

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXII • Noviembre-Diciembre 2006 • Núm. 698

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

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

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

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

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

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

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

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

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

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

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

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

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

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La problemática del concepto de parte en el proceso de ejecución», por MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN	2185
«Sumario y plenario en la Ley Concursal: las opiniones de Salgado de Somoza», por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN	2221
«Tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta en el Derecho español y en el Derecho uniforme», por MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA	2243
«El efecto de la publicidad en la norma», por FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO	2281

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Registro de la Propiedad y Ley del Suelo», por FERNANDO P. MÉN- DEZ GONZÁLEZ	2303
--	------

DICTÁMENES Y NOTAS

«La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», por FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO	2359
«Secuestro del lenguaje jurídico y de la legalidad. La seguridad ju- rídica», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	2381

DERECHO COMPARADO

«El Derecho societario peruano a través de la jurisprudencia actual», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA	2395
--	------

	<i>Págs.</i>
«El régimen de inmatriculación registral en Marruecos», por MOHAMMED LAHKIM BENNANI	2419
«Líneas generales del Derecho Registral portugués», por CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO	2453

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	2483
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— La prioridad del nacimiento. Derechos de primogenitura. Sucesión de los títulos nobiliarios, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2493
---	------

1.2. Derecho de familia:

— La igualdad conyugal en la actualidad, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2497
---	------

1.3. Derechos reales:

— La identidad indubitada de la finca como presupuesto necesario para practicar un exceso de cabida, y su carácter rectificador de datos erróneos, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2501
--	------

1.4. Sucesiones:

— Sucesión hereditaria. Legítima: mejora, requisitos, voluntad inequívoca de otorgarla, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	2510
---	------

1.5. Obligaciones y contratos:

— La falta de pago de la deuda en el plazo convenido concede al acreedor anticrético la facultad de pedir el pago de la misma o la venta del inmueble, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2513
— El desistimiento o no renovación de vivienda arrendada por el arrendatario ex artículo 12 LAU como manifestación de protección de la vivienda familiar, por ROSANA PÉREZ GURREA	2520

1.6. Responsabilidad civil:	
— La incidencia de la publicidad en la adquisición de la vivienda, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	2527
2. MERCANTIL	
— Las sociedades inmobiliarias. Objeto social mercantil o civil, por FRANCISCO REDONDO TRIGO	2538
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— Titularidad controvertida, litigiosa y dudosa en los proyectos de equidistribución, por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ	2552

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	2563
--	------

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«El pago de las deudas hereditarias», de CARMEN MINGORANCE GONSÁLVEZ, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ	2595
---	------

REVISTA DE REVISTAS	2603
----------------------------------	------

ESTUDIOS

La problemática del concepto de parte en el proceso de ejecución

por

M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN

Doctora en Derecho Procesal

SUMARIO

- I. DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER DE PARTE EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN.
- II. EJECUTANTE Y EJECUTADO: SU NO NECESARIA COINCIDENCIA CON DEMANDANTE Y DEMANDADO EN EL PROCESO DECLARATIVO PREVIO.
- III. LAS PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN:
 1. ACREEDOR Y DEUDOR EN EL TÍTULO EJECUTIVO.
 2. EJECUTANTE Y EJECUTADO QUE NO FIGURAN COMO ACREEDOR O DEUDOR EN EL TÍTULO EJECUTIVO:
 - A) *Sucesión de quien figura como acreedor o deudor en el título ejecutivo.*
 - B) *Deudores solidarios que no figuran en el título ejecutivo.*
 - C) *Integrantes de entidades sin personalidad jurídica.*
- IV. TITULARES DE BIENES AFECTOS A LA EJECUCIÓN: «LAS CUASIPARTES»:
 1. CÓNYUGE DEL EJECUTADO.
 2. TERCER POSEEDOR DE BIENES EMBARGADOS:
- V. TERCEROS CONTRA LOS QUE SE DESPACHA EJECUCIÓN POR ERROR: EJECUTADOS DE FACTO.

El antiguo aforismo romano *iurisdictio in sola notione consistit* carece de virtualidad en el Derecho Procesal actual, ya que nuestra propia Carta Magna ha venido a consagrar como una clase de tutela jurisdiccional la potestad de los Jueces y Tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3), lo

que resulta avalado por el hecho de que en la legislación procesal se conciba la ejecución como un proceso independiente que precisa una regulación propia de ciertas cuestiones que por su especial singularidad en sede ejecutiva no permiten una mera remisión a las disposiciones generales de la LEC, sino que necesitan un análisis por separado.

Así, una de las materias que por sus propias peculiaridades exige un tratamiento diferenciado en el proceso de ejecución es la relativa a las «partes», pues aunque, *a priori*, esta cuestión pudiera parecer exenta de problemas, ni la posición de ejecutante y ejecutado coincide en todo caso con la de acreedor y deudor, ni todos aquellos que no figuran en el título ejecutivo ostentan la cualidad de tercero, por lo que teniendo en cuenta las situaciones de especial complejidad que pueden plantearse, constituye una necesidad insoslayable deslindar con irreprochable pulcritud quién resulta investido del carácter de parte en el proceso de ejecución, pues si las actividades ejecutivas incurrían en irregularidades, contravenciones o ilicitudes, los mecanismos procesales de impugnación son distintos en función de que el afectado ostente la cualidad de tercero o de parte.

I. DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER DE PARTE EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

La vigente LEC, a diferencia de nuestra decimonónica ley riuaria, dedica un capítulo específico, dentro de las disposiciones generales del proceso de ejecución, a la regulación de las partes (Capítulo I del Título III del Libro III), si bien la existencia de una normativa específica no permite solventar todos los problemas existentes sobre este particular sino que exige al intérprete analizar pormenorizadamente sus diversos aspectos.

Ab initio, la primera cuestión que procede deslindar es la determinación del carácter de parte en el proceso de ejecución, lo que obliga a acudir al apartado primero del artículo 538 de la LEC, a tenor del cual son parte en el proceso de ejecución *la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha*.

De dicha definición se puede deducir que no es el título ejecutivo el que otorga la cualidad de parte, pues aunque el mismo constituye la piedra angular de la ejecución o, en términos metafóricos de CARNELUTTI (1), «el billete de tren sin el cual resulta imposible viajar», no es dicho título ejecutivo el que predetermina la legitimación activa y pasiva en el proceso de ejecución,

(1) Cfr. CARNELUTTI, F., *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Traducción de Jaime Guasp. Ed. Bosch, Barcelona, 1942, págs. 160, 161.

pues existe una atribución judicial de tal condición (2) por ser el órgano judicial el que otorga dicho carácter al despachar ejecución.

El hecho de que sea el propio auto despachando ejecución y no el título ejecutivo el que determine la condición de parte en el proceso de ejecución conlleva las siguientes consecuencias:

En primer lugar, la ejecución *puede extenderse a personas que no figuran en el título ejecutivo* por responder personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado en documento público o por ser titulares de bienes especialmente afectos al pago del débito.

En segundo lugar, *no siempre las personas comprendidas en el título ejecutivo ostentan legitimación para ser parte* en el proceso de ejecución a causa de haber transmitido a otras su derecho u obligación o por haber acontecido un hecho extintivo, excluyente o un contraderecho enervante que ha producido la extinción de su responsabilidad, pues el título ejecutivo es en cuanto a su existencia y eficacia totalmente independiente de la existencia y exigibilidad de la prestación en él documentada, por lo que si en estos casos el órgano judicial despacha ejecución contra las personas que en el mismo figuran apoyándose en el carácter abstracto del título, les otorga por este mismo hecho el carácter de parte aunque ya no exista contra ellas un derecho sustantivo a la tutela, siendo la ejecución posible y formalmente válida aunque ilícita.

En tercer lugar, el órgano judicial, inducido por el ejecutante o por cualquier otra causa, puede erróneamente despachar ejecución contra personas frente a las que entiende que se extiende la responsabilidad de la obligación documentada en el título cuando en puridad no es así; sin embargo, al dirigir contra ellas la ejecución *nomine proprio* aunque en principio deberían ser terceros en el proceso de ejecución, las inviste por este mismo hecho del carácter de *ejecutados de facto*, otorgándoles la consideración de partes en sentido formal que, como tales, podrán utilizar todos los mecanismos de defensa que la ley concede al ejecutado.

En suma, de lo antedicho se deduce que *son parte en el proceso de ejecución aquéllos que figuran como tales en el auto despachando ejecución con independencia de que no se hallen en el título ejecutivo, de que constando en el mismo se haya extinguido su responsabilidad o de que el órgano judicial incurra en un error al apreciar su legitimación pasiva*.

No obstante, dicha apriorística afirmación debe ser matizada, ya que *a sensu contrario* no se puede deducir que ostente la condición de *tercero*

(2) Cfr. SENÉS MOTILLA, C., «Las partes del proceso civil». *Disposiciones generales relativas a los jurídicos civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 2000, pág. 26.

quien no figure como parte en el auto despachando ejecución, ya que el propio artículo 538.3 de la LEC permite utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado a aquellas personas frente a las que no se haya despachado ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que ésta se extienda por entender que, pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están afectos al cumplimiento de la obligación por la que se procede, debiendo ponerse en relación dicho precepto con el artículo 662 que regula la figura del tercer poseedor de bienes embargados y con el artículo 541 de la LEC que contempla los medios de oposición del cónyuge del deudor cuando resulten embargados bienes gananciales.

Estas personas contra las que no se ha despachado ejecución, pero que son titulares de bienes afectos a la obligación por la que se procede, no ostentan *stricto sensu* el carácter de parte, aunque tampoco resultan ajenas a la ejecución, por lo que a nuestro juicio podrían catalogarse como «*cuasipartes*», pues siendo su responsabilidad *ob rem o propter rem*, al concretarse únicamente a los bienes especialmente afectos al cumplimiento de la obligación, sólo pueden servirse de los mecanismos de oposición que la ley brinda al ejecutado para la salvaguarda de dichos bienes, pues para la defensa del resto de su patrimonio deberán utilizar los medios de impugnación a favor de los terceros. Por consiguiente, si a un tercer poseedor se le embargan otros bienes de su patrimonio bajo la errónea convicción de su pertenencia al deudor, estimamos que para conseguir el alzamiento del embargo deberá interponer una tercería de dominio y lo propio en el caso de que se le embarguen al cónyuge del deudor bienes privativos creyendo erróneamente que pertenecen al ejecutado.

II. EJECUTANTE Y EJECUTADO: SU NO NECESARIA COINCIDENCIA CON DEMANDANTE Y DEMANDADO EN EL PROCESO DECLARATIVO PREVIO

En el ordenamiento procesal español, a diferencia de otros sistemas de Derecho Comparado (3), las partes reciben la denominación de *ejecutante* y *ejecutado*, aunque tampoco existe inconveniente alguno en denominarlas *demandante* y *demandado*, máxime teniendo en cuenta que la vigente LEC ha

(3) En Derecho comparado se habla de «Gläubiger» y «Schuldner» en el Derecho alemán, «creditore» y «debitore» en el italiano y de «créancier» y «débitur» en el francés, aunque en este último también se usan los términos «saisissant» y «saisi», que propiamente significan embargante y embargado (cfr. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*. 2.^a ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 683).

establecido como requisito *sine qua non* la necesidad de presentar demanda ejecutiva para iniciar el proceso de ejecución (art. 549).

No obstante, en los casos en que la ejecución dimane de un proceso declarativo previo, no en todo caso coincidirá la condición de demandante y demandado con la de ejecutante y ejecutado en el proceso de ejecución, ya que siendo varios los demandados, la sentencia ha podido absolver tan sólo a uno y, por tanto, contra éste ya no se podrá dirigir la ejecución. Además, la posición de demandante y demandado incluso puede invertirse en el proceso de ejecución respecto de quienes lo fueron en el proceso declarativo, lo que ocurrirá, v.gr., en el caso de que se haya estimado la reconvencción o cuando el actor haya sido condenado en las costas y el demandado dirija la ejecución contra él.

Asimismo, cuando la sentencia no sea firme por haber sido objeto de recurso, el artículo 526 de la LEC otorga legitimación para instar la ejecución provisional a «quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena», ampliando así la fórmula del derogado artículo 385 de la anterior LEC que tan sólo la concedía a «la parte apelada» (4), por lo que actualmente se permite instar la ejecución provisional al que resulte beneficiado por la sentencia, aunque éste sea quien recurra por haberse reconocido parcialmente sus pretensiones (5); no obstante, si la otra parte no recurriera ni se adhiriera al recurso (6), en puridad se estaría ejecutando un pronunciamiento firme, puesto que el órgano judicial que resuelve el recurso tiene vedada la *reformatio in peius*.

De todos modos, cuando la sentencia recurrida sea objeto de ejecución provisional, nos podemos encontrar con un singular cambio en la posición de las partes, ya que si la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, quien ha sido ejecutado provisionalmente puede pasar a ostentar la posición de ejecutante en una ulterior ejecución que se dirija contra el originario ejecutante (ahora ejecutado) en aras de hacer efectivo el pronunciamiento revocatorio y de restaurar el *statu quo ante* (arts. 533 y sigs. de la LEC). Asimismo, la cuestión todavía se torna más compleja si contra la sentencia

(4) De todos modos, el artículo 1.722 de la anterior LEC, relativo a la ejecución provisional de las sentencias recurridas en casación, a diferencia del artículo 385, referido a las sentencias apeladas, concedía legitimación para instar la ejecución provisional a la *parte interesada*.

(5) No obstante, la legitimación para instar la ejecución provisional no es actualmente tan amplia como pudiera parecer, ya que la doctrina niega la posibilidad de que se inste la ejecución provisional en vía subrogatoria por un acreedor del ejecutante (cfr. DÍAZ MARTÍN, F. R., «La ejecución provisional de Resoluciones judiciales en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. III, 1999, pág. 1983).

(6) La adhesión al recurso de apelación, recogida en la anterior ley, todavía subsiste en la vigente LEC, pues en realidad se ha venido a suprimir el término que no la institución como demuestran los artículos 461.1 y 527.1.

de segunda instancia se interpone recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal, pues si alguno de estos recursos es estimado, se procederá de nuevo a un cambio de la posición de las partes en el posterior proceso de ejecución promovido contra el que resulte condenado en la sentencia firme, por lo que puede darse el caso de que quien ostente la posición de ejecutante en la ejecución provisional de la sentencia dictada en primera instancia, posteriormente pase a ocupar la condición de ejecutado si dicha sentencia llega a revocarse e incluso nuevamente la de ejecutante si se estimare el recurso de casación o extraordinario por infracción procesal (7).

Esta sucesión de ejecuciones con inversión de las partes, aparte de un enorme derroche procesal, supone un descrédito para la Administración de Justicia y con razón se ha dicho que un espectáculo de tal naturaleza es digno de ser recreado literariamente por Kafka o Valle Inclán (8). Por nuestra parte, nos adherimos a dichas opiniones doctrinales, ya que atenta contra el principio de seguridad jurídica que un único proceso de declaración sea objeto de tantas ejecuciones contradictorias, por lo que pudiera resultar más oportuno que si la sentencia de primera instancia, ejecutada provisionalmente, fuera revocada y a su vez dicha sentencia revocatoria fuese recurrida ante un Tribunal superior, se esperara a que recayera sentencia firme para proceder, en su caso, a la restitución que prescribe el artículo 537 de la LEC, sin perjuicio de que si la ejecución provisional no hubiese concluido, ésta se suspendera (9), con la salvedad de que si la sentencia hubiera sido revocada parcialmente no fuera necesario suspender la ejecución de aquella parte de la sen-

(7) Ese problema ha llegado al propio Tribunal Constitucional que bajo la vigencia de la anterior LEC se pronunció sobre el particular en la sentencia de 24 de febrero de 1998, cuyo supuesto de hecho es el siguiente:

Por auto de la Audiencia Provincial de Navarra, que revocó en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Pamplona, que había sido objeto de ejecución provisional, se consideró que, en tanto se resolvían los recursos de casación formulados por las partes contra la sentencia dictada en segunda instancia, resultaba posible proceder a la ejecución provisional de la sentencia revocatoria para lo cual se ordenó a la originaria ejecutante la devolución de determinadas cantidades de dinero que le habían sido abonadas por la anteriormente ejecutada en la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia. La originaria demandante recurrió en amparo dicha decisión judicial, considerando el Tribunal Constitucional que la ejecución provisional de una sentencia dictada en segunda instancia revocatoria de otra dictada en primera instancia, también ejecutada provisionalmente, constituía una cuestión perteneciente al ámbito de interpretación de la legalidad ordinaria, por lo que, habiendo sido enjuiciada de forma razonada y razonable por el tribunal de instancia, no había ocasionado lesión de los derechos consagrados en el artículo 24 de la CE.

(8) Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Ejecución provisional y medidas cautelares», en *El proceso civil y su reforma*. AA.VV. Dirigido por Morón Palomino, Ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 493.

(9) Cfr. REDENTI, *Diritto processuale civile II. Il processo ordinario di cognizione in primo grado. Il sistema della impugnazioni*. Seconda edizione, Milano, Dott. Antonio Giuffrè-Editore, 1953, págs. 511 y sigs.

tencia de primera instancia que hubiese resultado confirmada (10). A nuestro juicio, esta tesis podría evitar actuaciones innecesarias de carácter contradictorio, siendo la más acorde con el principio de economía procesal; no obstante, en su contra juega la excesiva demora que, por lo general, conlleva la tramitación de un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal, por lo que somos conscientes del perjuicio que se podría causar al favorecido por la sentencia de apelación cuando habiendo revocado la de primera instancia —ejecutada provisionalmente— fuera a su vez recurrida.

III. LAS PARTES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

La complejidad del concepto de parte en el proceso de ejecución justifica un análisis pormenorizado de los sujetos que pueden ostentar dicho carácter y de las causas de la atribución judicial de esta condición, por lo que no resulta ocioso analizar con detenimiento esta cuestión.

1. ACREEDOR Y DEUDOR EN EL TÍTULO EJECUTIVO

Con carácter general, quien ostenta la cualidad de acreedor o de deudor en el título ejecutivo, asume esta misma posición en el proceso de ejecución, sin que ello conlleve necesariamente que en la relación jurídico-material deba ostentar asimismo este carácter; siendo claros exponentes de lo antedicho los casos de solidaridad pasiva en que existiendo varios deudores el acreedor tan sólo demanda a uno de ellos en el juicio declarativo o los supuestos de solidaridad activa en que solamente uno de los acreedores se dirige ejecutivamente frente al deudor común, pues en uno y otro caso aunque son varios los que figuran como acreedores o deudores en la relación jurídico material, únicamente los que han intervenido en la relación jurídico procesal y constan como beneficiarios o como condenados en la sentencia ostentan legitimación para ser partes en el proceso de ejecución.

DE STEFANO, G., «Esecuzione provvisoria della sentenza», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XV, Dott. Antonino Giuffrè-Editore, 1966, pág. 251.

CARPI, F., *La provvisoria esecutorieta della sentenza*, Milano, Ed. A. G., 1979.

LANCELOTTI, «Esecuzione provvisoria», en *NNDI*, Vol. VI, Torino, Ristampo, 1981, págs. 800 a 801.

(10) Cfr. PÉREZ GORDO, A., *La ejecución provisional en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1973, pág. 156.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil, III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*. 4.^a ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1995, págs. 163, 164.

Además, aun cuando el artículo 538.2.1.º otorga el carácter de parte en la ejecución a *quien figura como deudor en el título ejecutivo* permitiendo despachar ejecución contra él, esta afirmación debe matizarse, ya que no en todo caso dicha ejecución será lícita, pues desde que se constituye el título ejecutivo hasta que se presenta la demanda ejecutiva, el tiempo no se detiene y en este plazo han podido ocurrir determinadas circunstancias que han originado una variación o discrepancia entre la situación jurídico material real y la documentada en el título. No obstante, el Juez ejecutor difícilmente podrá conocer la concurrencia de dichas circunstancias, pues cuando se le presenta una demanda ejecutiva tan sólo está obligado a practicar un examen externo o formal del título (art. 551.1 de la LEC), no estándole permitido realizar un enjuiciamiento material del mismo ni cuestionarse si el derecho del ejecutante subsiste, por lo que tan sólo adquiere certidumbre de que se ha producido un hecho constitutivo de la obligación, pero en modo alguno puede conocer si ha ocurrido un hecho excluyente o extintivo. El título ejecutivo actúa desligado de su causa y aunque bien es cierto que esto tiene sus riesgos, es preciso que así sea si no se quiere paralizar el tráfico jurídico (11).

En estos casos, el título de ejecución opera, si bien la ejecución ha devenido ilícita, pues actúa sobre el patrimonio del ejecutado una responsabilidad que ya no existe o que no existe del mismo modo en que figuraba en el título, ya que falta el primer requisito procesal de la actividad ejecutiva consistente en el ejercicio legítimo por parte del acreedor ejecutante de la acción ejecutiva (12). De todos modos, no consideramos reprochable que la ley tan sólo imponga al órgano judicial la necesidad de realizar un examen formal del título ejecutivo, pues aunque ello puede suponer atribuir a una persona erróneamente la condición de parte en el proceso de ejecución, resultaría contrario al principio de celeridad tanto imponer un trámite de audiencia previa al despacho de ejecución en el que el futuro ejecutado pudiera alegar hechos extintivos o excluyentes acaecidos tras la formación del título, como cargar al ejecutante con la prueba de acreditar *a limine* la subsistencia de la acción ejecutiva.

(11) Así, las obligaciones de tracto sucesivo constituyen un supuesto típico en que por muy claro que sea el «hacer» sucesivo o periódico del condenado, el propio paso del tiempo puede dar lugar, con especial facilidad, a cambios de circunstancias que pueden incluso dejar el fallo vacío de contenido (cfr. PEREDA GAMEZ, F. J., «Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles, II. La vía de apremio*. Ed. CGPJ, Madrid, 1997, pág. 57).

(12) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La tercería de dominio*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1980, pág. 197, y en *El proceso de ejecución*, Palma de Mallorca, 1982, pág. 50 y sigs.

SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Ed. Aranzadi, 1986, pág. 277.

Por consiguiente, va a ser *a posteriori*, es decir, tras el auto despachando ejecución, cuando ante la oposición del ejecutado, el Juez se pueda plantear la subsistencia de la responsabilidad proclamada en el título, resultando loable que la vigente LEC otorgue al ejecutado la posibilidad de oponerse no sólo en las ejecuciones de títulos no judiciales —como en la derogada ley rituarial— sino también cuando se esté ejecutando un título judicial, colmando así una laguna normativa que en la anterior legislación debía su razón de ser a la errónea concepción que el legislador decimonónico tenía de la ejecución de sentencias (13), en tanto que la consideraba una mera incidencia del proceso de declaración sin entidad propia, estimando que las actividades ejecutivas se debían circunscribir estrictamente a la realización material de lo decidido en el fallo, y en tanto que la oposición comporta una actividad alegatoria y probatoria de las partes con el correlativo juicio y decisión judiciales, se estimaba disonante en un proceso de ejecución, cuya función no era declarar sino dar efectividad a derechos ya declarados en la sentencia (14).

En estos supuestos el ejecutado no puede impugnar la errónea atribución de la condición de parte, pero sí puede oponerse por motivos de fondo en el plazo de diez días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución (arts. 556 y sigs. de la LEC) alegando un hecho extintivo o excluyente de su responsabilidad acaecido antes del despacho de ejecución pero después de la constitución del título ejecutivo o, en el caso de que éste sea de naturaleza judicial, del momento en que precluyó la posibilidad de alegarlo en la instancia (15).

(13) Dicha concepción era heredera de la LEC de 1855, cuyo principal artífice, Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, manifestó la innecesariedad de contemplar legalmente la oposición a la ejecución de sentencias por estimar que dichos trámites resultaban «inútiles, dispendiosos y lentos en demasía para el que ha litigado y obtenido en su favor una sentencia» (cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, págs. 166 y 177, cit. por: MONTERO AROCA, J., «Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva», en *RCDI*, año LXXI, núm. 631, noviembre-diciembre, 1995, pág. 1934).

(14) Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, S., *La oposición a la ejecución civil: Estudio jurisprudencial. Doctrina y jurisprudencia*. Actualidad Editorial, S. A., Madrid, 1994, págs. 13 y 83. «Ejecución forzosa, dineraria y no dineraria en el Borrador de Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de la LEC*, Murcia, 1997, pág. 434.

(15) Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 35 y sigs.

2. EJECUTANTE Y EJECUTADO QUE NO FIGURAN COMO ACREEDOR O DEUDOR EN EL TÍTULO EJECUTIVO

La vigente LEC, a diferencia de su antecesora, permite expresamente que se despache ejecución a favor o contra quien no figure en el título ejecutivo.

En lo que respecta a la *parte ejecutante*, dicha posibilidad se deduce tácitamente del tenor de algunos preceptos de la LEC como el artículo 540, que contempla la *sucesión* del que aparece como acreedor en el título ejecutivo o del artículo 519, que aunque es una norma cuya colocación sistemática se incardina fuera del apartado relativo a las partes de la ejecución, se encuentra íntimamente relacionado con ellas, al permitir al órgano judicial que, previa audiencia del condenado, establezca individualmente los *consumidores o usuarios beneficiados por una sentencia* cuando los mismos no estuvieren determinados en la misma, por lo que por medio de este singular incidente previo a la ejecución se puede conceder legitimación activa para despachar ejecución a quien no la tiene reconocida expresamente en el fallo aunque sí indirectamente en virtud de ciertos datos, características y requisitos exigidos para ser merecedor de la tutela concedida. No obstante, aunque dicha prevención normativa resulta plausible, no lo es tanto su desarrollo normativo que es demasiado parco e impreciso, pues obliga a la doctrina más que a interpretar a adivinar, ya que el artículo 519 se limita a reseñar que *se dará audiencia al condenado y que se resolverá por medio de auto*, sin precisar plazo alguno ni para instar dicho incidente ni para dar audiencia al deudor ni para dictar el auto resolutorio, respecto del cual también se silencia el recurso que procede. En esta tesitura, parece que lo más oportuno es considerar que puede promoverse después de que se dicte sentencia firme de condena (o sentencia recurrida si se pretende su ejecución provisional), sin que reputemos necesario en ningún caso esperar a que transcurra el plazo previsto en el artículo 548 de veinte días desde su notificación, pues dicho plazo opera para despachar la ejecución de una sentencia firme pero no para integrar su contenido determinando los consumidores y usuarios beneficiados por la misma. No obstante, no se podrá instar dicho incidente una vez transcurridos cinco años desde la firmeza de la sentencia (art. 518 de la LEC) (16), sin perjuicio de que a nuestro juicio no exista óbice legal alguno en despachar ejecución aunque hayan transcurrido esos cinco años, siempre que el incidente se haya instado con anterioridad y la demora se deba al tiempo empleado en su resolución. A estos efectos, sería oportuno que la LEC previera —de modo

(16) Cfr. SABATER BAYLE, A., «Comentario al artículo 519», en *Comentario a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Coordinadores: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. y VALLS GOMBÁU, R. T. II. Iurgium editores atelier, Madrid, 2000, pág. 2496.

BONET NAVARRO, J., «Cuatro cuestiones generales problemáticas y omitidas en el proceso civil de ejecución», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 65, Madrid, 2002, pág. 156.

similar a lo previsto en el art. 15— algún tipo de publicidad de las sentencias referidas a consumidores y usuarios no determinados (17). Por lo demás, y en cuanto a la sustanciación de dicho mecanismo procesal, ante el silencio legal, puede utilizarse el trámite de los incidentes, máxime teniendo en cuenta que el artículo 388 de la LEC prevé dicha tramitación para las cuestiones incidentales que no tengan señalada otra por la ley (18). Respecto a los recursos que caben contra el auto poniendo fin al incidente, la omisión legal suscita un gran debate doctrinal, ya que mientras hay quien defiende que cabe recurso de reposición y luego de apelación (19), otros autores mantienen que únicamente procede reposición (20) o tan sólo apelación (21) o que solamente cabe apelación si el auto es desestimatorio, no procediendo recurso alguno si es estimatorio, sin perjuicio en este último caso de que el ejecutado pueda oponerse al auto despachando ejecución (22). Por nuestra parte, entendemos que dicho auto, en tanto tiene carácter definitivo, resulta apelable por aplicación de lo previsto en el artículo 455 de la LEC, al menos si *desestima* la pretensión del solicitante o si se le reconoce beneficiario de una cantidad menor a la interesada; si bien, a tenor del artículo 393.5 pudiera resultar discutible si procede la admisión de dicho recurso cuando su pretensión sea *estimada*, pues si así fuere y la apelación no tuviera efectos suspensivos, el consumidor o usuario podría presentar la demanda ejecutiva antes de estar resuelto el recurso, por lo que se daría una suerte de ejecución provisional con los consiguientes inconvenientes si la Audiencia Provincial revocara total o parcialmente el contenido del auto.

