supremo absuelve a dicha sociedad de responsabilidad, según se razona:

«Hay que precisar —ya que en las sentencias de instancia se hace hincapié en ello— los tres presupuestos de la llamada responsabilidad extracontractual: el primero es la acción u omisión, que es voluntaria y libre y, en tanto productora de un daño, antijurídica en cuanto atenta al principio de alterum non laedere; el segundo es el daño, que es, a su vez, el objeto de la obligación de reparar; el tercero es el nexo causal entre aquella acción y este daño, que se rompe cuando se produce (y se prueba) una acción de tercero o del propio perjudicado o caso fortuito o fuerza mayor. El tan discutible elemento de la culpabilidad existe en el texto del artículo 1.902 del Código Civil y en la realidad, pero lo que ha ido evolucionando es su prueba y se tiende a estimarla inmersa en el primero, la acción u omisión, en el sentido de que si ésta, con nexo causal, produce un daño, necesariamente la culpa se halla en la acción u omisión pues, a no ser que medie dolo, no se habría producido daño de no haber culpa, es decir, se da un desplazamiento de la culpa al nexo causal.

En la sentencia, objeto del presente recurso de casación, aparecen unos errores esenciales en extremos que son la base de la condena indemnizatoria: en el fundamento segundo se dice que «cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su diligencia, principio que se ha denominado como de expansión de la carga de la prueba», lo que demuestra la confusión entre la culpa y nexo causal, ya que en la culpa se mantuvo desde la sentencia de 10 de julio de 1943, la inversión de la carga de la prueba, pero el nexo causal siempre debe ser probado, y cuando habla de «el agente» se está refiriendo al causante, con nexo causal, del daño, y esto es lo que afirma la propia sentencia que no consta; en el fundamento tercero insiste en que no se ha determinado «certainamente cómo acaeció el siniestro», con lo cual no cabe la imputación de responsabilidad a quien se ignora que sea el causante del daño; en el fundamento cuarto advierte que en el caso de la menor acompañada de su madre y de su tía, «se hacía necesario extremar la precaución a la hora de utilizar un medio mecánico que entraña un riesgo», siendo la madre y la tía las

que deben extremar tal precaución; en el fundamento quinto estudia la «concurrency de culpas», sin que quepa entender la concurrencia de culpa, en su concepto jurídico, en persona de dos años de edad.

En conclusión, la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 1.902 del Código Civil porque *no hay nexo causal entre el propietario del local, «El Corte Inglés, S. A.», en que ejerce su actividad comercial y tiene, entre otros muchos elementos mecánicos, eléctricos y de toda índole, las escaleras mecánicas, y el daño sufrido por una niña de dos años de edad que iba acompañada y bajo el control de, por lo menos, su madre. Tampoco puede darse culpabilidad, si falta la relación de causalidad entre la actividad de una persona, en este caso persona jurídica, y el daño sufrido por otra, en este caso persona física de dos años de edad.* Faltando ambos elementos, no se da obligación de reparar, es decir, la llamada responsabilidad extracontractual.

Por tanto, se acogen ambos motivos de casación sin que sea necesario entrar en el análisis de los restantes, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Sala resuelve lo que corresponde, dentro de los términos en que se ha planteado el debate; la resolución no puede ser otra, tal como se deduce de lo expuesto, que la desestimación de la demanda, confirmando así la sentencia dictada en primera instancia. En cuanto a las costas, se aplicará lo dispuesto en el mismo artículo 1.715.2.

RESPONSABILIDAD MEDICA.—SOLO ES EXIGIBLE CUANDO EL ACTO MEDICO ENJUICIADO FUE REALIZADO CON INFRACCION O NO SUJECION A LAS TECNICAS EXIGIBLES PARA EL MISMO. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Don Pedro González Poveda.

Se demanda en reclamación de indemnización de los daños y perjuicios causados por la negligente actuación médica que atribuye al médico, don Ignacio Pérez Villa, actuación negligente que se hace consistir en que el médico demandado, ginecólogo que atendía a la actora, recetó a ésta cinco inyectables de Colestone Cronodose, que estaba embarazada de gemelos y que sufría de diabetes gestacional, y que provocó una cetocidosis diabética y la pérdida de los gemelos.

Recayó sentencia desestimatoria en primera instancia y fue confirmada en la Audiencia Provincial de Tarragona.

Ahora el Tribunal Supremo también rechaza la casación.

Es doctrina constante de esta Sala, manifestada en numerosas sentencias cuya cita resulta excusada por conocidas, que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino de proporcionarle los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad, más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente, la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que

el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*).

En el caso enjuiciado no ha resultado probada una actuación médica que pueda calificarse de negligente, imputable al ginecólogo demandado. Como pone de manifiesto la prueba pericial practicada en autos, tanto en los embarazos generales como en las diabetes gestacionales (supuestos que concurrían en la actora) aumenta considerablemente el riesgo de que ocurra un parto pretérmino; en tales casos, ante la probabilidad de que el parto se adelantara, está recomendada y protocolizada la administración de corticoides (Colestone-Cronodose) con el fin de acelerar la madurez fetal, requisito imprescindible para la viabilidad de un feto prematuro. Asimismo consta acreditado que en el momento de conocer el ginecólogo demandado que la actora presentaba una diabetes gestacional, la remitió al especialista en endocrinología para completar su tratamiento con insulina. Es decir, la prueba practicada pone de manifiesto que el demandado señor Pérez Villa actuó de acuerdo con las reglas de la ciencia médica aplicables al caso y atendidas las condiciones de su paciente, por lo que no puede imputársele conducta negligente alguna generadora de responsabilidad. En consecuencia, procede la desestimación del motivo único del recurso.

ACCIDENTE FERROVIARIO.—RESPONSABILIDAD DE LA RENFE POR DEFICIENTE SEÑALIZACION DE UN PASO A NIVEL SIN BARRERAS. COMPENSACION CULPOSA DEL TRACTORISTA, VICTIMA DEL ACCIDENTE. LA INDEMNIZACION NO ALCANZA A LA ESPOSA SEPARADA DE HECHO Y EN TRAMITES DE SEPARACION JUDICIAL, LA CUAL, ADEMAS, SOLO HABIA SOLICITADO EN LA DEMANDA REPARACION DE DAÑOS MORALES. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2001.)

Ponente: Don José de Asís Garrote.

Se acumularon en un solo procedimiento dos demandas: contra don Manuel Díez López (maquinista) y la RENFE, reclamando la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por sendos demandantes: don Tomás Quinta Pastrana y doña Francisca Espinosa Sánchez, a consecuencia de la muerte de Eutimio Quinta Pastrana, hijo del primero y desposado con la segunda, fallecimiento ocurrido el día 10 de julio de 1992, cuando el tractor conducido por Eutimio y propiedad de su padre, se disponía a cruzar la vía férrea Palencia-La Coruña, por el paso a nivel existente en el punto kilométrico 73,350, en el momento que circulaba por la misma la máquina número 269-063-A, dirección a La Coruña, paso a nivel situado en las proximidades al casco urbano de la localidad de Barcianos del Real Camino, siendo alcanzado el tractor y resultando muerto el conductor del mismo y su acompañante; el paso a nivel no estaba dotado de barreras, teniendo solamente una señal, la indicadora de Stop debajo de dos aspas. Las sentencias de instancias absolvieron libremente al conductor de la máquina de ferrocarril, y estimando en parte la demanda de don Tomás Quinta, y apreciando compensación de culpas, condenó a RENFE a pagar al demandante referido la cantidad de cuatro millones de pesetas, y dando lugar a la reconvencción planteada por la entidad ferroviaria, condenó al demandante, don Tomás, a pagar a la RENFE 1.941.688 pesetas,

pero tanto esta entidad demandada como don Manuel Díez Álvarez fueron absueltos libremente de la demanda promovida contra los dos citados por doña Francisca Espinosa Sánchez, porque estimó probado, en las sentencias de ambas instancias, que ésta no dependía económicamente del marido, y que ambos esposos llevaban separados tres meses, pendiente el juicio de separación matrimonial en el que la esposa había sido declarada en rebeldía. No se apreció la existencia de la culpa en el conductor de la máquina porque éste, desde que observó que el tractor se aproximaba a la vía férrea, a unos quinientos metros del punto de la colisión hizo sonar repetidas veces las señales acústicas. El tractor disminuyó su marcha, y cuando faltaban unos 150 cuando se apercibió el maquinista que no iba a parar el tractorista en la señal de stop, accionando los frenos de emergencia. Por el contrario se estimó culpa de RENFE por la precariedad de las indicaciones de peligro que indicaban el paso a nivel, señales que las limitó a una sola, en las que estaban comprendidas las aspas indicadoras de paso a nivel sin barreras y la señal indicativa del Stop; y también se apreció culpa del conductor del tractor por no haber respetado esta señal de tráfico en un paso a nivel de buena visibilidad, salvo unos leves segundos que privaba de la misma un montículo existente en la dirección, precisamente, por donde procedía la máquina. El demandante don Tomás y la RENFE se han aquietado con la sentencia de la Audiencia, pero la demandante doña Francisca Espinosa Sánchez ha recurrido la sentencia.

En el primer motivo del recurso alega al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, la representación procesal de doña Francisca, la violación del artículo 1.902 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, al entender que de acuerdo a los hechos probados, la sentencia de instancia hace una interpretación demasiado subjetivista de la llamada responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, y no tiene en cuenta, además, la doctrina jurisprudencial, que entiende que la diligencia debida, comprende no sólo la guarda de las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además, todo lo que la prudencia imponga para prevenir el hecho dañoso. No hay nada que oponer a la exposición del recurrente sobre la dirección adoptada por la jurisprudencia, debiendo hacer observar, no obstante, que no ha perdido nunca en la doctrina jurisprudencial el matiz subjetivista de la culpa, a pesar de que por algún sector de la doctrina científica, se ha querido llegar a desprenderse del mismo e imponer la responsabilidad por riesgo con carácter objetivo; en este orden de cosas, lo que se ha sancionado por la doctrina jurisprudencial es la inversión de la carga de la prueba.

En el tercer motivo del recurso y por el mismo cauce procesal que los dos anteriores, invoca la violación del artículo 1.902 del Código Civil en relación con los artículos 82, 91, 97, 1.392 y concordantes del Código Civil, en relación con la Disposición Adicional quinta de la Ley 30/1981, de 7 de junio, entendemos que en base a que se ha declarado la responsabilidad culposa de RENFE y al no estimar la sentencia de instancia como «perjudicada» a la demandante doña Francisca Espinosa, por no hacer vida en común con se esposo y estar pendiente de un procedimiento de separación matrimonial, sostiene que no había *afectio maritalis* entre los dos cónyuges, entendiendo la parte recurrente en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, que ha de ser tenida como perjudicada, porque cuando ocurrieron los hechos no había sido declarada la separación judicial, que la de hecho, se había iniciado apenas tres meses antes, y que los esposos habían iniciado un negocio de hostelería en León, para lo que se precisó solicitar créditos bancarios, y la

muerte de Eutimio ha impedido su continuación. Motivo que no ha de prosperar, en cuanto los daños que se solicitaron se indemnizaran fueron exclusivamente los daños morales sufridos por la muerte de su marido, entendiendo la sentencia de instancia que no pueden haberse producido esos daños en la situación en que se encontraban los esposos, no sólo por la separación de hecho, sino también por el procedimiento judicial entablado para dar sanción judicial a esa separación existente. Tampoco se puede atender a la indemnización de daños materiales, porque no fueron pedidos en la demanda, y los que pretenden que sean indemnizados no son consecuencia de la muerte de don Eutimio, sino de la separación matrimonial, propiciada precisamente —según parece de las actuaciones— por el socio o empleado en ese negocio; por otra parte, los créditos a que se refiere el escrito del recurso fueron avalados por el padre del fallecido, que es el que con su patrimonio los ha hecho frente en virtud de los referidos avales.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL PARA CONOCER DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL INSALUD. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Datos fácticos.—A) La demanda promovida ante el Juzgado de Primera Instancia de Jerez de los Caballeros (autos de menor cuantía 90/94) iba dirigida contra don José Cándido Hernández Rodríguez, médico del Insalud, y contra el propio Insalud, en reclamación por culpa extracontractual de quince millones de pesetas e intereses legales desde la demanda. B) Fue en el acto de la comparecencia cuando la actora interesó del Juzgado que se extendiera la demanda contra don Félix Zahínos Ramírez, a lo que el Juzgado accedió, haciéndose así y, tras el preceptivo traslado, fue contestada por dicho demandado. C) A la demandante se le ha otorgado el derecho a litigar gratuitamente. D) La sentencia de primer grado declara probado que el aviso se dio a las cinco horas y diez minutos y que no expresó la actora en tal momento un mensaje de urgencia vital y, aunque la posterior llamada sí lo es, se ha producido una imprevisible superposición con otra de carácter urgente en la que un médico, precisamente el doctor Monterroso, demanda del Centro la urgente atención para una persona que sobre las cinco horas quince minutos presenta un ataque incontrolable de epilepsia. E) Según consta en la historia clínica del fallecido, padecía un asma bronquial de origen alérgico, lo cual permitía a su angustiada esposa reclamar el medicamento que le había de ser inyectado, URBASON, lo cual demuestra que aunque la dolencia era grave no era desconocida para su cónyuge. F) Tal enfermo fue ingresado en 1991 en el Hospital Infanta Cristina de Badajoz, constando en su historia clínica que padece dicha dolencia desde los cuarenta y dos años, llevando al tiempo del ingreso más de trece años con tal dolencia... G) Una vez que el facultativo suministró la medicación oportuna al epiléptico y partió hacia la casa de la demandante, habían transcurrido unos minutos, pocos, pero suficientes para que se hubiera producido el fallecimiento del alérgico. H) El Juzgado de Primera Instancia no estimó reprochables los comportamientos del médico y del celador demandados. El primero, porque con los medios a su alcance actúa frente a las circunstancias imponderables del caso, aparte de que la

actora no ha acreditado la culpa o negligencia del mismo, cuya demostración le incumbía, según las reglas del *onus probandi*, señaladas por esta Sala para el éxito de la acción nacida de culpa extracontractual. I) Tampoco se imputa responsabilidad al celador, al que no se le exigen conocimientos médicos en el acceso al cargo y existe prueba de que cogió el teléfono y avisó al médico, documentando debidamente las llamadas y cumpliendo con su función razonablemente. J) Asimismo, el Juzgado, no sólo absuelve a estos dos demandados, médico y celador, sino que reduce en un 40 por 100 la reclamación formulada, y ello con independencia de los perjuicios económicos para la actora, al pasar a la viudez y los daños morales, aparte de un cuadro depresivo acreditado por certificado médico, pero sin explicitar adecuadamente las razones de tal minoración económica. K) Tal es el contenido de la sentencia de primer grado, que no fue impugnada por la demandante, que sólo combatió en la alzada la cuantía indemnizatoria concedida en la sentencia.

Apelada la sentencia de primera instancia por el Instituto Nacional de la Salud, la Audiencia Provincial de Badajoz la revocó, aceptando la excepción alegada de falta de jurisdicción.

Por la demandante inicial se interpone recurso de casación contra la formulada incompetencia que pronunció la Audiencia, lo que produciría indefensión contra lo dispuesto en los artículos 24 y 106 de la Constitución.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia que, como dice, de no ser rectificadora obligaría a la parte demandante, postulante en justicia, a un peregrinaje jurisdiccional que debe evitarse. En consecuencia, se da por firme la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que condenaba al Insalud a pagar seis millones de pesetas a la actora. Se aducen en el Fundamento Jurídico tercero de la sentencia los antecedentes de la cuestión competencial y se concluye con la Disposición Adicional 12.^a de la Ley 4/1999, de 13 de enero.

RESPONSABILIDAD MEDICA.—NO EXISTE CUANDO NO HAY ACTUACION CULPOSA Y SE HAN SUMINISTRADO LAS ATENCIONES NORMALES.
(SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Aunque el Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Almería, estimó la demanda contra un médico, condenándole al pago de una indemnización, la sentencia es revocada por la Audiencia Provincial. Y se confirma este fallo por el Tribunal Supremo, con expresión de la doctrina en que basa su fallo absoluto:

Sobre la responsabilidad profesional médica, esta Sala ha constituido una doctrina ya firme y constante que determina que la obligación del médico en general no es de resultados sino de medios; y que en modo alguno el médico puede contraer el compromiso de curar, en todo caso, al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, ya que éste no puede garantizar, se vuelve a repetir, la curación, y sí el empleo de las técnicas adecuadas.

Y en el presente caso, el médico demandado sí utilizó las técnicas adecuadas y convenientes, como se desprende del *factum* de la sentencia recurrida, extraído a través de una actuación hermenéutica normal y lógica, cuando en él se afirma que la intervención del médico demandado fue en todo caso correcta, ya que la primera asistencia efectuada estuvo dentro de los parámetros habituales para esta clase de accidentes —la introducción de cuerpos extraños metálicos en la córnea—, utilizando al efecto un líquido reactivo para examinar dicha parte ocular, extrayendo diversas partículas de óxido de hierro sin que observara la partícula de hierro que se había insertado a nivel retiniano y que determinó el posterior desprendimiento de retina con la consiguiente pérdida de visión.

Y si no se detectó la misma fue debido a que ello no era posible sin disponer de los medios técnicos propios de un hospital con servicios ultraespecializados en el que fue asistido más tarde, en donde, y sólo a través de una radiografía orbitaria, se pudo detectar el cuerpo extraño que no había sido localizado por el médico demandado con la técnica que él utilizó, y que es la única que estaba a su alcance, pero que desde luego sí dio la información y antecedentes para esta última actuación hospitalaria.

Con todo ello se llega a la conclusión de que en la intervención del médico demandado no ha habido un componente culposo, pues como ya se sabe, según doctrina de esta Sala, el médico sólo queda obligado a suministrar al paciente las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad sólo se basará en una culpa incontestable, es decir, patente (por todas, la sentencia de 10 de diciembre de 1996).

Y en el presente caso, se vuelve a repetir, no se ha constatado la existencia de la referida actuación culposa, con lo que se ha de descartar la exigencia de responsabilidad profesional médica alguna.

J. M. C. G.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2001.)

Hechos.—Una niña de ocho años de edad fallece por asfixia como consecuencia de haber sido apresada en el cuello por la puerta metálica de un garaje. Sus padres demandan a la Comunidad de Propietarios de dicho garaje alegando la teoría del riesgo.

Doctrina de la Sentencia.—Ha de negarse la presencia de la responsabilidad por riesgo cuando se aspira a identificarla con la responsabilidad objetiva, que, por propia definición, aparta por completo el requisito de la culpa, que, anidado en el dogma voluntarista, impregna todo el instituto clásico del *ius commune*.

Si se defiende la pretensión de que el resultado dañoso, a consecuencia del uso de un mecanismo, tiene que abocar en la procedencia del resarcimiento, ya que el agente, por su interés, pone en marcha un mecanismo o máquina que produce un daño, ha de tenerse en cuenta que dichas reglas pueden explicarse cuando se crea una actividad tendente a la especulación, con todo el aparato de intendencia correspondiente, pues parece indiscutible que dicho mecanismo *per se* produce un riesgo que, si se consuma, debe reducir con la

consiguiente responsabilidad el lucro pretendido, pero no si consta la necesidad del aparato en los tiempos modernos, la adecuación de su instalación con las normas técnicas correspondientes, y su uso habitual ... otra cosa sería tanto como imputar responsabilidad a todo propietario de algo por el daño sufrido por quien lo use o disfrute sin control alguno o con voluntad alienada.

Comentario.—Resulta especialmente interesante esta sentencia por la definición que realiza de la responsabilidad por riesgo y de las circunstancias que deben darse para que exista, separándola de la responsabilidad objetiva.

Como sabemos, la responsabilidad cuasiobjetiva o por riesgo es una creación jurisprudencial motivada por los avances de la técnica en los tiempos modernos, y atribuye responsabilidad extracontractual respecto del daño a quien ha creado el riesgo de que ocurra, sobre la base de los principios de protección al perjudicado, de solidaridad social y de que debe soportar los daños quien está obteniendo beneficios en la actividad en la que han surgido. De esta forma, este tipo de responsabilidad se caracteriza por la presunción de culpa en el agente, invirtiendo la carga de la prueba, y por la exigencia para exonerarse de responsabilidad de una diligencia superior a la normal, adecuada al sector del tráfico de que se trate, al riesgo que suponga y a su previsibilidad.

Todo ello manteniendo como sistema básico el de responsabilidad culposa, de manera que si, efectivamente, se demuestra que el daño era imprevisible y que se habían adoptado todas las medidas de precaución en principio necesarias, el actor no será responsable. Por lo tanto es una figura distinta de la responsabilidad objetiva, o sin culpa, que sólo se consagra para supuestos tasados.

Este sistema de la responsabilidad por riesgo, en principio muy elogiable, puesto que trata de proteger a la parte más débil, se ha visto sin embargo en los últimos años muy desvirtuado por algunas argumentaciones doctrinales, que, tratando de obtener una indemnización, han llegado a calificar como situación de riesgo, de la que debe responder su titular, a actividades que no parece que lo sean. Así, se extiende desmesuradamente el concepto de negligencia y se inventan cada día mayores deberes de vigilancia y seguridad, con la finalidad de poder acudir a la teoría de la responsabilidad por riesgo y obtener una indemnización.

En este sentido, resulta muy clarificadora esta sentencia en la que se responde a la argumentación de que tener una puerta metálica de acceso a un garaje crea una situación de riesgo, por lo que es obligado indemnizar todos los daños que dicha puerta cause, afirmando que la responsabilidad por riesgo no es una responsabilidad objetiva en la que se prescinda por completo de la culpa, de manera que si consta que se trata de un aparato propio de los tiempos modernos, de uso muy habitual, y que está instalado cumpliendo todas las normas de seguridad necesarias, no puede imputarse a sus propietarios responsabilidad por cualesquiera daños que origine a quien lo use, a no ser, por supuesto, que se demuestre la negligencia de dichos propietarios en su conservación o mantenimiento.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 2 de marzo de 2000, en la que el Tribunal Supremo deniega la indemnización solicitada por una señora que cayó por una escalera mecánica instalada en una estación ferroviaria, señalando que no se ha demostrado de forma alguna la existencia de deficiencias en la estructura ni funcionamiento de la escalera mecánica, y que

la puesta en uso de unas escaleras de este tipo difícilmente puede considerarse como el establecimiento de un riesgo superior al normal, por lo que el accidente se debió exclusivamente a una infortunada caída o traspies de una persona de avanzada edad.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DE QUIEN OCUPA UNA VIVIENDA POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LAS COSAS QUE CAYEREN DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2001.)

Hechos.—Inundación de un establecimiento como consecuencia de la rotura de una tubería de un apartamento que se encontraba alquilado por sus propietarios.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.910 del Código Civil, en el que se incardina el supuesto, ofrece una clara muestra de la llamada responsabilidad «objetiva» o «por riesgo», responsabilizando al principal o cabeza de familia, entendiéndose por tal a quien habita la vivienda, de las cosas, tanto sólidas como líquidas, que cayeren de la misma. Dicha responsabilidad no alcanza al propietario-arrendador de la vivienda que, como es obvio, no habita en ella, a no ser que, conociendo el mal estado de las instalaciones de la vivienda, causa determinante del daño, hubiese dejado de cumplir su obligación de repararlas.

Comentario.—Dos son las cuestiones que principalmente plantea esta sentencia: determinar el concepto de «cabeza de familia», para ver si comprende sólo al dueño de la casa, o también al arrendatario de la misma, o únicamente a éste, y concretar si las filtraciones de agua pueden equipararse a cosas que se arrojan o caen de la casa. A las dos cuestiones se responde de acuerdo con el criterio tradicional en estas materias, de manera que no se aparta esta sentencia de la jurisprudencia anterior.

Con respecto a la primera de ellas, es doctrina del Tribunal Supremo muy reiterada que, a efectos de la responsabilidad por cosas que cayeren de la casa, debe entenderse por «cabeza de familia» no al dueño de aquélla, sino al ocupante o usuario directo, quien la habita como principal en unión de las personas que con él conviven, y que puede ser por tanto el arrendatario o usufructuario.

En realidad se ha condenado en muchas ocasiones a los propietarios de los pisos por vía de los artículos 1.902 del Código Civil y concordantes de la Ley de Arrendamientos Urbanos (negligencia propia en la conservación de la vivienda que les incumbe), incluso si no ocupaban la vivienda, por no adoptar con prontitud las medidas necesarias para evitar las consecuencias dañosas, una vez que han sido advertidos del siniestro por descuido posterior, o al menos si han sido advertidos de la deficiencia de las instalaciones y no han hecho nada para remediarlas y mantener dichas instalaciones en buen estado. Incluso se ha condenado a la Comunidad de Propietarios, si se acredita que su conducta negligente, por ejemplo, en la conservación de tuberías o la limpieza de desagües comunes, es la causante de los daños.

Pero lo que parece estar claro es que si la vivienda está ocupada legalmente por personas distintas de los propietarios, y dichas personas no les han comunicado a éstos la existencia de avería alguna ni les han requerido para realizar ninguna reparación, como es su obligación, a dichos propietarios no

les es racionalmente exigible una constante supervisión de la vivienda, de manera que si la entregaron en buen estado han de presumir que continúa en la misma situación; por lo tanto, ocurrida una filtración de aguas, el arrendatario del piso, aunque no lo ocupe en ese momento, será el responsable de los daños ocasionados.

Con respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, también ha declarado este Tribunal que la expresión «cosas que se arrojaran o cayeren de la casa» no constituye un *numerus clausus*, por lo que puede ser objeto de interpretación extensiva, de acuerdo con el principio de salvaguarda de las relaciones de vecindad. De hecho, las filtraciones por rotura de cañerías de agua y humedades son de los siniestros más frecuentes, y quizá el supuesto más común de daños indemnizables en virtud del artículo 1.910 del Código Civil (véase la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 1984).

Por lo demás, está claro que la responsabilidad en estos supuestos es objetiva, por lo que el hecho de existir o no culpa del inquilino del piso no impide que deba resarcir a quien sufrió el daño, sin perjuicio de su derecho a repetir, en su caso, sobre quién pudiere haber sido el causante material directo del daño.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO: JURISDICCION COMPETENTE, LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO, VALORACION DE LA CONFESION JUDICIAL, APRECIACION DE LA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 2001.)

Hechos.—Un niño de doce años de edad muere en el patio de un colegio público, el día 27 de septiembre de 1991, durante el recreo, al desprenderse la barra superior de una portería de fútbol-sala, desprovista de red, a la que se hallaba suspendido para ser impulsado por otros compañeros con la finalidad de efectuar un giro completo.

Doctrina de la Sentencia.—La muerte del niño no se produjo como consecuencia necesaria y derivada del servicio público de enseñanza. Los alumnos son seres libres, y su actuación en el patio no puede pensarse que esté sujeta al *ius imperium* de la Administración. Por lo tanto, la jurisdicción civil es competente.

La acción directa contra el asegurador es una facultad procesal que la ley concede al perjudicado, y da lugar a la responsabilidad solidaria del causante del daño y la compañía aseguradora. La acción la puede ejercer el perjudicado o no, pero nunca se le impone como deber, y ello junto con la solidaridad de obligados impide la apreciación del litisconsorcio pasivo necesario (necesidad de demandar a todos los sujetos afectados por la cuestión material debatida).

Los hechos acreditados (existencia de una portería sin red, falta de vigilancia, omisión de precauciones en la organización y ordenación del recreo) son incólumes en casación; sí es revisable su calificación jurídica, pero en este caso tal calificación, que es de responsabilidad, es compartida por la Sala.

La confesión judicial no es prevalente sobre los demás medios de prueba.

Comentario.—No aporta esta sentencia nada nuevo a lo que es ya doctrina muy reiterada del Tribunal Supremo. En primer lugar, dado que los hechos ocurrieron en septiembre de 1991, y por tanto antes de las reformas adminis-

trativas de noviembre de 1992 y procesales de julio 1998, la jurisdicción competente para conocer de este tipo de litigios, siempre que el accidente haya ocurrido en un centro de carácter público, puede ser la civil, y no necesariamente la contenciosa, dado que la prestación de un servicio público es materia de la jurisdicción contenciosa, pero lo que no forme parte del mismo no, y parece claro que la actuación de un alumno en un patio de recreo no forma parte del servicio público de enseñanza. Otra cosa sería si los hechos hubieran ocurrido después de julio de 1998, pues desde entonces la única jurisdicción competente para conocer asuntos relativos a la Administración Pública es la contencioso-administrativa.

En cuanto a la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, situación que se produce cuando no son llamados al proceso todos los que pueden encontrarse interesados en el mismo, y con la que se trata de impedir que terceros no presentes en el pleito puedan verse afectados por el mismo sin haber sido oídos, es doctrina reiterada que no debe aplicarse cuando entre los demandados existe una relación de solidaridad, puesto que de acuerdo con el artículo 1.144 del Código Civil, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Dado que las relaciones internas entre los posibles deudores de la indemnización escapan al conocimiento del perjudicado, y son extrañas al litigio, no es imprescindible que sean demandados todos ellos. Otra cosa es que si se solicita la condena de la Compañía Aseguradora obviamente sí debe demandarse a ésta, para que pueda alegar y probar procesalmente sus intereses, pero si no se la demanda, lo único que ocurrirá es que no se la condenará, sino sólo al demandado-asegurado, que después de pagar podrá reclamar a la aseguradora la parte que le corresponda con los intereses del anticipo.

Por último, las afirmaciones de que los hechos declarados probados en la sentencia de instancia no son revisables en casación (aunque sí su calificación jurídica como negligentes o no), y de que la confesión judicial no es sino un medio más de prueba entre los posibles, pero no prevalece sobre los demás, son tradicionales ya en nuestros Tribunales.

P. L. P.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. ACCIDENTE FERROVIARIO CON RESULTADO DE LESIONES GRAVES. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA IN ILLIQUIS NON FIT MORA. (SENTENCIA DE 16 MAYO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Roman García Varela.

El Juzgado de Primera Instancia, número 50, de Madrid, en sentencia de 21 de julio de 1994, desestimó la demanda sobre reclamación de cantidad formulada por doña Carmen R. C., contra don Manuel S. F. y RENFE, condenando en costas a la actora.

La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia el 18 de diciembre de 1995, estimó en parte el recurso interpuesto por doña Carmen R. C., y revocó la resolución del Juzgado condenando solidariamente a los demandados a indemnizar a la actora en 4.940.000 pesetas, incrementados en el interés legal desde la fecha de la resolución de primera instancia.

El Tribunal Supremo estima el recuso de casación interpuesto por los codemandandos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y condenando solidariamente a los demandados a indemnizar a la actora en la cantidad de 4.940.000 pesetas, incrementada con los intereses legales desde la fecha de la sentencia dictada por la Audiencia.

Hechos.—Doña Carmen R. C. sufrió un accidente cuando intentaba acceder a un vagón del tren en la estación de Madrid-Atocha para desplazarse a Alcalá de Henares, lo que le ocasionó lesiones de diversa consideración.