(17) Cfr. BUJOSA VADELL, L. M., GONZÁLEZ CANO, I., «Cuestión 73: ¿Cómo opera el plazo de caducidad de la acción ejecutiva respecto a los consumidores o usuarios indeterminados que estén interesados en el reconocimiento de la condición de beneficiarios de la condena y en instar la ejecución a su favor?», en *Encuentro de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas. Ley de Enjuiciamiento Civil. Respuestas a las cuestiones polémicas*. Coordinador: JIMÉNEZ CONDE, F. Ed. Sepín, Madrid, 2002, págs. 556, 558.

(18) Cfr. SABATER BAYLE, A., «Comentario al artículo 519», *op. cit.*, pág. 2496.

BONET NAVARRO, J., «Cuatro cuestiones generales problemáticas y omitidas en el proceso civil de ejecución», *op. cit.*, pág. 157.

DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario al artículo 519», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 898.

(19) Cfr. CARRERAS MARAÑA, J. M., «Títulos ejecutivos», en *LEC XX comentada. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000*. Vol. II. Coordinadores: MARTÍNEZ-PRADO y LOSCERTALES FUERTES, Ed. Sepín, pág. 1130.

(20) Cfr. SENÉS MOTILLA, C., «Las partes del proceso civil», en *Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 37.

(21) Cfr. SABATER BAYLE, A., «Comentario al artículo 519», *op. cit.*, pág. 2496.

(22) Cfr. BONET NAVARRO, J., «Cuatro cuestiones generales problemáticas y omitidas en el proceso civil de ejecución», *op. cit.*, pág. 158.

En lo referente a la *parte ejecutada*, el artículo 538.2, distinguiendo entre la noción de deuda y responsabilidad, contempla en sus apartados 2.º y 3.º a los que se pueden denominar «sujetos del proceso de ejecución», que se diferencian de las partes deudoras propiamente dichas en que no constan en el título ejecutivo, pero se asemejan a éstas en que contra ellas se dirige el despacho de ejecución, por lo que soportando directamente las actividades ejecutivas, y no de manera indirecta o refleja, adquieren propiamente el estatus de parte (23).

El apartado tercero del artículo 538.2 de la LEC autoriza una extensión de la responsabilidad a quienes, *sin figurar como deudores en el título ejecutivo, respondan personalmente de la deuda*, diferenciando, dos maneras de adquisición de dicha responsabilidad, legal y convencional, exigiendo respecto a esta última la constancia del afianzamiento mediante documento público, lo que supone un grado más de acreditación que el mero documento fehaciente aunque un grado menos que el documento que lleve aparejada ejecución, sin perjuicio de que esta norma, en tanto *lex generalis*, deba ceder ante lo previsto en el párrafo segundo del artículo 542 de la LEC que para despachar ejecución frente a deudores solidarios que no consten en un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial exige que figuren en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución, lo que conlleva la presentación junto con la demanda de más de un título ejecutivo. En cuanto a la responsabilidad de carácter legal, puede establecerse tanto en la propia LEC como en otro texto normativo, lo que supone tener presentes un abanico de supuestos en que opera esta responsabilidad *ex lege*.

A continuación vamos a analizar supuestos conflictivos en que las partes del proceso de ejecución no figuran ni como acreedor ni como deudor en el título ejecutivo:

A) *Sucesión de quien figura como acreedor o deudor en el título ejecutivo*

La sucesión de quien aparece en el título ejecutivo supone un desplazamiento de la legitimación y, por ende, una crisis subjetiva del proceso, al despacharse ejecución a favor o contra quien *ab initio* no ostentaba la condición de acreedor ni de deudor.

La sucesión puede acaecer tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. En cuanto a la sucesión *inter vivos* son varios los supuestos que pueden plantearse, siendo un claro exponente de ellos la absorción o fusión de una persona jurídica o bien la cesión de créditos o la novación de una obligación mediante la sustitución del deudor con el consentimiento del acreedor.

(23) Cfr. CARRERAS MARAÑA, J. M., «Títulos Ejecutivos», en *LEC XX comentada*, *op. cit.*, pág. 1190.

Respecto a la sucesión *mortis causa*, tan sólo puede producirse entre personas físicas, ya que la extinción de una sociedad no conlleva la inmediata desaparición de su personalidad mientras no se hayan agotado las relaciones jurídicas de las que fuera titular; sin embargo, el fallecimiento de una persona física ocasiona *per se* la desaparición de su personalidad civil (art. 32 del Código Civil), si bien ello no supone la extinción de sus obligaciones aunque éstas sean de carácter personalísimo, pues en este caso se concretarán en el correspondiente equivalente pecuniario. Los herederos suceden al difunto en sus derechos y en sus débitos (art. 661 del Código Civil), por lo que si la deuda está documentada en un título ejecutivo, el acreedor podrá dirigirse ejecutivamente contra los herederos del deudor aun cuando éstos no hayan intervenido en la constitución del título o no hayan sido parte en el proceso declarativo previo en caso de que el título ejecutivo sea de naturaleza judicial, pues dada su identidad jurídica con el causante ni siquiera será posible entablar contra ellos otro juicio declarativo con el mismo objeto (art. 222.3 de la LEC), sino que la sentencia de condena dictada contra el deudor fallecido devendrá directamente ejecutiva contra sus herederos. Asimismo, los herederos del acreedor pasan a ocupar la posición de éste, pudiendo instar el despacho de ejecución aun cuando no figuren en el título ejecutivo.

La condición de parte de los sucesores del deudor en el proceso de ejecución se contempla expresamente en el apartado 2.º del artículo 538 de la LEC, que inviste de tal carácter a *aquellos que sin figurar como deudores en el título ejecutivo responden personalmente de la deuda por disposición legal*.

En el caso de que aceptando la herencia sin beneficio de inventario, no concurra el cónyuge del heredero a prestar su consentimiento, a pesar de que el artículo 995 del Código Civil establece que *no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal*, una interpretación sistemática de dicho precepto con el artículo 1.373 del mismo Código obliga a deducir que en este caso no procederá el embargo directo de bienes gananciales, pero sí subsidiario cuando resultaren insuficientes los privativos, pues nada justifica que los acreedores hereditarios de un cónyuge sean de peor condición que los acreedores por deudas propias (24).

Para que se pueda despachar ejecución a favor o contra quien se considera sucesor del que aparece como acreedor o deudor en el título ejecutivo, la sucesión ha debido acontecer con anterioridad al despacho de ejecución, pero con posterioridad a la constitución del título ejecutivo, pues si se pro-

(24) Cfr. BLANQUER UBEROS, R., «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», en *AAMN*, T. XXV, 1982, pág. 131.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 110, 111.

dujera en el curso del proceso declarativo previo, los sucesores deberían figurar como tales en la sentencia, ya que si se litigó sobre un derecho ya transmitido, la sentencia dictada será ineficaz para el sucesor (25). Asimismo, si la sucesión tiene lugar *pendentem lite*, es decir, a lo largo del proceso de ejecución, se aplicarán las reglas contempladas en las disposiciones generales de la Ley (arts. 16 y 17) en aras de que los sucesores pasen a ocupar en el proceso la misma posición que la parte sucedida.

Cuando quien presente la demanda ejecutiva alegue ser sucesor del que figure como acreedor en el título ejecutivo deberá acreditar dicha condición, acompañando la documentación oportuna (testamento, declaración de herederos, escritura de fusión de sociedades, documento de cesión de créditos, etc.). Asimismo, y aunque resulte más complicado para el ejecutante —por no tener siempre a su alcance la documentación oportuna— también deberá justificar el carácter de sucesor del ejecutado en el caso de que pretenda despachar ejecución contra él. Esta acreditación documental reviste una importancia de primer orden, pues en caso de no presentarse o no considerarse suficiente por el órgano judicial, la ejecución ya no se podrá despachar *inaudita parte debitoris*, pues se habrá de oír al que se pretenda figure como ejecutado, lo que supone ponerle en sobreaviso, pues podrá aprovechar esta información privilegiada para ocultar sus bienes embargables, convirtiendo todavía en más difícil la ardua tarea de la localización de bienes del ejecutado (26). De todos modos, el legislador, haciéndose eco de lo propuesto por la doctrina (27), ha preferido sacrificar el principio *inaudita altera pars*, en aras de revestir de mayores garantías a una ejecución dirigida contra quien no figura como deudor en el título ejecutivo, por lo que en el artículo 540.3 de la LEC ha previsto la celebración de una comparecencia con carácter previo al despacho de ejecución que tiene por único objeto la mera constatación de la condición de sucesor del futuro ejecutado sin que en ningún caso pueda convertirse en un instrumento para extender la ejecución a unos sujetos cuya

(25) Cfr. BOQUERA OLIVER, V., «Los límites subjetivos de la cosa juzgada material», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y Jura de Cuentas)*, Ed. CGPJ, XXV, 1995, pág. 151.

CACHÓN VILLAR, P., «Sucesión de partes y subrogación empresarial en la ejecución de sentencias», en *La Ley*, T. 1, 1998, pág. 1991.

BODAS MARTÍN, R., «Partes de la ejecución», en *Puntos críticos en ejecución de sentencias. Recurribilidad de las Resoluciones judiciales. Especial referencia a la suplicación. Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, 1998, pág. 371.

(26) Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «La localización de bienes embargables del ejecutado», en *Diario La Ley*, 18 de diciembre de 2002.

(27) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., «Derecho Procesal Civil, III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares», *op. cit.*, pág. 181. Este autor ya con la anterior LEC y en aras de intentar solventar los problemas surgidos en estos supuestos, propuso la conveniencia de que antes de proceder al despacho de ejecución, se citara al sucesor como futuro ejecutado, al objeto de ser oído sobre los extremos relativos a la propia sucesión.

concreción como sucesores del deudor exigiría la sustanciación de un proceso independiente (28).

No obstante, ello no es óbice para que en dicha comparecencia pueda practicarse una cierta actividad probatoria, aunque la ley no lo establezca expresamente, pues el párrafo tercero del artículo 540 de la LEC se limita a prever que se oirá a «*quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor*», expresión legal que resulta desafortunada por varias razones: en primer lugar, por denominar «*ejecutado*» a quien figura como deudor en el título ejecutivo, ya que en puridad no ha adquirido —ni probablemente vaya a adquirir— dicha condición por haber transmitido su débito (29); en segundo lugar, por obviar los casos de sucesión *mortis causa*, pues difícilmente se va poder dar audiencia a un difunto y, en tercer lugar, por no contemplar expresamente los supuestos de sucesión del acreedor, lo que parece un mero olvido legal, máxime teniendo en cuenta que dicha posibilidad aparece anunciada en el propio título del artículo 540, que reza con el epígrafe: «Ejecutante y ejecutado en casos de sucesión»; por lo que *de lege ferenda* lo más oportuno sería que el precepto previera *la audiencia de quien aparezca como acreedor o como deudor en el título ejecutivo (salvo sucesión mortis causa) y de quien pudiera ser su sucesor*, sin que en principio entendamos necesario conceder audiencia al deudor sobre la sucesión del acreedor, sin perjuicio de que con posterioridad al despacho de ejecución pueda oponerse alegando la falta de legitimación del ejecutante (art. 559.1.2.º de la LEC).

Además, el precepto también silencia el recurso que cabe contra la decisión que adopte el órgano judicial; si bien, habida cuenta de que, por economía procesal, ha de entenderse que esta cuestión se resolverá en el propio auto en que se deniegue o acuerde el despacho de ejecución, procede interpretar que en el primer caso cabrá apelación precedida facultativamente de reposición (art. 552.2) y, en el segundo, no cabrá recurso alguno (art. 551.2), quedando expedita la oposición del deudor *ex* artículo 559.1 apartados 1.º y 2.º de la LEC en el plazo de diez días siguientes a la notificación del despacho de ejecución (30), ya que aunque resulta conflictiva la posibilidad de volver a discutir de nuevo sobre la sucesión del acreedor o del deudor cuando el órgano judicial ya ha resuelto *a priori* sobre el particular, a nuestro juicio nada impide una ulterior oposición del ejecutado por esta causa, pues el párrafo tercero del artículo 540 *in fine* establece que cuando el órgano

(28) Cfr. COLLADO NUÑO, M. J., «La ejecución. Introducción», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, III*, Madrid, 2001, pág. 280.

(29) Cfr. CASTRO BOBILLO, J. C., «Comentario al artículo 540», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, T. III*. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Director: LORCA NAVARRETE, A. M. Lex Nova, 2.ª ed., Valladolid, 2000, pág. 2553.

(30) Aunque la LEC no señala expresamente este plazo, se aplica por analogía con el previsto en el artículo 556 para la oposición por motivos de fondo.

judicial resuelva sobre la sucesión lo hará «a los solos efectos del despacho de la ejecución» (31).

B) *Deudores solidarios que no figuran en el título ejecutivo*

La extensión de la responsabilidad frente a deudores solidarios que no figuren como deudores en el título ejecutivo, constituye una espinosa cuestión a la que el legislador no ha otorgado un tratamiento unitario, sino que, por el contrario, ha resuelto de manera dispar otorgando diversos grados de protección que van de impedir por completo el despacho de ejecución contra los deudores solidarios que no figuren en un título ejecutivo de naturaleza judicial (art. 542.1) a admitir dicha posibilidad en los títulos extrajudiciales si la solidaridad consta en un documento con fuerza ejecutiva (art. 542.2) o incluso permitir que el acreedor se dirija contra los socios, miembros o integrantes de uniones o agrupaciones de empresas con independencia de que el título ejecutivo tenga naturaleza judicial o extrajudicial, bien directamente cuando su responsabilidad sea solidaria con la asociación (art. 543.1) o bien subsidiariamente acreditando la insolvencia de ésta (art. 543.2).

La disparidad de soluciones legales obliga a analizar la *ratio essendi* del distinto tratamiento normativo de una misma realidad material como es la solidaridad pasiva.

En primer lugar, y en el grado máximo de protección se hallan *los deudores que no figuran en la sentencia, laudo o cualquier otro título ejecutivo de naturaleza judicial* (32) obtenido frente a otros codeudores solidarios, ya que en estos casos se veda por completo la posibilidad de extender la ejecu-

(31) En el mismo sentido: cfr. SENÉS MOTILLA, C., «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», en *La Ley*, Actualidad., S. A., Madrid, 2000, pág. 70.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de declaración. Proceso de ejecución y procesos especiales*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 399.

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 4.^a ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 773. No obstante, en opinión de este profesor deberían precluir los motivos de oposición que el deudor no hubiera hecho valer en la comparecencia del artículo 540.

En contra: SABATER MARTÍN, A., «Comentario al artículo 540», en *Comentarios a la Nueva LEC*. Coordinadores: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F., T. II. Iurgium Editores atelier, Barcelona, 2000, pág. 2607.

COLLADO NUÑO, M. J., «La ejecución. Introducción», *op. cit.*, pág. 280.

(32) Resulta reprochable la vaguedad de los términos legales del artículo 542.1 de la LEC, ya que no queda claro si en la expresión «otros títulos ejecutivos judiciales» puede subsumirse la conciliación, pues en estos casos, al igual que cuando decide un árbitro, pudiera resultar impreciso que el tenor del precepto se refiera a los deudores que no hubieren sido parte *en el proceso*, siendo que, en puridad, no hay proceso cuando decide un árbitro o cuando media una conciliación previa (cfr. RÍOS SALMERÓN, B., «Ejecución forzosa: ejecución dineraria y no dineraria», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de la LEC*, Murcia, 1997, pág. 467).

ción contra quienes no figuren en el título ejecutivo, lo que obedece, sin duda, a que el legislador se ha hecho eco de la opinión dominante entre la doctrina (33) que siendo fiel al principio *nemo condemnatur sine auditur*, aun con la anterior LEC defendía este criterio efectuando una interpretación un tanto *contra legem* del artículo 1252.3 del Código Civil (hoy derogado por la Disposición Derogatoria única 2.1.º de la LEC) que prescribía la existencia de identidad jurídica, a efectos de cosa juzgada, ente los deudores unidos por vínculos de solidaridad. No obstante, la solución positivizada por la vigente LEC, aun siendo sumamente garantista para el deudor, no desampara los intereses del ejecutante en el caso de que resulte insolvente el codeudor demandado, ya que al no operar la eficacia negativa de la cosa juzgada (34),

(33) Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Comentario al artículo 1.252», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por ALBALADEJO, T. XVI. Vol. 2, Ed. Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 1981, pág. 693.

ALAMILLO SANZ, F. J., «La solidaridad de deudores y el litisconsorcio necesario», en *La Ley*, T. II, 1984, pág. 1090.

CARRERAS DEL RINCÓN, J., *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 170.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada. Civil, contencioso-administrativo y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pág. 51 y sigs.

BOQUERA OLIVER, V., «Los límites subjetivos de la cosa juzgada material», *op. cit.*, pág. 154.

ARIAS LOZANO, D., *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1994, págs. 81, 82.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil, I. Introducción al Derecho Procesal. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1995, pág. 571.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 320.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Partes y terceros en el proceso civil. Perspectiva jurisprudencial y práctica*, Ed. Colex, 1997, pág. 502.

En contra:

MORÓN PALOMINO, M., «El proceso civil y la tutela de los terceros», en *RDPr*, 1965, pág. 152.

SOLCHAGA LOITEGUI, J., «El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles», *op. cit.*, págs. 129, 130.

En el mismo sentido se pronunció desafortunadamente la criticable STC 22/1984, de 17 de febrero.

(34) Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales», *op. cit.*, pág. 694.

CARRERAS DEL RINCÓN, J., «La solidaridad de las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 97.

FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., «La oposición a la ejecución», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 217.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., «Derecho Procesal Civil, I. Introducción», *op. cit.*, pág. 571.

BOQUERA OLIVER, V., «Los límites subjetivos de la cosa juzgada material», *op. cit.*, pág. 152.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Partes y terceros en el proceso civil. Perspectiva jurisprudencial y práctica», *op. cit.*, pág. 502.

no se excluye la posibilidad de iniciar un ulterior proceso contra los demás codeudores solidarios en aras de obtener contra ellos un nuevo título ejecutivo (35), pues aun operando en este segundo proceso la eficacia positiva de la cosa juzgada (lo que supone que el órgano judicial debe atenerse a las cuestiones ya decididas por sentencia firme en el caso de que formen parte de su *thema decidendi*), los codeudores demandados podrán alegar aquellas excepciones «*puramente personales*» que el anterior deudor solidario demandado no pudo en modo alguno alegar o aquellas excepciones que por ser «*personales*» tan sólo pudieron ser opuestas en aquella parte de la deuda de la que era responsable el deudor no demandado, pero no por el total, como ahora las puede alegar el titular de las mismas (36).

En segundo lugar, y en un grado medio de protección, se encuentran los deudores solidarios que figuran en un *título ejecutivo de carácter extrajudicial*, ya que el legislador en el párrafo segundo del artículo 542 de la LEC, aun permitiendo despachar ejecución contra el codeudor que no figure en el título ejecutivo, establece como requisito *sine qua non* la presentación de otro documento que, llevando aparejada ejecución, acredite la solidaridad de la

(35) No obstante, la doctrina no se muestra pacífica acerca de la procedencia de plantear un segundo proceso frente a otro deudor solidario antes de que una sentencia firme haya puesto fin al primero.

A favor de que el acreedor que ha entablado un proceso frente a uno de los deudores solidarios pueda plantear sucesivos procesos contra los otros deudores solidarios antes de que una sentencia firme haya puesto fin al primer proceso se pronuncian:

CARRERAS DEL RINCÓN, J., «La solidaridad de las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 100.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato*, revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 38.

En contra:

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., «Derecho Procesal Civil, I. Introducción», *op. cit.*, pág. 572.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*. Parte primera, 2.^a ed., Ley 1/2000, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 108.

(36) A estos efectos procede diferenciar las excepciones personales de las puramente personales, ya que mientras que de las primeras pueden servirse los codeudores por la parte de deuda de la que sea responsable el deudor al que pertenecen, las segundas no pueden ser utilizadas por los codeudores en modo alguno (cfr. CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1980, pág. 51 y sigs.).

Sin embargo, la diferencia entre ambos tipos de excepciones en ocasiones se torna complicada; así, y sin perjuicio de lo que en un principio pudiera parecer, la doctrina viene considerando con base en lo dispuesto en el artículo 1.853 en relación con el artículo 1.197 del Código Civil, que la compensación no puede ser considerada una excepción puramente personal. Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., «Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones. Vol. I. Parte General. Teoría General del Contrato», *op. cit.*, pág. 41.

obligación, con lo que dicho precepto viene a integrar el apartado 1.º del artículo 549.1 de la LEC, pues para despachar ejecución exige la presentación de más de un título ejecutivo.

En tercer lugar, y en un grado mínimo de protección se hallan los *socios, miembros o integrantes de uniones y agrupaciones de diferentes empresas o entidades*, pues el legislador, sacrificando el principio *nulla executio sine titulo* permite despachar ejecución contra ellos, aun cuando no figuren en el título ejecutivo y con independencia de que éste sea de naturaleza judicial o extrajudicial (art. 543) (37). No obstante, los requisitos exigidos para despachar ejecución contra los miembros de esta clase de asociaciones o entidades, no siempre son los mismos, por lo que el acreedor deberá atender a los acuerdos internos y a las leyes sustantivas que las regulan:

Así, cuando ha contratado con una *Unión Temporal de Empresas* puede dirigir *directamente* la ejecución frente a sus miembros sin necesidad de previa excusión del haber social, ya que su ley reguladora de 26 de mayo de 1982 concibe a estas uniones como entidades sin personalidad jurídica (38) cuyo objetivo es la colaboración entre empresarios por tiempo cierto para el desarrollo de una obra, servicio o suministro (art. 7), respondiendo sus miembros frente a terceros de forma solidaria e ilimitada (art. 8), por lo que el acreedor podrá dirigirse contra ellos sin necesidad de acreditar que han actuado en nombre de la entidad, pues no son éstos los que actúan en el tráfico jurídico en nombre de la misma sino el gerente único, el cual cuenta con poderes sufi-

(37) Cfr. MORENO CATENA, V., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. T. IV. La ejecución forzosa. Practica jurídica*. Coordinadores: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 49. Para este profesor resulta comprensible que en estos casos la regulación difiera del esquema normal de las obligaciones solidarias al tratarse de una unión de personas jurídicas con lazos estables que, de algún modo, han podido o debido conocer la existencia del proceso de declaración dirigido contra la Unión o Agrupación, por lo que dicho autor entiende que no procede apreciar indefensión de sus miembros.

Por nuestra parte, no compartimos por completo dichas opiniones doctrinales, pues la máxima de la experiencia nos demuestra que en la mayoría de las obligaciones solidarias cuando el acreedor interpone una demanda de juicio declarativo frente a uno de los deudores solidarios, también los demás adquieren conocimiento de dicha reclamación judicial y aun así el artículo 542.1 de la LEC prescribe la imposibilidad de ejecutar contra ellos la sentencia de condena recaída, sin que a ello sea óbice la facultad que tuvieron dichos codeudores de defender sus intereses en dicho juicio personándose como intervinientes.

(38) Las UTEs no ostentan personalidad jurídica aunque presentan ciertas notas que las dotan de cierta personificación, cuales son la exigencia de una denominación, el nombramiento de un gerente que debe actuar necesariamente en nombre de los socios o su capacidad procesal (cfr. CURTO POLO, M., «Uniones temporales de empresarios. Responsabilidad solidaria de todos los empresarios integrantes de la unión. Obligación de operar a través de un gerente. Poderes del gerente de la UTE para vincular a los empresarios integrantes de la misma», en *CCJC*, septiembre-diciembre de 2005, pág. 1027.

cientes para ejercitar derechos y contraer obligaciones, flexibilizándose las exigencias previstas con carácter general en el artículo 542 respecto a los deudores solidarios, lo que se justifica por la necesidad de proteger a quien contrate con estas Uniones, pues en otro caso la mera razón de figurar en el título ejecutivo con distinta denominación que las empresas agrupadas les serviría para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que para despachar ejecución contra sus miembros bastará con acreditar su condición de tales, no siendo necesario probar tan siquiera la insolvencia de la Unión, a diferencia de lo que ocurre con las *Agrupaciones de Interés Económico* que conforme al artículo 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, son entidades que gozan de personalidad jurídica y cuyos socios —al igual que se establece para las sociedades colectivas en los arts. 127 y 237 del Código de Comercio (39)— responden personal y solidariamente por las deudas de la sociedad previa excusión del haber social (art. 5), lo que supone una exigencia añadida para el acreedor que pretenda iniciar la ejecución contra los mismos, ya que al ser su responsabilidad subsidiaria respecto de la asociación (40), deberá acreditar la insolvencia de la misma, aunque una vez acreditada ésta, dado que la responsabilidad entre los socios es solidaria, el ejecutante podrá despachar ejecución frente a cualquiera de ellos o contra todos conjuntamente en virtud del *ius variandi* que le brinda el artículo 1.144 del Código Civil, sin perjuicio de que quien responda de la deuda pueda repetir frente a los demás para reintegrarse de lo pagado según la proporción que les corresponda de acuerdo con la escritura social o, en su caso, por partes iguales.

No obstante, las exigencias para el acreedor serán distintas en el caso de que haya contratado con *Agrupaciones Europeas de Interés Económico* reguladas en el Reglamento del Consejo 2137/1985, de 25 de julio (así como por la Ley 12/1991, si tienen su domicilio en España en aquellos puntos que el Reglamento comunitario remita o habilite a la legislación interna), ya que junto con la demanda ejecutiva deberá acreditar no tanto la insolvencia de la Agrupación cuanto el requerimiento infructuoso de pago a la misma, pues, de conformidad con el artículo 24 del citado Reglamento, sus miembros responden solidaria e indefinidamente de las deudas de cualquier clase de la agru-

(39) La responsabilidad subsidiaria de los socios colectivos, sean o no gestores, frente a terceros por las deudas de la sociedad, contractuales o de carácter extracontractual, es de derecho necesario aunque sean socios industriales y no puede suprimirse por medio de un pacto estatutario, si bien se admitirán cláusulas que agraven esta responsabilidad como las relativas a renunciar al beneficio de excusión (cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 25.^a ed., revisada con la colaboración de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., Ed. McGraw Hill, Madrid, 2003, págs. 271 y 272).

(40) En realidad, los miembros de estas Agrupaciones vienen a ser fiadores simples con beneficio de excusión, aunque entre sí responden solidariamente (cfr. CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Ed. Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002, pág. 115).

pación después de haber reclamado el pago a ésta si el mismo no se hubiera efectuado en un plazo suficiente (41).

C) *Integrantes de entidades sin personalidad jurídica*

El artículo 544 de la LEC faculta al acreedor a despachar ejecución contra quienes, *no figurando en el título ejecutivo, sean socios, miembros o gestores de entidades sin personalidad jurídica y hayan actuado en el tráfico jurídico en su nombre*. La especial tutela que ofrece dicho precepto al ejecutante tiene su razón de ser en la necesidad de proteger a quienes contratan en el tráfico jurídico con unas entidades que no por carecer de personalidad jurídica son una mera entequeia.

No obstante, una correcta exégesis del citado precepto obliga a matizar sus términos legales, pues aunque el legislador tan sólo excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las Comunidades en régimen de propiedad horizontal (art. 544.2) y tácitamente a las Uniones Temporales de Empresas (art. 543.1 *a sensu contrario*), no por ello todas las demás entidades sin personalidad jurídica han de entenderse subsumidas en el mismo, sino sólo las que se mueven en el tráfico jurídico con dinamismo y habitualidad, como las sociedades irregulares o en constitución, así como la herencia yacente, siempre que las deudas hayan sido contraídas por la propia herencia y no por el causante (42). Asimismo, y aunque el citado artículo no las mencione expresamente (al referirse sólo a las *entidades sin personalidad jurídica*), han de incluirse dentro de su ámbito de aplicación las *uniones sin personalidad*, es decir, las asociaciones ocasionales de personas para un fin determinado, ya que la doctrina (43) viene entendiendo que entre ellas y las sociedades irregulares existen grandes analogías.