Doctrina de la Sentencia.—Los motivos primero y segundo del recurso se fundan en el número 4 del artículo 1.692 de la LEC, por entender infringido el artículo 1.902 del Código Civil, al considerar que la sentencia impugnada no ha valorado que el accidente tuvo lugar por culpa de la propia lesionada y por transgresión de la doctrina jurisprudencial, con relación de sentencias, relativas todas ellas al principio de responsabilidad por culpa. Ambos motivos se desestiman por las razones que se señalan a continuación:

Esta Sala tiene declarado, en sentencia de 20 junio de 1994, que «la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia precisas para evitarlos, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente o, lo que es igual, que la culpa de éste se presume iuris tantum y hasta tanto no se demuestre que el autor de los daños obró con prudencia y diligencia»; asimismo, la indicada posición de la objetivación moderada de la responsabilidad extracontractual ha sido reconocida, entre otras, por las SSTs de 12 de julio de 1994 y 4 de febrero de 1997.

La sentencia recurrida, ...considera que la dinámica del accidente evidenciaba que..., alguna de las puertas de los vagones estaría abierta ... ha seguido la línea jurisprudencial de que el demandado debe probar bien el caso fortuito, o la culpa exclusiva de la víctima, bien la actuación diligente, y esta Sala acepta su conclusión de que esta doctrina de la carga de la prueba es decisiva en los casos de incertidumbre, como el presente, pues los hechos improbados se traducen en hechos inciertos, y, por tanto, ante la duda de que aquél hubiese iniciado la maniobra de salida del tren, previas las comprobaciones precisas para evitar cualquier perjuicio a los usuarios, como es cerrar el acceso a los vagones, no cabe completar su diligencia y, por tanto, ello deriva en el rechazo de la existencia de un caso fortuito o de culpa exclusiva de la actora.

El motivo tercero de este recurso —al amparo del art. 1.692.4 de la LEC por transgresión del art. 168.1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en conexión con el art. 293.1.º-7 de su Reglamento de 28 de septiembre de 1990, en relación con el art. 1.902 del Código Civil...— se desestima porque está basado en que doña María del Carmen R. C. pretendía acceder al tren cuando éste se encontraba en movimiento, sin embargo, la resolución de instancia dice literalmente que «no consta de forma convincente si la actora intentó subirse con el tren en marcha o si éste inició la marcha justo cuando intentaba subirse, existiendo las versiones contradictorias de la actora y los demandados», de manera que la recurrente hace supuesto de la cuestión al tomar como punto de

apoyo del motivo apreciaciones fácticas subjetivas en discrepancia con lo considerado por la sentencia objeto del recurso (por todas, STS de 25 de enero de 1992).

El motivo cuarto de este recurso —al amparo del art. 1.692.4 de la LEC por vulneración del art. 1.100 del Código Civil—, en relación con la doctrina jurisprudencial..., se estima porque esta Sala tiene declarado que los intereses legales nacen en casos como el presente «desde la fecha de la sentencia de apelación que, al revocar la absolutoria de la instancia, ha fijado la cantidad indemnizatoria, que, de esta manera, adquiere la condición de líquida, toda vez que no surge de relaciones, obligaciones o títulos jurídicos que la podrían engendrar, sino que parte de haberse producido hechos determinantes de responsabilidad extracontractual que exigen la previa declaración judicial de su concurrencia para generar las consecuentes indemnizaciones reparadoras» (STS de 18 de marzo de 1993), cuya doctrina, reiteradamente manifestada por esta Sala, ha sido infringida en la instancia.

*El único motivo del recurso deducido por... «RENFE» —al amparo del art. 1.692.4 de la LEC por quebrantamiento del art. 1.100 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial...—, por ser de aplicación el principio **in illiquidis non fit mora**, dicha exigencia sólo cabría desde la de la sentencia de la Audiencia —se estima por idénticas razones que las indicadas en el Fundamento de Derecho precedente—.*

Notas: En este caso la cuestión litigiosa se centra en si existía o no negligencia por parte del maquinista del tren, es decir, si el conductor inició o no la marcha mientras doña María del Carmen R. C. pretendía subir al tren. Parece deducirse que si subió era porque alguna puerta estaba abierta, en cuyo caso, para que el maquinista no incurriese en negligencia, el tren debería estar parado y debería haber tomado las oportunas medidas de prevención para eludir posibles perjuicios a los pasajeros, pero el maquinista no pudo demostrar que hubiese iniciado la maniobra tras comprobar que las puertas estaban cerradas.

Por otro lado, hay que señalar que la sentencia reitera la doctrina de la Sala de que los intereses legales nacen en casos como el presente «desde la fecha de la sentencia de apelación, que, al revocar la absolutoria de la instancia, ha fijado la cantidad indemnizatoria, que, de esta manera, adquiere la condición de líquida, toda vez que no surge de relaciones, obligaciones o títulos jurídicos que la podrían engendrar, sino que parte de haberse producido hechos determinantes de responsabilidad extracontractual, que exigen la previa declaración judicial de su concurrencia para generar las consecuentes indemnizaciones reparadoras».

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: DAÑOS CAUSADOS EN UN CABLE DE CONDUCCION ELECTRICA POR PALA EXCAVADORA AL EJECUTAR OBRAS CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Asís Garrote.

El Juzgado de Primera Instancia, número uno, de Baracaldo, dictó sentencia el 22 de febrero de 1994, estimando parcialmente la demanda sobre

reclamación de cantidad interpuesta por Iberdrola, S. A., contra Construcciones Amaia, S. A.; Oxinorte, S. A.; Plus Ultra y Aegón, condenando solidariamente a que paguen Oxinorte, S. A., 3.465.165 pesetas; Amaia, S. A., 4.620.221 pesetas, y Aegón, S. A., lo que excede de 65.000 pesetas hasta el límite de 4.620.221 pesetas, absolviendo a Plus Ultra, S. A. Asimismo estimó la demanda reconventional interpuesta por Oxinorte contra Iberdrola, S. A., y condenó a ésta a que pague a aquélla la suma de 889.754 pesetas, y en ambos casos con los intereses previstos... pagando cada parte sus costas y las comunes por igual, abonando la demandante principal las causadas por Plus Ultra, S. A.

La Audiencia Provincial de Bilbao, en sentencia de 21 de septiembre de 1995, desestimó el recurso interpuesto por Oxinorte, S. A., y Aegón, contra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia y confirmó dicha resolución, todo ello con costas de esta alzada a las partes apelantes.

La compañía Aegón Seguros, S. A., interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al recurso.

Hechos.—Daños en cables subterráneos realizados por una pala excavadora durante la ejecución de obras.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación se fundó en cuatro motivos:

Uno, al amparo del artículo 1.692.4.º de la LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables ... al entender que la responsabilidad exigible por la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, cuando en la producción del daño existen varios agentes... y se ha especificado por el Tribunal la cuota de participación, la responsabilidad de los autores de la acción u omisión culposa ... debe ser mancomunada.

...conviene señalar que en los casos en los que la obligación nazca de un hecho ilícito o culposo, la mayor parte de la doctrina científica se ha decantado que se ha de estimar que la responsabilidad exigible es la solidaria entre los agentes concurrentes a la producción del daño, ...la cuestión está resuelta por la jurisprudencia, ...por diversos motivos..., como uno de los más importantes el de ser la solidaridad, con la que quedan más protegidos los derechos de las víctimas o perjudicados y por entender que los preceptos que establecen, como regla general, el supuesto contrario, el de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, se refieren a las obligaciones nacidas de los contratos y no de los hechos u omisiones ilícitos; criterio de solidaridad que siguen la jurisprudencia de forma reiterada cuando sean varios los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el hecho culposo, como se pone de manifiesto en las sentencias de 7 de febrero de 1986, de 21 de octubre de 1988, de 7 de mayo de 1993 y de 19 de julio de 1996.

Por lo que en el caso de autos, y por haberse condenado en forma solidaria a los demandados Oxinor, Amaia y a la compañía que aseguraba a ésta, Aegón, hay que entender que frente a la perjudicada Iberdrola deben esos demandados in solidum, los 8.085.386 pesetas, menos la franquicia de la aseguradora, y entre los demandados las cuotas establecidas por el Juzgador, a los efectos de que por alguno de los deudores se haya abonado la totalidad, pueda reclamar el reintegro de la parte proporcional que le corresponda.

El segundo motivo del recurso se formula por el mismo cauce procesal que el anterior, y se alega la infracción por inaplicación del artículo 1.968.2.º del Código Civil, y por aplicación indebida del artículo 1.974 del mismo cuerpo legal, y adicionalmente se considera infringido el artículo 1.973 del referido texto legal, en la medida de que no se estima la sentencia, la excepción de prescripción alegada:

Argumentación que no es válida, pues ... la obligación establecida entre los deudores agentes del hecho ilícito culposo es solidaria, y habiendo sido reclamada extrajudicialmente a Oxinorte, ... produjo la interrupción del plazo de prescripción respecto a ésta, ... perjudica también a los otros deudores solidarios, entre los que se encuentra la ahora recurrente...

El tercer motivo promueve de forma subsidiaria y por el mismo cauce procesal, infracción por aplicación indebida del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, y la doctrina jurisprudencial ... sobre la distinción entre cláusulas limitativas de derechos del asegurado, y cláusula delimitadora o configurado del riesgo. Así como infracción de los artículos 73 y 76 de la LCS por interpretación errónea, la calificación que se hace de la exclusión en la póliza de la indemnización por los daños que se puedan ocasionar a los cables subterráneos entre los perjuicios susceptibles de ser indemnizados causados con ocasión de la construcción, es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y no una que limita del riesgo, por lo que no sería de aplicación el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Respecto a estas alegaciones de la parte recurrente y dejando a un lado el hecho de que la cláusula de exclusión es una modificación de la póliza original, llevada a efecto después de ocurrir el siniestro (el 25 de enero de 1991 y la rotura del cable se produjo el 23 de noviembre de 1990), hay que tener presente que no excluye del riesgo asegurado, pura y simplemente, los daños ocasionados en las tuberías subterráneas existentes, sino que se declara que, el asegurador solamente responderá por pérdida o daño a cables o tuberías subterráneas de cualquier tipo cuando el asegurado, antes del comienzo de la obra, haya realizado diversas actividades, de las cuales las contenidas en el apartado a) de la cláusula se entiendan apropiadas en esta clase de seguros, pero las comprendidas en el extremo b) restringen el riesgo de forma no usual, por lo que hay que entender que la cláusula limita el derecho del asegurado; las comprendidas en el apartado a) se estiman cumplidas en el presente supuesto, ya que la excavación se realizaba en espacio cerrado, conteniendo la debida indicación de la ubicación de la tubería en la placa puesta sobre el muro, y en el lugar por el que pasa la conducción, indicando la profundidad en que se encuentra, aunque este dato de Iberdrola no se correspondía a la realidad, error este que motivó la apreciación de la compensación de culpas con la consiguiente rebaja del importe de la indemnización. Entender la cláusula de otra forma, ... implicaría que ésta no configuraba el riesgo, sino que limitaba el derecho del asegurado a exigir la indemnización, lo que supone una específica aceptación del asegurado por escrito, situación que no se ha producido, por lo que procede desestimar también este tercer motivo del recurso.

Por último, y también de forma subsidiaria, se plantea al amparo del artículo 1.692.4 de la LEC, infracción por aplicación indebida del artículo 20 de la LCS y la jurisprudencia que lo desarrolla, combate la parte recurrente la im-

sición del interés moratorio establecido en ese precepto legal, llevado a efecto por la sentencia del Juzgado y confirmado por la Audiencia, impugnando el carácter declarativo que atribuye, a los términos de la condena, de una cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios, desconociendo que se trata de un seguro de responsabilidad civil y no de un seguro de daños.

Motivo que debe ser estimado, en cuanto ... que para la determinación de la cuantía en que se fija la responsabilidad civil de los demandados se tuvo en cuenta la actuación culposa de la perjudicada, apreciándose la llamada compensación de culpas, y además la distribución por cuotas del importe de la indemnización entre los propios demandados, lo que hacía muy difícil, casi imposible, la fijación del mínimo de lo que podía deber la aseguradora, por lo que procede casar este extremo del fallo; pronunciamiento que no impide la imposición de los intereses en la forma prevista para su asegurada Amaia, S. A., y los del artículo 921 de la LEC, desde la fecha de la sentencia del Juzgado número 1 de los de 1.ª Instancia, de Baracaldo.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ACCIDENTE DE CIRCULACION. INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS. FALTA DE JURISDICCION POR SER UNO DE LOS DEMANDADOS UN ORGANISMO AUTONOMO. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don José Asís Garrote.

El Juzgado de Primera Instancia, número cuatro, de Torrejón de Ardoz, dictó sentencia el 20 de mayo de 1993, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el Canal de Isabel II, y estimó parcialmente la demanda formulada por don Antonio V. R., y de la entidad Valles Empresa Constructora, S. A., condenando al poblado de Inta a abonar al actor la cantidad de dos millones de pesetas con los intereses legales de dicha suma y absolvió de los pedimentos de la actora al Canal de Isabel II y al Ministerio del Aire, debiendo abonar el actor y el Poblado de Inta las costas causadas, cada uno de ellos las causadas a su instancia y las comunes por la mitad.

La Audiencia Provincial de Madrid (sección duodécima) en sentencia de 18 de diciembre de 1995, desestimó el recurso interpuesto por el señor Abogado del Estado en nombre y representación del (INTAET) y estimando en parte el recurso interpuesto por don Antonio V. R. y de la Sociedad Valles Empresa Constructora, S. A., revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, condenando al mencionado organismo propietario del poblado, a que se refiere la demanda, a que paguen al actor don Antonio V. R., la cantidad de diez millones de pesetas por los conceptos a que se refiere el fundamento quinto de esta sentencia, y a la mencionada sociedad de un millón quinientas mil pesetas con los intereses del artículo 921, de dos millones desde la fecha de la sentencia apelada y del resto desde la fecha de esta sentencia; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la codemandada INTAET.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación de la parte actora y de la demandada.

Hechos.—Accidente de circulación ocurrido en el Km. 5 de la carretera de Torrejón como consecuencia de haber patinado un vehículo en una placa de

hielo de más de setenta metros de largo debido a las bajas temperaturas y ha habérse inundado la carretera con el agua vertida por la rotura de la tubería propiedad de INTAET, lo que produjo graves lesiones al hijo del actor, menor de edad, además de daños morales y materiales.

Doctrina de la Sentencia.—Se interponen recursos de casación de la parte actora y de la demanda. Examinamos, en primer lugar, el recurso de la parte actora, que se basa en tres motivos que se analizan a continuación:

Primero, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, al considerar que la sentencia incurre en exceso de jurisdicción por corresponder al órgano contencioso-administrativo el conocimiento del asunto:

...entendemos que las normas de la Ley de Administraciones Públicas de 1992, no le son aplicables porque la demanda se promovió en el año 1990, con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley y, por consiguiente, las normas a aplicar para la determinación de la jurisdicción que corresponde conocer son las contenidas en la LRJAE de 1957, en particular lo dispuesto en el artículo 41, que atribuye el conocimiento de los casos comprendidos en el número 1 del artículo 40 de la propia Ley a la jurisdicción de los órganos civiles, y a los números 2 y 4 del artículo 9.º de la LOPJ, por lo que debe ser desestimado el presente motivo de recurso, ...además... el objeto material del pleito es de exclusiva naturaleza civil y la lesión al particular no se ha producido como consecuencia de hecho o actos administrativos ni nacen como consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público, sino que es consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones como propietario de las tuberías para dar servicios de aguas a unas casas propiedad del Ente Autónomo para sus funcionarios, sin que con ello cumpla una función de carácter público y en beneficio de la generalidad, tesis esta que está de acuerdo con la doctrina jurisprudencial nacida en torno a los artículos citados de la LRJAE, manifestada en las sentencias de esta Sala, de 4 de noviembre de 1998, 6 de mayo de 1999, 26 de febrero, 20 y 26 de junio de 2000.

Segundo, al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, por la falta de legitimación *ad causam* del actor don Antonio V. R., pues reclamo en su propio nombre,... cuando las indemnizaciones por las lesiones... se reconocen para su hijo menor de diez años como consecuencia del accidente; la cuestión... fue resuelta en la sentencia recurrida, desestimando la excepción de falta de legitimación, ...a mayor abundamiento entendió la Audiencia que la reclamación la hacía el padre en ejercicio de la patria potestad que le correspondía respecto a su hijo menor de edad. Criterio que debemos mantener, aun reconociendo la poca fortuna que tuvo la representación procesal al formular la demanda, ya que en todo caso la de los padres tienen la representación de los hijos menores no emancipados de acuerdo a lo determinado en el artículo 162 del Código Civil, como dice la sentencia recurrida, y que pueden ejercitar por cualquiera de ellos con el consentimiento del otro, en razón a la representación legal que le corresponden mientras estén, los hijos, bajo la patria potestad de sus padres, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos que don Antonio V. R. ha ejercitado en representación de su hijo los derechos que a éste le corresponde en virtud de esa facultad que le otorga el artículo citado del Código.

Tercero, al amparo del número 4.º del artículo 1.962 de la LEC, alega infracción del artículo 1.105 del Código Civil por su falta de aplicación, por

entender el recurrente que el daño se ha producido por caso fortuito o fuerza mayor por ser inevitable e imprevisible la meteorología:

...el motivo no puede sostenerse, aparte de que la meteorología es previsible con bastante exactitud para un período de tres o cuatro días, el obstáculo en la carretera, que motivó el accidente, fue agravado ciertamente por el frío riguroso..., pero en realidad la omisión negligente existe por el mero hecho de mantener en la carretera la gran cantidad de agua vertida a consecuencia de la avería, que aun en estado líquido hace peligrosa la circulación por la vía, sin que INTA hiciera nada para limpiarla y evitar así el riesgo para la circulación, pero ni siquiera pone indicaciones en la carretera con señales adecuadas advirtiendo a los usuarios del riesgo de deslizamiento de los vehículos, omisión esta que fundamenta la responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil en relación con el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en cuanto que se ha acreditado la existencia de unos daños producidos como consecuencia de un accidente de circulación, ...debido al deslizamiento por el estado de la carretera, al derramar gran cantidad de agua proveniente de la rotura de una tubería de suministro de agua para el poblado de INTA, tubería propiedad de este Organismo Autónomo.

Los demandantes recurren también en casación y articulan el recurso en tres motivos, todos ellos por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC.

Los dos primeros invocan la infracción de preceptos constitucionales, en ambos, con argumentos tendientes exclusivamente a impugnar la cuantía de la indemnización establecida por el Tribunal de instancia, tema este que por referirse a una cuestión de hecho no es materia casacional, salvo que se alegue infracción de los escasos preceptos de nuestro sistema legal que regulan la valoración de la prueba... La parte recurrente..., invoca incumplimiento por la sentencia recurrida del artículo 24, en el primer motivo, y del artículo 14 en el segundo, los dos de la CE, y ... porque entiende que no ha cumplido con el deber de dar tutela judicial efectiva a los actores, ni con el principio de igualdad ante la ley, *...el dictamen del Ministerio Fiscal en el trámite del artículo 1.710 de la LEC, solicitó la inadmisión del recurso de los actores por las causas 2.ª y 3.ª del número 1 del expresado artículo, petición que entendemos procedente en este trámite en cuanto que además de lo expuesto más arriba, de que la disconformidad de los recurrentes con la sentencia recurrida se refería exclusivamente en la cuantía de la indemnización, por no haberse valorado los daños en los términos expresados por ellos en su demanda, pero es que, además, en el primer motivo, a pesar de que se alega la violación del artículo 24.1 de la Constitución (obtener la tutela judicial efectiva), no se expresa en qué ha consistido esa violación, salvo en el extremo a la que ya se ha hecho referencia, a saber, la falta de acogida en la sentencia de la totalidad del quantum indemnizatorio, cuando en la misma se aceptan distintos pedimentos después que dé una valoración de la prueba apreciada en su conjunto; valoración que no ha sido impugnada en el recurso de casación y sin que se denuncien, igualmente, en el recurso, defectos o anomalías que hayan producido indefensión a la parte recurrente.*

También ... se ha alegado la violación al principio de la igualdad ante la ley, invocando ... que se han señalado «cifras indemnizatorias en supuestos menos graves que el aquí contemplado, notoriamente superiores», ... volvien-

do otra vez a pretender hacer una nueva valoración de la prueba..., sin tener en cuenta que la realizada por la Audiencia... es lógica y equilibrada, y su impugnación, además, se ha hecho fuera de los cauces procesales establecidas al efecto. Por último, hay que dar la debida relevancia a que la cuantificación de la indemnización está comprendida en lo que algunas posiciones doctrinales señalan como «el margen de libre enjuiciamiento del juez», y más cuando entre los daños que se indemnizan están comprendidos los llamados daños morales, bastando para su debida fijación que el juez haya agotado todos los medios de concretización de que dispone, con ayuda de razonamientos jurídicos que determinen la rectitud del fallo, supuesto que entendemos cumple suficientemente la sentencia recurrida.

En el tercer motivo, por el cauce del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, por infracción de los artículos 1.902 en relación con el 1.106, ambos del Código Civil:

...discutiéndose únicamente al quantum, que... queda dentro del campo de libre enjuiciamiento del juez y se ha estimado, a este respecto, que lejos de ser arbitrarios los supuestos que han servido de base para su fijación, se adecuan al resultado de la prueba practicada, por lo que debe ser desestimado este motivo, como tiene materializada la jurisprudencia de esta Sala en sentencia de 22 de mayo de 1995, que es una de las muchas que repite la doctrina de que la fijación cuantitativa de los daños corresponde al Juzgador de instancia, actuando éste con criterio discrecional, o la de 18 de julio de 1996 que, igualmente, entiende que la «apreciación del daño a indemnizar, su existencia y alcance, es “cuestión de hecho” reservada única y exclusivamente al Tribunal de instancia».

J. R. J.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS CAUSADOS EN EDIFICIO COLINDANTE POR OBRA DE VACIADO; RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE ARQUITECTO Y EJECUTANTE. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

El presente recurso de casación dimana de un juicio de menor cuantía promovido por los propietarios de un edificio contra el propietario de la finca colindante, contra el arquitecto y contra el contratista que llevó a cabo las obras de vaciado de esta última por los daños y perjuicios causados en aquel edificio con base en el artículo 1.902 del Código Civil.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a los tres demandados, solidariamente, a indemnizar a la parte actora en la cantidad que se determinase en ejecución de sentencia.

Recurrida en apelación dicha sentencia por los tres demandados condenados, y adherida la parte actora para que se concretara la suma indemnizatoria, el Tribunal de segunda instancia únicamente estimó el recurso de la demandada como propietaria de la finca donde se habían ejecutado las obras, absolviéndola de la demanda.

Contra la sentencia de apelación recurrieron en casación la parte actora y la demandada ejecutante de las obras.

En primer lugar se cita, como infringida, la jurisprudencia de esta Sala sobre la necesidad de que quien reclama una indemnización pruebe la existencia de los daños y perjuicios. Curiosamente se alega por parte de la recurrente que no cabe esta prueba, ya que el edificio afectado por la obra se encontraba declarado en ruina desde 1973, careciendo, según su entender, de valor alguno, según prueba pericial practicada.

El Tribunal Supremo dice que este motivo no puede ser estimado porque, siendo cierta la declaración administrativa de ruina, también lo es, de un lado, que al anterior propietario le había sido denegada la licencia de demolición y, de otro, que la parte actora había comprado la finca, «en su mayor parte arrendada», un mes antes de que quedara tan afectada por la obra colindante que el Ayuntamiento procedió a demoler el edificio en sustitución de los propietarios.

Los anteriores hechos sirven de base al Supremo para argumentar que difícilmente puede negarse la existencia de un daño patente y palpable cuando se procede a la demolición de un edificio, precipitada por la actuación de los demandados al desestabilizar por completo el edificio recién comprado por los demandantes. Admitir lo contrario conduciría, como dice el Alto Tribunal, al absurdo de que cuanto mayor o más obvio fuese el daño causado a un edificio antiguo o administrativamente declarado en ruina por una obra en finca colindante, menor sería la prueba de ese daño, y cuanto más antiguo el edificio, menores las precauciones a adoptar en la obra colindante porque, de aceptarse el desarrollo argumental esgrimido, el derrumbamiento total del edificio no vendría sino a beneficiar a su propietario.

No admite, tampoco, el Supremo, el argumento de la recurrente de que no procedía exonerar de responsabilidad a la demandada propietaria de la finca donde se ejecutaban las obras de vaciado argumentando que, en casos similares, se ha absuelto al propietario cuando éste ha encargado la obra a un arquitecto y a una empresa especializada (SSTS de 31-7-97, 15-12-98 y 8-7-99, entre otras).

El Tribunal Supremo considera que debe condenarse solidariamente al arquitecto y a la empresa que ejecutó las obras de vaciado, ya que no se adoptaron las más mínimas precauciones, llevando a cabo una tarea tan delicada de forma temeraria (SSTS de 29-10-99, así como las anteriormente citadas). En consecuencia, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa dedicada a practicar demoliciones, imponiéndole, además, las costas.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CONTRATO DE OBRA. LA RELACION COMITENTE-CONTRATISTA Y LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

La cuestión litigiosa gira en torno a la responsabilidad por daños derivada de las labores de construcción realizadas en virtud de contrato de obra, en un solar, y que produjeron daños en el edificio colindante.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados (comitente, constructora y «demás desconocidos e ignoradas personas físicas o jurídicas que hayan podido intervenir en la obra») a realizar en la casa contigua las re-

paraciones necesarias para subsanar los desperfectos ocasionados como consecuencia de la obra que se venía realizando en el edificio de al lado, así como que se le abonase a la actora la suma efectivamente acreditada en ejecución de sentencia por los perjuicios, daño moral, molestias y trastornos ocasionados como consecuencia de tener que desalojar la casa de su propiedad.

La Audiencia Provincial mantiene la sentencia dictada por el Juzgado con la única excepción de que absuelve al comitente.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y condena a la recurrente al pago de las costas causadas. Basa el Supremo su fallo en el hecho de que la sentencia recurrida ha seguido la doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad del comitente por daños causados por el contratista o los dependientes de éste que, en el marco del contrato de obra, sólo ha de tener lugar cuando el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos. Este presupuesto no se da en el caso que nos ocupa, en el que se había introducido una estipulación en el contrato, según la cual el comitente podía introducir cambios en el estudio, lo cual no quiere decir que le correspondiera la vigilancia ni la participación en los trabajos del contratista.

RESPONSABILIDAD MEDICA: CULPA POR ANESTESIA EPIDURAL QUE CAUSA PARALISIS DE UNA PIERNA. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

En el caso de autos se promovió juicio de menor cuantía contra un anestesista por la hija de un paciente que, tras ser intervenido para implantarle una prótesis de cadera izquierda, sufrió paralización de la pierna derecha y de los esfínteres. Murió ciento catorce días después de la intervención. La demandante atribuye la lesión medular a una defectuosa administración de la anestesia epidural, y su posterior fallecimiento a una tromboembolia pulmonar causada por la inmovilidad.

Solicitaba la demandante una indemnización de 35.000.000 de pesetas por fallecimiento y 17.044.765 pesetas o, en su defecto, la que el Juzgado determine, por daños y perjuicios a consecuencia de las lesiones.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda desestimaron la demanda y apelaron, respectivamente, por entender que se realizó de forma correcta con la diligencia exigible y, teniendo en cuenta que existe un riesgo natural e inherente a dicha actividad, acrecentado, en este caso, no sólo por la edad del paciente, sino por su estado de salud; mantener lo contrario equivaldría a entender que el artículo 1.902 del Código Civil contiene un régimen de responsabilidad objetiva, lo cual no es aceptable, según la sentencia de la Audiencia.

La parte recurrente señala numerosas carencias de ambas resoluciones y su razón tendría cuando el Supremo dice que distan mucho de ser modélicas. Para que el anestesista fuese responsable sería necesario que existiese un nexo causal entre la intervención del paciente y las lesiones y posterior muerte, y una falta de diligencia por parte del médico.

Dejando a un lado la parte sustantiva de la sentencia, también apreció el Supremo irregularidades de carácter procesal. Para que el propio Tribunal lo diga no debían ser, desde luego, un ejemplo a seguir las anteriores sentencias.

El Supremo parte de la doctrina que considera el ejercicio de la medicina curativa como una obligación de medios y no de resultado. Descarta cualquier objetivación de la responsabilidad, aunque reconoce que en sentencias recientes se ha invertido la carga de la prueba.

Declara el Tribunal Supremo haber lugar al recurso de casación condenando al anestesista a pagar cuatro millones de pesetas por las lesiones causadas. Argumenta el Alto Tribunal que no comparte el juicio de valor del tribunal de apelación sobre el nexo causal, ni sobre la diligencia del demandado y la consiguiente calificación del suceso como caso fortuito, procediendo la reparación del daño causado.

T. S. S. M.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS EN LA LINEA TELEFONICA AL EJECUTAR OBRAS EN LA VIA PUBLICA. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. INCUMPLIMIENTO DE LA COMPAÑIA TELEFONICA. COSTAS PROCESALES. IMPROCEDENCIA: IMPOSICION AL ACTOR POR LLAMADA AL PROCESO DE CODEMANDADO ABSUELTO. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

El Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Valencia, en sentencia de 5 de septiembre de 1994, desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por los demandados don Manuel M. S. y doña Felician F. C. (matrimonio que había encargado las obras en su inmueble) frente a la demanda promovida por Telefónica contra los demandados y contra don Antonio L. B. (persona encargada de realizar dichas obras) y desestimó la demanda formulada por Telefónica sobre reclamación de cantidad por daños causados en ejecución de unas obras contra don Antonio L. B., don Manuel M. S., y doña Felician F. C., a los que absolvió de los pedimentos contra los mismos formulados, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

La Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, en sentencia de 26 de diciembre de 1995, estimó parcialmente el recurso interpuesto por Telefónica contra la sentencia de 5 de septiembre de 1994, dictada en autos de juicio declarativo de menor cuantía, y revocó parcialmente dicha resolución, manteniendo el pronunciamiento absolutorio de don Manuel M. S. y doña Felician F. C., y condenando al codemandado don Antonio L. B. al pago de 6.037.665 pesetas, sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los codemandos, casa y anula la sentencia recurrida y confirma la sentencia de primera instancia.

Hechos.—Daños en línea telefónica subterránea como consecuencia de obras en la vía pública.

Doctrina de la Sentencia.—Se examina, en primer lugar, el recurso interpuesto por el matrimonio codemandado, ya que su absolución de la demanda

no se cuestiona por ninguna de las demás partes y los motivos se ciñen al pronunciamiento sobre las costas ... Amparados ambos motivos en el ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, el primero cita como infringidos los artículos 523-1.º y 710-2.º de la misma Ley, en tanto el segundo considera infringida la jurisprudencia de esta Sala sobre costas procesales.