El artículo 544 ampara sobremanera los intereses del acreedor, pero en contrapartida también le impone ciertas exigencias, ya que le obliga a acreditar cumplidamente que el ejecutado reúne la condición de socio, miembro o gestor de la entidad sin personalidad y que ha actuado ante terceros en nombre de ésta, lo que no siempre resulta tarea fácil, por lo que, merced a la analogía con lo dispuesto en los artículos 519 y 540 de la LEC, pudiera

(41) Cfr. RAMILO RODRÍGUEZ, I. R., «Comentario al artículo 543», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Director: LORCA NAVARRETE, A. M., Ed. Lex Nova, 2.ª ed., Valladolid, 2000, págs. 2615 y 2616.

(42) Cfr. RAMILO RODRÍGUEZ, I. R., «Comentario al artículo 544», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 2636.

(43) Cfr. GARNICA MARTÍN, J. F., «Las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas», en *Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*. CGPJ. Generalitat de Catalunya. Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, julio de 2003, pág. 27.

resultar acertada la sustanciación de un incidente previo al despacho de ejecución para acreditar dichos extremos (44). No obstante, cuando se trate de ejecutar una sentencia de condena, el cumplimiento de dichas exigencias resultará más sencillo, dado que en el caso de que el juicio declarativo previo se haya dirigido contra una sociedad irregular, habrá comparecido por ella quien actúe en nombre de la misma frente a terceros (art. 7.7 de la LEC) o en el caso de la herencia yacente quien la administre (art. 7.5), por lo que contra ellos se podrá dirigir la ejecución.

VI. TITULARES DE BIENES AFECTOS A LA EJECUCIÓN: «LAS CUASIPARTES»

El apartado tercero del artículo 538.2 de la LEC concede el estatus de parte a quien, *sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede*, siempre que la afectación derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente, lo que permite dirigir la demanda ejecutiva contra un tercer poseedor de bienes hipotecados, un hipotecante no deudor (art. 685.1 de la LEC) o contra el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal que responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de las que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año inmediatamente anterior [art. 9.1.e) de la LPH] (45). No obstante, en este último caso si la reclamación se sustancia —como es habitual— por un juicio monitorio (arts. 21 de la LPH y 812 y sigs. de la LEC), en tanto que en este proceso el auto despachando ejecución reúne además el carácter de título ejecutivo, no se produce pro-

(44) Cfr. CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 117.

SALGADO CARRERO, C., «Los títulos ejecutivos: la sentencia y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La ejecución en general: Las partes de la ejecución y el Tribunal competente», en *La ejecución. Los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de derecho Judicial*, 31, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 54.

MARÍN MADRAZO, M. J., «Las partes y la intervención de terceros», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, II, Madrid, 2001, pág. 74.

(45) El vigente artículo 9.1.e) de la LPH ha venido a solventar la interpretación del artículo 9.5 de la LPH en su redacción anterior a la reforma acaecida por la Ley de 6 de abril de 1999, el cual establecía la afectación real del piso por «gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente», por lo que resultaba conflictivo si el *dies a quo* para el cómputo de dicha anualidad corriente era la fecha de adquisición del bien o la de interposición de la demanda, resultando loable que el legislador haya puesto fin a dicha imprecisión legal, dejando claro en el vigente artículo 9.1.e) que el inmueble responde hasta el límite de los gastos imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural anterior.

piamente un despacho de ejecución frente a quien no figura en el título ejecutivo sino más bien contra quien no ostenta el carácter de deudor en la relación jurídico material al no reunir la condición de propietario del inmueble en el momento en que se emitió el recibo, pues aun cuando al estipular el negocio de compraventa del piso o local las partes hubieran pactado que el comprador se hiciera cargo de todas las deudas pendientes por gastos comunitarios, si dicho pacto se realizó sin el consentimiento de la comunidad de propietarios, en modo alguno se puede considerar un supuesto de asunción de deuda (art. 1.205 del Código Civil) (46) y, por lo tanto, no extinguirá la responsabilidad del anterior propietario (47) que seguirá asumiendo la condición de deudor sin perjuicio de que *ope legis* sea también responsable el nuevo adquirente por responder el inmueble de las cantidades adeudadas a la comunidad que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y el año inmediatamente anterior (48).

La posición que ostentan en el proceso de ejecución los *titulares de bienes afectos al pago de la deuda contra los que se dirige el despacho de ejecución*, no plantea especiales problemas al reunir *stricto sensu* la condición de parte y gozar, por consiguiente, de todos sus derechos, debiendo soportar también sus cargas y obligaciones.

Por el contrario, la cuestión se torna más complicada respecto a la consideración que debe otorgarse a aquéllos *contra los que no se despacha ejecución, pero que son titulares de bienes afectos al cumplimiento de la obligación por la que se procede*, ya que aun no ostentando propiamente la posición de parte, por no dirigirse contra ellos la demanda ejecutiva, tienen reconocida *ex lege* por el artículo 538.3 de la LEC la facultad de utilizar los mismos medios de defensa que el ejecutado, por lo que en puridad tampoco se les puede considerar terceros en el proceso de ejecución, de ahí que nos

(46) Cfr. *Encuesta Jurídica de la Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 199-B, enero de 2000, pág. 4 y sigs.

(47) SAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 14 de febrero de 2003.

(48) A estos efectos, y en aras de proteger los intereses del adquirente del inmueble, el apartado e) *in fine* del artículo 9.1 de la LPH prevé que *en el instrumento público mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local, el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales comunitarios o expresar los que adeude*, debiendo aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad, coincidente con su declaración, y ello aun cuando dichas deudas correspondan a un período de tiempo distinto a la anualidad en curso o a la anterior.

De todos modos, no siempre quedan salvaguardados los intereses del adquirente, pues el citado precepto obvia los supuestos en que el inmueble se enajene en pública subasta, resultando asimismo cuestionable que la obligación de acreditar el estado de deudas sea aplicable cuando el inmueble se enajene en documento privado (cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «Cuestiones prácticas sobre la reclamación de deudas a copropietarios morosos en las comunidades en régimen de propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 684, julio-agosto de 2004, págs. 1883 y sigs.).

atrebamos a catalogarlos como un *tertium genus* con identidad propia, pues, por un lado, para la salvaguarda del bien afecto a la ejecución cuya titularidad ostentan pueden utilizar los mecanismos de impugnación a favor de las partes, pero, por otro lado, si resultare embargado otro bien de su patrimonio estimando erróneamente que pertenece al ejecutado, tendrán legitimación para interponer una tercería de dominio. La LEC no especifica los sujetos que pueden subsumirse en este párrafo tercero del artículo 538, si bien pueden considerarse incluidos dentro de su ámbito de aplicación el tercer poseedor de bienes embargados, así como el cónyuge del ejecutado cuando su régimen matrimonial sea el de gananciales.

1. CÓNYUGE DEL EJECUTADO

La ejecución contra una persona casada bajo el régimen de gananciales o régimen similar de comunidad de bienes previsto en las compilaciones forales, suscita un problema añadido en el proceso ejecutivo que no se plantea en los casos en que el régimen matrimonial sea otro o cuando el deudor conviva *more uxorio*. El artículo 541 de la LEC ha pretendido, sin demasiado éxito a nuestro modo de ver, dar respuesta a esta espinosa cuestión, constituyendo en el terreno procesal un *alter ego* de lo previsto en la legislación sustantiva en el artículo 1.373 del Código Civil.

En relación al tema que nos ocupa, y a pesar de que algún autor (49) había propuesto la introducción en el ordenamiento procesal del sujeto matrimonio a modo de sujeto demandable, el artículo 541.1 de la LEC ha establecido, con una claridad meridiana, la imposibilidad de que la sociedad de gananciales ostente el carácter de parte en el proceso de ejecución, al no poderse despachar ejecución contra ella, lo que plantea el problema de que existiendo tres patrimonios susceptibles de ser responsables (el ganancial y el privativo de cada cónyuge) sólo existen dos personas a las que poder demandar. De hecho, aun siendo el débito responsabilidad de la sociedad de gananciales tampoco resulta necesario demandar a ambos cónyuges, sino que basta con dirigir la demanda frente a uno de ellos si sólo éste figura en el título ejecutivo, pues aunque dicha cuestión no siempre ha sido pacífica, el legislador ha optado con acierto por adoptar este criterio en el artículo 541.2, reproduciendo lo que el artículo 144.1 del RH vino a disponer tras la reforma de 4 de septiembre de 1998, en que se acató la tesis defendida por la DGRN (50) y por la mayoría

(49) Cfr. CASADO COCA, P., «La interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario en relación con la ejecución de bienes gananciales», en *La Ley*, T. I, 1984, pág. 1174.

(50) Resolución de 28 de marzo de 1983 (RAJ 1662) seguida por la de 15 de abril de 1983 (2266) y la de 27 de mayo de 1986 (RAJ 3045), entre otras.

de la doctrina (51) que habían efectuado una interpretación un tanto *contra legem* de lo establecido en el hoy reformado artículo 144.1 del RH, que exigía en estos casos la demanda conjunta frente a ambos cónyuges.

De todos modos, el cónyuge del ejecutado no ostenta una posición de *tercero* en el proceso por el mero hecho de no figurar como ejecutado en el auto despachando ejecución, pues comparte con el deudor la titularidad de los bienes gananciales, los cuales responden de la obligación directamente (en el caso de que la deuda sea ganancial) o subsidiariamente (en el supuesto de que la deuda sea privativa de su consorte), por lo que será necesario notificarle el embargo de bienes comunes, dándole traslado de copia de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución (52).

No obstante, dicha comunicación no le inviste *per se* del carácter de *parte* en la ejecución, si bien le otorga derechos propios de éstas, pudiendo servirse

(51) Cfr. RIFÁ SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1983, pág. 188.

CASADO COCA, P., «La interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario en relación con la ejecución de bienes gananciales», *op. cit.*, pág. 1173.

CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986», en *CCJC*, septiembre-diciembre de 1986, pág. 4014.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 188.

VA AIGUAVIVA, M., «La ejecución de sentencias civiles en el Registro de la Propiedad», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 463.

FERNÁNDEZ VILLA, J., «El pasivo de la sociedad de gananciales en torno al artículo 1.369 del Código Civil», en *ADC*, T. XLVI. Fasc. II, abril-junio de 1993, Ed. Ministerio de Justicia, pág. 741.

A nuestro juicio, tal y como defendimos en su día, la cuestión estaba mal planteada de principio, no siendo necesario en estos casos efectuar una interpretación *contra legem* del tenor literal del párrafo primero del artículo 144.1 (que exigía demandar a ambos cónyuges para anotar el embargo sobre bienes comunes en caso de *deudas gananciales* contraídas por un cónyuge), pues no era este párrafo el que procedía aplicar, sino el párrafo segundo del artículo 144.1 (que, relativo a *deudas privativas*, estimaba suficiente para el embargo de bienes gananciales que se notificara la traba al otro cónyuge), pues si en el título ejecutivo tan sólo aparece como deudor uno de los cónyuges en principio y *ad extra* la deuda no puede reputarse ganancial sino privativa de éste aunque *ad intra*, es decir, en las relaciones internas entre los cónyuges, sea ganancial (cfr. ACHÓN BRUNÉN, M. J., «Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994, *RAJ* 2946)», en *ADC*, T. XLIX, enero-marzo, Fasc. I, 1996, pág. 436).

(52) En el caso de que la deuda sea privativa de uno de los cónyuges, el párrafo tercero del artículo 541 de la LEC tan sólo prevé la notificación a su consorte del embargo de gananciales, si bien resulta oportuno notificarle también el auto despachando ejecución con traslado de la demanda ejecutiva al igual que cuando la deuda es responsabilidad de la sociedad de gananciales (cfr. RIVAS TORRALBA, R., «Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *BCRE*, núm. 61 (2.ª época), junio de 2000, pág. 1196. CRESPI FERRER, L., «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 20, julio de 2003, Lex Nova, pág. 39).

de los medios de impugnación que la ley brinda al ejecutado, aunque sólo para la defensa del acervo ganancial, pues para la salvaguarda de sus propios bienes estimamos que deberá utilizar los mecanismos de defensa a favor de los terceros, por lo que si en el proceso de ejecución seguido por deudas propias de su cónyuge resultaran embargados sus bienes privativos bajo la errónea convicción de que son gananciales o privativos de su consorte, ostentará legitimación para la interposición de una tercería de dominio, sin perjuicio de que en modo alguno pueda servirse de dicha tercería para interesar el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes gananciales como ha venido defendiendo el Tribunal Supremo en una redundante línea jurisprudencial (53).

El cónyuge del deudor para la defensa de los bienes gananciales podrá utilizar los mismos mecanismos de oposición que el ejecutado aunque el *dies a quo* para hacerlos valer será distinto, pues no se contará desde la notificación del auto despachando ejecución, como para el ejecutado, sino desde la notificación del embargo, por lo que en los diez días siguientes podrá oponerse por *motivos de fondo* en virtud de las causas contempladas en los artículos 556 y 557 de la LEC, sin perjuicio de que le esté vedado compensar un crédito propio con otro del ejecutante, pues el artículo 1.195 del Código Civil exige para que exista compensación que dos personas sean recíprocamente acreedoras la una de la otra.

Asimismo, podrá oponerse por *defectos procesales* (art. 559 de la LEC) aunque en modo alguno podrá alegar su falta de legitimación pasiva si habiéndole notificado el embargo de bienes no reúne la condición de cónyuge del ejecutado o no rige en su matrimonio el régimen de gananciales, ya que en este

(53) SSTS de 1 de agosto de 1922, 23 de enero de 1958 (RAJ 545), 4 de diciembre de 1958 (RAJ 4036), 27 de febrero de 1960 (RAJ 937), 2 de julio de 1984 (RAJ 3788), 26 de enero de 1985 (RAJ 300), 26 de septiembre de 1986 (RAJ 4790), 20 de febrero de 1987 (RAJ 701), 29 de diciembre de 1987 (RAJ 9656), 13 de julio de 1988 (RAJ 5992), 26 de septiembre de 1988 (RAJ 6859), 19 de julio de 1989 (RAJ 5727), 6 de junio de 1990 (RAJ 4740), 12 de junio de 1990 (RAJ 4754), 4 de marzo de 1994 (RAJ 1652), 29 de abril de 1994 (RAJ 2946), 8 de julio de 1997 (RAJ 5576), 25 de septiembre de 1999 (RAJ 7274), 8 de febrero de 2001 (RAJ 1167), 31 de mayo de 2002 (RAJ 4581) y 17 de junio de 2003 (RAJ 5644), 15 de junio de 2005 (RAJ 4282), 15 de julio de 2005 (RAJ 9237).

El TS se basaba para desestimar las tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge no deudor en que *durante el matrimonio la sociedad de gananciales no da nacimiento a una copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil al faltar por completo el concepto de parte proporcional característica de la comunidad de tipo romano, pues antes de la disolución y liquidación de la sociedad cada cónyuge no ostenta sino un derecho expectante que no le legitima para entablar una tercería de dominio, no teniendo la cualidad de tercero que resulta esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción y además tampoco ostenta la propiedad exclusiva de los bienes en litigio*. Sobre la crítica de la argumentación esgrimida por nuestro Alto Tribunal sobre esta cuestión, cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994, RAJ 2946)», *op. cit.*, pág. 429 y sigs.

caso le bastará con mantener una posición pasiva o, en su caso, podrá servirse de los medios de impugnación a favor de los terceros, pero no de los que prevé el artículo 541 que tan sólo resultan aplicables bajo el régimen de gananciales u otros regímenes semejantes previstos en las legislaciones forales.

Por lo demás, en virtud de lo establecido en los artículos 562 y 563 de la LEC, el cónyuge del ejecutado también podrá impugnar *infracciones legales* acontecidas en el curso de la ejecución (por medio del recurso de reposición, de apelación en su caso o por escrito dirigido al Juzgado) o *actos contradictorios con el título ejecutivo* (por medio del recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación), siempre y cuando afecten a los bienes gananciales embargados, y ello aun cuando dichas infracciones hayan acaecido en resoluciones irrecurribles como el propio auto despachando ejecución o en una providencia de mejora de embargo, pues a nuestro juicio los artículos 562 y 563 han de reputarse *lex specialis* de aplicación preferente a los artículos 551.2 y 612. Asimismo, los referidos artículos 562 y 563 también resultan de aplicación prioritaria respecto del artículo 454 de la LEC, pues, sin perjuicio de lo establecido en este precepto, contra el auto resolutorio del recurso de reposición no siempre queda vedado un ulterior recurso de apelación.

La posibilidad de utilizar los mismos medios de impugnación que el ejecutado para la defensa de los bienes comunes, resulta operante tanto sea la deuda ganancial como privativa de su consorte, aunque en este último caso algún autor muestra su discrepancia (54), opinión que aunque en principio no suscribimos, estimamos que debe ser objeto de matización, ya que resulta lógico pensar que en el caso de deudas propias de su consorte, el cónyuge no deudor tan sólo podrá actuar en defensa de los bienes gananciales cuando consienta el embargo de los mismos, pero no cuando se oponga sirviéndose del instrumento de defensa específico que la ley pone a su alcance de interesar la disolución de la sociedad conyugal con objeto de que, una vez liquidada, se sustituya la traba de bienes comunes por la parte que le corresponda al cónyuge deudor en la sociedad de gananciales (arts. 541.3 de la LEC y 1373.1 *in fine* del Código Civil).

(54) Cfr. BENAVENTE MOREDA, P., «La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, año LXXVII, núm. 657. Conmemorativo del 75.º aniversario de la fundación de la Revista, 1925-1931, pág. 802. Para esta autora, cuando la deuda es privativa no resulta procedente dotar al cónyuge no deudor de los mismos recursos y medios de impugnación de que se puede servir el ejecutado.

Distinta opinión sostiene: SENÉS MOTILLA, C., «Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa», *op. cit.*, págs. 130, 133. Esta profesora estima que cuando el ejecutante consiga probar la responsabilidad de la sociedad de gananciales por una deuda contraída por un cónyuge o bien cuando siendo la deuda privativa de un consorte el otro consienta el embargo sobre los bienes gananciales, está plenamente justificada la actuación procesal del no deudor en defensa de la sociedad común.

La *disolución de la sociedad conyugal* es otro modo de defensa del cónyuge no deudor que sólo puede instar en el caso de que la deuda sea privativa del ejecutado, pero no cuando se reputa responsabilidad del acervo común, a menos que previamente se haya opuesto a su carácter ganancial y el acreedor no haya podido desvirtuar sus alegaciones, pues dada la inexistencia en nuestro ordenamiento civil de una presunción de ganancialidad pasiva, similar a la de ganancialidad activa del artículo 1.361 del Código Civil (55), el legislador, secundando el criterio defendido por la propia DGRN (56) y por parte de la doctrina (57), ha establecido en el párrafo segundo del artículo 541 de

(55) STS de 22 de febrero de 2000 (RAJ 1339): «El artículo 1.361, en relación al 1.316 del Código Civil, consagra la presunción ganancial, que goza de acreditada tradición en nuestro Derecho —Ley 203 de Estilo y Novísima Recopilación— habiendo declarado la jurisprudencia que procede prueba en contrario al tratarse de presunción *iuris tantum*».

En similares términos: STS de 26 de febrero de 2000 (RAJ 1019).

Asimismo, la inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva es aceptada casi unánimemente por la doctrina, aunque algún autor se muestra en contra: cfr. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., «La ganancialidad pasiva», en *RDN*, núm. 117-118, 1982, pág. 20, y en «Los límites de responsabilidad ganancial», en *AASN*, Madrid, 1989, pág. 162.

(56) La doctrina de la DGRN ha venido propugnando que no se presume que las deudas contraídas por un cónyuge sean además de la sociedad de gananciales, por ser esta tesis la más acorde con el principio de que las obligaciones de una persona no afectan a otra en virtud del principio general de libertad y de las reglas de responsabilidad (art. 1.911 del Código Civil). Además, también es lo más conforme con lo establecido en el artículo 1.375 del Código Civil, según el cual la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde a ambos cónyuges; siendo asimismo lo más coherente con el criterio legal sobre presunciones, conforme al cual no hay presunción legal si la Ley no la establece; por lo que, a efectos registrales, ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste en el mandamiento dirigido al Registrador de la Propiedad que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen como objeto la reclamación de una deuda que es, además, de la sociedad conyugal. En consecuencia, y con independencia del carácter de la deuda en las relaciones internas, el Registrador, en perfecta coherencia con los principios hipotecarios de tracto sucesivo y de legitimación, ha de considerar que *ad extra* toda deuda contraída por un cónyuge es privativa mientras no se demuestre lo contrario [cfr. entre otras: RRDGRN de 24 de septiembre de 1987 (RAJ 6572), 28 de octubre de 1987 (RAJ 7664), 18 de marzo de 1988 (RAJ 2560), 4 de junio de 1991 (RAJ 4518)].

(57) Cfr. TORRALBA SORIANO, V., *De la sociedad de gananciales. Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1750.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge», *op. cit.*, pág. 35, y en «Comentario a la STS de 20 de febrero de 1987», núm. 13, *CCJC*, enero-marzo de 1987, pág. 4399.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Ed. Lex Nova, S. A., Valladolid, 1991, pág. 433.

SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 112.

BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 474.

ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, Ed. Institución «Fernando El Católico», 1996, pág. 21, y en «Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (comentario a la senten-

la LEC, que la carga de la prueba del carácter ganancial de la deuda recae sobre el acreedor, sin perjuicio de que dicho carácter en modo alguno pueda ser objeto de debate en el proceso de ejecución si en el juicio declarativo previo quedó fijada la naturaleza del débito, por operar la cosa juzgada.

En suma, procede concluir que el cónyuge del ejecutado ostenta en el proceso de ejecución una posición híbrida que podemos catalogar de «cuasi-parte», pues, por un lado, para la defensa de los bienes gananciales puede servirse de los mismos mecanismos de impugnación que el deudor y, por otro lado, para la salvaguarda de sus bienes privativos embargados erróneamente podrá utilizar los medios de defensa a favor de los terceros (tercería de dominio). Además, su peculiar posición, dentro del proceso de ejecución, le permite incluso servirse de unos mecanismos propios de defensa que el legislador brinda únicamente al cónyuge del deudor, por lo que en el caso de que la deuda se reputa responsabilidad del acervo común podrá oponerse alegando su falta de naturaleza ganancial y en el supuesto de que el débito sea privativo de su consorte y resulten embargados bienes gananciales podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal.

2. TERCER POSEEDOR DE BIENES EMBARGADOS

Tercer poseedor de bienes embargados es aquella persona que antes de la adjudicación o venta forzosa y después de la anotación preventiva de embargo adquiere la propiedad de un inmueble embargado o solamente el usufructo o dominio útil, o bien la nuda propiedad o dominio directo (art. 662 de la LEC), por lo que dejando a salvo el caso en que el proceso de ejecución traiga causa de un juicio declarativo en que se haya acordado como medida cautelar el embargo preventivo del inmueble, en el proceso de ejecución ordinario —a diferencia de hipotecario— la demanda ejecutiva difícilmente se va a poder dirigir, además de contra el deudor, contra el tercer poseedor.

Dicha eventualidad, en principio conlleva que dicho tercer poseedor no puede ostentar en el proceso de ejecución el carácter de parte, sin embargo tampoco se le puede conceptuar como un tercero *stricto sensu*, pues, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 538.3 de la LEC, puede utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado, lo que, *mutatis mutandis*, le sitúa en el proceso de ejecución en una posición cercana a las partes, máxime teniendo en cuenta que podrá intervenir en las actividades ejecutivas que afecten a sus intereses (58).

cia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994, *RAJ 2946*)», *op. cit.*, pág. 435.

(58) El tercer poseedor tiene derecho a que se le exhiban los autos entendiéndose con él las ulteriores actuaciones (art. 662.1), a prestar su consentimiento para que se apruebe

De todos modos, dicha afirmación debe ser objeto de matización, pues el párrafo tercero del artículo 538 de la LEC ha de ser objeto de una interpre-

el convenio de realización (art. 640.3), a ser convocado a la comparecencia para decidir la enajenación del inmueble por persona o entidad especializada (art. 641.3), a ser oído para adoptar la administración para pago (art. 676.2), a recibir el sobrante una vez satisfechos el tercerista de mejor derecho, el ejecutante, los acreedores posteriores y el embargante del sobrante (art. 672.1); así como a liberar el bien satisfaciendo lo debido al acreedor por principal, intereses y costas dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien (art. 662.3).

No obstante respecto a esta última cuestión, la doctrina no se muestra pacífica, así mientras hay quien defiende que la responsabilidad del tercer poseedor ha de quedar en todo caso limitada a la cantidad que figure en la anotación preventiva de embargo en la fecha en que el tercer poseedor inscribió su derecho en el Registro (GARCÍA GARCÍA, J. M., «La anotación de embargo en la nueva LEC», en *Lunes 4,30*, núm. 273, 2000, págs. 22 y sigs. CACHÓN CADENAS, M. J., «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», en *Estudios Jurídicos*, Cuerpo de Secretarios Judiciales, III, 2001, págs. 405 y 406, y en «Comentario al artículo 613», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Director: LORCA NAVARRETE, A. M., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3107); también hay quien opina que dicha solución sólo se puede defender si el adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la LH (GIMENO y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., «El embargo y los terceros. El principio de determinación registral y el artículo 613.3 de la nueva LEC 1/2000», en *Diario La Ley*, núm. 5488, 22 de febrero de 2002, pág. 1 a 5. VEGAS TORRES, J. «Comentario al artículo 613». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Cívitas. Madrid, 2001, pág. 1075).

Por el contrario, otros autores mantienen que la responsabilidad limitada a la cantidad que figure en la anotación preventiva se encuentra restringida al tercer poseedor que hubiera adquirido en otra ejecución, pero no a cualquier otro sujeto que pretenda pagar o a los terceros poseedores que se encuentren en otra situación (GÓMEZ GÁLLIGO, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal», en *RCDI*, núm. 659, mayo-junio de 2000, pág. 1877. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 662», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Director: LORCA NAVARRETE, A. M. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3226 y sigs. FIDALGO IGLESIAS, M. V., «La ejecución ordinaria. Especial referencia al embargo y a la subasta de bienes», en *Estudios Jurídicos*, I, 2003, pág. 823).

Además, en este amalgama de opiniones, otra interpretación doctrinal defiende que si el tercer poseedor pretende liberar los bienes antes de la aprobación del remate, tan sólo debe abonar las cantidades que para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparezcan consignadas en la anotación de embargo, pero que si el bien es objeto de realización forzosa habrá de aplicarse la totalidad de lo obtenido al pago de lo que se deba por todos los conceptos sin límite alguno, salvo que el tercer poseedor hubiere adquirido en otra ejecución (RIVAS TORRALBA, R., «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31. Ed. CGPJ, Madrid, 2000, págs. 119, 120). A nuestro juicio, y en aras de no franquear la puerta a conductas fraudulentas, lo más adecuado es realizar una interpretación restrictiva del artículo 662, considerando que tan sólo el tercer poseedor que haya adquirido el bien en otra ejecución anterior podrá liberarlo abonando, además del principal, la cantidad que figure en el Registro en concepto de intereses y costas, ya que dicha limitación, aunque no se establece expresamente por el artículo 662.3, se puede deducir de la remisión que dicho precepto realiza al artículo 613.3, de donde se deriva que únicamente el tercer poseedor que haya adquirido el bien en otra ejecución tendrá limitada su responsabilidad a las cantidades que aparezcan consignadas en la anotación preventiva en la fecha en que hubiera inscrito su adquisición.

tación restrictiva, por lo que no puede entenderse que el tercer poseedor se encuentre legitimado para utilizar los mismos mecanismos de impugnación que el ejecutado sino únicamente aquellos cuyo objeto sea la salvaguarda del bien afecto a la ejecución cuya titularidad ostenta, pudiendo impugnar infracciones legales acaecidas en el curso de la ejecución o actuaciones contradictorias con el título ejecutivo que afecten a dichos bienes.

No obstante, en nuestra opinión difícilmente podrá oponerse por motivos de fondo o defectos procesales, pues a no ser que exista una excesiva celebridad por parte del ejecutado para enajenar sus bienes embargados, será inusual que no haya precluido el plazo para hacer valer dicha oposición (diez días siguientes a la notificación del despacho de ejecución) cuando aparezca la figura del tercer poseedor en el proceso de ejecución. Además, aunque así no fuere, raramente tendrá a su disposición los documentos oportunos para fundamentar estas oposiciones, ya que normalmente la documentación se hallará en poder del deudor.