..., en cuanto a las costas de la primera instancia ...deben estimarse los dos motivos de su recurso ...ya que con algunas excepciones, como las representadas por las sentencias de 18 de julio de 1997 (recurso núm. 2181/93) y de 4 de diciembre de 1998 (recurso núm. 1860/94), ... la doctrina de esta Sala, al respecto, es que las costas debidas a la intervención de un codemandado absuelto no pueden imponerse al codemandado condenado (TS, sentencias de 1 de marzo de 2000, en recurso núm. 1712/95, y de 12 de julio de 2000, en recurso núm. 2809/95) y, además, que salvo supuestos excepcionales de confusiónismo imputable a los propios codemandados (TS, sentencia de 21 de junio de 1999, en Rec. 3133/94), las costas causadas por la intervención de un codemandado absuelto que hubiera sido llamado al proceso a instancia del actor para evitar una excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario deben ser impuestas al demandante (TS, sentencias de 18 marzo de 1997, en Rec. 1389/97; de 22 abril de 1997, en Rec. 1514/93; de 26 febrero de 1998, en Rec. 86/96; de 17 de abril de 1998, en Rec. 518/94; de 23 de marzo de 1999, en Rec. 2935/94, y de 11 de julio de 2000, en Rec. 2471/95). Y es que, como razona la sentencia de 11 de abril de 2000 (Rec. 419/99), «la motivación por razones procesales o materiales de demandar a una persona siempre existe; pero si resulta no será ajustada a derecho y se desestima la demanda, aquella motivación no puede tenerse como justificación para no imponer las costas a la parte demandante. Desde el punto de vista del demandado absuelto, no tiene por qué soportar la carga de ser demandado de forma infundada, ya que la demanda es desestimada».

En cambio, no tiene razón este recurso en cuanto a las costas de la apelación:

En cuanto al recurso interpuesto por el codemandado condenado, se articula en tres motivos formulados al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC y fundados en infracción de los artículos 1.902 (motivo primero), 1.104 (motivo segundo) y 1.105 (motivo tercero), todos del Código Civil. De los que destacamos los siguientes:

En el motivo primero el recurrente, ejecutante de las obras, admite la relación de causalidad entre su acción y el daño porque ... mi mandante, al comenzar sus trabajos de perforación del pavimento, tropieza con el cable de Telefónica». Pero discute en cambio que los daños le sean objetivamente imputables ... las fronteras entre la imputación objetiva, así concebida, y la imputación subjetiva, no siempre son fáciles de trazar. Así como criterios de imputación objetiva se han propuesto algunos cuya relación con la culpa o negligencia del agente y de quien sufre el daño es difícil de negar, cual sucede con el criterio de la conducta alternativa correcta, el de competencia de la víctima o el de la adecuación (daño sumamente improbable y en consecuencia descartable por un observador experimentado). Pero en cualquier caso lo indiscutible es que el artículo 1.902 del Código Civil exige, como presupuesto de la obligación de indemnizar, la culpa o negligencia del agente u omitente, lo que necesariamente comporta un juicio de valor sobre su conducta en comparación o relación con el comportamiento

de quien sufrió el daño, a fin de comprobar cuál de los dos sujetos quebrantó la actitud que jurídicamente cabía esperar de él.

...este primer motivo del recurso... debe ser estimado. Son hechos indiscutidos que el demandado-recurrente comenzó la ejecución de obras en la vía pública, que al empezar a perforar con martillo-percutor llegó a los cables telefónicos instalados por la compañía demandante... Pero también lo son que los cables se encontraban a solamente diez o doce centímetros de la superficie y sin más protección que la de un tubo de PVC, que la condición quinta de la licencia municipal de obras, obtenida en su día por la actora, le imponía una profundidad mínima de un metro, que el demandado-recurrente contaba, a su vez, con la preceptiva licencia de obras y, en fin, que en el punto de los indicados registros la línea telefónica discurría a una profundidad de un metro y medio. ..., el juicio de valor de esta Sala sobre el comportamiento del demandado en relación con el de la actora ha de ser decididamente favorable a aquél: en primer lugar, porque jurídicamente no cabe esperar que una compañía telefónica..., incumpliera tan manifiestamente las condiciones de la licencia municipal para la obra de instalación de los cables, dejándolos prácticamente en superficie...; en segundo lugar, porque la profundidad de los cables en los registros próximos a donde se empezó la perforación era de un metro y medio, lo que hacía más inexplicable aún que repentinamente ascendiera su trazado hasta unos diez o doce centímetros de la superficie.

...si de los referidos datos de hecho resulta ya cuestionable la imputación objetiva del daño al recurrente, con más razón aún habrá que convenir que el juicio de imputación subjetiva ha de serle favorable, porque limitada en su configuración clásica la responsabilidad por culpa a aquellos daños que hubieran podido verse, en el caso examinado ha de concluirse que para el ejecutante de las obras no era razonablemente previsible que la instalación de las líneas telefónicas se encontrara a tan sólo diez o doce centímetros de la superficie de la vía pública.

Notas: Esta sentencia sigue la línea doctrinal del llamado derecho de daños, donde la pura relación causal entre hecho y resultado tiende a sustituirse por el examen de si los hechos causantes de los daños son jurídicamente relevantes y objetivamente imputables a un determinado sujeto.

En este caso parece claro que el comportamiento de la compañía Telefónica fue decisivo en la producción del daño ya que, previamente, incumplió la licencia de obras para instalar los cables, que imponía una profundidad mínima de un metro, por lo que para el ejecutante de las obras no era razonablemente previsible que la instalación de las líneas telefónicas se encontrara tan sólo a diez centímetros de la superficie, por lo que valorándose conjuntamente los comportamientos que debían esperarse de ambos sujetos (compañía telefónica y el de la persona que realizaba las obras), no cabe duda que la compañía incurrió en un más grave quebranto y que éste fue determinante del resultado dañoso que ella misma sufrió.

Existe jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 31 de enero de 1997, en Rec. 786/93; de 8 julio de 1999, en Rec. 3532/94, y de 5 de noviembre de 1998, en Rec. 1704/94), que se ha ocupado de los daños causados a líneas telefónicas con ocasión de obras en la vía pública, pronunciándose casi siempre en contra de quien ejecutaba las obras para imponerle la obligación de indemnizar. Sin embargo, los respectivos supuestos de hecho diferían notablemente del aquí enjuiciado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS CAUSADOS POR INCENDIO: RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO DE LA NAVE. RECURSO DE CASACION: NO CABE ALEGAR ERROR EN LA APRECIACION EN LA PRUEBA, SIN CITA DE LA NORMA INFRINGIDA. NO SE TRATA DE UNA TERCERA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Calatayud, en sentencia de 31 de julio de 1995, desestimó la demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, formulada por EXCLUSIVAS DE REPARTO Y SERVIOS, S. A., y SUCESORES DE GIL GUILLEN, S. L., contra V-P-SCHICKEDANZ, S. A. & CIA. SOCIEDAD EN COMANDITA, GERLING-KONZERN (aseguradora), y don Antonio J. C., don José M.^a L. N, don Angel R. R., y don Alvaro E. O. (trabajadores de la empresa) y condenó a la parte actora al pago de las costas procesales.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, en sentencia de 14 de febrero de 1996, estimó el recurso interpuesto por la actora y revocó en parte la resolución del juzgado, condenando a V-P-SCHICKEDANZ, S. A., a pagar a la parte actora la suma de 8.989.056 pesetas, con sus intereses legales desde la interposición de la demanda, y absolviendo a los otros codemandados los pedimentos contra ellos formulados; las costas del primer grado jurisdiccional correspondientes al actor serán abonadas por V-P-SCHICKEDANZ, S. A., no haciéndose pronunciamiento especial de los demás gastos procesales del primer grado jurisdiccional ni sobre las costas devengadas en esta alzada.

El recurso de casación interpuesto por la entidad demandada no prospera.

Hechos.—Como consecuencia de un incendio en el interior de un almacén situado en una nave que tenía alquilada la entidad V-P-SCHICKEDANZ, S. A. & CIA. SOCIEDAD EN COMANDITA, se causaron daños materiales en la nave vecina propiedad de EXCLUSIVAS DE REPARTO Y SERVIOS, S. A., y SUCESORES DE GIL GUILLEN, S. L. Con anterioridad y como consecuencia de los daños producidos por este mismo incendio en otras naves colindantes, se había interpuesto una primera demanda que concluyó con la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1999 (recurso núm. 426/1995), y una segunda con la de 20 de noviembre de 1999 (recurso núm. 869/1995), en ambas se condenó a indemnizar a la sociedad arrendataria del local y se absolvió a los demás codemandados.

Doctrina de la Sentencia.—El único motivo del recurso de casación se basa en el número 4 del artículo 1.692 de la LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; así se expresa literalmente y sin añadir cuál es la norma o la jurisprudencia que considera infringida, lo cual es la verdadera causa de inadmisión del recurso...

Además, en el desarrollo del motivo se pretende cuestionar el supuesto fáctico, lo que no es admisible en casación...

Por último, una especie de segunda parte del motivo se titula «error en la apreciación en la prueba», sin citarse norma alguna sobre la prueba que se pretende infringida, pretende una valoración de toda la prueba, como si de una tercera instancia se tratase. La jurisprudencia muy reiteradamente, ha destacado

la función de la casación (así, sentencia de 20 de marzo de 2000) y que no es una tercera instancia (sentencia de 31 de mayo) no cabiendo hacer supuesto de la cuestión (sentencias de 16 de marzo de 2000 y 17 de mayo de 2000) ni valorar de nuevo la prueba (sentencia de 16 de noviembre de 1999). En definitiva, el error en la apreciación de la prueba ha de ser rechazado, pues como ha dicho esta Sala (sentencia de 6 de febrero de 1999): 1.º En el mismo se vienen estrictamente a denunciar un supuesto de hecho en la apreciación de la prueba, lo que no es casacionalmente viable desde que, por la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, quedó suprimida la antigua redacción del ordinal cuarto del artículo 1.692 de LEC, que sí lo permitía. 2.º No es posible considerar que lo que con dicho motivo se pretende denunciar es un supuesto error de derecho en la valoración de la prueba (que ese sí es casacionalmente viable), ya que dicha denuncia exige ineludiblemente la inexcusable cita de algún precepto que, conteniendo alguna norma valorativa de prueba, se considere que ha sido infringido, cuyo ineludible requisito no aparece cumplido, ya que en el presente motivo (ni en su transcrito encabezamiento, ni en su alegato) no se cita precepto alguno. 3.º Lo que en realidad viene a pretender la recurrente con este motivo es que realice una nueva valoración de la prueba practicada, con total olvido de que ello no es posible en esta vía casacional, al no ser este recurso extraordinario una tercera instancia, como tantas veces ya se ha dicho.

...se mantiene la sentencia de instancia. La obligación de la sociedad demandada tiene su base en el artículo 1.902 del Código Civil: su omisión..., la culpa inmersa en la omisión, causante del daño, con nexo causal se subsume en la doctrina del riesgo.

Notas: Una vez más, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la función de la casación, señalando que no se trata de una tercera instancia. Hay que resaltar que exclusivamente cuando se denuncie error de derecho en la valoración de la prueba, se puede valorar de nuevo, ya que este es el único cauce adecuado vigente de la Ley 10/1992, de 30 de abril, para hacer viable la vía de casación, eso sí, siempre y cuando se haga con cita de los preceptos legales que la regulan y que se consideren infringidos. En este sentido, pueden verse, además de las sentencias citadas en el considerando segundo de la presente sentencia, las de 18 de octubre de 1999 y de 25 de marzo de 2000. Por tanto, debe observarse que como en el caso de autos, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, el motivo debe ser rechazado, pues la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, suprimió la antigua redacción del ordinal 4.º del artículo 1.692 que sí lo permitía.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la sentencia de la Audiencia Provincial declaró probada que la sociedad demandada provocó una situación de riesgo con el almacenamiento de productos altamente combustibles y no se probó, por el contrario, que se adoptaran las medidas exigibles para evitar que determinados incendios tuvieran lugar, o bien para eliminar o atenuar su extensión por las naves colindantes, por lo que la obligación de la sociedad demandada nace del artículo 1.902, ya que la omisión (falta de medidas) provocó, con nexo causal, el incendio que causó el daño.

RESPONSABILIDAD CIVIL. PARALIZACION DE TAREAS DE DESCARGA POR ORDEN DE LA AUTORIDAD SANITARIA; INEXISTENCIA DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL DE LA EMPRESA DE DESCARGA FRENTE A LA IM-

PORTADORA Y TRANSFORMADORA DE LA MATERIA PRIMA. (SENTENCIA DE 25 MAYO DE 2001.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

El Juzgado de Primera Instancia, número 21, de Barcelona, en sentencia de 17 de junio de 1994, estimó parcialmente la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios interpuesta por Oleaginosas Españolas, S. A. (OESA), contra Estación Receptora de Granos y Semillas a Granel, S. A. (ERGRANSA), y Zurich, Compañía de Seguros, condenando a los demandados a pagar solidariamente a la actora 8.749.865 pesetas, y sin expresa imposición de costas.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16), en sentencia de 30 de noviembre de 1995, estimó el recurso interpuesto por (ERGRANSA) y desestimó el interpuesto por (OESA), revocando la resolución del Juzgado, absolviendo a los apelantes, quedando las costas del juicio en su primera instancia de cuenta de la parte demandante, sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

El Tribunal Supremo desestima el recuso de casación interpuesto por la entidad demandante (OESA).

Hechos.—La empresa (OESA), dedicada a la molturación de semillas oleaginosas contrataba a la empresa (ERGRANSA) para descargar la materia prima de los buques fletados al efecto por ella. El hecho determinante de la demanda es la paralización de las labores de descarga realizadas por (ERGRANSA) en uno de los buques por orden de las autoridades sanitarias provocada por dos brotes epidémicos de asma bronquial detectados en Barcelona, causantes de hasta cuatro muertes y ciento veintiocho hospitalizaciones y atribuidos al polvo de soja diseminado en el ambiente por las labores de descarga.

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de casación interpuesto por la parte actora se articula en dos motivos:

Primero, al amparo del ordinal número 3 del artículo 1.692 de la LEC, por infracción de los artículos 359 y 372 de la misma Ley, por considerar que se han omitido las medidas impeditivas de la contaminación (ausencia de filtros), y la existencia de nexo causal entre los brotes asmáticos y la emisión a la atmósfera del polvo de haba de soja, lo que ocasionó graves perjuicios a la recurrente.

El motivo se desestima:

Esta Sala tiene declarado, hasta la saciedad, que las sentencias totalmente desestimatorias de la demanda, como es el caso de la ahora impugnada, no pueden incurrir en incongruencia en cuanto dan respuesta, aunque negativa, a todas las cuestiones planteadas, a no ser que alteren la causa de pedir y aprecien una excepción no alegada en la contestación a la demanda y no apreciable de oficio (TS, sentencias de 9 febrero de 1999, en Rec. 2299/94, y 25 de septiembre de 1999, en Rec. 264/95, entre otras), en tanto el TC, en su doctrina sobre la congruencia, ha reiterado la distinción entre peticiones y alegaciones para dejar bien claro que solamente las primeras requieren respuesta pormenorizada...

El segundo motivo al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692.4 de la LEC aparece dividido en dos apartados: el primero se titula hechos probados. Esta

parte acreditó la existencia de perjuicios económicos causados a OESA, y el segundo aduce infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, porque aquellos perjuicios se habrían debido a una conducta negligente de Ergranansa.