Por lo demás, su falta de carácter de parte en el proceso de ejecución resulta avalado por el hecho de que si resultare embargado otro bien de su propiedad podrá interponer una tercería de dominio, pues tan sólo le está vedado hacer valer dicha tercería cuando pretenda levantar la traba del bien afecto a la obligación por la que se procede, al haber adquirido su derecho sobre el mismo con posterioridad al embargo, ya que la jurisprudencia (59) redonda en la idea

Por consiguiente, estimamos que los terceros poseedores que se hallen en cualquier otra situación deberán responder del importe total de lo debido una vez tasadas las costas y liquidados los intereses, pues en otro caso se fomentaría el fraude y la picaresca, ya que hay que tener en cuenta que no es ni mucho menos lo mismo que un tercero adquiera un bien embargado directamente del ejecutado que en una enajenación forzosa revestida de toda suerte de garantías legales. Por ello, lo más coherente es considerar que la *voluntas legislatoris* ha sido la de premiar a los que confían en las ventas judiciales en aras de no obstaculizar el éxito de las mismas que en otro caso podrían fracasar dada la inseguridad de los postores respecto a las cantidades por las que responde el bien. La ley reconoce en el artículo 610.2 *in fine* un derecho al reembargante de solicitar la realización forzosa de los bienes trabados con embargos anteriores, por lo que si no se quiere que dicha previsión legal quede en papel mojado al resultar infructuosas las ventas forzosas por falta de compradores, lo más adecuado es conceder a éstos ciertas prerrogativas que no poseen los demás terceros a los que el ejecutado enajena el bien embargado (cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., «El tercer poseedor de bienes embargados y su intervención en el proceso de ejecución», en *RCDI*, núm. 688, marzo-abril de 2005, pág. 468 y sigs.).

(59) SSTs de 25 de noviembre de 1926, 15 de marzo de 1928, 22 de junio de 1928, 6 de febrero de 1929, 18 de febrero de 1936 (*RAJ* 475), 24 de febrero de 1936 (*RAJ* 352), 28 de enero de 1964 (*RAJ* 391), 21 de febrero de 1966 (*RAJ* 1532), 25 de marzo de 1969 (*RAJ* 1589), 31 de enero de 1970 (*RAJ* 371), 26 de junio de 1979 (*RAJ* 2549), 26 de febrero de 1980 (*RAJ* 534), 21 de junio de 1982 (*RAJ* 3434), 3 de noviembre de 1982 (*RAJ* 6521), 13 de diciembre de 1982 (*RAJ* 7476), 18 de julio de 1983 (*RAJ* 4236), 30 de octubre de 1983 (*RAJ* 5846), 26 de junio de 1984 (*RAJ* 3263), 3 de noviembre de 1984 (*RAJ* 5364), 17 de diciembre de 1984 (*RAJ* 6132), 7 de marzo de 1985 (*RAJ* 1131), 8 de mayo de 1986 (*RAJ* 2346), 20 de junio de 1986 (*RAJ* 3784), 20 de febrero de 1987 (*RAJ*

de que la justificación documental del tercerista debe ir referida a la fecha del embargo, acreditando que en dicho momento era propietario del bien u ostentaba sobre el mismo un derecho oponible al embargo o a la realización forzosa. Por consiguiente, aun en el caso de que hubiera adquirido el inmueble embargado con anterioridad a que figurara en el Registro de la Propiedad la oportuna anotación preventiva, no podrá interponer con éxito una tercería de dominio, sin perjuicio de que si inscribe su derecho en el Registro antes de que el ejecutante garantice el embargo, éste se encontrará con graves inconvenientes para que se proceda a la práctica de dicha anotación preventiva, pues los principios de legitimación y de tracto sucesivo recogidos en los artículos 20 y 38 de la LH obligan a denegar la práctica de la anotación preventiva de embargo de una finca si cuando se presenta en el Registro el mandamiento, aparece inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se sigue el procedimiento, sin que a ello sea óbice la alegación de que el embargo existe desde que se decretó judicialmente, pues aun cuando el embargo cuya anotación se pretenda sea anterior a la adquisición de la finca trabada por el titular registral, el principio de prioridad (art. 17 de la LH) determina el cierre del Registro a los títulos que se opongan al mismo o sean incompatibles (60), sin perjuicio de que el ejecutante pueda ejercitar una acción rescisoria si no tiene otro modo de hacer efectivo su derecho con base en la presunción de fraude del artículo 1297.2 del Código Civil.

V. TERCEROS CONTRA LOS QUE SE DESPACHA EJECUCIÓN POR ERROR: EJECUTADOS *DE FACTO*

En el proceso de ejecución es el órgano judicial el que en el propio auto despachando ejecución otorga el carácter de parte, previa apreciación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales; si bien, puede ocu-

701), 9 de julio de 1987 (RAJ 5215), 21 de noviembre de 1987 (RAJ 8638), 28 de abril de 1988 (RAJ 3299), 25 de mayo de 1988 (RAJ 4334), 25 de octubre de 1988 (RAJ 7639), 5 de junio de 1989 (RAJ 4291), 16 de junio de 1989 (RAJ 4692), 21 de junio de 1989 (RAJ 4771), 12 de diciembre de 1989 (RAJ 8822), 30 de enero de 1990 (RAJ 105), 27 de febrero de 1990 (RAJ 723), 6 de marzo de 1990 (RAJ 1670), 2 de julio de 1990 (RAJ 5765), 25 de febrero de 1991 (RAJ 1596), 2 de marzo de 1991 (RAJ 2446) 7 de enero de 1992 (RAJ 152), 23 de abril de 1992 (RAJ 3322), 3 de noviembre de 1992 (RAJ 9189), 5 de noviembre de 1992 (RAJ 9221), 31 de mayo de 1993 (RAJ 4058), 17 de junio de 1993 (RAJ 5375), 30 de septiembre de 1993 (RAJ 6661), 2 de junio de 1994 (RAJ 4574), 26 de julio de 1994 (RAJ 6784), 24 de febrero de 1995 (RAJ 1642), 19 de abril de 2000 (RAJ 2152), 7 de marzo de 2003 (RAJ 3887), 29 de marzo de 2004 (RAJ 2309), 20 de julio de 2004 (RAJ 4351), 22 de febrero de 2005 (RAJ 1689), 10 de marzo de 2005 (RAJ 3186), 18 de julio de 2005 (RAJ 5481).

(60) RRDGRN de 8 de febrero de 1996 (RAJ 1027), 22 de febrero de 2000 (RAJ 1080).

rrir que inducido por el ejecutante o por cualquier otro motivo, incurra en un error en la apreciación de dichos requisitos al entender, v.gr., que el ejecutado es sucesor del que aparece como deudor en el título ejecutivo o gestor de una entidad sin personalidad jurídica cuando en realidad no es así.

En estos casos, a pesar de que dichos sujetos carecen de legitimación pasiva para ser ejecutados *de iure*, por lo que deberían ostentar el carácter de terceros en el proceso de ejecución, no pueden ser considerados como tales, ya que al dirigirse contra ellos la ejecución *nominatim*, es decir, en nombre propio, han quedado investidos con el carácter de ejecutados *de facto*, por lo que aun no reuniendo los requisitos para ser reputados partes en sentido material, su mención en el auto despachando ejecución les ha otorgado la consideración de partes en sentido formal, lo que les permite utilizar todos los mecanismos de defensa que la ley concede al ejecutado, sin perjuicio de que si ha sido el ejecutante quien ha inducido al órgano judicial a incurrir en dicho error deba responder de los daños y perjuicios (art. 538.4 de la LEC), prevención legal que con indudable acierto ha sido introducida *ex novo* por la vigente LEC, si bien algún autor (61) considera que aunque no existiera dicha disposición normativa cabría efectuar esta misma reclamación con base en el artículo 1.902 del Código Civil. Por lo demás, al utilizar el legislador el verbo «indujera» referido al ejecutante, suscita la cuestión de si para reclamarle daños y perjuicios debe concurrir en el mismo una cierta culpa o negligencia (62), aunque lo más adecuado es considerar que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva exigible en todo caso con independencia del grado de culpa o intencionalidad, sin perjuicio de que estos factores puedan ser tenidos en cuenta en aras de determinar el *quantum* de los daños y perjuicios.

Por lo demás, y a los efectos de considerar a una persona ejecutado *de facto* o tercero en el proceso de ejecución, procede distinguir dos tipos de error en que puede incurrir el órgano judicial: el que consiste en embargar un determinado bien considerando que pertenece al ejecutado cuando en realidad es de un tercero y el error que radica en dirigir la ejecución contra alguien por estimar equivocadamente que también resulta responsable (63).

(61) Cfr. SALGADO CARRERO, C., «Los títulos ejecutivos: la sentencia y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La ejecución en general: las partes de la ejecución y el tribunal competente», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Escuela Judicial. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial, 31. Madrid, 2000, pág. 43.

(62) En este sentido: cfr. SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L., «Comentario al artículo 538», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Director: LORCA NAVARRETE, A. M. Lex Nova, 2.^a ed., Valladolid, 2000, pág. 2530.

(63) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La tercera de dominio*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1980, pág. 218 y sigs.

En el primer caso, el afectado podrá interponer una tercería de dominio, mientras que en el segundo podrá servirse de los medios de oposición que la ley brinda a las partes.

No obstante, dicha apriorística afirmación debe ser objeto de matización, pues como toda norma general tiene sus excepciones:

Así, en el caso de que se embarguen por error ciertos bienes bajo la errónea convicción de que pertenecen al ejecutado, la tercería de dominio no será el medio de impugnación adecuado *cuando dichos bienes sean del propio ejecutante*, el cual no por ello quedará indefenso para poner de manifiesto dicho error, por lo que habida cuenta de que el embargo se puede decretar en el auto despachando ejecución, en una providencia de mejora de embargo o en una mera acta y en ninguno de estos casos la ley permite recurso, estimamos que bastará con que manifieste dicha eventualidad presentando un simple escrito del que se deberá dar traslado al ejecutado para que alegue lo que a su derecho convenga, resolviendo finalmente el órgano judicial lo que proceda (64).

Por otro lado, tampoco puede considerarse ejecutado *de facto* a todo aquel contra el que se despache ejecución *nomine proprio*, ya que puede ocurrir que *un sujeto tenga el mismo nombre y apellidos que el ejecutado* y en el caso de que lleguen a embargarse equivocadamente bienes de su propiedad, a nuestro juicio ostentará legitimación para interponer una tercería de dominio, ya que el error del órgano judicial no ha acontecido en el momento de despachar ejecución sino en el del embargo, pues habiendo dirigido la ejecución contra una persona, ha embargado bienes de otra que posee el mismo nombre y apellidos; no obstante, al ser su DNI distinto del que figura como propio del ejecutado en la demanda ejecutiva, estimamos que no se puede considerar que se haya despachado ejecución contra dicho tercero *nomine proprio*, por lo que a nuestro juicio —y aunque algún autor defiende lo contrario (65)— no debe ser considerado ejecutado *de facto*.

SOLCHAGA LOITEGUI, J., «El procedimiento de apremio...», *op. cit.*, pág. 285.

ARIAS LOZANO, D., «El recurso de casación...», *op. cit.*, pág. 84.

(64) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., «La tercería de dominio», *op. cit.*, pág. 253. Este autor, bajo la vigencia de la anterior ley, sostenía que en estos supuestos no bastaba con una simple petición del ejecutante al Juzgado afirmando que el bien embargado le pertenecía, ya que el ejecutado podría tener interés en oponerse sosteniendo su derecho de propiedad sobre dicho bien; por ello, este autor consideraba que el mecanismo más adecuado a favor del ejecutante era un recurso de reposición frente a la resolución que decretara el embargo, solución que actualmente puede resultar problemática, habida cuenta de que por imperativo de los artículos 551 y 612, el auto despachando ejecución y las providencias de mejora de embargo son irrecurribles.

(65) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., «La tercería de dominio», *op. cit.*, pág. 261, y en «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 92, y en «Comentario al artículo 538», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II. Coordinadores: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y VALLS GOMBÁU, J. F. Iurgium editores atelier, Barcelona, 2000, pág. 2596.

En conclusión, y de lo antedicho en el presente artículo, se deduce que en el proceso de ejecución ostentan el carácter de parte aquellos que figuran como tales en el auto despachando ejecución con independencia de que no consten como acreedores o deudores en el título ejecutivo o de que el órgano judicial, inducido por el ejecutante o por cualquier otro motivo, despache erróneamente la ejecución contra ellos, en cuyo caso no serán ejecutados *de iure* pero sí *de facto*. No obstante, no se puede defender que todo aquél que no se halle en el auto despachando ejecución ostente el carácter de tercero, ya que existen personas que no figurando en el mismo, se les permite *ex lege* utilizar los mismos mecanismos de impugnación que al ejecutado para la defensa de los bienes afectos a la ejecución cuya titularidad ostentan, por lo que dichas personas vienen a constituir un *tertium genus* al ostentar el carácter de «cuasipartes», pues si resultan embargados otros bienes de su patrimonio podrán servirse de los medios de oposición a favor de los terceros (tercería de dominio).

RESUMEN

PARTE PROCESO EJECUCIÓN

El carácter de parte en el proceso de ejecución no coincide necesariamente con la condición de acreedor o deudor en el título ejecutivo, por lo que se puede despachar ejecución contra quienes no figuran en dicho título e incluso extender la responsabilidad contenida en el mismo frente a personas contra las que en un principio no se despachó ejecución, pero que son titulares de bienes especialmente afectos al cumplimiento de la obligación por la que se procede.

El presente artículo se centra en analizar qué sujetos pueden ostentar el carácter de parte en el proceso de ejecución en aras de concretar su posición procesal y los mecanismos de defensa de que disponen, especialmente cuando se hallan en la posición de ejecutados de facto o de cuasipartes.

ABSTRACT

PARTY TO FORECLOSURE

Standing as a party to a foreclosure process does not necessarily coincide with capacity as the lender or borrower named in the enforcement order, so foreclosure can be performed against persons not appearing in the enforcement order and the liability contained in the enforcement order can even be extended vis-à-vis persons against whom foreclosure was not at first ordered, but who own assets that are especially committed to secure the discharge of the obligation at issue in the process.

This article centres on analysing what persons can be parties to a foreclosure process, to define their position in proceedings and the defence mechanisms available to them, especially when they find themselves in the de facto position of one whose property is attached for debt or in the position of a quasi-party.

(Trabajo recibido el 21-10-2005 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

Sumario y plenario en la Ley Concursal: Las opiniones de Salgado de Somoza

*Al gran jurista Doctor Manuel Amorós Guardiola
en homenaje tardío.*

por

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

*Catedrático Emérito de Derecho Procesal,
Académico de Número de la Real de Jurisprudencia
y Legislación y Correspondiente de la Real de la Historia*

SUMARIO

- I. LAS EXCEPCIONES Y SU LIMITACIÓN. LA RESERVA AL PLENARIO.
- II. LAS DIFERENTES *ACTIONES* EN SUMARIO Y PLENARIO. *IURE EXTRAORDINARIO* Y *IURE ORDINARIO*. LOS *VITIA POSSESSIONIS* Y SU DENUNCIA.
- III. LOS INCIDENTES POR VÍA SUMARIA.
- IV. LA DOCTRINA DE SALGADO DE SOMOZA.
- V. LA ADMISIÓN O REPULSA DE LAS EXCEPCIONES EN EL SUMARIO.
- VI. LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA COSA JUZGADA EN SALGADO DE SOMOZA.
- VII. LA INADECUADA TERMINOLOGÍA DE LA LEY CONCURSAL («INCIDENTE PROCESAL»), LO SUMARIO Y LO PLENARIO.
- VIII. LA INMEDIACIÓN, LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LA LEY CONCURSAL, LAS COMUNICACIONES. PANORAMA ACTUAL.

I. LAS EXCEPCIONES Y SU LIMITACIÓN. LA RESERVA AL PLENARIO

El problema de las relaciones entre el artículo 196.4 de la Ley Concursal y el artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es uno de los que merece más atención. En el primero se dice que: «Una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada». Mientras, el artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice:

«2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de la finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumaria.

3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

4. Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las Resoluciones judiciales a las que, en caso determinado, las leyes nieguen esos efectos».

Este terrible desvío de lo jurisdiccional hacia lo simplemente administrativo —propio de países totalitarios— se corrige, sin que los autores nos digan sus razones, en el juicio ejecutivo —cambiarío— y en el artículo 827.3, última norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil —diríase que ha pillado el tren ya en marcha, y por descuido de su personal—. Así:

«La sentencia dictada en juicio cambiarío producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente».

Esta es la doctrina correcta de la sumariedad, como vengo defendiendo desde hace muchos años y constantemente.

Los llamados «incidentes concursales» de la Ley Concursal tienen procedimientos, en general, mixtos del ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil —ex menor cuantía, lo que parece que sus autores quieren ocultar— y del verbal. Y se trata de determinar si tales procedimientos son sumarios o plenarios, ya que en el primer caso, el artículo 196.4 supondría un enorme boquete en el erróneo modelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de arrebatar la cosa juzgada a los sumarios.

En este excurso estudiaré el tema en su perspectiva histórica —que la tiene para la actualidad y enorme, pese a que se le quiere enmascarar por cierta progresía jurídica— a través de autores actuales —actualidad en su contenido— que mejor y más profundamente estudiaron la sumariedad en sus obras: BRIEGLER, de BARTOLO DE SARROFERRATO, y del gran concursalista español Francisco SALGADO DE SOMOZA, cuya influencia aún se deja sentir en la nueva Ley Concursal —y desearía saber quién de sus autores ha estudiado a tan gran maestro, que yace olvidado en no pocas bibliotecas.

Y traía BRIEGLER —*ibidem*— el siguiente caso; D.XXXXIV, 2, 12, 13, y 14:

«*Quum quaritur, haec exceptio noceat nec-ne, inspiciendum est an idem corpus sit*» (Paulus, Lib. 70. ad edictum).

«*Quantitas eadem, idem ius*» (Ulpianus, Lib. 75. ad edictum).

«*et an eadem causa petendi er eadem conditio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est...*»

«*Si quis interdicto agerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietatis vertitur*» (Paulus, Lib. 14. quaestionum).

Se marca claramente la diferenciación entre juicios sumarios y ordinarios (plenarios) subsiguientes; y la inoperancia de la *exceptio rei iudicatae*, por la diferencia jurídico-procesal entre «posesión» y propiedad. Algo que debería haber saltado a los ojos a los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

II. LAS DIFERENTES *ACTIONES* EN SUMARIO Y PLENARIO. *IURE EXTRAORDINARIO* Y *IURE ORDINARIO*. LOS *VITIA* *POSSESSIONIS* Y SU DENUNCIA

Nos dice BRIEGLER (1) que:

«Una... regla fundamental de la cual se trata ya en fuentes romanas, y que en la actualidad tiene valor sin restricciones, es la de la exigencia de que las defensiones (en el sumario) sean liquidadas rápidamente en él; y las excepciones del demandado formuladas en el mismo tardíamente, puedan ser introducidas en el proceso ordinario» (es el plenario).

«Esta reserva —sigue BRIEGLER, *ibidem*— no debe ser explícita, ya que se trata de una consecuencia inmediata de la sumariedad del primer juicio; principio reconocido por la doctrina moderna» (se refiere a la alemana del siglo XIX).

(1) *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, ed. Tauchnitz, Leipzig, 1859, § 75, pág. 343.

«Pero también ocurría que la posibilidad de la reserva tuviera dificultades para integrarse en las reglas generales de la *res iudicata*, si se partía de la base general de que un juicio sumario —*iudicium summarium*—; solamente se diferenciaba del *ordinarium* (de su plenario, aclaro yo aquí) por elementos procesales».

«Pues es una regla indiscutida que la misma *quaestio* litigiosa resuelta judicialmente una vez, no puede ser llevada a impetrar otra resolución judicial por medio de la simple elección de otro medio procesal, de otra especie de proceso, ya que frente a tal tentativa aparece sin más la *exceptio rei iudicatae*» (*ibidem*).

«Lo cierto es —sigue BRIEGLEB (2)— que, en relación con el mismo objeto (*idem corpus*), se actúa una pretensión de diferente significado (*aliud ius*) en el juicio sumario y en el ordinario (plenario, insisto aclarando)».

Y con ello aparece que, también según las reglas generales del Derecho, aplicadas correctamente, la *exceptio rei iudicatae* del sumario, no puede oponerse a la *actio ordinaria*.

Otro caso que traía BRIEGLEB —y que se halla en las leyes españolas desde la sevillana de 1360 hasta la actual, del 2000—: el del juicio sumario ejecutivo: «La pretensión —*Klage*— *executiva ex instrumento guarentigiato* sobre una deuda de préstamo, era propiamente la pretensión por préstamo: mediante la persecución, al menos, del *ius paratae executionis*, se persigue otro derecho que no es el de la *actio mutui*» (3). El *ius paratae executionis* consiste en que el actor debe exigir el pago de la suma del préstamo documentado, simplemente según el contenido de la carta de la deuda, como si la deuda del préstamo tuviese ya la fuerza de cosa juzgada, lo que, naturalmente, no es: esto es, cual si se tratase de una «carta-sentencia judicial»; por lo que el consiguiente efecto de una sentencia judicial sobre la juridicidad de la prestación del préstamo no está en la línea de este juicio sumario (4).

Esta es una faceta de la aparición de estos juicios sumarios, penetrados en los Reinos españoles por la Ley Sevillana de 1360, o por la del Reyno de Valencia de 1403, pero mucho antes de la Ley de Toledo de 1480, que se designa con error; y si fuera un juicio «incidental» —el de la oposición a la ejecución, naturalmente— será sumario, lo que esos autores no llegan a discutir.

La consideración del juicio sumario ejecutivo como un «incidental», le quita importancia a la enorme cantidad de esfuerzos que se han hecho y hacen sobre los títulos ejecutivos no judiciales; menos mal que la nueva Ley Concursal, al admitir que las resoluciones que recaigan en los llamados «in-

(2) *Ob. cit.*, pág. 344.

(3) BRIEGLEB, *Einl.* § 75, pág. 345.

(4) BRIEGLEB, *Einl. Ibidem*.

cidentes concursales» surtirán efecto de cosa juzgada (art. 196.4 LGC del 2-7-2003) revaloriza ese tipo de resoluciones (5).

El autor de uno de los libros en que se declara a la Lex Toletana de 1480 como «conquista española» de ese juicio sumario, fue justamente uno de quienes más trabajaron a favor de que se me concediera el honor citado en la Universidad de Valencia, tras más de 25 años de servicio en ella. Por ello, tales omisiones —y en una obra elemental publicada en Valencia— no se explican sino como enfado o desprecio de mi modesta labor cuando esa persona aún era menor, muy menor.

«Corresponde al patrimonio de nuestros teóricos —decía BRIEGLER (6)— el principio según el cual corresponde al juez —está obligado— por el juicio sumario incoado, y si observa que éste no puede continuar como tal porque a alguien le falta un presupuesto esencial, debe continuar dirigiendo ese juicio como ordinario (plenario, para aclarar digo yo aquí) o bien admitir que una de las partes salte del sumario al plenario.

Esto podría admitirse si se tratase tan sólo de un cambio de procedimiento, cambio formal; en cuyo caso tan sólo habría de personarse en la posible imposición de las costas del primer procedimiento, del tenido por inapropiado, a la parte que lo abandonó...».

«Pero no es así, porque en el paso de un sumario a un ordinario (entiéndase, plenario) no se trata de un simple cambio de forma procedimental, sino realmente del paso dado desde un *genus actionis* a otro, ya que está claro que en el sumario se trata de otro objetivo y bajo otros presupuestos que en ordinario (plenario) y así aparece todo este cambio de dirección («*Hiniüberleitung*») en plena contradicción a las reglas fundamentales de nuestro proceso civil» (7).

Ataca al *Verhandlungsprinzip* o principio de audiencia, ya que se pide al juez que cambie un proceso cuando éste debe limitarse a la comprobación y resolución sobre las peticiones introducidas por las partes, y en especial de la pretensión («*Klageanspruch*») del actor y no está autorizado a cambiar una demanda que estime inadmisibles («*Verwerflich*»); de otro lado, el juez no está autorizado a conocer *super proprietate vel iure principali*, cuando las partes le habían pedido que conociese *super possessione vel iure executive*,

(5) Cfr. mis trabajos «Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: El Ordenamiento sevillano de 1360», publicado en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1950, *passim*, y en mis *Estudios de Derecho Procesal* de 1955 (Est. DP 1955), Madrid, Ed. Rev. Priv., pág. 554 y sigs.; y «Sobre la Historia de Juicio Sumario ejecutivo en Valencia (La *Ordenació* del Rey Don Martín I de 1403)». Discurso con ocasión de mi Investidura como Doctor H. C. de dicha Universidad en 1991, publicado por la misma Universidad de Valencia, 2004, y lleva como Apéndice mi trabajo sobre el Ordenamiento sevillano.

(6) *Einl.* § 76, pág. 348.

(7) BRIEGLER, *ibídem*, pág. 349.

ya que: «*Quid ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non posset*» como en la Lex 18 D., *De communi dividundo* (10,3) se puede leer.

«Al juez no se le admite que, cuando aprecie la inadecuación de un juicio sumario, absuelva al actor y le diga qué tipo de *actio* —«*Klage*»— debe introducir en el juicio ordinario» (8).

«Además, es regla reconocida, la de que el actor no puede abandonar arbitrariamente una demanda en la que presentó, para su tratamiento y resolución, en el seno del proceso, una situación fundamental determinada, como sería en el caso de que, por medio de un salto (paso abrupto y ajurídico de un procedimiento a otro), se fuera desde el trámite sumario al ordinario (entiéndase plenario), para entender de una demanda (*Klage*) totalmente nueva, diferente de la intentada en tal sumario, sobre otros presupuestos que los de aquella.

Pero si el actor cree posible ahora su triunfo, mediante una *actio* ordinaria, no se opone a ello, naturalmente, el que renuncie a lo pedido en sumario («*summarium*»); lo que ocurre es que no podrá hacerlo por el mismo *iudicium summarium*. Tampoco se puede admitir ese salto al demandado en juicio sumario; si desea aportar algo excesivo para que se trate ahora, debe hacerlo por medio de una reconvencción formal, en el caso de que tenga a su favor una pretensión susceptible de ser demandada («*klagbare Anspruch*»).

«Por medio de ella (9) se hace surgir un segundo proceso, que puede ser seguido con y al lado del primero, pero que nunca puede ser tratado como una simple continuación del otro; en nuestro caso podría ser tratada la reconvencción con la demanda sumaria, si no hubiera imposibilidad por diferencias procedimentales».

Continuaba BRIEGLEB (10): Pertenece a los principios indiscutidos de nuestro actual Derecho Procesal, el que, la parte vencida en juicio sumario, y especialmente el demandado, está totalmente facultado para tratar en un juicio ordinario y desligado de las limitaciones de la cognición sumaria; para impugnar lo surgido de aquel *Judicado* —la nueva situación— y obtener la reposición de todo lo sufrido en sus bienes como desventaja, como secuencia de las referidas limitaciones de su «derecho de defensa en lo sumario» (552 a. p.).

Las dificultades doctrinales surgen con respecto a la fundamentación —su naturaleza jurídico-procesal— el objetivo y el campo de acción de la nueva *actio* —de la plenaria, se entiende, ordinaria.

En lo referente a la fundamentación, se entiende doctrinalmente, que para la misma en el juicio plenario —«ordinario»— deben admitirse todos los

(8) BRIEGLEB, *Einl.* § 76, pág. 349.

(9) *Einl.* § 76, pág. 350 y sigs.

(10) *Einl.* § 77, pág. 351 a. f.

medios de defensa que si hubieren sido líquidos *incontinenti* hubieran podido ser introducidos en el sumario y facilitado la *intentio*; o bien que no pudieran ser utilizados por ser contrarios al modelo de prueba limitada del sumario. Esto, continúa BRIEGLEB, fue reconocido antiguamente, en el tema de las deudas *guarentigadas* (11). Y en este terreno de lo sumario ejecutivo se admitían pocas excepciones de entre la nube contemporánea. Esta diferencia no se puede evitar ni en adversarios de la sumariedad como los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2000 (cfr. su art. 927.3, la última norma de su texto).

El especial enfoque de este autor se aprecia en estas frases:

«...En estos casos y otros semejantes y en general en la mayor parte de los de moderna aplicación más o menos extendida, de la cognición sumaria, no se funda la acción —la pretensión— posterior —la plenaria, se entiende— en ningún derecho a demandar independientemente establecido en la relación jurídica originaria entre las partes, sino sencillamente —y he aquí la consideración procesal del tema sobre todo, interpolo yo aquí— en que, en la limitada cognición sumaria, hay *iure* extraordinario, que se realiza de manera provisional, *invaliter extorto*, y así se realiza lo que en la cognición plenaria ulterior, en el *iure ordinario* puede ser contrario: lo que en este *iure* ordinario se tiene como justo, era injusto en la cognición sumaria (12).

Todo depende de la compleción o incompleción de la instrucción: de la amplitud con la que se admitan las alegaciones y sobre todo, sus pruebas».

Ejemplifica este autor: «...es necesario, para el vencido en el *summario possessorio*, porque no pudo demostrar (probar) los *vitia possessionis* del adversario, que no se deja arrebatar las ventajas de la posesión y del papel del demandado en el *processum petitorium*; este es el plenario —el ordinario— o en la acción de propiedad; sino que es libre de forzar la posesión que le ha sido arrebatada provisionalmente en el sumario, por medio del ordinario (plenario, se entiende); y para ello debe introducir en la prueba “no acelerada”, ordinaria, la excepción, que quedó falta de efectividad en el juicio sumario, la *exceptio vitiosae possessionis*; si la introduce y triunfa en esta prueba y concurren los demás presupuestos de una posesión digna de protección, debe vencer por completo en esta *quaestio*, en cuanto se le reconozca como legítimo poseedor jurídico y se le reponga en la tenencia o decantación (cuidado con la especies españolas de posesión) y se condene a su adversario a satisfacerle los daños y perjuicios» (13).

(11) Alusión a su libro *Geschichte des Executiv-processes*, 2.^a ed., Liesching, Stuttgart, 1845. Cap. II, § 16.

(12) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 353.

(13) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 354.

Así, aparece frecuentemente el tratamiento de la pretensión ulterior —la ordinaria, la plenaria— como una continuación de la sumaria; los antiguos llamaron a la primera *interlocutio* (14).

«Pues en los raros casos en los que el demandado no persigue sino un levantamiento de esa *Interlocutio*, actuaría sobre él por medio de una demanda ulterior (la plenaria) con ayuda de las excepciones de *subreptionis* y de *obreptionis*, de “sorpresa”, cuya compleja cognición y efectividad —complicadas cuando no complejas— no sustituiría entre tanto a la fuerza de la *Interlocutio*» (15).

En tales casos, debe ser considerada la cognición plenaria ordinaria como una simple continuación de la sumaria, del juicio por ella comenzado.

III. LOS INCIDENTES POR VÍA SUMARIA

«Ello sucede —trae a colación el autor en nota a su § 77, página 355— tan a menudo como el objeto de la cognición sumaria en las cuestiones incidentales suscitadas sobre la necesidad de formalismos de un procedimiento sobre medios jurídicos y en el seno de la audiencia principal —la que recoge todo el litigio—. Pues en tales casos, el éxito de la cuestión interlocutoria —desde el punto de vista de la sorpresa, *Erschleichung*— en el desarrollo progresivo de la cuestión principal (*eodem iudicio*), puede ser reparado —si el asunto de fondo no es igualmente sumario— por los medios de la cognición ordinaria, sin que por ello se haya de abrir un juicio ordinario separado; si la parte disminuida no quiere sino que la *interlocutio* sumaria quede con fuerza y por lo tanto con efectividad ulterior y en el desenlace de la causa principal (16).

Este va a ser el problema resuelto por el artículo 196.4 de la Ley Concursal —a la inversa, acertadamente, del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: «Una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales, producirán efectos de cosa juzgada».

Siendo objetivo del juicio sumario la obtención para su actor de una tutela jurídica parcial y provisional (cfr. en otra parte el alcance de esa «provisionalidad», relativa socialmente), éste no aparece como una «horrible multiplicación de los procesos»; le es suficiente un procedimiento para todos los casos, en el que las partes puedan alegar *incontinenti* y líquidamente, para con ello poder medir el pago de la ayuda provisoria (17).

(14) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 354.

(15) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 355.

(16) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 355.

(17) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 357.

De ello se sigue la aparición de un proceso ordinario, en el que ambas partes pueden aportar todos sus medios de defensa según las reglas más amplias. No se puede vulnerar la regla general de «*Excepciones sive defensiones, quae altio rem questionem differendas in iudicium directum* (L. 3, § 13, D. ad exhibendum 10.4) *sive reservandas alli iudicio*» (L. 14, § 1, C. de compensatio) para que sea ilusoria.

El Derecho romano no fue ajeno a esto; véanse los casos en que la excepción de *compensatio* había de ser liquidada, por medio de una contraprestación de vehículo procesal independiente (18). En el ordenamiento romano se dio al *Judex* gran laxitud para admitir o no las excepciones no liquidables *incontinenti*; quizá por ello no dieron mayor aplicación a lo sumario (19).

Y BARTOLO DE SASSOFERRATO, en su estudio sobre la «*Extravagante ad Reprimendum*», decía así:

«*In hoc processu si exceptiones opponuntur, quae requirant altio rem indaginem, si quidem possunt per alium iudicium examinari, per iudicem non admittentur, sed in alium iudicium servabuntur; si vero in alio iudicio examinari non possunt, etiam in illo* (i: s: sumario) *examinantur, ut in § ibídem, L. 3, D. “Ad exhibendum”, 10, 4)»* (20).

IV. LA DOCTRINA DE SALGADO DE SOMOZA

Esta doctrina del clásico BARTOLO se debe completar con la siguiente de SALGADO DE SOMOZA —que reaparece aquí—:

«*Tertio probatur quia licet sententia regulariter faciat rem iudicatam... ita nos copiosa probavimus, & regula limitavimus in d. tract. de Regia Protect. 4. esp. 9 ex n. 31. Et per tres column. & nos refens secutor NOGUEROL alleg. 18, n. 50, et alleg: 21 n. 49. Novissime cum multis sequ. Nos iterum in Commentar, de supplicat, ad Sanctiss. 1, p. e. 12 ex n. 7 et seqq, quia res iudicata, ut obstet, requiritur quod tam ex parte actora, & rei, quam ex parte iudicis de*

(18) Ejemplo en *Lib. II. De compensafionibus*. D. XVI, pág. 29 y sigs.

(19) BRIEGLEB, *Einl.* § 77, pág. 357.

(20) (cfr. BARTOLI A SASSOFERRATO, «*Omnium Iuris Interpretum Antesignani, Commentaria, etc.*», Tomus Nonus, *Super Authenticis & Institutionibus*, Verbo Summarie, núm. 4, fol. 97 vto. col. 1.^a).

Y cfr. mi último trabajo: «El proceso en la extravagante *Ad Reprimendum* del Emperador Enrique VII» (1313) y su exégesis por BARTOLO DE SASSOFERRATO: «Sumariedad penal y civil», en *AHDE*, LXXIII (2003), pág. 263 y sigs. y esp. 271 y sigs.

ominibus sin plene cognitum NOGUER. alleg. 140 n. 25 & quod super exceptione incidente tunc videatur Iude tacite pronuntiare simul cum principali, procedit, quando super exceptione incidente fuit plane cognitum, non alias, nec res iudicata ei obstat. Probant NUSCATELLUS in praxi lib. 1. 5. p. gloss. reservatis n. 42, BART. in 1. 1. n. 6. 7 et 8. C. de ordin. iudic. et in 1. a procedente num. 3, 4 et 5. C. de dilationibus, 4. BALD. in d. 1. 1 ex 11. PAULUS DE CASTRO, ibid. n. 8 Et 9. PACIANUS de probationibus lib. 1. c. 58 ex n: 63. FARINAC. in tract. crim. q. 100. c. 2. num 89 et 90. Plura per CARLEVAL, de iudiciis, tom. 8. lib. 1, tit. 2. disput. 5 n. 30. fol. 61 dicentes quod tunc obstat res iudicata super principali lata exceptioni incidenti, quando super esa fuit plena cognitum quod etiam tenet FACHINEUS controvers. lib. 10, c. 80. versic. secundo quia, & quia si exceptio non fuit opposita, non intelligitur declaratum super ea, plene P. BARBOS. in 1. Si Praetor, § Marcellus ex n. 70 et seqq. fol. mihi 366, in pavis, D. de iudic. late etiem CARROCIUS de remediis except. 22. quaest. 8. per totam» (21).

Esta doctrina es altamente interesante a los efectos de compararla con la de la Ley Concursal de 2003. En efecto, la excepción del deudor puede ser admitida de oficio, sin necesidad de ser alegada. Y si el incidente hubiera contenido un procedimiento plenario, entonces, aparecía su cosa juzgada.

La doctrina estaba apoyada en la extraída de GRATIANUS:

«Quae doctrina mire fulciuntur ex iis, quae GRATIANUS tom. 3, disceptat. 445 a princip. qui num. 4 ita ait: Nec ist dubitandum, quod in hoc iudicio summario fuerit per iudicem plene cognitum, cum sit servatus ordo procedendo, Et multi testes sint examinati tam super exceptionibus oppositis, quam contra, quo casu dicitur adhibita plane causae cognitio, quasi tunc plene instruat relatio iudicantis de veritate, per quam adducetur sd iudicandum super re de qua agitur, congruit ALBERIC. in 1e 3. § causae cognito, in princ. de CARBON. edict. NATTA conf. 473. n. 36 BUTRIUS in cap. causam quae col. 2. de testib. ABBAS conf. 5 n. 3 quidquid aliud sit, quando non fuit de illis exceptionibus cogitum, quia tunc salve remanent in iudicio ordinario. CASTRENS. cons. 91 in causa appellat. num. 8. lib. 1. HONDEDEUS, cons. 19, n. 40 & c» (22).

(21) Cfr. SALGADO DE SOMOZA, «Labyrinthus Creditorum Concurrentium ad litem per debitorem communem inter. illos causatam», T. I, Lyon, sumptibus LAURENTII ANISSON, 1651, pág. 641, núm. 98-99; ítem, pág. 651 vto. 2.^a col. núm 99-100.

(22) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthi Creditorum*, Pars. III, Cap. I (T. I), fol. 642, col. 1.^a, núm 103.

Tratábase de un juicio sumario al cual se dio trámite procedimiento «plenario». ¿Qué es este *salmigondis*? Estimo que SALGADO DE SOMOZA ha caído aquí en la confusión, en sus tiempos ya clásica, entre sumariedad pura (reducción de actuaciones alegatorias o probatorias) y la así llamada impropia-mente, reducción de plazos, etc., pero poca de actuaciones = aceleración procedimental; la de los juicios que llamados «plenarios rápidos». Así se explica que un «*iudicio summario*» fuese aplicado «*plene cognitio*».

Un fenómeno análogo se vería en la actual Ley Concursal española: los llamados «incidentes concursales» tienen parte de su procedimiento, adecuado o igual al más rápido de todos —al del juicio verbal (art. 194.4 a. f.)— pero comienzan en general, a la manera del ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil ex «menor cuantía» (art. 194.1 con relación al 399 LEC y 405 *ibídem*; la audiencia previa se conformará como la primera parte de la central del juicio verbal, art. 443.2, 3 LEC).

Y esto es lo que nos decía SALGADO DE SOMOZA en el fragmento comentado. Tratábase de una sentencia «*lata super principali, tunc censetur lata super articulo incidente incompatibili cum principali...*» Era un caso de clasificación de créditos en concurso contra los bienes del CONDE DE ALVA DE ALISTE: «*Sed haec exceptio quod D. VERA non erat creditor ad statum de ALVA, nec fuit proposita, ne de ea cognitum, ergo impossibili est in graduacione tacito comprehendendi*» (23).

V. LA ADMISIÓN O REPULSA DE EXCEPCIONES EN EL SUMARIO

Pero había casos especiales: así,

«*Et quod Iudex de exceptione non cognovit, non intelligatur indicasse, nec ei obstet rei iudicatae exceptio, probant HUGO DONNEL in comment. jur. civil lib. 16, p. 11, in fin, verbis; CASTILLO tom. 4 controu cap. 40 num. 110 ante finem*» (*ibídem*, f. 642 r. a. f.).

Y aquí viene un tema fundamental: el de la graduación de los efectos de la cosa juzgada:

«*Ex quibus fundamentis manifeste evincentibus rem iudicatam graduationis, simul responsum remanet omnibus argumentis & doctrinis in contrarium consideratis. Sed ulterius illa BART (OLO) in l. 2 D. de except. docentis per instrumenti praesentationem excusari ab oppositione exceptionis expressa, cum de ea per instrumentum*

(23) Cfr. SALGADO DE SOMOZA, *Ibídem*, I, Pars. III, Cap. I, fol. 642, col. 1.^a, núm. 105 y 106.

resultet, adhuc indiget declaratione, & in primis intelligitur prout loquitur, quando exceptio est in favorem ipsius, qui scripturam produxit, cum ex facto suo praesentationis indicatur oppositio, cum ad hunc, non ad alium finem & effectum eam praesentare intelligatur, scilicet ad suma defensionem, & exclusionem intentionis adversarii, nos autem versamur in scripturis producti ab actore creditore, ex quibus resultare simul potest defensio, & exceptio reo, qui omnio tenebatur ea uti, & de ea opponere, cum exceptionis natura, & requisitum fit ad hoc ut operetur, quod illam opponat pars, alias omissa intelligitur, & in re iudicata non comprehensa, prout superius diximus...» (24).

«Et quatenus ex eodem instrumento producto resultant actio & exceptio, & possit iudex eam resulta ex eodem instrumento habere in consideratione ex aequitate, & officio suo, & juxta eam absolvere reum ad actione ex eodem instrumento deducta, & intentata; bene poterit, & recto facit iudex, ut probant quamplures DD & doctrina, quarum intentionem fecimus superius ex n. 17 et seqq. vers. deinde unus quisque creditor, & hae tamen non adaptantur nostri casu terminis, in quibus (quando constaret de exceptione ex instrumentis productis) iudices eam nom habuerunt in consideratione, sed penitus omiserunt; cum iuxta actionem reum debitorem condemnarunt, & creditori gradum describere, quem penitus negarent, si attendere- rent exceptionem debitoris apparentem ex odem instrumento, quare ipsa exceptio (si forte constaret ex productis instrumentis, ut statim) omissa intelligitur, & reservata debitori, tam eo quod non fuit opposita per reum tacite nec expresse, quam ex eo, quod illam iudex pronuntiando non habuit in consideratione, & sic doctrina procedit quando iudex exceptionem resultantem ex instrumento habuit, etiam non oppositam, in consideracione; non vero quando eam non attendit, prout poterat ex suo proprio officio & aequitate, quo casu omissa intelligitur, quia non deducta, nec determinata» (25).

SALGADO DE SOMOZA, con referencia a la cosa juzgada de las resoluciones internas, de trascendencia, del juicio universal de concurso («*in hoc iudicio universali concursus*»), decía que:

«Deinde unusquisque creditor sue exhibet crediti instrumenta, ex quibus simul de suo privilegio, aut prioritare, saltem temporis, docet, ex quo potest Iudex recte iudicium suum formare».

(24) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus Creditorum*, T. I, Pars. III, Cap. I, pág. 642, núm. 107 a 112, col. 1.^a y 2.^a

(25) SALGADO DE SOMOZA, *Lab. Cred.* I, Parte III, Cap. I, (T. 1), pág. 642, col. 2.^a, núm. 114.

«Ex doctrina BARTOL, in 1e 2. D. de except. duda quod is que duda instrumentum ex quo sua exceptio constat, videtur eam opponere, et non eget alia oppositione expresa; ut Iudex super ea determinare valeat, idem probatur ex textu in 1. eum qui ita, § qui ita, et ibi BARTOL. De de verbor. obligat, quem dicit, quod exceptio non opposita, si tamen constat ex eadem scripturn iudice ex officio habetur in consideratione, sequitur IOAN. ANTON MANGUILIUS, in tract. de evictionibus quaest. 47, núm. 11, ubi enim exceptio ex causa intrinseca inest autioni deductae, debet per actores evacuari, etiam reo non opponente, ut per BALD. & ALEXAND. in 1. silia licet, in princip. Cod. de collatione, & post alios CUMIA in ritibus Magnae Curiae, cap. 38 a núm. 39, fol. 175. & quod ex inspectione ipsus instrumentu apparet, de exceptione, nulla sit necessaria exceptionis illius oppositio expresa. sed eam potest Iudex ex officio attendere, probant singulariter ALEXAND. in 4.4 § condomnatum num. 4, D. de re iud, HIPOLIT. in pract. § ultima quaest. numer. 4, AVENDAÑUS, cap. 16, pretorum núm. 11. lib.1. RODERICUS XUAREZ in leg. post rem pag. 330. in principio, p. 326, versic. sed per evidentia, núm. 38, quos; & sequitur AZEVEDUS in leg. 2, tit. 3 núm. 33 lib. 5 recopilat. ubi reddit exemplum de instrumento obligationes factae ab uxore...» (26).

Aquí se exponen por el autor dos direcciones jurisprudenciales:

- Según la primera, el juez debe poder admitir de oficio la excepción intentada por el reo, como si se hubiera interpuesto, bastando la presentación del documento —título—. Esta interpretación es más aproximada a lo «sumario» como aceleración: se suprime y sustituye por el oficio del juez el escrito, trámite y tiempo procesal de la excepción.
- Según la otra, la introducción del documento en juicio no se tiene en consideración si no se interpone la excepción que en él se basa. La repulsa de la excepción en el proceso supone la formación de cosa juzgada sobre la misma (27). Esta última interpretación es más anti-económica, pero más garante.

Estas incidencias tenían lugar en un reconocimiento y graduación de créditos de un proceso concursal a instancia de D. DE VERA y en dicho concurso del CONDE DE ALBA DE ALISTE (28).

(26) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus Creditorum*, Parte III, Cap. I, pág. 635, col. 1.^a y 2.^a, núm. 17 a 21.

(27) SALGADO DE SOMOZA, I, *Lab. Cred.* III, I, pág. 642, núm. 104.

(28) SALGADO DE SOMOZA, I, III, I, pág. 642 r. 1.^a col. núm. 106.

Según la vigente Ley Concursal de 2003, nos hallaríamos en el momento procesal del «Reconocimiento de créditos» del artículo 86 y siguientes. Y a tenor de éste, número 2, se indica que: «Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que... consten en documento con fuerza ejecutiva...» y queda a salvo el derecho procesal —posibilidad de la administración concursal— de «impugnar en juicio ordinario, y dentro del plazo para emitir su informe... la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo...».

Pero además, todas las incidencias que se produzcan en esta etapa del concurso se solventarán —salvo esta citada— por el trámite del incidente concursal (art. 86, «Reconocimiento de créditos», I, II).

Este incidente concursal tiene una primera parte semejante si no igual a la de la fase de alegaciones —primera— del juicio ordinario —ex «menor cuantía»— de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; más «contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 194.4 LPG).

Y en él, la audiencia preliminar del juicio prevista para el ordinario —arts. 414 a 430; reglas sugeridas por mis modestos trabajos desde los de 1950, si bien se me ninguna esa intervención por los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe la introducción de pruebas *ex officio* a través del «señalamiento» por el Tribunal de que las hasta entonces aportadas por las partes son insuficientes (art. 429, I, II). Ello sigue en vigor para el juicio verbal, a tenor del artículo 443 y especialmente del 443.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Únase a ello el que el juez «de oficio» puede moldear el curso de tal incidente, al ordenar que surta efectos suspensivos (art. 186.2 LC).

Por su comienzo y por su tramitación, estimo que aquí se trata de un juicio «sumario» (el mismo SALGADO DE SOMOZA le da este carácter, cfr. *supra*), así llamado impropiaemente, ya que debería llamarse plenario acelerado; más adelante, cuando a su tramitación conviene, vemos que ésta, salvo correcciones limitativas de formalidades no esenciales, es también plenaria.

Cabría el recurso de apelación, y también los de casación por infracción de ley sustancial o procesal (art. 197.6), ya que las actividades de referencia se hallan en las secciones 3.^a y 4.^a (art. 183).

Y como esta Ley Concursal está elaborada con sentido común, se admite que, aún concluido el concurso (por inexistencia de bienes y derechos) más sin perjuicio de que «los acreedores» puedan iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso (art. 178, «Efectos de la conclusión del concurso», 2). Y si eligen la reapertura del concurso o nuevo concurso, los artículos 180 y 181 nos revelan que la cosa juzgada anterior puede caer estrepitosamente.

La causa próxima, los hechos, se alteran de manera grave.

La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores.

Artículo 180.2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta Ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se regirán por lo dispuesto en el capítulo IV del libro IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de la actualización.

Basta con esto para mostrar cómo puede quedar todo lo actuado en el primer concurso: reducido a muy poco o nada. La cosa juzgada dejó de ser *sancta*.

VI. LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA COSA JUZGADA EN SALGADO DE SOMOZA

Ya SALGADO DE SOMOZA, muy acertadamente decía, al elaborar la doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada, ya vislumbrada en otros puntos de su exposición:

«Qua omnia roborantur ex iis, quae superius abunde probavimus ex nu, 88, cum seqq. vers. secundo haec pass fulcitur, quoniam sententia graduationis & ubi quod sententia graduationis, in favorem alicuius, supponentis se creditorem, lata sub hoc supposito, cessat, postquam postmodam detegitur suppositio falsa, & a principio non existens tempore rei iudicatae, & ert in terminis post alios probavimus in nostris commentarius de regia protect. 4, part. d. cap. 7. num. 120. ex quibus, & aliis ad responsionem argumentaum dicendis, indubi tabilis, & invincibilis nostra redditur resolution, in questione proposita» (29).

«Deinde —seguía este autor— quoniam illa sententia prior contra tertium hypothecae possessorem obtenta per creditores, ut vel dimittat, vel recognoscat; non est perpetua, nec perpetuo afficit, sed potius est temporalis, & sui natura variabilis, & resolubilis; & variis resolutionis accidentibus subjecta, nempe solutioni, tam ex

(29) SALGADO DE SOMOZA, *Lib. Cred. I, III, I*, pág. 648, col. 2.^a, núm. 164.

parte debitoris principalis, quam tertii possessoris, necnon huius tertii dimissioni, quae insuper post recognitionem quam documque facta erit admittenda, juxta verissimam plurimorum sententiam quos in uno congressimus cap. sequenti, núm. 100 vers. non inmerito, quia neuter eorum, &. Et quod sententia, & instrumentum crediti, quo quis tenerur ad certam quantitatem, sit temporale, & non perpetuum, dixit ANTON. FABER. in C. lib. 2, tit. 1, diffin. 8 in fin. et lib. 4. tit. 18, diffin. 15. PAREJA in addit ad I tom. de instrumen. edit. ad pag. 24. col. 1, post lin.15. et in addit. cit. fol. 1 a tergo, vers. sed adversus prefatam resolutionem, &. atque ideo res iudicata lata super iure, sui natura variabili, aut aliter resolubili, non est perpetua, nec perpetuo afficit; sed variatur, alteratur & resolvitur, variato, alterato, aut aliter resolutio iure super quo lata est, letissime per mirabilia iure, & Doctores in variis materiis scripsimus upta 1, part. cap. 25. per totum; temporalis enim est prior res iudicata, non perpetua, & sic tempore mutari, & alterati potuit, per novum accidens resolutionem operans» (30).

Aquí tenemos formulada con claridad, la doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada: puede alterarse por nuevos hechos que operen sobre ella. «*Rebus sic stantibus*», principio aplicable aquí, comprendido por los autores de la Ley Concursal pero desconocido por los de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

Y ya he dicho en otros trabajos que el caso de los interdictos posesorios y sus soluciones en Italia y en la práctica española (no se olvide ésta) tienen que ver con la problemática de la doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada.

SALGADO DE SOMOZA, y sobre todo la amplitud de la cosa juzgada y de su relación con la demanda, lo que hoy llamamos congruencia, decía así:

«Sed ad horum iurium, & distinctionis clariorem intelligentiam, prae oculis semper habenda est magistralis determinatio, 1. 25, tit. 2. Part. 3, in haec mirabilia verba».

«Pero muchos e de ne guardar el demandador, quando la cosa demanda por suya, quier sea mueble, o raiz, que si se save la raçon porque hubo el señorío della, asi como por compra, o por donadio, o por otra manera qualquier, que aquella ponga en su demanda, e esto tubieron que era derecho, por dos raçones; la primera por que quando supiese ciertamente la raçon, porque es suya poniendola en su demanda mas de ligero lo puede despues probar, otrosi, mas en

(30) SALGADO DE SOMOZA, *Lab. Cred.* I, III, I, pág. 647, col. 2.^a, núm. 165 a 167.

*cierto puede ser dado juicio sobrella; la segunda porque si acaes-
ciesse que el demandador no prueve aquella raçon, que pago en la
demanda por que decia, que suya, que la puede demandar por otra
raçon, si la oviere, e no se envargara el primer juicio, que fue dado
contra el sobre aquella cosa misma, pues que por otra raçon la
demanda que no haya que ver con la primera. Esto se entiende se
y endolibrada la raçon primerament porque decia que era suya, que
ante no puede alegar otra. Mas si el demandador fiçiese su deman-
da generalmente, raçonando la cosa por suya no poniendo alguna
raçon señalada porque huvo el Señorío della, si fuere la sentencia
dada contra el, porque no la pudiesse probar, no la pueda despues
demandar en ningun manera. Esto es porque allí do la demanda
generalmente encerro todas sus raçones, porque la podía deman-
dar. Pero si el demanadador quisiere decir, o mostrar alguna nueva
raçon, porque ganara el Señorío de aquella cossa despues que fue-
se dada la sentencia contra el, assi como si le fuese dada, o com-
prada, o la tuviese ganada de nuevo en otra manera qualquier, de
aquel que avia poderío de darla, o de venderla, sobre tal raçon esta
bien puede facer su demanda de nuevo, et in l. 24. antecedenti eod
tit. et p.» (31).*

Este párrafo de SALGADO DE SOMOZA es una reproducción de la Ley de Partidas que cita al frente («*Que el Demandador deve señalar de que demanda, por ciertas señales*»); pero también habrá que encontrar como aludidas las Leyes 24 y sobre todo la 27 (que he reproducido y comentado en otro trabajo ya publicado), en la cual se halla el verdadero nido de las diversas posesiones integradas en el ordenamiento civil español incluso actual.

La Ley XXV da entrada a la doctrina de la individualización de las demandas y construye la cosa juzgada en función de ella. Y lo que ahora interesa aquí: la introducción de nuevas razones (y el contexto de la ley indica que se trata de razones de *iure*), hace desaparecer la vieja cosa juzgada.

Y hubiera dicho GUASP para la actualidad:

«La razón del tiempo, la cosa juzgada material encuentra un límite, aparte de ciertas demarcaciones temporales que eventualmente la acompañan desde el principio, cuando en el ulterior transcurso cronológico cambian las circunstancias fundamentales que produjeron la resolución judicial» (32).

(31) SALGADO DE SOMOZA, *Lab. Cred.* I, III, I, pág. 636, vto. y 637, col. 1.ª, núm. 40.

(32) GUASP, «Derecho Procesal Civil», 603; mi libro *Doctrina General del Derecho Procesal* (1990), 536.

A la vez, doble acierto de SALGADO DE SOMOZA: se aprecia a través de este párrafo y reproducción de la Ley de Partidas correspondiente la existencia de cosa juzgada en los procesos sumarios posesorios (negada modernamente por los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, art. 447.2 y por otros con ínfulas de historiadores); y de otro lado, fija la doctrina sobre los efectos temporales de la cosa juzgada, ligándolos con el principio *rebus sic stantibus* (que no debe quedar como secuestrado en el terreno de los procesos cautelares).

VII. LA INADECUADA TERMINOLOGÍA DE LA LEY CONCURSAL («INCIDENTE PROCESAL»), LO SUMARIO Y LO PLENARIO

Las *quaestiones* que dan lugar al «incidente concursal» son de diversa índole e importancia. Pero los referentes a la legitimación correcta de cada acreedor —mediante su inclusión ordenada en las correspondientes listas— y la atribución, previa existencia, de cada crédito, hasta obtener una «justa» redistribución del total de la masa activa, más allá de la mera incidencia predicada por el inexacto nombre, una total esencialidad, su pertenencia al fondo del asunto, que entre todas integran.