El primero de dichos apartados es irrelevante, *...porque en los recursos de casación sujetos al régimen de la LEC 1881 tras su reforma por Ley 10/1992, la apreciación de la prueba sólo puede combatirse alegando error de derecho, y citando como infringida alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba...*

En cuanto al segundo apartado, la recurrente alega que si bien es cierto que no se demostró *...la relación causa-efecto entre la emisión de polvo de soja y los brotes asmáticos, no es menos cierto... que otras empresas dedicadas a la misma actividad... habían instalado filtros para evitar la propagación de polvo en la atmósfera. A partir de estas consideraciones, la recurrente propugna... que debe aplicársele las normas sobre responsabilidad objetiva del artículo 1.908.2 y los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil... semejante planteamiento revela una importante confusión conceptual ...que no es otra que presentar como responsabilidad civil extracontractual lo que no podía ser más que responsabilidad civil contractual...*

De ahí que sea imposible considerar infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y la jurisprudencia de esta Sala al respecto, pues dichos preceptos y tal jurisprudencia eran desde un principio inaplicables a una indemnización fundada en el incumplimiento de deberes rigurosamente contractuales, sometido por ende a un régimen igualmente establecido en el contrato...

Por tanto, lo decisivo no era si Ergransa debía responder por los brotes epidémicos de asma y, por derivación, de la paralización de sus tareas de descarga por orden administrativa con base a criterios objetivos u objetivadores de la responsabilidad civil extracontractual, sino, de un lado, si aquélla omitió la diligencia que le era exigible según la naturaleza de su relación contractual con la actora y atendiendo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar y, de otro, en qué medida habría de indemnizar a la demandante en función de lo específicamente pactado con ella para el caso de incumplimiento.

L. T. M.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

LINARES NOCI, RAFAEL: *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*. Editorial Trivium. Madrid, 2001. Un tomo de 227 págs. Prólogo del profesor José Manuel González Porras.

El artículo 1.544 del Código Civil no puede ser más escueto al definir este contrato: Una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto. Nada más. Como si no hubiera otras muchas cuestiones; y sí las hay, y muchas. Que se lo digan a aquéllos que contratan confiados en la buena fe y resulta que, después de haber pagado religiosamente el precio cierto, se encuentran con que reciben no la obra deseada, sino una auténtica «chapuza» inservible.

Por desgracia este supuesto es tan frecuente que podríamos decir, sin demasiada exageración, que casi constituye el pan nuestro de cada día. Por eso toda la normativa en defensa de los consumidores y usuarios está justificada, como lo está también el fervoroso empeño que ponen en su cumplimiento las conocidas organizaciones que se ocupan del tema.

Y de la esencia y contenido del contrato de ejecución de obra sobre bienes muebles trata este libro, escrito por el Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba, RAFAEL LINARES NOCI, quien hace un estudio de esta figura a través del Código Civil, profundo, detallado y completo, pese a la aparente escasez de la normativa.

Tras recoger los varios conceptos doctrinales que tratan de complementar la escuálida noticia del contrato que nos da el citado artículo 1.544, el autor nos aclara el entendimiento de este concepto legal, diciendo que se emplea el verbo «ejecutar» en un doble significado, o sea, desplegar o desempeñar una actividad y en el de consumir una obra, alcanzando un resultado determinado.

Este contrato, que es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y no formalista, se diferencia de otros análogos. Entre ellos, el contrato de servicios, el de trabajo, el mandato, el de compraventa de cosa futura, el arrendamiento de cosas y aun el de depósito y la sociedad. Respecto a todos ellos se recogen los criterios más usuales en la doctrina, que originan las puntualizaciones pertinentes del autor para mejor plantear esta figura.

Siguiendo el artículo 1.261 del Código Civil, se estudian los elementos esenciales del contrato de obra. En cuanto al consentimiento, las normas serán las generales de todo contrato, complementadas, lógicamente, con las que en cada caso corresponda aplicar para determinar la capacidad del sujeto conforme a su estado civil. En cuanto al objeto, lo constituye la obra acordada y la contraprestación que se promete a cambio. Y en cuanto a la causa, rige el artículo 1.274 del Código Civil.

El contenido del contrato es objeto de estudio en el capítulo V, donde se contemplan las obligaciones del contratista y del comitente, teniendo en cuenta las variables que pueden presentarse, según sea la obra con o sin suminis-

tro de materiales, que el precio se ajuste a tanto alzado o por unidades y que la obra se ejecute sobre cosa ya existente o a crear.

En todo caso, la principal obligación que asume el contratista es la de ejecutar la obra. El autor desarrolla ampliamente el correcto entendimiento del significado de esta obligación y su alcance subjetivo, todo lo que desemboca en la entrega de la obra terminada. No existe unanimidad entre la doctrina a la hora de concretar los efectos que se derivan del cumplimiento de la obligación de entregar la obra, sobre quién debe entenderse dueño de la obra y cuáles son los mecanismos para decantar la titularidad dominical de lo hecho.

Las obligaciones del comitente se concretan en la entrega de los materiales, cuando esto lo haya asumido, y el pago del precio que se haya fijado, bien de contado o con aplazamiento, según se hubiese pactado, puntos que se examinan con todo detalle.

El apartado siguiente es el que promueve más problemas, pues se refiere nada menos que a las anomalías que pueden presentarse en el cumplimiento de las antedichas obligaciones y que son las que, naturalmente, originan los más espinosos conflictos entre las partes. Aquí el autor hace una extensa exposición de los diversos supuestos de tales anomalías, según la parte que las origina.

Empezando por el contratista, analiza la obligación de admitir y custodiar los materiales que le suministre el comitente y la principal de ejecutar debidamente la obra encargada, con su entrega en el plazo pactado, analizando las consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones, sea voluntario o involuntario.

El comitente, por su parte, está obligado a entregar los materiales si así se pactó; debe recibir la obra y pagar el precio, todo tal como se hubiera acordado y en el tiempo que se fijó, con las consecuencias correspondientes si hay incumplimiento.

Como final del libro se estudian las causas de extinción de este contrato de obra, bien sean las genéricas de su cumplimiento o la imposibilidad sobrevenida de cumplirlo, o las específicas y propias de esta figura, tales como el desistimiento, que permite el artículo 1.596 del Código Civil por la sola voluntad del dueño de la obra, siempre que indemnice, y cuando interviene el *intuitu personae* y fallece el contratista, en cuyo caso se establecen las lógicas compensaciones por los trabajos ya realizados, según se determina en el artículo 1.595. El último párrafo de este artículo también aplica la misma medida para el caso de que quien contrató la obra no puede acabarla por alguna causa no dependiente de su voluntad.

El libro contiene, según se ha dicho, una exposición completa de la materia concerniente a este contrato, mostrándonos no sólo su aspecto doctrinal, sino también el práctico, al reflejar y dar solución a los variados problemas que pueden darse en esta relación tan frecuente en la actualidad en la elaboración de bienes muebles, de uso tan corriente como indispensable. Resulta una obra muy útil, sobre todo para los que ahora se llaman consumidores y usuarios, que somos la inmensa mayoría.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, ELENA: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 181 págs.

Es normal que en dos señaladas ocasiones, al menos, los juristas jóvenes se vean compelidos a estudiar y escribir monográficamente sobre alguna institución, dando lugar a obras generalmente bien trabajadas. Una de esas ocasiones es la Tesis Doctoral, donde hay que esforzarse en sacar adelante una construcción jurídica sobre tema hasta entonces poco debatido, defendiendo ideas novedosas, a veces atrevidas, pero siempre fundamentadas.

Y la otra ocasión tiene lugar cuando el interesado se presenta a concursar para la obtención de una plaza superior. En el caso presente, la doctora BELLOD optó y obtuvo mercedamente la plaza de Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, mediante este meritorio estudio sobre una figura poco definida y que a veces origina problemas en su inscripción. Se trata de la hipoteca que garantiza esos créditos que otorgan los Bancos y las Cajas de Ahorro, mediando el indispensable interés, aunque ellos dicen que trabajan con un interés «desinteresado». Cosas veredes.

Dentro de la categoría general de la hipoteca de máximo, encuadra la autora esta figura concreta de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, diciéndonos que la realidad nos muestra cómo en el tráfico jurídico surgen obligaciones dinerarias cuyo importe no se conoce y es necesario asegurarlas; para ello se acude a una operación o «producto» financiero con garantía hipotecaria, que consiste en que el titular puede disponer de nuevo del dinero que haya amortizado o del que aún no haya dispuesto con la finalidad que le interese. Se recogen varias Resoluciones de la Dirección General en las que se configura esta hipoteca a base de entender que se produce una novación extintiva de cada una de las deudas, como requisito esencial para la pérdida de su individualidad, conforme se vayan asentando como partidas en la cuenta corriente y otro dato es la libre disponibilidad de la cantidad acreditada por parte del deudor.

El estudio está dividido en tres partes, analizando en primer lugar la obligación especial que se garantiza, después la construcción de la hipoteca especial de que se trata y, por último, la aplicación a esta figura de los principios de accesoriedad y especialidad propios de la hipoteca.

Característica especial de la obligación que aquí se garantiza es su formulación mercantil y, más concretamente, se trata de un contrato típicamente bancario. La cuenta corriente bancaria, que nació en el seno del depósito bancario como una modalidad del mismo, terminó siendo instrumento contable de todo contrato bancario de ejecución repetida, es decir, de aquellos contratos que suponen una relación de negocios entre el Banco y el cliente que se traducen en prestaciones dinerarias, bien de una de las partes, bien de ambas, dando lugar a variaciones cuantitativas de la situación originaria. La autora recoge la definición del profesor URÍA, según el cual la apertura de crédito es un contrato por el que el Banco concede crédito al cliente (acreditado) por un cierto plazo y hasta una suma determinada obligándose, a cambio del percibo de una comisión, a poner a disposición de aquél dentro de ese límite las cantidades que reclame en el plazo fijado. La disposición se puede hacer retirando el numerario en una o varias veces.

Cuestión importante es la determinación del saldo, que es el único crédito exigible al finalizar el contrato. El saldo es el elemento de la cuenta en el que se centra el mayor interés, pues en el caso de que se garantice el crédito con hipoteca, ésta se constituye precisamente para asegurar la satisfacción de la devolución del saldo. En definitiva, la cuestión gira principalmente sobre dos temas, que son la compensación y la novación de las diversas partidas; todo ello es estudiado por la autora en su concreta aplicación a este contrato de cuenta corriente.

Delimitado el concepto de la cuenta de crédito se pasa a estudiar la hipoteca que se aplica como garantía del crédito o saldo resultante, y la autora se plantea la duda de si la obligación que se garantiza es de carácter condicional o eventual y se inclina por lo primero, basándolo en la redacción poco clara del artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

También se aborda uno de los problemas que se presentan en el momento de la ejecución, que es la determinación del saldo, por las dudas que pueden originar la aceptación de la certificación bancaria y que ahora se ha regulado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que, en opinión de la autora, en adelante lo que dispone al efecto el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, sólo tendrá efectos meramente sustantivos, y por tanto se exigirá, para determinar la liquidez, junto a la certificación del saldo expedida por la entidad acreedora, el documento fehaciente que acredite que la cuenta se ha liquidado según lo pactado.

En la última parte del libro se plantea la autora la cuestión de si los principios de especialidad y accesoriedad, típicos de la hipoteca, se adaptan a este tipo especial que garantiza las cuentas corrientes de crédito. Para ello acude primero a varios de los tipos de hipoteca que reconoce el Derecho alemán y ya pasa a estudiar la especialidad en nuestro sistema. La regla general es conocida en cuanto que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria dispone que las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y los intereses si se hubieran estipulado. En cambio, las excepciones se admiten en los artículos 142 y 143 y especialmente en el 153, donde se regula esta hipoteca.

En cuanto a la nota de accesoriedad se reflejan las distintas teorías emitidas por la doctrina respecto a esta especial hipoteca. La jurisprudencia tampoco es unánime al decidir si hay separación entre la deuda y la hipoteca o hay unidad de crédito. La autora entiende, siguiendo a DIEZ PICAZO, que el crédito y la hipoteca son de índole compleja, lo que impide una consideración aislada de ambos elementos o una consideración unitaria bajo el dogma de la accesoriedad. La accesoriedad existe, pero no consiste necesariamente en asegurar una obligación existente, sino que basta que nazca para asegurar el cumplimiento de una obligación, y por ello no es esencial que sea siempre el mismo crédito el que se garantice.

Tras estudiar estos temas a la luz del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, la autora concluye:

Se cumplirá el principio de especialidad frente a terceros si se determina un máximo de responsabilidad en el título constitutivo y un plazo de duración del contrato.

Se adecuará al principio de accesoriedad si se constituye la hipoteca en garantía de un contrato de crédito determinando que la obligación asegurada sea el saldo que resulte, según el régimen establecido en la Ley Hipotecaria y la de Enjuiciamiento Civil.

Como nos dice el profesor CRISTÓBAL MONTES en el prólogo, es en estas páginas donde el buen juicio de la autora alcanza acierto, pues lo que interesa, a efectos registrales, es la determinación del máximo de responsabilidad que se asume y el plazo del contrato, pues la accesoriedad no exige ni la existencia de una obligación previa ni que sea siempre el mismo crédito el que se garantiza.

Un buen trabajo monográfico sobre esta hipoteca de la que tanto se ha escrito, perfilando aspectos muy interesantes y que es frecuente objeto de recursos en la vida registral.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: *La donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, 453 págs.

El profesor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS ha estudiado, en diversas ocasiones, la figura jurídica de la donación. En esta obra nos ofrece una visión panorámica de esta figura, defendiendo firmemente su punto de vista sobre cada uno de los aspectos estudiados, y corrigiendo, en alguna ocasión, alguna opinión anteriormente vertida.

Ahora bien, antes de comenzar este comentario, me gustaría resaltar dos aspectos: Primeramente, lo que destaca sobremanera en esta obra es la brillante y honrada utilización de un vastísimo «aparato» jurisprudencial. Utilización correcta, ya que únicamente complementa lo previamente demostrado mediante un análisis razonable de lo establecido por la ley. En segundo lugar, es ciertamente destacable el propio método histórico-comparativo utilizado por el autor en todas sus obras; aplicado con un rigor loable en cada uno de los capítulos y apartados en que se divide la obra; rigor y método que alcanzan verdaderamente un valor ejemplificador.

Esta obra se compone de doce capítulos a través de los cuales se expone un detallado estudio de esta institución, teniendo muy en cuenta los precedentes históricos de la regulación contenida en el Código Civil, su interpretación por los autores, y, muy principalmente, la interpretación que de esa regulación ha ido desarrollando el Tribunal Supremo durante todo el siglo xx y parte del anterior.

En efecto, comienza este estudio con dos sendos capítulos dedicados a precisar el concepto y especial naturaleza del negocio jurídico de donación. La esencia de la concepción moderna de la donación la encontramos en el viejo aforismo del Derecho consuetudinario francés: «donner et rétenir ne vaut»; de lo que destacamos la normal irrevocabilidad de la donación *inter vivos* y el presupuesto de que el donante se despoja de una parte de sus bienes en favor del donatario que lo acepta. El esquema fundamental de la donación siempre ha sido así, aunque los Códigos modernos le atribuyen la condición de modo de adquirir y además la califican de contrato. Tiene razón VALLET DE GOYTISOLO al afirmar que el Código Civil, al regular la donación, tiene en cuenta únicamente a la donación traditoria, atribuyéndole valor y rango de modo de adquirir, quedando así patente la imposibilidad de la llamada donación obligacional, en la que el donante no transmite ni se despoja, sólo se obliga. Los defensores de este tipo de «presunta» donación olvidan que la verdadera donación es un contrato típico, rigurosamente diseñado por la ley: es un contrato con reglas especiales.

La donación es a la vez título y modo de adquirir, nos dice E. LALAGUNA, planteamiento cuyo punto de partida es considerar que en los negocios solemnes la forma ocupa más o menos el lugar de la causa; lo cual es propio de los contratos típicos, con lo que en tema de donación el planteamiento del sistema del título y el modo pasa a un discreto segundo plano, siendo esencial esa tipicidad legal. Precisamente DE LOS MOZOS en esta obra va a intentar colocar en su justo lugar los planteamientos basados en esa clásica teoría del título y el modo, prestando una rigurosa atención a lo que verdaderamente dicen los preceptos del Código Civil.