De ahí que la resolución que recaiga en cada una de ellas; por ejemplo, artículo 64.8, contratos de trabajo individuales; artículo 72, acciones rescisorias y demás de impugnación, para la integración de la masa activa y de la pasiva; pleitos sobre cuentas indistintas, con saldos a integrar en la masa activa, artículo 79; separación de bienes ajenos de la masa, artículo 80; cuestiones en materia de reconocimiento de créditos, artículo 86, I, II; impugnaciones de las listas de acreedores incluidos y excluidos o de sus créditos, artículo 96.3 y 4; aceptación o repulsa del proyecto de convenio, artículo 129; pretensiones por incumplimiento del convenio, artículo 120.2; oposición a la calificación del concurso —que puede ser de «culpable»—, artículo 171; oposiciones a la conclusión del concurso, artículo 176.5, etc.

Por el enunciado se advierte que la expresión «resoluciones incidentales» no es la adecuada, por defecto; la de «interlocutorias», aún menos; sí cabe llamarlas «resoluciones sobre el fondo, participativas de la final sobre el mismo o sus equivalentes».

Dentro de esta calificación, la calidad de sumarias o de plenarias rápidas de tales cuestiones, se pierde de vista; deben ser plenarias rápidas —y lo son, art. 194 y sigs.— no hay diferenciación con lo plenario-ordinario, ya que éste no existe sino para las resoluciones finales, contra las que caben los recursos de casación por infracción de norma iusmaterial o iusprocesal (dejando aparte el inadecuado léxico de la LEC de 2000 y del mismo art. 197.6 de la LC).

De otro lado, creo —es una opinión— que los párrafos transcritos de un gran concursalista que lo fue SALGADO DE SOMOZA, nos inclinan a pensar en procedimientos elásticos, flexibles (*ítem*, la Exposición de Motivos de la LC de 2003, X a. p.). Recuérdese como un determinado procedimiento comienza de manera sumaria y termina... como plenario (*supra*). Ello nos dará una idea de cómo debe llevarse el proceso concursal.

VIII. LA INMEDIACIÓN, LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LA LEY CONCURSAL, LAS COMBINACIONES. PANORAMA ACTUAL

Tendencia a simplificar el procedimiento. Muy bien (Exp. de Mot. LC de 2003, II); de «procedimiento abreviado», *ibídem*, II). Muy bien. Con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 como supletorio (*ibídem*, X). Es el llamado «incidente concursal» de procedimiento en general, que «persigue... reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados» (Exp. de Mot. X); «sin merma de las garantías procesales» (Exp. de Mot. X a. f.).

Hoy el hecho de que, so pretexto de tratarse de «Medidas orgánicas», la Ley Concursal, en su Exposición de Motivos, III, envíe a los «efectos —de la declaración de concurso— que, por alcanzar a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, residencia y circulación por el territorio nacional». Esas «medidas» que comprenden hasta la de arresto domiciliario del concursado (art. 1.º, 1, 2.ª Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, al Poder Judicial») tienen un *hic* consabido: el de la mecánica de su puesta en práctica.

La Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003, en su número IV (VI y sigs.) dice que «La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se estiman de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión».

«Además, la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterior-

ridad a la declaración del concurso o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros —*Hic sunt leones*—, la acumulación de concursos; el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales; la graduación de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor —*ibidem*—, los acreedores y los contratos; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de los créditos» (Exp. de Mot., IV).

El principio de publicidad general del concurso —vehículo necesario para la intervención de los acreedores y el conocimiento social del evento— se halla en el artículo 23 de la Ley Concursal «publicidad»:

«1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones».

Aquí está la célula-madre (una de ellas) del posible triunfo o fracaso de la Ley Concursal. Esos medios tienen como desventaja el de atentar y suprimir el principio de la inmediación —hermana gemela de la oralidad— preconizado —aunque incumplido— en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (cfr. su Exp. de Mot., I).

Toda la estructura del concurso —y de cualquier proceso judicial— desmerece con la mediación, y más si ésta es sustituida por la intervención de artefactos que reproduzcan (intenten reproducir) la presencia humana: y lo que no es sino un conjunto de ficciones, se denomina pomposamente —y con merma de la «verdad»—, «verdad virtual».

Ese es el camino de las llamadas «videoconferencias» que sustituirían a las vistas, etc. Y ahí está ese tremendo fantasma de «Internet», mecanismo de transporte de ideas que también se dedica al mal: uno de sus evangelistas —sin duda— ha dicho, no sin una tremenda carga de autoestima que lo pone en solfa, que Internet «nació, como el caos que precedió al mundo antes de que Dios separara la luz de las tinieblas» (33). A ese caos nos vamos a precipitar en aras de la velocidad. No estoy seguro de que sea un acierto.

Remedios a esa prisa inhumana actual... No termino mi calificación (34).

(33) Cfr. JOSÉ GARCÍA ABAD, «A los treinta y cinco años de Internet», en *Escritura pública*, Revista del Consejo General del Notariado, número de noviembre-diciembre de 2004, pág. 18, col. 2.^a

(34) Véase mi opinión sobre las medidas cautelares del «arresto domiciliario del concursado» en relación con las de intervención de sus comunicaciones en otro trabajo ya en publicación.

RESUMEN

CONCURSAL

Se trata de una aportación moderna más a las influencias expresas o tácitas del ilustre autor castellano don Francisco Salgado de Somoza («Labyrinthus Creditorum Concurrentium») y la Ley Concursal del año 2003.

Especialmente se trata de la concentración de algunas excepciones sobre el fondo del asunto y de su escasa aplicación en la Ley Concursal citada.

Es especialmente grave el olvido de este espléndido autor con respecto a toda Europa, en donde ha sido y es conocido y respetado.

ABSTRACT

BANKRUPTCY

This is another modern contribution to the express or tacit influence of the illustrious Castilian author Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus Creditorum Concurrentium) and the 2003 Law on Meetings of Creditors.

It especially discusses the concentration of some exceptions in the heart of the matter and their infrequent application in the Law on Meetings of Creditors.

To overlook this splendid author in regard to all of Europe, where he has been and is known and respected, is an especially serious matter.

(Trabajo recibido el 16-08-05 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

Tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta en el Derecho español y en el Derecho uniforme

por

MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA

Abogado

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LOS REQUISITOS TRADICIONALES DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO ESPAÑOL:
 - 2.1. INTRODUCCIÓN.
 - 2.2. LA TEMPESTIVIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA.
 - 2.3. LA CONGRUENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA.
3. LA TEMPESTIVIDAD Y CONGRUENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO UNIFORME:
 - 3.1. INTRODUCCIÓN.
 - 3.2. LA TEMPESTIVIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO UNIFORME:
 - 3.2.1. *Introducción.*
 - 3.2.2. *La efectividad de las aceptaciones tardías.*
 - 3.3. LA CONGRUENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO UNIFORME:
 - 3.3.1. *Introducción.*
 - 3.3.2. *La ruptura de la regla del espejo.*
 - 3.3.3. *Las cláusulas sustanciales.*
4. CONCLUSIÓN:
 - 4.1. LA CRÍTICA DE LAS REGLAS DE LA TEMPESTIVIDAD Y LA CONGRUENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.
 - 4.2. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO UNIFORME: LA CONSERVACIÓN DEL CONTRATO Y LA BUENA FE.

BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el estudio de dos de los requisitos clásicos de la aceptación de la oferta, tanto desde la perspectiva del Derecho español como desde la perspectiva del Derecho Uniforme, con el fin de seguir la evolución de la que estos requisitos han sido objeto para adaptarse a las demandas de flexibilidad propias del tráfico jurídico internacional.

Tales requisitos son la exigencia de tempestividad y de congruencia de la aceptación de la oferta, en virtud de los cuales aquélla tiene que ser hecha en tiempo oportuno y ajustarse a los elementos contenidos en dicha oferta.

Con el fin de seguir la evolución a la que aludimos, primero se hará una referencia a la configuración tradicional de tales requisitos en el Derecho español, para después proceder al análisis de las normas que sobre la materia objeto de estudio se contienen en varios textos internacionales, tratando de encontrar su espíritu rector.

2. LOS REQUISITOS TRADICIONALES DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO ESPAÑOL

2.1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho español, y en general en el Derecho continental europeo, la oferta y la aceptación son elementos determinantes de la perfección del contrato, entendiendo por tal perfección el momento a partir del cual las partes quedan vinculadas en firme por la obligación creada.

Esta concepción del contrato como concurso de voluntades de dos personas se diferencia claramente de la propia del Derecho anglosajón, en el que predomina la tendencia que define el contrato como la promesa o conjunto de promesas que atribuyen a una o a las dos partes el derecho a exigir algo judicialmente (1).

En efecto, el Derecho inglés pone el acento en la idea de promesa, en la que está implicado el compromiso de actuar en el futuro, tal como de antemano se había previsto, vinculándose el contratante en torno al resultado de la promesa, que queda así garantizado (2).

Frente a la anterior concepción del contrato, el Derecho español puede considerarse heredero de la clásica definición de POTHIER, según la cual el contrato «encierra el concurso de voluntades de dos personas, de las cuales

(1) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 36.

(2) DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 128.

una promete alguna cosa a la otra, y la otra acepta la promesa que se le ha hecho» (3). Por tanto, no existe un intercambio de promesas, sino más bien una promesa u oferta que ha de ser aceptada por la otra parte para dar lugar al nacimiento del contrato.

Así, el artículo 1.258 del Código Civil español señala que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...*», mientras que el artículo 1.262 indica que «*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*» (4).

De acuerdo con los citados artículos, la perfección del contrato, a partir de la cual éste deviene exigible, se puede considerar como la manifestación del consentimiento que se produce por la concurrencia de dos declaraciones de voluntad (la oferta y la aceptación) «interdependientes y concordes o correlativas de dos o más partes en un tiempo y en un lugar determinados» (4).

Partiendo de lo anterior, la doctrina se ha encargado de poner de manifiesto cuáles son los requisitos que han de reunir tanto la oferta como la aceptación a efectos de constituir un contrato, requisitos a los que se hará una breve referencia a continuación antes de descender al estudio particularizado de los requisitos de la tempestividad y la congruencia de la aceptación de la oferta en el Derecho español y en el Derecho Uniforme.

Respecto a la oferta, se ha definido como «una declaración de voluntad que se dirige a otro para la celebración de un contrato y que contiene los elementos esenciales del mismo» (5). En cuanto supone la propuesta de celebración de un contrato determinado, la doctrina coincide en exigir que sea precisa, completa y definitiva, así como que sea seria, en el sentido de revelar inequívocamente el propósito del autor de la misma de vincularse contractualmente (6).

El requisito de que la oferta sea precisa y completa significa que la misma debe contener todos los elementos esenciales propios del contrato de que se trate, bien en sí misma considerada, bien con referencia a otras circunstancias externas pero conexas. Y como señala SCALLS PELLICER, tales elementos esenciales pueden contenerse «bien de forma concreta y detallada, o bien en sus líneas básicas y generales, sentando unos principios o criterios conforme a los cuales sea posible determinar aquéllos» (7).

(3) POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones*, traducido por DE LAS CUEVAS, M. C., Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 13.

(4) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil», en *La Ley*, 1989-2, pág. 1137.

(5) MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual*, Nereo, Barcelona, 1963, pág. 60.

(6) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 74.

(7) SCALLS PELLICER, J., «Oferta», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, dirigida por C. E. MASCAREÑAS, Francisco Seix, Barcelona, 1950, pág. 368.

En cuanto al requisito relativo al carácter definitivo de la oferta, se concreta en la exigencia de que no sean necesarias nuevas negociaciones tras la formulación de la misma, de forma que el destinatario sólo tenga que aceptarla o rechazarla tal y como viene formulada.

Precisamente este carácter definitivo de la oferta es el que permite distinguir esta figura de los tratos preliminares, que son previos a la formulación de la oferta y que se han definido como «la serie de contactos, más o menos prolongados, que entre los contratantes se dan en vista a la conclusión del negocio que pretenden realizar» (8).

En último lugar, la seriedad de la oferta se relaciona con la intención de quedar obligado por la misma, que ya se recogía en las Partidas, según las cuales: «pregunta e respuesta ha menester que sea fecha en la promission por palabras, e con entendimiento de se obligar» (9).

Por ello, LACRUZ BERDEJO ha tratado de resumir la doctrina general acerca de la oferta, señalando que sólo tiene la consideración legal de oferta la declaración de una persona que concede a otra el poder de perfeccionar un contrato sin necesidad de que la primera profiera ninguna otra declaración (10).

En cuanto a la aceptación de la oferta, es la declaración de voluntad que emite el destinatario de la oferta, «con objeto de manifestar o comunicar al proponente la conformidad con los términos de la propuesta y la voluntad del emite de que el contrato se entienda celebrado. Es una manifestación o declaración recepticia que se dirige al autor de la oferta y que determina la perfección del contrato» (11).

La doctrina coincide en señalar que los requisitos que ha de reunir la aceptación de la oferta para dar lugar al nacimiento del contrato son los siguientes: *a)* debe coincidir con la oferta en todos sus términos; *b)* debe suponer una voluntad de contratar definitiva; *c)* debe ser recepticia; *d)* debe ser tempestiva, y *e)* puede llevarse a cabo en cualquier forma (12).

El carácter definitivo de la aceptación se corresponde con el carácter definitivo de la oferta. Por ello, con la simple aceptación debe producirse la perfección del contrato, de forma que si el aceptante ha sometido el contrato a alguna condición suspensiva o resolutoria, ha aplazado su vigencia o ha formulado alguna reserva, no cabe apreciar la existencia de una verdadera aceptación de la oferta.

Por otro lado, la aceptación es una declaración recepticia, por lo que no es suficiente con que el aceptante emita su declaración de voluntad, sino que

(8) MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato...*, cit., pág. 15.

(9) Partida V, título XI, Ley segunda.

(10) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., pág. 219.

(11) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 290.

(12) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 290.

para que se perfeccione el contrato además es necesario que se desprenda de ella, dirigiéndola al proponente (13).

Respecto a la posibilidad de que la aceptación de la oferta se produzca en cualquier forma, es un principio general derivado de la inspiración anti-formalista de nuestro ordenamiento jurídico, que remonta sus orígenes al Ordenamiento de Alcalá de 1348. Sin embargo, tal principio general tiene excepciones, como sucede en los supuestos en los que el oferente ha establecido que la aceptación sólo puede tener lugar de una forma determinada, cuando el contrato exija una forma especial por imperativo legal o por una estipulación anterior de las partes, o cuando los usos de los negocios, los particulares entre las partes o el Derecho dispositivo excluyan la aceptación tácita, en cuyo caso ésta habrá de ser expresa (14).

Por último, es preciso que la aceptación de la oferta coincida con esta última en todos sus términos, así como que sea realizada en tiempo oportuno. Estos dos requisitos serán objeto de un comentario más detallado en los epígrafes siguientes, para después pasar al estudio de su tratamiento en diferentes textos del Derecho Uniforme.

2.2. LA TEMPESTIVIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA

El requisito de la tempestividad de la aceptación de la oferta significa que tal aceptación debe ser hecha en tiempo oportuno, lo que plantea la difícil cuestión de determinar en cada caso cuál es el «tiempo oportuno» en el que la misma debe recaer.

Los problemas que pueden derivarse de la aplicación de este requisito se concretan, como es natural, en los contratos celebrados entre ausentes, ya que en el caso de los contratos entre presentes no suelen existir dudas acerca del momento en el que la aceptación debe tener lugar. Y es que en estos casos, salvo que el oferente haya concedido al destinatario de la oferta un plazo o un tiempo prudencial indeterminado para que acepte, tal aceptación deberá producirse inmediatamente (15), siendo brevísimo y jurídicamente irrelevante el intervalo que media entre la oferta y la aceptación (16).

(13) Tras la modificación operada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la información y de comercio electrónico, el artículo 1.262 del Código Civil dispone que: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe...».

(14) DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 291.

(15) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., pág. 209.

(16) ROGEL VIDE, C., «Momento y lugar de formación del contrato», en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pág. 576.

Sin embargo, como ha señalado MORENO QUESADA, los contratos entre presentes pueden ser de formación instantánea (los que se celebran entre personas que intercambian sus declaraciones de voluntad de manera inmediata) o de formación sucesiva (aquellos en los que se concede un plazo para aceptar), y los contratos entre ausentes pueden ser, a su vez, de formación instantánea (a través de teléfono o télex) o de formación sucesiva (correspondencia epistolar o telegráfica) (17).

Por ello, es preferible abandonar la distinción relativa a los contratos entre presentes o entre ausentes, y distinguir entre los contratos de formación instantánea o sucesiva, siendo en estos últimos donde se plantean mayores problemas para determinar el plazo dentro del que debe recaer la aceptación de la oferta.

Así, en los contratos de formación instantánea, salvo que se haya concedido un plazo, la aceptación deberá producirse inmediatamente, por lo que el hecho de no aceptar la oferta en el acto, el silencio o el marchar sin contestar deben valer como rechazo instantáneo de la misma, «no pareciendo lógico ni posible mantener, aunque se haya mantenido por algún autor, que la oferta subsiste, mientras no sea revocada, y que, así, una posterior declaración del destinatario de la misma, en el sentido de querer aceptarla, sería eficaz» (18).

Esta interpretación permite proteger al oferente de acuerdo con una acertada aplicación del principio de seguridad jurídica, ya que en otro caso dicho oferente podría verse injustamente perjudicado si el destinatario de la oferta aceptara ésta después de un largo período de tiempo, transcurrido el cual lo razonable era pensar que la oferta había caducado.

En cuanto a los contratos de formación sucesiva, la determinación del plazo dentro del que debe recaer la aceptación es más difícil, salvo en los casos en los que el oferente haya fijado de forma unilateral un plazo dentro del cual haya de tener lugar la aceptación, o en los casos en los que este plazo haya sido fijado de común acuerdo, ya que en estos supuestos la aceptación obviamente sólo podrá tener lugar dentro del plazo concedido, y el oferente estará obligado a mantener su oferta durante el tiempo establecido para la aceptación. De esta forma, es evidente que en estos casos la aceptación no podrá ser eficaz si se produce una vez que tal plazo ya ha transcurrido.

Sin embargo, es posible que la oferta no indique plazo alguno dentro del cual haya de realizarse la aceptación. En estos supuestos, no puede entenderse que la oferta tiene una vigencia ilimitada, ya que una aceptación producida largo tiempo después de la realización de la oferta podría perjudicar al ofe-

(17) MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato...*, cit., págs. 13 y 14.

(18) SCALS PELLICER, J., *Oferta*, cit., pág. 390.

rente, cuando por algún cambio de circunstancias o por cualquier otro motivo hubiera dejado de estar interesado en concertar el contrato.

Por ello, si no se ha fijado un plazo dentro del cual haya de recaer la aceptación, ésta deberá recaer durante el período de vigencia de la oferta, siempre que ésta no haya sido revocada o se haya extinguido por muerte del oferente.

Lo anterior exige determinar, en primer lugar, el plazo de vigencia de la oferta, sobre lo que nada dispone el legislador español. Este plazo está constituido por el intervalo existente entre el plazo mínimo durante el cual la oferta debe estar en vigor y el plazo máximo de su vigencia (su caducidad).

Respecto al plazo mínimo, parte de la doctrina considera que el autor de una oferta es libre de retirarla en cualquier momento, por lo que no existiría plazo mínimo alguno de vigencia de la oferta. Sin embargo, varios autores defienden que el oferente está obligado a mantenerla, sin revocarla, durante el tiempo preciso para dar lugar a que llegue la aceptación, dependiendo la amplitud de dicho plazo de las circunstancias de hecho que concurran en cada supuesto, que se apreciarán por los Tribunales de Instancia. Se trata de la «fuerza vinculante de la oferta», en virtud de la cual toda oferta tiene un plazo implícito durante el cual el oferente no puede retirarla (19).

Según FERRÁNDIZ GABRIEL, tal limitación a la potestad de revocar durante un plazo determinado se manifiesta «en el sacrificio de tal potestad a favor de las ideas de fidelidad, creencia y confianza, inspiradoras de un modelo de conducta social que se orienta sobre el modelo de la coherencia en el comportamiento» (20).

En todo caso, la cuestión relativa a la existencia de un plazo mínimo de vigencia de la oferta está íntimamente relacionada con la posibilidad de su revocación. Y es que es preciso que la aceptación recaiga antes de que la oferta haya sido revocada por el oferente, ya que mientras la aceptación no se produce, no cabe hablar de la existencia de un contrato, y por consiguiente el oferente no queda vinculado. Por ello, se ha señalado que la revocación de la oferta es libre, mientras no haya recaído la aceptación del destinatario (21).

En este punto es preciso distinguir la revocación de la oferta de la retirada de la misma. Así, puede hablarse de una simple retirada de la oferta si aquélla tiene lugar después de que la oferta ha sido emitida pero antes de que haya llegado a conocimiento de las personas a las que va destinada, ya que en este caso la oferta deberá considerarse como no nacida.

Sin embargo, la revocación supone *stricto sensu* una nueva declaración de voluntad, cuyo fin es anular el contenido de la oferta emitida, dejándola

(19) MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato...*, cit., pág. 125.

(20) FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., «Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pág. 121.

(21) DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 284.

sin efecto, pudiendo llegar a poder del destinatario después de que éste haya tenido conocimiento de tal oferta (22).

La posición que se adopte en torno a la naturaleza recepticia o no recepticia de la revocación tiene consecuencias de enorme importancia para las partes, puesto que la adopción de una u otra interpretación será determinante de la eficacia o ineficacia de la declaración revocatoria y de la consiguiente perfección o falta de perfección del contrato. Así, algunos autores (23) señalan que se trata de una declaración de voluntad recepticia, de forma que hasta que el destinatario de la oferta no tenga conocimiento de la revocación, ésta no podrá surtir efecto.

Sin embargo, MORENO QUESADA defiende la naturaleza no recepticia de la revocación basándose en el artículo 1.258 del Código Civil, que dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. La consecuencia de esta última interpretación es que si antes del conocimiento por el oferente de la aceptación, tal oferente ha revocado su oferta, aunque esta revocación no llegue a noticia del aceptante antes que la de haberse aceptado a la del oferente, el contrato no se perfeccionará por falta del necesario concurso de voluntades entre las partes. Como explica el citado autor, «al llegarle la aceptación al autor de la oferta..., habrá exteriorizado ya su revocación, y al no persistir su voluntad contractual, faltará el otro requisito para dicho concurso, haciendo imposible la perfección del contrato» (24).

En todo caso, la revocación no siempre es posible, ya que por disposición legal, por declaración del oferente o por circunstancias de hecho, existen también ofertas irrevocables, «al menos durante un plazo temporal determinado que no deje insatisfechas las legítimas expectativas del destinatario de la oferta» (25).

Además de lo señalado previamente, es preciso determinar si existe verdaderamente un plazo máximo dentro del que debe recaer la aceptación. En este caso, se plantea la cuestión de si una oferta no aceptada ni rechazada tiene vigencia indefinida, en tanto no haya sido revocada o se haya extinguido por cualquier causa, y en consecuencia todavía puede ser aceptada.

En este punto la generalidad de la doctrina moderna entiende que las ofertas no pueden tener una duración indefinida en el tiempo, sino que todas ellas tienen un plazo razonable de caducidad, más allá del cual no pueden ser aceptadas (26).

(22) MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato...*, cit., pág. 168.

(23) SCALS PELLICER, J., *Oferta*, cit., pág. 393.

(24) MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato...*, cit., pág. 174.

(25) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, III. Contratos*, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 71.

(26) SCALS PELLICER, J., *Oferta*, cit., pág. 390.

Por ello, como ha señalado GÓMEZ LAPLAZA, en estos casos deberá acudirse a lo que sea habitual en el uso de los negocios, de acuerdo con las características de la oferta y las demás circunstancias concurrentes (27).

En términos similares, Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS señalan que la aceptación de la oferta deberá recaer dentro «del tiempo que la buena fe o los usos (art. 1.258 del Código Civil), atendiendo a la naturaleza del negocio, impongan» (28).

En definitiva, en estos casos, la aceptación deberá recaer dentro de un plazo razonable, que como ha señalado MARTÍNEZ GALLEGO «es el llamado *modicum spatium*, necesario para reflexionar, informarse y decidir, que dependerá de la naturaleza del negocio, las relaciones anteriormente mantenidas entre las partes y otras circunstancias» (29).

Esta solución es la adoptada por el Código Civil italiano, que en su artículo 1.325 señala que «la aceptación debe llegar al oferente en el término establecido por él, o en el que ordinariamente sea necesario, según la naturaleza del negocio y de los usos».

Por tanto, la valoración de si la aceptación ha sido realizada en tiempo oportuno exigirá una atenta valoración de las circunstancias concurrentes, de las conductas habituales entre las partes y de los usos de los negocios, con el fin de determinar si de tales circunstancias, conductas y circunstancias cabe inferir la vigencia o la caducidad de la oferta.

Esta solución es la que mejor garantiza el equilibrio entre los derechos del oferente y los del destinatario de la oferta, evitándose la inestabilidad e incertidumbre que se derivarían de la vigencia indefinida de la misma.

Por último, debe tenerse en cuenta que la muerte o la incapacidad del oferente también son determinantes de la extinción de la oferta, siempre que tengan lugar en un momento previo a la aceptación, e incluso después de la aceptación si el hecho de la aceptación no ha podido ser conocido por el oferente.

En definitiva, de acuerdo con lo señalado previamente, la tempestividad de la aceptación significa que ésta deberá tener lugar dentro del plazo oportuno. Es decir, antes de que el oferente haya fallecido o haya sido declarado incapaz y de que la oferta haya sido revocada, y en todo caso dentro del plazo de vigencia de la oferta, que cuando no se haya fijado por el oferente, deberá

(27) GÓMEZ LAPLAZA, C., «Artículo 1.262», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pág. 87.

(28) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 70.

(29) MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, prólogo de ALONSO PÉREZ, M., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 108.

determinarse por los Tribunales atendiendo a la naturaleza del negocio y a los usos entre las partes, entre otras circunstancias.

Como ejemplo de este criterio general, la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993/8963), resolvió un supuesto en el que no se había concretado plazo alguno de vigencia de la oferta, y señaló que «en el caso concreto que se examina, el transcurso de seis años desde la formulación de la oferta y la naturaleza del negocio (urbanización de terrenos) explica y justifica la razonabilidad de la revocación y la extemporaneidad de la aceptación producida una vez que el recurrente supo que el oferente daba por cancelada su oferta».

2.3. LA CONGRUENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA

Como se ha señalado previamente, uno de los requisitos clásicos para la eficacia de la aceptación de la oferta es que coincida con esta última en todos sus términos. Esta regla ha sido gráficamente denominada como la «regla de la imagen en el espejo» en el Derecho anglosajón («mirror image rule»), dado que se exige que la aceptación sea un fiel reflejo de la oferta, sin que pueda modificar esta última.

A este requisito alude LARENZ para señalar, al tratar de la conclusión del contrato obligatorio, que «es necesario que esta voluntad de ambas partes, claramente declarada..., sea coincidente (el llamado consenso)» (30).

Por ello, se ha llegado a afirmar que, dado que ambas declaraciones persiguen lo mismo, su verdadera diferencia se manifiesta sólo en el orden cronológico en el que se emiten, de forma que «precisamente por el orden en el que se producen merecen la consideración de una y otra» (31).

De acuerdo con lo anterior, cuando se introduce una modificación en la oferta, se produce entonces una inversión y pasa a ser oferente el destinatario de la anterior oferta. Se habla, por ello, de la «last shot rule» o regla de la última palabra (32).

La consecuencia ineludible de lo señalado previamente es que si el destinatario de la oferta no se limita a aceptar, sino que introduce en su comunicación nuevos elementos o términos que suponen una modificación de la oferta inicial, entonces no puede hablarse de la existencia de una verdadera aceptación, sino que «se está realizando una nueva oferta o contraoferta que,

(30) LARENZ, K, «Derecho de Obligaciones», Tomo I, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958, pág. 85.

(31) MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato...*, cit., pág. 7.

(32) Díez-PICAZO, L., *La formación del contrato*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVII, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, enero-marzo de 1995, pág. 24.

ahora, habrá de ser objeto de aceptación por quien inicialmente asumía la posición de oferente» (33).

Por ello, sólo puede ser considerada como una verdadera aceptación la que no requiere, a su vez, ser aceptada, por no modificar los términos en que ha sido formulada una verdadera oferta (34).

De esta forma, al plantearse si es admisible como aceptación la que introduce modificaciones en la propuesta, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS señalan que «no debe ser considerada apta para perfeccionar el contrato porque no coincide exactamente con la voluntad del oferente. En realidad habrá una contraoferta, que es una oferta que hace ahora el destinatario, pero la primera hay que darla por extinguida por no aceptación» (35).

La postura de la doctrina tradicional española sobre esta materia, a la que se alude previamente, encuentra respaldo en la redacción del artículo 54 del Código de Comercio, relativo a la contratación por correspondencia, ya que el mismo señala que la perfección del contrato tiene lugar «*desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada*», por lo que se deduce que se puede aceptar la oferta o la contraoferta, pero no una oferta con condiciones que la modifiquen.

Una cuestión derivada de la teoría de la imagen en el espejo es la relativa a las consecuencias que la contraoferta produce sobre la primera oferta, y en particular, si se mantiene la vigencia o se produce la caducidad de dicha oferta primitiva, lo que reviste gran importancia sobre todo en los supuestos en los que todavía se puede aceptar la oferta dentro de plazo.

Según DÍEZ-PICAZO, la opción más acorde con la libertad individual y la menos gravosa para las partes es la de entender que la contraoferta implica la caducidad de la oferta primitiva (36). De esta forma, si el destinatario de la oferta ha realizado una contraoferta que ha sido rechazada por el primitivo oferente, después no podría aceptar la oferta original, al haber caducado como consecuencia de la contraoferta.

A diferencia de lo que sucede con la regla de la tempestividad de la aceptación de la oferta, la regla sobre la concordancia entre la oferta y la aceptación ha sido aplicada en numerosas ocasiones por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en el caso de la sentencia de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993/2395), que señaló que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, que marca el final del “iter” formativo del contrato, el final de los actos preliminares del mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los elementos determinantes del objeto y de la causa, para que la posterior aceptación de-

(33) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios...*, cit., pág. 70.

(34) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., pág. 204.

(35) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., pág. 71.

(36) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 284.

termine el concurso respecto de ellos, sin introducir modificación alguna que requiriese nuevo acuerdo».

En términos similares, la sentencia de 7 de junio de 1986 (*RJ* 1986/3296) señaló que «la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se ha perfeccionado, habiendo de constar de modo inequívoco y claro la coincidencia de oferta y aceptación, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente, y sin que sea posible apreciar la existencia de aceptación cuando se formulan modificaciones o alterando la propuesta o sometiéndola a condición».

Esta conclusión queda aún más patente en la sentencia de 20 de julio de 1990 (*RJ* 1990/6120), en la que el Tribunal Supremo afirma que «las negociaciones y contactos que mantuvieron las partes no pasaron de ser más que una cadena de ofertas y contraofertas que en ningún momento implicaron la emisión de un verdadero y propio consentimiento, habida cuenta de las continuas modificaciones y condicionamientos que se ponen de manifiesto con la correspondencia cruzada entre las partes».

Por tanto, en casi todas las sentencias del Alto Tribunal que tienen que resolver sobre la existencia de un contrato cuando se han introducido modificaciones en la oferta originaria, se acaba concluyendo que «la conjunción oferta-aceptación debe ser coincidente y cualquier modificación por el destinatario supone la continuación de las relaciones preliminares que la oferta ocasiona» (sentencia de 26 de febrero de 1994, *RJ* 1994/1198).

Particular interés reviste a estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2000 (*RJ* 2000/454), en la que se resolvió sobre la existencia de un contrato de compraventa de yute, alegando la parte compradora la inexistencia del contrato y la parte vendedora lo contrario.

La parte compradora había contestado a la oferta de la vendedora con dos faxes en un mismo día, y en uno de ellos, el posterior en el tiempo, se había introducido una modificación en el precio, en lo que se amparaba la parte compradora para alegar la inexistencia del contrato por entender que se había realizado una contraoferta y no una verdadera aceptación.

Frente a esta argumentación, el Tribunal Supremo concluye señalando que en el primer fax sí existió una verdadera aceptación, y el segundo fax no fue más que un intento de «renegociación» del precio que ya había sido pactado.

En definitiva, no cabe duda de que la Jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina tradicional, sostiene mayoritariamente la aplicabilidad de la tradicional teoría del espejo, en virtud de la cual la aceptación debe adecuarse de forma estricta a la oferta de contrato.

Sin embargo, no puede olvidarse que la Jurisprudencia considera una cuestión de hecho la determinación de la concurrencia de los requisitos necesarios para la existencia de un contrato, y que la constatación de dicha existencia es facultad de los Tribunales de Instancia (STS de 3 de junio de

1968 [RJ 1968/3064] y de 25 de febrero de 1995 [1995/1643], entre otras), así como que también es una cuestión de hecho la determinación de si existe o no consentimiento.

De esta forma, algunas sentencias se han apartado del estricto criterio de la regla del espejo, como es el caso de las de 3 de noviembre de 1955 (RJ 1955/3564), de 30 de enero de 1965 (RJ 1965/1803) o de 30 de octubre de 1995 (RJ 1995/8352).

En esta última se enjuiciaba un supuesto en el que la recurrente sostenía la inexistencia del contrato de compraventa por existir «desconexión y falta de concurso» entre la oferta y la aceptación. Uno de los elementos de la oferta aludía a la fecha de la carga de la mercancía en el buque, y en su comunicación aceptando la oferta, la parte compradora modificó dicha fecha de embarque.

El Tribunal Supremo declaró que efectivamente existía un contrato, afirmando que «la razón esencial en virtud de la cual se llega al pronunciamiento favorable a la existencia del contrato no es otra sino que el oferente no hizo inmediata protesta de la fecha de embarque consignada en la aceptación», y que «para atender a la voluntad de las partes debe estarse a lo expresamente pactado y a los actos coetáneos y posteriores de las mismas (art. 1.282 del Código Civil)...»

La interpretación jurisprudencial adoptada en los fallos de 3 de noviembre de 1955 y de 30 de enero de 1965, similar a la de la sentencia de 30 de octubre de 1995, fue criticada por ALBALADEJO, para quien la única manera de justificar semejante interpretación consistía en entender que el aceptante aceptó total e incondicionadamente la oferta que se le hizo, de tal manera que el contrato quedó ya perfeccionado, y que acto seguido, con la misma aceptación, el aceptante sugirió al oferente una modificación o puntualización del texto ya aceptado del contrato, «modificación o puntualización que, de aceptarse por el primer oferente, daría lugar a un segundo contrato que rectificaría o complementaría el primero; pero que de no aceptarse por aquél, no alteraría en absoluto el consentimiento ya prestado por el aceptante a la primera oferta» (37).

La anterior interpretación, a la que cabría atribuir el mérito de favorecer la formación del contrato, presenta sin embargo el inconveniente de asumir la ficción de que cuando el destinatario de la oferta primitiva la contesta, está, por un lado, aceptándola, y por el otro, realizando una contraoferta, lo que no se cohonestaría bien con la búsqueda de la verdadera intención de las partes como primer criterio interpretativo de los contratos.

Por tanto, parece más adecuado entender que una aceptación con modificaciones merece la consideración de una simple contraoferta cuando las modificaciones sean importantes, y a *sensu contrario*, que es una verdadera

(37) SCALS PELLICER, J., *Oferta*, cit., pág. 387.

aceptación cuando las modificaciones introducidas no puedan considerarse relevantes y el oferente no muestre su disconformidad.

En todo caso, de lo que no cabe duda es de que, si bien la Jurisprudencia suele aplicar de forma rigurosa la regla del espejo, en algunas ocasiones se han realizado interpretaciones flexibles de la misma, en supuestos en los que una aplicación clara de dicha regla tendría que haber llevado a la apreciación de la inexistencia de contrato por haberse introducido elementos nuevos o distintos en la pretendida aceptación.

Por último, desde el punto de vista doctrinal merece especial atención la crítica realizada por DURANY PICH, que al estudiar esta materia ha destacado «la falta de adecuación de nuestra doctrina tradicional de contratos a las necesidades de las transacciones modernas, y en concreto de lo anticuado del requisito de la perfecta identidad entre la oferta y la aceptación» (38).

El citado autor no se ha limitado a la crítica, sino que también ha realizado una novedosa interpretación con el fin de evitar la consideración como una simple contraoferta de una aceptación con modificaciones. Así, el citado autor ha centrado su atención en el carácter negociado o no negociado de las cláusulas en las que se produzca la divergencia entre la oferta y la aceptación, y partiendo de la consideración de que la mayoría de los contratos que se concluyen actualmente no son personalizados, sino en masa, propone que el acuerdo contractual debe versar sobre lo realmente negociado, de tal manera que «aunque la oferta y la aceptación no coincidan, siempre que esa disconformidad se base sobre elementos no efectivamente negociados por las partes, el contrato se forma» (39).

En definitiva, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia españolas se pueden apreciar tímidos intentos de flexibilizar la regla tradicional de la imagen en el espejo, intentos en los que seguramente han influido las soluciones que sobre esta cuestión se han plantado por otros ordenamientos jurídicos y por el Derecho Uniforme.

3. LA TEMPESTIVIDAD Y CONGRUENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO UNIFORME

3.1. INTRODUCCIÓN

Una vez expuesto el esquema general básico en el que los requisitos de la tempestividad y la congruencia de la aceptación de la oferta se enmarcan,

(38) DURANY PICH, S., *Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLV, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, julio-septiembre de 1992, pág. 1094.

(39) DURANY PICH, S., *Sobre la necesidad...*, cit., pág. 1069.

así como el tratamiento que los mismos reciben en el Derecho español, es preciso hacer referencia a la regulación que sobre los mismos se contiene en el Derecho Uniforme, tal y como se expuso al inicio de este trabajo.

Para ello se tendrán en cuenta tres textos con diferente naturaleza, finalidad y destinatarios, pero que comparten un mismo espíritu en cuanto a la regulación de la tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta.

En efecto, de la lectura de los artículos de los textos que van a ser objeto de estudio se revela claramente que unos han influido decisivamente sobre otros, de forma que, si bien entre ellos pueden apreciarse ciertas diferencias de redacción, es evidente que todos ellos comparten un afán de flexibilidad cuya última finalidad es la de permitir la conservación de los contratos y evitar las penosas consecuencias que podrían derivarse para las partes en caso de una posible declaración de inexistencia de los mismos.

Estos tres textos internacionales son la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, publicados en 1995, y los Principios de Derecho Contractual Europeo, publicados a mediados del año 2000.

La Convención de Viena, que proporciona un texto uniforme sobre el derecho de la compraventa internacional de mercaderías, es un claro ejemplo de conciliación entre diferentes tradiciones jurídicas. Y las normas de esta Convención, además de haber supuesto un gran avance al crear un derecho unificado de la compraventa internacional de mercaderías (40) han servido de inspiración para otros textos posteriores de Derecho Uniforme.

En cuanto a los Principios de UNIDROIT, suponen la creación de un conjunto equilibrado de reglas jurídicas que pueden ser incorporadas por los contratantes en sus relaciones contractuales, por lo que han sido considerados como un gran avance hacia la igualdad en las relaciones comerciales internacionales (fueron redactados por juristas de los principales sistemas jurídicos del mundo y evitan acogerse a la terminología exclusiva de un ordenamiento concreto).

La mayoría de la doctrina coincide en negar que puedan considerarse como «ley aplicable al contrato», ya que no constituyen un ordenamiento jurídico completo con carácter de plenitud (41) del que se pueda predicar la

(40) Existen dos formas por las que la Convención de Viena puede devenir territorialmente aplicable: uno, cuando se trate de un contrato entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes que sean contratantes [art. 1.a) CNUCCIM]; dos, cuando las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante [art. 1.b) CNUCCIM].

(41) CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOA GONZÁLEZ, J., «Contrato internacional, nueva *Lex Mercatoria* y Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo 2, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1543, 1553 y 1556.

ausencia de lagunas. Sin embargo, pueden ser aplicados, y lo son habitualmente en la práctica de los negocios internacionales, cuando las partes se hayan remitido en el contrato a la *lex mercatoria*, «los usos del comercio internacional» o «los principios generales del Derecho».

En cuanto a los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante «PECL», por «Principles of European Contract Law»), además del propósito de armonización señalado para los Principios de UNIDROIT, tienen la pretensión de promover una futura unificación del Derecho Privado a nivel europeo (42), constituyendo dichos principios un simple primer paso para el logro de tan ambicioso objetivo.

Así, a pesar de que LEGRAND ha afirmado que «los sistemas jurídicos europeos no son convergentes» (43), VAN CAENEGEM se muestra moderadamente optimista, afirmando que «la historia muestra que en el pasado nuevas formaciones políticas amplias han propendido a desarrollar sistemas jurídicos propios», y que «la ciencia jurídica ha jugado un papel pionero preparatorio en el camino hacia la unificación» (44).

En definitiva, los textos mencionados constituyen distintas manifestaciones del Derecho Uniforme, y son ejemplos paradigmáticos de la conciliación de diferentes tradiciones jurídicas, ofreciendo una respuesta similar en muchos de los aspectos que regulan, entre ellos la tempestividad y la congruencia de la aceptación de la oferta, tal y como se expone a continuación.

3.2. LA TEMPESTIVIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO UNIFORME

3.2.1. *Introducción*

Los tres textos que van a ser objeto de comentario se refieren a la tempestividad de la aceptación partiendo de un claro principio general, al que ya se ha aludido previamente; la oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente, y si no se hubiera fijado un plazo, dentro del que sea razonable, atendidas las circunstancias. Se exceptúan de esta regla las ofertas verbales, que habrán de ser aceptadas inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

(42) La Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 1989, solicitó la iniciación de los trabajos preparatorios para redactar un Código Europeo de Derecho Privado, siendo repetida esta demanda por la Resolución de 6 de mayo de 1994.

(43) LEGRAND, P., «European legal systems are not converging», en *International and Comparative Law Quarterly* 45, 1996, pág. 52.

(44) VAN CAEGEM, R. C., *Pasado y futuro del Derecho Europeo*, trad. por Díez-PICAZO, L., Civitas, Madrid, 2003, pág. 46.

Este principio se recoge claramente en el artículo 18.2 de la Convención de Viena, en el artículo 2.7 de los Principios UNIDROIT y en el artículo 2.206 de los PECL.

En todo caso, es preciso que la aceptación tenga lugar antes de que la oferta haya sido revocada, como es natural, por lo que los tres textos distinguen entre la retirada y la revocación de la oferta, de modo similar al ya expuesto al tratar del Derecho español.

Así, se parte del principio general de que la oferta puede ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta, ya que en este caso la oferta no puede tenerse por nacida (art. 15 de la Convención de Viena y 2.3 de los Principios de UNIDROIT).

Sin embargo, la revocación, que puede tener lugar cuando la oferta ya ha llegado al destinatario, sólo producirá efecto si llega al mismo antes de que éste haya enviado la aceptación (art. 16 de la Convención, 2.4 de los Principios de UNIDROIT y 2.202 de los PECL), considerándose por tanto como una declaración de naturaleza recepticia.

En cuanto a la referencia a un plazo «razonable» como plazo límite de vigencia de la oferta en los casos en los que no se haya fijado plazo alguno por parte del oferente, puede asimilarse a la referencia que la doctrina española hace a la buena fe o a los usos de los negocios como criterios para la determinación de tal plazo (45).

En definitiva, se haya fijado o no un plazo de vigencia de la oferta, la aceptación de ésta debe llegar en un plazo adecuado, por lo que es el aceptante el que corre con los riesgos por pérdida o retraso de la comunicación, de forma que «al cargar al aceptante los riesgos por la transmisión, se le mueve a procurarla por un medio adecuado» (46).

Sin embargo, los textos de Derecho Uniforme introducen una novedad significativa en sus respectivos articulados; la de permitir la efectividad de las aceptaciones que han sido realizadas de forma intempestiva, con ciertas cautelas y tratando de garantizar debidamente los intereses de ambas partes, tal como se pone de manifiesto a continuación.

(45) El artículo 1.301 de los PECL define qué se entiende por «razonable», señalando que «para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de atenderse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o ramo de actividad a que el mismo se refiera».

(46) ADAME GODDARD, J., *Estudios de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1991, pág. 103.

3.2.2. *La efectividad de las aceptaciones tardías*

De acuerdo con lo anterior, sin perjuicio de mantener la plena validez de la regla general de ineficacia de las aceptaciones realizadas de forma intempestiva, se introducen ciertos matices con el fin loable de permitir la conservación del contrato.

Para ello, tales textos distinguen claramente dos supuestos diferentes, según que el retraso en la transmisión de la comunicación en la que se manifiesta la aceptación de la oferta sea imputable al que la realiza o a los medios de transmisión a través de los cuales la realiza.

3.2.3. *Aceptación tardía sin retrasos en la comunicación*

El artículo 21.1 de la Convención de Viena señala que «*la aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido*».

En términos similares, el artículo 2.9.1 de los Principios UNIDROIT señala que «*no obstante, la aceptación tardía producirá efectos si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido*».

Por último, el artículo 2.207 de los PECL señala que «*no obstante, una aceptación tardía valdrá como aceptación si el oferente, sin demora, comunica al destinatario que la acepta como tal*».

El fundamento último de la solución prevista en los precedentes artículos es que la regla de la caducidad de la oferta está establecida en interés del oferente, por lo que si él mismo aún está interesado en vincularse jurídicamente a pesar del carácter tardío de la aceptación, no sería lógico negar la existencia del contrato.

En este sentido, PERALES VISCASILLAS ha señalado que «si el oferente quiere seguir vinculado no se le debe negar esa posibilidad por un mero defecto temporal que él está dispuesto a soportar» (47).

Por otro lado, los artículos mencionados parten de la presunción de que el aceptante es el causante de la caducidad de la oferta, presumiéndose que envía tarde la declaración de aceptación. Y esta circunstancia viene a significar la carga para el oferente de notificar la validación de la aceptación si desea que las consecuencias de esa aceptación tardía —ineficaz por la pérdida de vigencia— varíen (48).

(47) PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 598.

(48) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 599.

Dicha validación de la aceptación tardía no puede considerarse en ningún caso como la aceptación de una contraoferta, sino como «un acto que dota de efectividad a la aceptación a pesar de su carácter tardío» (49).

Esta distinción tiene importantes consecuencias en cuanto al momento de perfección del contrato, ya que al dotarse de efectividad a una aceptación, el contrato no se considera formado cuando se envía la comunicación en tal sentido, sino con la llegada de la aceptación.

Por ello, se reconoce que la declaración del oferente, dando efectividad a la aceptación intempestiva, tiene un cierto efecto retroactivo, ya que «el contrato se considera celebrado en el momento en que la aceptación tardía llega al oferente, y no cuando el oferente informa al destinatario de su intención de considerar válida la aceptación tardía» (50).

En cuanto al modo de realizar tal acto de aprobación o validación de la aceptación tardía, según OLE LANDO y HUGH BEALE, la comunicación no necesita ser una declaración expresa de aceptación, de forma que «enviar por giro telegráfico el importe de lo adquirido, que llega al destinatario tan pronto como llegaría una comunicación, puede bastar para que el contrato surta efecto» (51).

En todo caso, la regla de la efectividad de las aceptaciones tardías debe preservar adecuadamente los intereses de ambas partes contratantes, por lo que debe adoptarse con ciertas cautelas y garantías.

Por ello, aunque la regla de la caducidad de la oferta está establecida en interés del oferente, el interés del aceptante también debe ser debidamente protegido, por lo que «si él ha conocido, como es de suponer, el carácter tardío de su propia aceptación y no ha recibido en plazo inmediato ninguna comunicación del oferente, en ningún sentido, puede legítimamente considerar que su aceptación no ha sido efectiva, que está liberado de todo vínculo, y como consecuencia de ello, establecer otros negocios diferentes» (52).

Es precisamente para proteger los intereses del aceptante por lo que se exige que la comunicación del oferente, validando la aceptación tardía, se realice «sin demora», ya que en caso de no recibirse la validación por el aceptante en un breve plazo podrá considerar que está liberado de todo vínculo al haber sido su aceptación tardía.

La expresión «sin demora» corresponde a un concepto jurídico indeterminado cuya interpretación encierra una clara discrecionalidad. No obstante, se

(49) Díez-PICAZO, L., *La formación...*, cit., pág. 29.

(50) BONELL, M. J., Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. española de A. M. GARRO, UNIDROIT, Roma, 1995, pág. 41.

(51) LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II* (Los Trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»), trad. de BARRES BENLLOCH, P., Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pág. 247.

(52) Díez-PICAZO, L., *La formación...*, cit., pág. 29.

ha señalado que «el período que debe mediar hasta el envío por el oferente de la comunicación en uno u otro sentido debería ser, de conformidad con esa obligación de comunicar sin demora, el de los días inmediatamente siguientes a la llegada, a menos que exista una excusa razonable para no atender en su momento a la declaración» (53).

Esta solución, en virtud de la cual el oferente puede validar la aceptación tardía, mediante la que se pretende introducir cierta flexibilidad en la fase de formación del contrato, no se recoge en el ordenamiento jurídico español, tal y como se ha estudiado previamente. A pesar de ello, Díez-PICAZO ha señalado que la misma, aplicable hoy a las ventas internacionales de mercaderías, «puede generalizarse a los restantes contratos, toda vez que la consideración de la aceptación como tardía es un derecho o facultad del oferente al que éste puede renunciar» (54).

3.2.4. *Aceptación tardía por retrasos en la comunicación*

En el apartado anterior se ha hecho referencia a las reglas aplicables cuando el retraso en la aceptación es imputable al destinatario de la oferta. Sin embargo, los mismos textos regulan un supuesto diferente; el caso en el que el retraso en la aceptación no le fuera imputable al aceptante, sino al medio de comunicación empleado.

En este sentido, el artículo 21.2 de la Convención de Viena señala lo siguiente:

«Si la carta u otra comunicación por escrito, que contenga una aceptación tardía, indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido».

En términos prácticamente idénticos se pronuncian el artículo 2.9 de los Principios de UNIDROIT y el artículo 2.207 de los PECL.

A diferencia de lo que sucedía en el supuesto regulado en el apartado anterior, en este caso se parte de la premisa de que el aceptante ha realizado de forma oportuna todos los pasos necesarios para la perfección del contrato, desplegando la diligencia que le era exigible para que la comunicación de aceptación llegara dentro de plazo al oferente.

(53) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 600.

(54) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 291.

Por ello, es precisamente «la ausencia de negligencia o descuido por parte del aceptante —que recordemos envía a tiempo su respuesta— la circunstancia determinante de la diferencia de régimen entre los dos párrafos del artículo 21 de la Convención de Viena» (55).

Como resulta del texto de los artículos mencionados, en este caso se invierte el régimen previsto en el apartado anterior. Y es que cuando el retraso en la aceptación era imputable a la negligencia del aceptante, la regla general era la ineficacia de dicha aceptación tardía, salvo que el oferente ratificase su validez mediante una comunicación posterior.

Sin embargo, en el presente caso, dado que el aceptante no ha incurrido en negligencia, sino que el retraso es debido al defectuoso funcionamiento del medio de comunicación, la regla general es la validez de la aceptación que ha llegado tarde, salvo que el oferente rechaze tal validez mediante una comunicación que habrá de dirigir al aceptante.

Por tanto, en este último supuesto, el silencio del oferente opera como convalidación de la aceptación tardía, protegiendo la confianza del aceptante, que ha actuado diligentemente e ignora que su aceptación ha llegado tarde al oferente por un retraso producido en su transmisión.

En efecto, «la confianza depositada por el destinatario en que la aceptación ha llegado a tiempo merece protección, por lo que en este supuesto la aceptación tardía surtirá efectos a menos que el oferente informe sin demora injustificada al destinatario que considera la oferta caducada» (56).

Esta diferencia de régimen (en el primer caso, el silencio del oferente implica la ineficacia de la aceptación tardía, mientras que en el caso aquí estudiado el mismo silencio implica la válida perfección del contrato) corresponde a dos supuestos diferentes, pero la concurrencia de uno u otro no siempre será evidente.

Por ello, una de las consecuencias más evidentes del artículo 21.2 de la Convención de Viena es que «el oferente tiene la carga de calcular el tiempo de transmisión de una declaración de voluntad para determinar si la aceptación se envió tarde o si el retraso en la llegada de la misma se debe a un defecto durante el proceso de transmisión de la declaración de voluntad». Tal investigación habrá de realizarse «comparando la fecha de la carta o del matasellos con la de la llegada en el caso de la correspondencia postal, mientras que para la correspondencia telegráfica se realizará en función de los datos contenidos en el telegrama». Además, deberán tenerse en cuenta los hechos objetivos que se deriven del contenido de la comunicación, teniendo en cuenta que la carta se puede haber postdatado o antedatado (57).

(55) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 610.

(56) BONELL, *Principios...*, cit., pág. 42.

(57) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 610.

Algunos autores han vinculado la comunicación que puede realizar el oferente con el deber general de buena fe que debe presidir las relaciones entre las partes. En este sentido, se considera que «la buena fe exige de nuevo que el oferente se pronuncie sobre tal aceptación, de manera que si guarda silencio la aceptación tardía debe ser efectiva y determinar la formación del contrato» (58).

Por otro lado, al igual que en el caso que era objeto de comentario en el apartado anterior, en este caso la comunicación del oferente rechazando la validez de la aceptación deberá realizarse «sin demora», con el fin de no perjudicar las legítimas expectativas del aceptante, que, al ignorar que su aceptación llegó tarde al oferente, no tenía motivo alguno para sospechar una posible falta de perfección del contrato.

Por último, en lo que respecta al momento en el que deberá considerarse perfeccionado el contrato, será el de la llegada de la aceptación tardía, «aunque en la práctica se extiende hasta el tiempo límite de que dispone el oferente, un plazo que se cualifica por la expresión *sin demora injustificada*, para informar al aceptante de la caducidad de la oferta» (59).

3.3. LA CONGRUENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO UNIFORME

3.3.1. *Introducción*

Como se ha puesto de manifiesto al tratar de la congruencia de la aceptación de la oferta en el Derecho español, éste se basa claramente en la teoría de «la imagen en el espejo», en virtud de la cual la aceptación tiene que coincidir en todos sus elementos con la oferta, hasta el punto de que la mayoría de la Jurisprudencia señala que si se incluye alguna modificación en la aceptación, entonces no puede ser calificada como tal aceptación, sino como una simple contraoferta, de acuerdo con la regla del último disparo («last shot rule»).

Esta misma regla general se recoge en los textos que en este trabajo son objeto de comentario. Así, el artículo 19 de la Convención de Viena señala lo siguiente:

«La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se

(58) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *Los Principios...*, cit., pág. 194.

(59) PERALES VISCASILLAS, M. P., «Formación del contrato», en la obra *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, coordinada por MORÁN BOVIO, D., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pág. 138.

considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta».

En términos prácticamente idénticos se expresan tanto el art. 2.11.1 (60) de los Principios de UNIDROIT como el artículo 2.208 (61) de los PECL, por lo que los tres textos examinados recogen la regla clásica de «la imagen en el espejo», a la que ya se ha aludido previamente.

Al tratar de la regulación contenida en la Convención de Viena, PERALES VISCASILLAS ha señalado que los efectos que se producirán cuando exista una «respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones» son los siguientes: *a)* se impide la perfección del contrato; *b)* la primitiva oferta se extingue (a idéntica conclusión llega Díez-PICAZO al tratar del tratamiento de este requisito en el Derecho español, como se expuso previamente); *c)* la respuesta no puede considerarse una verdadera aceptación; *d)* en cambio, es una contraoferta que deberá ser aceptada por el primitivo oferente (62).

De los anteriores efectos, se hará una breve referencia en este apartado al efecto de la extinción de la oferta primitiva que se deriva de forma clara de la regulación contenida en la Convención de Viena.

Así, en relación con el efecto de la extinción de la oferta primitiva como consecuencia de la contraoferta realizada, DURANY PICH coincide en que el Convenio «zanja de paso, y en sentido afirmativo, la discusión sobre si la contraoferta comporta o no la revocación de la oferta primitiva: ésta quedará extinguida desde el momento en que la contraoferta (la aceptación alterada) llegue al oferente».

Esta conclusión, que según señala el citado autor, no estuvo exenta de discusión en los grupos de trabajo de la Convención, se deriva de la interpretación conjunta de los artículos 17 y 19 de la citada Convención de Viena, el primero de los cuales afirma tajantemente que «*la oferta, aún cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente*».

Por tanto, partiendo de que la pretendida aceptación que modifique algún término de la oferta se considera un rechazo de la misma, entonces ésta deberá considerarse extinguida cuando tal pretendida aceptación (realmente una contraoferta) llegue al oferente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención.