Un punto primigenio en el estudio de la donación es su complicado encuadre sistemático; tema importante, puesto que como nos dice el autor, el punto de vista sistemático que se adopte va a ser decisivo para la construcción dogmática de la donación. Nuestro Código Civil, como es sabido, menciona la donación entre los modos de adquirir, artículo 609, ocupándose de su regulación después de la ocupación y antes de la sucesión *mortis causa*. Para explicar este plantenamiento sistemático, DE LOS MOZOS expone con amplitud los precedentes históricos pertinentes, sin faltar referencias al Derecho comparado. A continuación expone la evolución histórica del concepto de donación en el Derecho romano, en el Derecho intermedio (apartado éste verdaderamente interesante, pues nos informa de los orígenes históricos de la expresión de donaciones obligacionales o promisorias, para mostrarnos como realmente nunca se las consideró más que como una variante de la donación traditoria, no como una variedad autónoma de donación), hasta llegar a la concepción de donación que recoge el Código Civil.

MANRESA fue uno de los primeros autores en realizar un análisis acertado de este tema —aparte de otros muchos, como todos sabemos—, señalando que existe un grupo especial de actos o contratos que al mismo tiempo tienen causa gratuita y constituyen un modo de adquirir, grupo que está formado únicamente por las donaciones; por ello es una institución especial a la que no le bastan las reglas generales de los contratos, necesitando una regulación especial. Idea ésta que va a destacar y demostrar DE LOS MOZOS a lo largo de toda esta obra. Sin embargo, en gran parte de la doctrina española se fue generalizando la idea de que la donación es sólo un título hábil para la transmisión del dominio, necesitando para su efectividad el complemento de la tradición, debido a una persistente influencia de la tradicional teoría del título y el modo, desplazando así la verdadera esencia de la cuestión: la donación es un contrato especial, un contrato típico, que es a la vez modo de adquirir.

Autores como E. LALAGUNA nos dicen literalmente esto último. La donación es un contrato formal dispositivo por el que se opera sin necesidad de tradición la adquisición del derecho real, sobre todo si dicha tradición está implícita en el cumplimiento de la forma exigida para la validez del acto o contrato. De esta manera, título y modo se funden en molde formal de un contrato de naturaleza obligatoria destinado a realizar la transmisión sin necesidad de una estricta *traditio*. Si se acepta este punto de vista queda todavía más lejos la posibilidad de contratos obligatorios *donandi causa*. A pesar de todo, este dualismo de modos de donación es lo más común en la manualística moderna; y sin embargo, es abundantísima la doctrina jurisprudencial que rechaza la donación obligacional o simple promesa de donación, destacando el papel fundamental que cumple la forma exigida por el Código Civil en este tipo de contratos, forma *ad solemnitatem*, que equivale a la tradición, ya que la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya.

En definitiva, la donación es un acto o contrato por el que se dispone de una cosa o derecho que pertenece al patrimonio del donante, que por ello se empobrece, lo mismo que se enriquece correlativamente el patrimonio del donatario; por tanto, la donación es un acto o contrato de liberalidad que entraña una atribución patrimonial; siendo además sumamente interesante distinguir entre lo que es propiamente donación y otros actos a título gratuito, lo que justifica, evidentemente, la necesidad de una regulación diferente y separada para las donaciones, pues, como nos dice DE LOS MOZOS, en las donaciones hay más riesgo de que el donante pueda arruinarse, él o los suyos, o incluso pueda perjudicar a sus acreedores.

Por otra parte, dedica el autor especial atención a precisar el concepto de donaciones remuneratorias y donaciones onerosas. Respecto de las remuneratorias, lo que las distingue de las simples es precisamente la causa remuneratoria, sobre todo cuando se trata de recompensar servicios prestados al donante, siempre que no constituyan una deuda exigible; ahora bien, el concepto resulta mucho más claro cuando se trata de premiar unos méritos del donatario, puesto que aquí la donación remuneratoria presenta una justificación causal incontrovertible (premiar una invención, salvar una vida...).

Como observa LACRUZ BERDEJO, la verdadera *mens legislatoris* de los artículos 619 y 622 del Código Civil, es que estas donaciones remuneratorias no son gratuitas en todo, pues se rigen por las reglas de las donaciones sólo en parte. En lo que exceda de la estricta causa remuneratoria habrá que atender, no al valor del gravamen impuesto (que no lo hay), sino al equivalente subyacente que viene desbordado por la gratuidad añadida.

La jurisprudencia mantiene estos razonamientos, pero lo que más llama la atención es la admisión de una especie de dispensa de los requisitos de forma en favor de las donaciones remuneratorias, permitiendo que circulen como donaciones encubiertas o disimuladas (tema sobre el que volverá el autor en diversos lugares de su estudio); aunque no falten sentencias que mantienen un criterio riguroso en la interpretación de los preceptos legales sobre la forma del negocio de donación.

Por otro lado, expone el autor los problemas interpretativos que plantea la deficiente redacción de los artículos 619 y 622 del Código Civil, en relación a las donaciones onerosas o «con causa onerosa», como dice el Código. Se regirán por las reglas de los contratos, nos dice textualmente el Código, pudiendo haber añadido, como señala DE LOS MOZOS y LACRUZ, «en todo» o haber añadido el término «onerosos». Precisamente LACRUZ considera que se trata de un contrato mixto: hasta la concurrencia del gravamen se aplicarán las reglas de los contratos; el exceso será propiamente donación. La jurisprudencia sigue este mismo camino, destacando que lo verdaderamente característico de estas donaciones es el gravamen que se impone al donatario.

Del capítulo dedicado a los elementos personales del negocio de donación merece llamar la atención sobre el estudio de la necesidad de aceptación y sobre el específico *animus donandi* que se configura como causa de la donación. La donación tiene entidad de contrato, por lo que para su validez necesita de la aceptación por el donatario a la vista de los artículos 629 y 630. Algunos autores entienden que estos preceptos están en desacuerdo con el artículo 623, pero en realidad no hay ninguna contradicción, sino que el artículo 623 se refiere al supuesto de donación entre ausentes (supuesto contemplado expresamente en nuestro Derecho histórico), que funciona

como una verdadera oferta que puede ser retirada por el donante antes de conocer la aceptación del donatario.

El artículo 629 establece la disciplina general, el punto de partida de los efectos de la donación; el artículo 623 establece un límite a su eficacia, mientras la donación no sea una *donatio perfecta*. Esta interpretación es seguida por la jurisprudencia, señalando además que la aceptación ha de ser explícita, nunca presunta; aunque en ocasiones su apreciación puede ser facilitada por razón de las cosas donadas o por la naturaleza de los actos realizados.

La falta de aceptación provoca la nulidad absoluta; la jurisprudencia exige la aceptación incluso tratándose de donaciones disimuladas y sobre todo de donaciones encubiertas, aunque en este último caso, como observa DE LOS MOZOS, lamentablemente la jurisprudencia ha dejado de ser uniforme.

Por otra parte, el ánimo de liberalidad es la causa de la donación, si falta, no hay donación. Por ello, las sentencias y doctrina, partidarios de la posibilidad de la donación promisorio u obligacional, donde verdaderamente fallan es en la falta de un auténtico *animus donandi*. Son numerosas las sentencias que niegan validez a la donación disimulada por falta de *animus donandi*, pero desgraciadamente, como señala el autor, ésta ya no es una línea jurisprudencial uniforme. Este *animus donandi* presenta un doble aspecto: subjetivo, que sería la actitud anímica del donante, la intención específica de gratificar; y otro objetivo, la gratuidad, el enriquecimiento del donatario y correlativo empobrecimiento del donante.

Entre otros aspectos, observa DE LOS MOZOS que la *causa donandi* en sí misma no puede ser ilícita, ya que dicha causa consiste en «la mera liberalidad del bienhechor», aunque la donación puede perseguir un fin ilícito o hacerse en fraude de ley, de acreedores o de legitimarios, o ser contraria a la moral y a las buenas costumbres. El autor es partidario de una valoración objetiva de la causa, de llevar el problema de la ilicitud a la valoración del objeto o fin del contrato. Sin embargo, tanto doctrina como jurisprudencia tienden mayoritariamente a considerar que los fines y motivos del negocio pueden llegar a contaminar a la propia causa, lo que implica una valoración subjetiva de la causa. Opinión mayoritaria que el autor, finalmente, acepta.

Otro tema al que DE LOS MOZOS presta una especial atención es el del requisito de forma en la donación, dado el carácter solemne de este contrato y modo de adquirir. Se exige una forma especial, dada la tipicidad con la que el Código Civil regula este contrato: si se trata de bienes muebles, se exige escrito o entrega de la cosa (donación manual, art. 632) y si son inmuebles se exige escritura pública (art. 633); requiriéndose en ambos casos la aceptación del donatario, individualización de los bienes donados y la expresión, en su caso, de las cargas o gravámenes impuestos al donatario. La forma, pues, es un requisito constitutivo de la existencia y validez de la donación (escritura pública, privada o simple entrega).

De acuerdo con la tesis mantenida por el autor, la donación es un negocio jurídico dispositivo que por vía recta, con necesidad de tradición, produce el traspaso de la propiedad; por ello la donación se somete a un régimen jurídico típico excepcional frente al de los contratos en general, y se configura como un negocio formal. Se trata de una forma *ad solemnitatem*, que hace innecesaria la *traditio* o entrega propia de los negocios de finalidad traslativa; por ello la forma de que hablan los artículos 632 y 633 es la forma del contrato de donación, no la forma de la disposición.

Precisado el valor e importancia de la forma en la donación, se procede a estudiar con detalle la normativa del Código, distinguiendo según se trate de donación de bienes muebles (verbal o por escrito) o de inmuebles, desarrollándose con más detalle, como es lógico, este último supuesto, refiriéndose al contenido inexcusable de la escritura pública, o la imposibilidad de subsanar el defecto de forma por ratificación o convalidación, ya que la nulidad por defecto de forma es absoluta, insubsanable.

Sin embargo, existe una corriente doctrinal que, exagerando el carácter consensualista que inspira nuestro sistema contractual (la donación es también contrato) pretende ignorar el marco de tipicidad legal establecido claramente por el Código Civil para la donación. Esta «trivialización consensualista», como nos dice DE LOS MOZOS, pretende en el fondo, entre otras cosas, la admisión de la donación promisoría u obligacional (en base al art. 1.274), así como la donación disimulada o encubierta, invocando preceptos legales pensados para otra cosa, como los artículos 1.276 y 1.277. Ciertamente existe una jurisprudencia contraria a la admisión de la donación disimulada, rechazando la posibilidad de una forma «sustitutoria» para la donación de inmuebles a través de la escritura de compraventa; sin embargo, no faltan explicaciones y justificaciones para admitir la donación disimulada o encubierta, llegando una corriente jurisprudencial a aceptar su validez para solucionar problemas de «justicia material» en base a una argumentación indirecta verdaderamente criticable, sin tener en cuenta, como señala acertadamente el autor, que también hay que salvar la coherencia del sistema. Sobre este problema es sumamente esclarecedora la exposición que hace el autor sobre la situación en Francia.

Es de destacar, sin embargo, que efectivamente, con relación a las donaciones remuneratorias, gran parte de la doctrina y una jurisprudencia abrumadora consideran que existe una excepción justificable del requisito de forma. DE LOS MOZOS no comparte esta opinión, puesto que no hay ninguna razón de peso para diferenciar a las donaciones remuneratorias de los demás tipos de donación y el artículo 622 no establece ningún régimen especial de forma. El autor nos demuestra cumplidamente cómo en realidad la escritura pública del negocio simulado (normalmente de compraventa) en realidad no cumple con los requisitos de forma y de contenido exigidos legalmente para la donación disimulada, aunque así se afirme por parte de la doctrina y jurisprudencia, tristemente apoyada en una pobre argumentación.

A continuación se centra el autor en los bienes que pueden ser objeto de donación, expresando el verdadero sentido de los artículos 634 y 635 del Código Civil en base a una interpretación acorde con los precedentes históricos. El sentido y finalidad de la reserva de bienes o derechos del artículo 634, y la prohibición de donar bienes futuros del artículo 635, cerrando el paso a los pactos sucesorios y con referencia a las donaciones por razón de matrimonio de bienes futuros del artículo 1.341.2 del Código Civil (supuesto de verdadera sucesión contractual).

En cuanto a la eficacia y límites de la donación, comienza el autor estudiando las donaciones conjuntas, siendo interesante, por un lado, la relación del artículo 637 con los artículos 1.339 y 1.353; y por otro, la relación de este mismo 637 con el artículo 521, todos del Código Civil. Por supuesto, se hace referencia a la limitada obligación de garantía del donante, pero lo que ciertamente destaca de este capítulo es el tema de las deudas del donante.

El donatario no asume pagar las deudas del donante salvo pacto expreso, y en principio sólo por las deudas anteriores a la donación, salvo que se pacte otra cosa (deudas con una persona o entidad determinada, o las derivadas de tal o cual actividad, sean anteriores o posteriores a la donación). Si hay pacto sobre deudas, la donación se convierte en una donación con carga, más o menos onerosa, aunque las partes pueden elevar dicha carga a verdadera condición en sentido técnico jurídico. Ahora bien, la obligación que asume el donatario no le convierte en deudor, salvo pacto con el acreedor, simplemente es un tercero que asume el pago (art. 1.158). Señala además el autor, que salvo que se pacte expresamente, el donatario no habrá de abonar el exceso de deudas sobre los bienes donados; hemos de tener en cuenta que no cabe aquí una similitud con la sucesión por causa de muerte, ya que en nuestro Código Civil no cabe la donación universal (lo impide el art. 634), por lo que no se puede obligar, sin más, al pago de todas las deudas al donatario, salvo que así se pacte expresamente. Si el donatario no se obligó a pagar deudas en absoluto, o algunas determinadas, no le alcanza la responsabilidad, salvo fraude de acreedores.

Resulta también interesante el apartado dedicado a la donación con reserva de la facultad de disponer, posibilidad contemplada en el artículo 639. Lo que se reserva es simplemente una facultad aislada que por sí misma no da lugar a configurar un tipo de negocio autónomo. Se trata, evidentemente, de algo excepcional, pues el donante, no lo olvidemos, ha dejado de ser propietario de los bienes donados desde la aceptación del donatario; y, a su vez, el donatario ha adquirido una propiedad claudicante en estado de pendencia. El donatario puede disponer de dichos bienes, pero todos esos actos estarán amenazados de resolución, pues la reserva de esta facultad puede ejercitarse aunque los bienes estén en manos de terceros (art. 37 de la Ley Hipotecaria), salvo que estén protegidos por el artículo 34 de esta misma Ley. Efectivamente, como ya había intuido ALBALADEJO y nos demuestra DE LOS MOZOS, «en el fondo de la reserva milita la posibilidad, en todo momento, de ejercitarla, como si fuera una revocación abreviada, ya que sobre los bienes es indudable, bien por la reserva de disposición o de cantidad, que se hallan sujetos a una carga».

Dentro de los supuestos especiales de donación, se dedica todo un capítulo a la donación con pacto de reversión, destacando también las interesantes observaciones que realiza el autor con relación a la obligación del donatario a prestar alimentos al donante.

Obligación no regulada en el Código Civil, pero sin duda existe, pues su incumplimiento posibilita la revocación de la donación por causa de ingratitud. Se trata, en el fondo, de una carga implícita que surge *ex lege*, que no requiere constancia expresa en la escritura de donación, aunque puede preverse para el caso de que el donante venga a peor fortuna, o se jubile, o cualquier otra circunstancia de necesidad. En todo caso no se trata de la misma obligación de alimentos entre parientes que regula el Código en los artículos 142 y siguientes, aunque algunas de sus normas pueden aplicarse subsidiariamente como consecuencia de cierta fuerza expansiva de dicha regulación expresada en el artículo 153 del Código.

En los capítulos finales se estudian con sumo detalle las causas de revocación, destacando sobre todo la revocación por incumplimiento de cargas y por ingratitud, con referencias específicas a las donaciones por razón de matrimonio. Al tratar la reducción de donaciones por inoficiosidad y las dona-

ciones *mortis causa*, a las que dedica un brillante capítulo final, se pone de manifiesto la clara relación de las donaciones entre vivos con la sucesión por causa de muerte.

En suma, tras este apretado resumen, resulta claro que estamos ante una obra en la que el profesor DE LOS MOZOS actualiza sus opiniones sobre los polémicos aspectos de la donación, de la que nos hace una aportación definitiva sobre el tema. Le felicitamos por ello.

CARLOS-JAVIER VATTIER LAGARRIGUE
Profesor Asociado TC
Universidad de Burgos

MARTÍN PASTOR, JOSÉ: *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 901 págs.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, regula de un modo unitario las medidas cautelares que antes se encontraban dispersas en varias normas, con la idea de mejor evitar que quedase frustrada la efectividad de una futura sentencia. Se perfilan al efecto unos presupuestos y requisitos de carácter general, dando entrada a un régimen no limitado, sino abierto, de dichas medidas cautelares, buscando sobre todo conjurar el *periculum in mora* procesal que, por desgracia, ocurre con demasiada frecuencia.

Una de las medidas cautelares, de probada eficacia, ha sido y sigue siendo la anotación preventiva que, basándose en los efectos de la publicidad registral, no sólo avisa a los terceros de la pendencia del litigio, sino que hace posible la ejecución íntegra del fallo en cuanto que la existencia de este asiento proporciona a todos la cognoscibilidad suficiente como para anular la alegación de buena fe y, por consiguiente, para dejar sin efecto los actos posteriores.

Este interesante tema de la anotación preventiva como instrumento de coordinación entre el Registro y el proceso es objeto de un completo estudio por el autor, JOSÉ MARTÍN PASTOR, Profesor Ayudante de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, Doctor por la misma Universidad y por la de Bolonia.

El enfoque general de la obra tiende a mostrar el doble aspecto registral y procesal de estas anotaciones, aspectos que se complementan entre sí, por lo que hay una verdadera interconexión que justifica el estudio global de las mismas. Con esta pauta se hace un estudio previo de la publicidad registral en el proceso para dar entrada después al análisis de las diferentes anotaciones de naturaleza cautelar admitidas en nuestro ordenamiento y que se basan en la publicidad registral, con aprecio, a la vez, de las normas procesales que las regulan, para terminar en el tema de la vigencia y extinción de estas anotaciones.

El capítulo I se dedica a estudiar la publicidad registral en el proceso, empezando por resaltar el papel que desempeña el Registro como medio de proporcionar esa publicidad y que se manifiesta en la protección de los derechos subjetivos y los intereses legítimos, dando lugar a una mayor seguridad jurídica. En esa publicidad no es lo más importante su aspecto formal, que permite conocer el contenido de los asientos, sino el aspecto sustantivo que se manifiesta en la presunción de que el contenido de los asientos es exacto e íntegro y afecta a todos y por ello se les puede oponer.

Esta publicidad material se manifiesta en los dos conocidos principios de legitimación y fe pública. El autor recoge ambos principios, reflejados en los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria, en el modo que todos sabemos. Se trata de garantizar la seguridad jurídica y del tráfico, y en nuestro Derecho los medios para lograrlo están representados, entre otros, por las anotaciones preventivas de demanda o asimiladas de naturaleza cautelar.

Sentados estos supuestos se entra en la consideración del proceso como instrumento necesario para que los órganos jurisdiccionales puedan ejercer la potestad correspondiente y para que los particulares puedan impetrar de ellos la tutela judicial de sus derechos. Estos procesos precisan, ya lo hemos dicho, de medidas cautelares para asegurar una eficaz ejecución, medidas que han aparecido dispersas en las leyes procesales y en otras normas de carácter sustantivo o registral, como es el caso de estas anotaciones preventivas.

El artículo 727 de la nueva Ley Procesal establece que podrán acordarse las medidas cautelares de anotación preventiva de demanda cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros Públicos y otras anotaciones registrales en casos en que la publicidad sea útil para el buen fin de la ejecución. Aquí interesan, por tanto, las anotaciones preventivas cautelares, caracterizadas por su instrumentalidad, en cuanto que sirven para la eficacia práctica del proceso general al que hacen referencia, por su homogeneidad o identidad con las medidas ejecutivas y el carácter necesario de tales medidas cautelares para asegurar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, puntos todos que el autor estudia y desenvuelve.

En los capítulos II y III se hace un amplio y exhaustivo estudio de las diferentes anotaciones preventivas de naturaleza cautelar que se pueden practicar en los Registros Públicos. Se empieza por la más caracterizada, que es la anotación preventiva, que protege al demandante que pide la declaración de dominio o la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real y que se concede en el número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria; se estudian los presupuestos necesarios para conseguir su práctica, referidos a su petición en la demanda, a la situación jurídica cautelable, que haya peligro en la demora del fallo, estudiándose también sus efectos durante el proceso, y ya después de producido el fallo, en especial respecto a los asientos posteriores, sean producidos por actos otorgados antes o después de la anotación. Los problemas son múltiples y el autor analiza los supuestos y las soluciones en todos ellos, a la luz de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

Hay otras anotaciones, como la de querella, no siempre bien tratada por la Dirección General; la de sentencia, siempre que ésta tenga trascendencia registral, y la que nace de la demanda del juicio declarativo de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria, sea judicial o extrajudicial.

Como anotaciones propias de otros Registros, se estudian las de demanda sobre capacidad, que se pueden practicar tanto en el Registro Civil como en el de la Propiedad o el Mercantil, y las especiales sobre quiebras, suspensión de pagos y concurso de acreedores, tan frecuentes en la actualidad, que también tienen su manifestación en varios Registros. Igualmente se estudia la materia de impugnación de los acuerdos sociales que se refleja en el Registro Mercantil y las anotaciones por arbitraje. Todo un abanico de posibilidades que la práctica nos depara y que el autor nos presenta en sus múltiples facetas.

En el capítulo IV, el libro se refiere a las normas que regulan las competencias, los requisitos especiales de las partes o de los actos procesales en

general, el procedimiento para resolver sobre las anotaciones solicitadas y las relaciones de éstas con el proceso principal, atendiendo a que el legislador ha tenido la intención de introducir una regulación unitaria, válida para todas las medidas cautelares. Su estudio es también exhaustivo.

El capítulo V se dedica a analizar las actuaciones registrales que se originan en la práctica de las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar, desde que se expide el mandamiento, pasando por la calificación, siempre delicada al tratarse de documentos judiciales, hasta que se verifica el asiento, todo ello según la regulación contenida en las normas positivas, tal como se examinan y comentan atendiendo a los varios supuestos.

El problema de la duración y prórroga de las anotaciones preventivas se aborda en el capítulo VI. La Disposición Final 9.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil da una nueva redacción al artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Ahora la duración de la anotación permite prórrogas de cuatro años, en la medida que lo exija la duración del procedimiento. Lo que se suprime es la anormal prolongación indefinida que se había introducido por vía reglamentaria, por lo que si se quiere prolongar la vigencia es preciso que haya una nueva y expresa prórroga. Con arreglo a estos criterios, el autor examina la cancelación de las anotaciones, según sean procesales, materiales o registrales las causas que motivan tal cancelación, y que se regulan en la legislación hipotecaria o en las demás normas aplicables.

El libro se completa, además de la correspondiente bibliografía, con un anexo donde se recoge la jurisprudencia desde el Tribunal Constitucional hasta varios fallos de Juzgados de Primera Instancia, así como Resoluciones de la Dirección General y del Tribunal Económico-Administrativo Central y de los Tribunales Regionales.

En resumen, un acabado estudio de este aspecto cautelar de la anotación preventiva, puesto al día tras publicarse la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, y visto desde el ámbito registral, que es el interesante, a nuestros efectos, y que nos da una completa visión del tema.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN

Profesor Ayudante de Derecho Civil de la UNED

FUERTES, MERCEDES: *Urbanismo y publicidad registral*. 2.^a edición. Marcial Pons. Madrid, 2001. Un tomo de 295 págs.

Tenemos a la vista un ejemplar de la primera edición de esta obra, aparecida en 1995, y al compararlo con el de ésta queda claro que en tan sólo seis años son tantas las novedades legales, jurisprudenciales y doctrinales que se justifica la revisión, ampliación y puesta al día que se nos presenta. Las más de cien páginas nuevas del texto contienen una apreciable actualización hecha por la autora, MERCEDES FUERTES, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León, la cual nos demuestra, una vez más, no sólo su amplio conocimiento del tema, sino también el interés que manifiesta en esta faceta, al enfocarla de nuevo en el aspecto hipotecario, resaltando la indudable concomitancia existente entre Urbanismo y Registro.

La ordenación urbana, en cuanto nacida en el tráfico inmobiliario, nos dice la autora, no puede realizarse sin el apoyo del Registro de la Propiedad, en cuanto éste es el instrumento esencial en el ordenamiento espacial para el

tráfico jurídico de los inmuebles, dotándolo de publicidad y seguridad. Por ello no se puede concebir un Derecho Urbanístico sin que se reflejen sus actuaciones sobre las titularidades inmobiliarias inscritas en el Registro de la Propiedad.

En el intervalo desde la primera edición de esta obra a la actual, se han publicado las normas del Real Decreto 1093, de 4 de julio de 1997, para la inscripción de los actos de naturaleza urbanística como pieza de carácter reglamentario, y la Ley del Suelo, de 13 de abril de 1998, descafeinada, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1997. Este último fallo es calificado de perturbador por la autora, en cuanto que redujo a cenizas la regulación unitaria del Texto refundido de 1992, para dar entrada, ya solemne, a una variadísima panoplia de normas autonómicas.

Afortunadamente, la esfera registral está un tanto a salvo de esa pluralidad normativa, gracias a la atribución exclusiva de la competencia estatal, y por ello se ha dejado vigente la regulación que nació de la reforma de 1990 y que ha pasado articulada al Texto refundido de 1992 en sus preceptos 307 a 310. Son éstas, pues, las normas legales que, en unión del Reglamento de 1997, sirven de base para la exposición de la materia registral del Urbanismo. La selva autonómica del suelo es enorme y la autora reseña, a título de noticia, sus disposiciones... hasta el cierre del libro, pues ya han aparecido otras leyes en Madrid, Cantabria y Canarias, y hasta es posible que haya otras después, hasta que vea la luz este comentario, pues la fertilidad normativa de las autonomías es inagotable.

Esta segunda edición actualiza la materia y, aun siguiendo en esencia la estructura inicial, se recogen ahora las novedades que han aparecido.

En el capítulo preliminar se traza la evolución de las relaciones entre Urbanismo y Registro, desde la primitiva Ley del Suelo de 1956, que sólo contemplaba una posibilidad tenue e indeterminada de acceso al Registro de los actos urbanísticos, postura que se mantuvo en la Ley de 1976, hasta llegar al retoque fundamental de la Ley de Reforma de 1990 y el Texto refundido de 1992 que, afortunadamente, se han salvado de la barrida de la sentencia del Tribunal Constitucional y nos sirven de base.

En el capítulo primero se estudian los pilares fundamentales de la regulación actual, empezando por los requisitos que han de reunir los actos inscribibles, partiendo de la base del principio de voluntariedad que caracteriza nuestro sistema hipotecario y de la protección que proporciona el principio de publicidad y del mecanismo de la subrogación real que opera en el Urbanismo.

Los actos urbanísticos inscribibles, que son los relacionados en el artículo 307 del Texto refundido de 1992, son estudiados en el capítulo segundo de este libro. Entre ellos están los llamados proyectos de equidistribución; su iniciación se manifiesta registralmente mediante las notas marginales y su materialización da lugar a la inscripción de las fincas resultantes, a las cuales se trasladan no sólo los derechos y las cargas procedentes de las fincas de origen, sino también las obligaciones resultantes del procedimiento de urbanización. La autora hace un estudio detallado de estas actuaciones y en especial de las cesiones obligatorias de suelo y también de la figura del aprovechamiento urbanístico, de la publicidad de los procedimientos disciplinarios y las anotaciones preventivas, todo ello a través de las normas vigentes y recogiendo lo que la doctrina ha contemplado sobre el particular.

En el capítulo tercero y bajo el rótulo «Otras actuaciones urbanísticas con incidencia registral», la autora estudia la expropiación forzosa en materia de

urbanismo, la reversión cuando sea procedente, la constitución de servidumbres, el derecho de superficie, los derechos de tanteo y retracto y la inscripción de obras nuevas, todo ello en su visión registral. Parte importante de este capítulo es la que se refiere a la inscripción de las divisiones, segregaciones y parcelación de fincas sujetas, en la mayoría de los casos, a la previa licencia urbanística. En cuanto a las fincas rústicas, nos dice la autora acertadamente, que, dada la contundencia con que la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias prohíbe las divisiones por debajo de la unidad mínima de cultivo, los Registradores no deberán inscribirlas, aunque la Administración autonómica no conteste, siendo inexplicable la anómala «permisión» de los artículos 79 y 80 del Reglamento de 1997, que claramente se oponen a la Ley.

En el capítulo cuarto se actualiza la normativa y la doctrina sobre las incidencias en el ámbito urbanístico de otras manifestaciones de la legislación sectorial. Se expone lo relativo a la protección de la zona marítimo-terrestre, según la Ley de Costas, y en especial las obras y construcciones ya existentes, su inscripción y los derechos de preferente adquisición a favor del Estado; también se estudia la legislación sobre Patrimonio Histórico y Artístico y otras normativas, como carreteras y protección de espacios naturales.

Desde el punto de vista registral es importante el estudio de la certificación administrativa como título de acceso al Registro de los actos urbanísticos y se estudia en el capítulo quinto del libro. Se recogen los preceptos del Reglamento de 1997 y las varias Resoluciones de la Dirección General que han tratado sobre este punto, especialmente en el aspecto de la calificación registral, a la vista del artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

El libro contiene, como final, unas «Últimas observaciones» en las que la autora considera positivas las recientes regulaciones, pero estima que sería conveniente perfilar la constancia de supuestos problemáticos, como la inscripción de construcciones irregulares, el control de las parcelaciones o divisiones ilegales, la constancia de algunas condiciones establecidas en las licencias y la eficacia de determinados asientos, como los referentes a los aprovechamientos urbanísticos. Considera necesaria una eficaz coordinación entre las Administraciones competentes y el Registro de la Propiedad, y cree debe resaltarse la obligatoriedad del acceso al Registro de las actuaciones urbanísticas realizadas por la Administración Pública y, por último, estima que debiera bastar para inscribir los actos urbanísticos la correspondiente certificación administrativa, sin necesidad de protocolizar ni elevar a escritura pública tales actos.

Termina la autora expresando que el buen hacer de los profesionales que intervienen en el urbanismo y su mejor coordinación podrán garantizar una ordenación urbana y un tráfico inmobiliario coherentes y armoniosos con las directrices administrativas y favorable a la calidad de vida y a la protección eficaz de los intereses de los ciudadanos.

Sólo nos queda reiterar el comentario favorable que se hizo en esta Revista de la primera edición del libro aumentada, en este caso, por razón de su buena actualización, y el estudio de mayor amplitud que ahora se hace en esta especial materia del urbanismo en su consideración registral, donde el acierto de la autora es notable y claramente puede verse.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN
Profesor Ayudante de la UNED