(60) «*La respuesta a una oferta hecha en términos de aceptación, pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta*».

(61) «*Toda respuesta del destinatario que estipule o implique nuevos o diferentes términos que alteren de manera esencial los términos de la oferta constituye un rechazo de la oferta inicial y, a su vez, una nueva oferta*».

(62) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 630.

Respecto al término «respuesta», DURANY PICH señala que debe entenderse en sentido amplio, afirmando que no es correcto sostener que el artículo 19.1 de la Convención se circunscribe sólo a las contestaciones orales o por escrito, sino también a «todo acto del destinatario que pretenda indicar asentimiento».

Si bien esta interpretación se refiere únicamente al artículo 19 de la Convención de Viena, también debe entenderse válida para los Principios de UNIDROIT y los PECL, que se refieren, respectivamente, a «*la respuesta a una oferta hecha en términos de aceptación*» y a «*toda respuesta del destinatario que estipule o implique nuevos o diferentes términos*».

3.3.2. La ruptura de la regla de la imagen en el espejo

Como se ha expuesto previamente, los textos mencionados parten del principio general de que la aceptación tiene que coincidir con la oferta, ya que en caso contrario no habría una verdadera aceptación sino una contraoferta.

Sin embargo, el rigor de la regla de la imagen en el espejo puede conducir en ocasiones a soluciones contrarias al principio de conservación de los negocios, ya que la inclusión en la aceptación de cualquier modificación irrelevante de la oferta siempre podría ser utilizada por el oferente para alegar la inexistencia del contrato.

También se ha señalado que la citada regla «refleja la propuesta que una sociedad agraria y poco industrializada daba al problema de la aceptación con modificaciones, siendo por consiguiente anacrónica e impropia para responder a las nuevas relaciones mercantiles, y muy especialmente a las transacciones de carácter internacional» (63).

Por su parte, DíEZ-PICAZO recuerda que la regla de la última palabra o de la contraoferta «presenta el inconveniente de conceder la última palabra al primitivo oferente, ya que los términos de su propuesta son los que deben regir el contrato», así que «como es normal que sea el vendedor quien confirma el pedido, la regla otorga evidentes ventajas a los vendedores en detrimento de los compradores, y que, además, ello ocurre de manera gratuita e innecesaria» (64).

(63) OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena. La indemnización de daños y perjuicios y el deber de mitigar “ex” artículo 77 CISG», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm 5/2000, pág. 211.

(64) DíEZ-PICAZO, L., «Formación del contrato», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, coordinada por DíEZ-PICAZO, L., Civitas, Madrid, 1998, pág. 187.

Por ello, los textos objeto de estudio tratan de introducir criterios de flexibilidad que, sin romper con la doctrina tradicional sobre la necesidad de congruencia entre la oferta y la aceptación, permitan la conservación del contrato en los casos en que las modificaciones introducidas en la aceptación no sean «sustanciales» o «esenciales».

A este fin obedece la redacción del artículo 19.2 de la Convención de Viena, que dispone lo siguiente:

«No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación».

En términos prácticamente idénticos se expresan el artículo 2.11.2 de los Principios de UNIDROIT (65) y el artículo 2.208 de los PECL (66). Los tres textos prevén que la alteración de la oferta, sea o no «sustancial» o «esencial», puede producirse tanto en el caso de que se trate de términos diferentes, que son distintos en comparación con los términos de la oferta, como en el caso de que se trate de términos adicionales, que se suman o añaden al contenido de dicha oferta.

Antes de proceder al estudio de la solución contenida en estos textos y de la interpretación que la doctrina realiza de algunos de los requisitos previstos en ellos, es preciso hacer hincapié en que no toda respuesta a una oferta deberá ser considerada como una aceptación o una contraoferta.

Este es el caso de las «comunicaciones en las que se informa del recibo de la oferta o en las que se agradece su envío, debido a que, por sí mismas, no implican necesariamente voluntariedad de aceptar» (67).

Del mismo modo, tampoco toda respuesta a la que se añada algún término habrá de considerarse como una modificación de la misma. Y es que el destinatario de una proposición de contratar puede conformarse con la misma

(65) *«No obstante, la respuesta a una oferta que, pretendiendo ser una aceptación, contenga estipulaciones adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente las de la oferta constituirá una aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. Si el oferente no formula objeción, las estipulaciones del contrato serán las de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación».*

(66) *«Una respuesta clara de aceptación de la oferta, aún cuando estipule o implique nuevos o diferentes términos, se entenderá como verdadera aceptación en tanto esas modificaciones no alteren de manera esencial los términos de la oferta. En tal caso, los nuevos términos o los términos modificados pasan a formar parte del contrato».*

(67) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 642.

y no modificar ninguno de sus términos, sean o no sustanciales, pero, al mismo tiempo, introducir en su respuesta expresiones de desagrado, quejas o deseos o solicitar algún tipo de información.

En los casos anteriores no serán de aplicación los artículos objeto de estudio en este epígrafe, ya que éstos se aplican únicamente a la respuesta a la oferta que «pretenda ser una aceptación».

Dentro de las respuestas a la oferta que «pretendan» ser una aceptación, el artículo 19.2 de la Convención de Viena, así como los artículos 2.11.2 de los Principios de UNIDROIT y 2.208 de los PECL, aluden a las alteraciones sustanciales o esenciales, por lo que obligan a distinguir entre las alteraciones de la oferta de carácter «esencial» o «sustancial» y las alteraciones que no tengan tal carácter.

Así, cuando la alteración deba considerarse «sustancial» o «esencial», será aplicable la regla general recogida en anteriores apartados de este trabajo, de forma que la pretendida aceptación con modificaciones «sustanciales» de la oferta no podrá merecer la consideración de una verdadera aceptación, sino que será una simple contraoferta.

Sin embargo, en el segundo caso, el carácter no «sustancial» o «esencial» de la modificación introducida en la respuesta justifica la consideración de esta última como una verdadera aceptación, y no como una contraoferta, si bien se concede al oferente la posibilidad de rechazar tal aceptación mediante una objeción realizada «sin demora injustificada».

Esta solución se ha definido, en contraposición con la regla de la imagen en el espejo, como la regla del «espejo de feria», porque la aceptación ya no tiene que ser como un reflejo exacto de la oferta, sino que bastará con que coincida en lo fundamental, aunque la imagen del espejo se distorsione.

De esta forma, el análisis de toda respuesta a una oferta debe comenzar con la pregunta relativa a si los términos de la aceptación se adaptan exactamente a los términos de la oferta. Y en el caso de que no sea así, los términos de la oferta deberán compararse con objeto de decidir si esa falta de adecuación se refiere a elementos sustanciales o a elementos meramente accidentales, «lo que es trascendental, porque una variación sin importancia no cobra suficiente entidad como para privar a la respuesta a la oferta de su carácter de aceptación» (68).

Por tanto, en los tres textos que están siendo objeto de comentario cabe apreciar la afirmación de una regla general, una excepción y una contraexcepción.

En virtud de la regla general, cuando la respuesta a una oferta modifica esta última, no puede merecer la consideración de aceptación, sino de contraoferta. En virtud de la excepción, cuando la modificación no altera sustan-

(68) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 636.

cialmente los términos de la oferta, vale como aceptación. Por último, en virtud de la contraexcepción, si el oferente objeta sin demora injustificada dicha aceptación, el contrato no se forma (69).

Respecto a tal necesidad de que la objeción del oferente se realice «sin demora injustificada», exige interpretar qué debe entenderse por «demora» y cuándo se debe considerar que esta demora es «injustificada».

Respecto a la demora, el oferente goza de un plazo para objetar indeterminado pero corto. Así, en primer lugar, según DURANY PICH debe partirse de la existencia de un límite claro, que es el momento de la entrega de la mercancía; no puede objetarse el elemento adicional o diferente, una vez que se hayan recibido los bienes o se haya cumplido el contrato.

Además, indica que es difícil efectuar *a priori* el juicio acerca de la tardanza o dilación de la objeción del oferente, por lo que «es preferible que se haga en cada caso concreto, pero con una pauta hermenéutica clara; la interpretación debe ser restrictiva», partiendo del principio de conservación de los contratos del principio de buena fe, que impone la rapidez en las comunicaciones (70).

En cuanto al carácter injustificado de la demora, según DíEZ-PICAZO: «es injustificado el retraso cuando haya obedecido a circunstancias que le sean imputables por encontrarse bajo su control. De este modo, el oferente tiene la carga de actuar de forma diligente y soportar el riesgo de que su objeción sea rechazada» (71).

Por ello, tanto en el supuesto de que el oferente no haya formulado objeción alguna como en el caso de que dicha objeción haya llegado a la otra parte de forma injustificadamente retrasada, el contrato deberá considerarse formado, por aplicación de los principios de la buena fe y de la autorresponsabilidad (72).

De acuerdo con lo anterior, si el oferente objeta «sin demora injustificada», la conclusión esencial es que el contrato no se forma. Se adopta así una solución distinta de la prevista en el artículo 2.207 del «Uniform Commercial Code» de los Estados Unidos de Norteamérica, que señala que la respuesta a una oferta vale como aceptación a pesar de que contenga modificaciones («*a expression of acceptance... operates as an acceptance even though it states terms... different...*»), a menos que la otra parte objete tal alteración, en cuyo caso el contrato se entenderá formado pero sin los elementos nuevos.

Particular interés tiene otra solución de política jurídica recogida en los tres textos mencionados. Y es que el último inciso de los artículos 21.2 de la Convención de Viena y 2.11.2 de los Principios de UNIDROIT señala que los tér-

(69) DURANY PICH, *Sobre la necesidad...*, cit., pág. 1084.

(70) DURANY PICH, *Sobre la necesidad...*, cit., pág. 1086.

(71) DíEZ-PICAZO, *La formación...*, cit., pág. 29.

(72) DíEZ-PICAZO, *La formación...*, cit., pág. 29.

minos del contrato «*serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación*», y el artículo 2.208 de los PECL señala que «*los nuevos términos o los términos modificados pasan a formar parte del contrato*».

Tal consecuencia únicamente será posible cuando se hayan cumplido los dos requisitos a los que se ha aludido previamente. Por un lado, las modificaciones introducidas por el destinatario de la oferta no deberán ser «sustanciales» o «esenciales», sino meramente accidentales. Por otro lado, es preciso que el oferente no haya realizado objeción alguna a la modificación realizada o que, habiéndola realizado, no deba tenerse en cuenta por haberse realizado con «demora injustificada».

De acuerdo con lo anterior, el contrato quedará formado con los términos que se incluían en la oferta y las modificaciones contenidas en la aceptación, de forma que si el nuevo elemento de la aceptación es adicional, se añade a los de la oferta, y si dicho nuevo elemento contradice algún elemento de la oferta, desplaza a este último.

Como ha señalado DURANY PICH, esta solución tiene importancia, ya que los redactores del Convenio «podían haber optado por regular el contrato sólo con los términos de la aceptación, y ambas soluciones no son equivalentes» (73).

Así, si se hubiera optado por regular el contrato sólo con los términos de la aceptación, dado que la oferta puede contener términos que son silenciados por la aceptación, éstos no formarían parte del contrato. Sin embargo, si se opta por la solución recogida en los textos objeto de estudio, el acuerdo contractual recoge tanto los términos de la oferta como los modificativos de la aceptación, pero sin desplazar los que contiene la primera y silencia la segunda.

3.3.3. *Las cláusulas «sustanciales»*

Como se ha señalado en el apartado anterior al tratar de ruptura de la regla de la imagen en el espejo, la aplicación de los artículos 19 de la Convención de Viena, 2.11 de los Principios de UNIDROIT y 2.208 de los PECL exige determinar si la modificación introducida por el destinatario de la oferta en su respuesta que «pretenda ser una aceptación» es «sustancial» (Convención de Viena y Principios de UNIDROIT) o «esencial» (PECL), o no «sustancial» o «esencial».

Dado que la calificación de la modificación como «sustancial» o «no sustancial» tiene consecuencias determinantes a los efectos de considerar perfeccionado el contrato (como se ha visto, si la modificación es «sustancial», la «pretendida aceptación» es una contraoferta, y si no es «sustancial»

(73) DURANY PICH, *Sobre la necesidad...*, cit., pág. 1085.

es una verdadera aceptación, sin perjuicio del derecho del oferente a objetar la misma), es conveniente concretar en qué supuestos una modificación de la oferta puede ser considerada como «sustancial».

Por ello, es evidente que el centro de gravedad de la aplicación de las reglas sobre formación del contrato se encuentra en la calificación de las desviaciones respecto de la oferta como sustanciales o no sustanciales (74).

En primer lugar, la consideración de la sustancialidad es por completo independiente de las construcciones dogmáticas sobre los llamados elementos esenciales de un negocio o de un tipo contractual.

Así, «los *essentialia negotii*, en el sentido de la dogmática, en materia de compraventa, son sólo la determinación o el establecimiento de los criterios de determinabilidad de la cosa y los del precio. Sin embargo, del artículo 19.3 resulta el carácter sustancial de elementos que no pueden ser por sí mismos calificados de *essentialia negotii*» (75).

Partiendo de lo anterior, se ha destacado que en la determinación del carácter sustancial de una modificación de la oferta puede seguirse una vía subjetiva y otra objetiva.

En el primer caso, «el carácter sustancial lo determina la voluntad de las partes, expresa o implícita; en el segundo, lo decisivo es la trascendencia de los elementos o cláusulas divergentes en relación con la economía del contrato y con la diferencia de onerosidad que genere» (76). A esta vía objetiva parece referirse el artículo 19.3 de la Convención de Viena, al disponer lo siguiente:

«Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y cantidad de las mercaderías, al lugar y fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta».

No cabe atribuir a la anterior enumeración ningún carácter imperativo, coincidiendo la mayoría de la doctrina en que tiene un simple valor presuntivo e interpretativo de las declaraciones de voluntad de las partes, por lo que nada impide que los elementos mencionados en dicho artículo 19.3 pierdan su carácter presuntivo si ello resulta de las particulares circunstancias del caso, por la misma razón que elementos o circunstancias no incluidos en el artículo 19.3 pueden tener carácter sustancial si las circunstancias así lo determinan (77).

(74) Díez-PICAZO, *La formación...*, cit., pág. 27.

(75) Díez-PICAZO, *Formación...*, cit., pág. 190.

(76) Díez-PICAZO, *La formación...*, cit., pág. 27.

(77) Díez-PICAZO, *La formación...*, cit., pág. 28.

El carácter meramente ejemplificativo del artículo 19.3 ha quedado de manifiesto en la aplicación que del mismo han realizado los Tribunales. Y es que se ha llegado a señalar que «las modificaciones que favorecen al destinatario no alteran sustancialmente los términos de la oferta y no tienen por qué ser aceptadas expresamente por la otra parte» (78).

De igual forma, se ha señalado que no alteran sustancialmente los términos de la oferta: (i) una respuesta que modifica una oferta al declarar que el precio se modificaría con aumentos o con reducciones de precio de mercado (79), y aplazaba la entrega de un artículo; (ii) un término uniforme del vendedor que se reservaba el derecho de modificar la fecha de entrega; o (iii) el requisito contractual de que el comprador pueda rechazar mercaderías entregadas durante un período indicado (80).

Por otro lado, se ha considerado que sí alteran sustancialmente los términos de la oferta: (i) una respuesta en la que se propone un embalaje distinto del indicado en la oferta; (ii) una aceptación en la que se incluye una cláusula de arbitraje, o (iii) una contestación a una oferta de compra, en la que se ofrece vender un tipo de tubos de ensayo de una calidad inferior a la solicitada (81).

Según PERALES VISCASILLAS, la enumeración contenida en el artículo 19.3 debe ser objeto de una interpretación objetiva, y además, restrictiva, con el objeto de permitir que el Juez disponga de una regla interpretativa que permita una aplicación certera de las normas de la Convención (82).

A idéntica conclusión ha llegado ADAME GODDARD, argumentando que si la lista de modificaciones no fuera objeto de una interpretación estricta, se estaría desconociendo la razón de ser del párrafo segundo del artículo 19 de la Convención, y se estaría interpretando de forma unilateral. Son estos motivos los que le llevan a afirmar que «las modificaciones sustanciales son exclusivamente las que de manera literal establece el párrafo tercero, por lo que todas las que no se mencionaron en el párrafo precedente serían modificaciones no sustanciales» (83).

En todo caso, no parece que la consideración de la enumeración del párrafo tercero de la Convención de Viena, como meramente ejemplificativa, haya llevado a una interpretación extensiva de los supuestos contenidos en la

(78) *Compendio de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 19 (A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/19)*, pág. 3.

(79) VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, prólogo de VICENT CHULIÁ, V., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pág. 139.

(80) *Compendio...*, cit., pág. 3.

(81) VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa...*, cit., pág. 138.

(82) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 660.

(83) ADAME GODDARD, *Estudios...*, cit., pág. 100.

misma, sino más bien todo lo contrario. Y es que de la lectura de la jurisprudencia comentada resulta que los Tribunales han realizado una interpretación restrictiva de lo que debe entenderse por modificación o alteración «sustancial», atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto y evitando así que una interpretación amplia o extensiva de la enumeración prevista en el artículo 19.3 pudiera privar de aplicación al artículo 19.2.

Como señala VÁZQUEZ LEPINETTE, «si combinamos esta línea restrictiva con el principio de interpretación objetiva de los actos de las partes..., en relación con los usos y prácticas que éstas hayan establecido entre sí, resulta claro que la Jurisprudencia defiende la hermenéutica que más favorece la formación de los contratos» (84).

A pesar de tal interpretación restrictiva, algunos autores han criticado el artículo 19.3 de la Convención de Viena por introducir semejante enumeración de supuestos de modificación «sustancial».

El motivo que alegan estos autores es que si bien la regla del «espejo de feria» permitiría considerar perfeccionados contratos en los que no se da una coincidencia total entre la oferta y la aceptación de la misma, la regla contenida en el apartado tercero del artículo 19 de la Convención de Viena malogra dicha posibilidad.

Así, DURANY PICH ha afirmado que dicho apartado tercero prácticamente deja vacío de contenido al apartado segundo, porque «la lista de modificaciones que considera que alteran sustancialmente los elementos de la oferta abarca las usadas en la mayor parte de formularios», y porque dicha lista «no es exhaustiva, por lo que caben modificaciones que no estén ahí contempladas y que sean sustanciales». Por ello, según el citado autor, el apartado segundo del artículo 19 «queda reducido a modificaciones insustanciales, a errores tipográficos, etc., es decir, a situaciones en las que, generalmente por error o por cláusulas de estilo, la aceptación no concuerda perfectamente con la oferta, pero dicha diferencia es del todo ínfima y sin importancia. Y en estos casos ya se encargaban los Tribunales de dar por bueno el contrato (85).

En definitiva, se alega que esta última regla acaba inclinando la balanza a favor de los partidarios de la teoría clásica (la regla de la imagen en el espejo), ya que «el listado no exhaustivo de elementos ofrecido en el tercer párrafo es de tal naturaleza que su propia importancia y entidad provocará que la mayoría de las modificaciones introducidas a una aceptación sean consideradas como una contraoferta englobada en el apartado primero» (86).

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto previamente, este peligro ha sido salvado en ocasiones por la Jurisprudencia mediante una interpreta-

(84) VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa...*, cit., pág. 141.

(85) DURANY PICH, *Sobre la necesidad...*, cit., pág. 1091.

(86) OLIVA BLÁZQUEZ, *Aceptación...*, cit., pág. 211.

ción restrictiva del artículo 19.3 de la Convención que permita la aplicación de la regla del «espejo de feria» prevista en el artículo 19.2 de la misma.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo 19.3 de la Convención de Viena, ni los Principios de UNIDROIT ni los PECL contienen una enumeración de los supuestos en los que debe apreciarse la existencia de una alteración «sustancial» o «esencial» de los términos de la oferta.

En este sentido, el Comentario sobre los Principios de UNIDROIT señala que «no se puede determinar en abstracto lo que se considera una modificación sustancial, lo que dependerá de las circunstancias del caso». Además, indica que «un factor importante que debe tomarse en consideración es si los elementos adicionales o diferentes son regularmente utilizados en la rama comercial de que se trate y que por tanto no podrían causar sorpresa al oferente» (87).

En cuanto a los PECL, el artículo 2.208, al igual que los Principios de UNIDROIT, ha preferido abandonar el sistema de lista recogido en el artículo 19.3 de la Convención de Viena, por considerar que «si bien podía haber sido ilustrativo, su valor normativo no es completo y depende en gran parte de las especiales circunstancias existentes entre las partes» (88).

En este sentido, OLE LANDO y HUGH BEALE justifican la ausencia de enumeración alguna argumentando que la misma sólo hubiera podido tener carácter ilustrativo, y señalan que la interpretación de si una cláusula debe considerarse como «sustancial» o «no sustancial» habrá de realizarse atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.305 de los PECL.

Así, una cláusula será «sustancial» si el destinatario de la oferta sabía o cualquier persona razonable que se hallara en su misma situación hubiera debido saber que iba a influir en la decisión del oferente de celebrar el contrato o de aceptar los términos del mismo (89).

En definitiva, tal omisión debe ser elogiada como ejemplo de una buena política legislativa, ya que parece más honesto reconocer abiertamente que, en última instancia, será el Juez el que habrá de determinar si una cláusula debe o no considerarse como «sustancial» o «no sustancial» en atención a las circunstancias concurrentes y a los usos negociales y entre las partes, y en el desarrollo de esta tarea, la existencia o no de una enumeración de carácter ejemplificativo no puede ser de ninguna utilidad.

(87) BONELL, *Principios...*, cit., pág. 44.

(88) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A. M., *Los Principios...*, cit., pág. 191.

(89) LANDO, O., BEALE, H., *Principios...*, cit., pág. 250.

4. CONCLUSIÓN

4.1. LA CRÍTICA DE LAS REGLAS DE LA TEMPESTIVIDAD Y LA CONGRUENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En los anteriores apartados de este trabajo se ha realizado un breve examen de los requisitos de la tempestividad y de la congruencia de la aceptación de la oferta desde la perspectiva del Derecho español y del Derecho Uniforme.

La configuración tradicional de dichas reglas en el Derecho español ha sido criticada, aduciendo la falta de adecuación de nuestra doctrina tradicional de contratos a las necesidades de las transacciones modernas, y en concreto lo anticuado del requisito de la perfecta identidad entre la oferta y la aceptación (90), ya que en algunas ocasiones la aplicación rigurosa de tales reglas puede llevar a la conclusión de que no se ha perfeccionado contrato alguno.

Tal circunstancia, como señala MARTÍNEZ GALLEGO «obliga a buscar nuevas soluciones acordes con la tutela de la buena fe que debe presidir las relaciones jurídicas entre las partes, para determinar la existencia o no de un vínculo contractual... Todo ello con el propósito de lograr la mayor seguridad jurídica» (91).

De acuerdo con lo anterior, parece evidente que la conservación de los contratos exige una revisión de las tradicionales reglas del Derecho español sobre la tempestividad y la congruencia de la aceptación de la oferta.

Sin embargo, la crítica no puede tener valor si no se parte del reconocimiento previo de la garantía que para los contratantes suponen las reglas tradicionales de la tempestividad y de la congruencia de la aceptación de la oferta. Así, es indudable que la aceptación de la oferta debe ser hecha en tiempo oportuno, no existiendo justificación razonable para que el oferente quede vinculado de forma indefinida a la oferta que realizó en su momento.

Del mismo modo, la exigencia de congruencia de la aceptación de la oferta con esta última es un requisito esencial sin el cual no cabe entender formado contrato alguno, al no existir concurrencia de voluntades de las partes para la celebración del mismo.

Además, ambos requisitos son una plasmación del principio de seguridad jurídica que debe amparar el desarrollo de los tratos preliminares y de las relaciones contractuales entre las partes.

Sin embargo, los mismos deberían ser objeto de una flexibilización con el fin de permitir que el oferente, al que se pretende proteger mediante tales

(90) DURANY PICH, *Sobre la necesidad...*, cit., pág. 1094.

(91) MARTÍNEZ GALLEGO, *La formación...*, cit., pág. 98.

reglas, pueda exceptuarlas en su beneficio y en el del aceptante. De esta forma, también se evitaría la penosa consecuencia de la falta de existencia del contrato cuando ambas partes estaban interesadas en su formación.

Ésta es precisamente la solución aportada por los textos de Derecho Uniforme que han sido objeto de estudio, que, sin plantear innovaciones injustificadas que pudieran socavar la justicia inherente a las reglas de la tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta, las modifican levemente con el fin de garantizar un mejor equilibrio de los derechos de los contratantes.

4.2. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO UNIFORME: LA CONSERVACIÓN DEL CONTRATO Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

La revisión de estas reglas ha quedado claramente de manifiesto en la redacción de la Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT y los PECL, en los que se ha procurado flexibilizar al máximo la configuración tradicional de las dos reglas que han sido mencionadas, de forma que, sin obviar las exigencias generales de tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta, sea posible la conservación del contrato en los casos en los que ambas partes están interesadas en tal conservación.

Este principio general de conservación del contrato, cuya influencia puede adivinarse en numerosos artículos de los textos de Derecho Uniforme que han sido objeto de estudio, se hace especialmente evidente en la regulación de la aceptación tardía y de la aceptación con modificaciones.

Así, en el primer caso, si bien se parte del principio general de la tempestividad de la aceptación, también se admite la efectividad de las aceptaciones tardías. Ello se hace, como ha sido objeto de estudio, distinguiendo según que el retraso sea imputable al aceptante o al medio de comunicación empleado, buscando el equilibrio entre los intereses del aceptante y del destinatario de la aceptación tardía.

En cuanto a la congruencia de la aceptación, si bien también se parte de la regla general de la total coincidencia entre los elementos de la oferta y los de la aceptación, se admite como aceptación la respuesta a la oferta que incluya modificaciones o adiciones «no sustanciales» a la misma, dando la oportunidad al destinatario de tal respuesta para que se oponga, en el caso de que entendiera que tal modificación le es perjudicial.

Es evidente que estas soluciones se enmarcan en una evolución jurisprudencial y legislativa por la cual se trata de favorecer la formación de una válida relación contractual, sin que pequeñas divergencias entre las partes puedan ser suficientes para impedir la formación del contrato.

Por ello, se ha afirmado que existe un principio general extraíble de los artículos 19 y 21 de la Convención de Viena, argumentación que es perfec-

tamente extensible a los artículos análogos de los Principios de UNIDROIT y de los PECL a los que se ha hecho referencia en este trabajo.

Dicho principio es «el que fomenta la conservación y celebración de los contratos cuando las discrepancias de orden material (art. 19) o temporal (art. 21) pueden ser fácilmente subsanables si no resulta indeseable para la parte que debe aprobar la anomalía de la declaración» (92).

Por su parte, Díez-PICAZO señala que de las anteriores reglas pueden deducirse dos principios cardinales. En primer lugar, que «un contrato puede quedar formado cuando, dadas las condiciones en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de las partes, la buena fe exige que el contrato se encuentre formado». En segundo lugar, que en muchas ocasiones «el contenido contractual se forma con criterios distintos de aquellos sobre los que las partes quisieron vincularse, de manera que, en este punto, el principio de buena fe posee un gran margen de actuación: un contrato debe presentar aquel contenido que las partes, según la confianza razonable, podían esperar que tal contrato tuviera» (93).

De esta forma, «se dejan en la penumbra los posibles prejuicios dogmáticos sobre la pureza de la voluntad contractual y se buscan soluciones que parecen más justas, que evitan mejor el riesgo de abusos y que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, tutelan mejor la confianza razonable suscitada» (94).

Esta referencia a la buena fe es reiterada por MARTÍNEZ GALLEGO al referirse a las soluciones adoptadas por la Convención de Viena sobre la tempestividad de la aceptación de la oferta, llegando a deducir de dicha regulación la existencia de un principio básico; el de que «un contrato puede considerarse perfecto cuando, tenidas en cuenta todas las circunstancias en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de las partes, la buena fe nos indica que el contrato se entiende formado» (95).

En definitiva, las soluciones adoptadas sobre la tempestividad y la congruencia de la aceptación de la oferta en los textos de Derecho Uniforme que han sido objeto de estudio se apartan de rígidas posiciones dogmáticas, facilitando la conservación del contrato de acuerdo con la exigencia de la buena fe y tutelando de forma equilibrada los intereses de ambas partes contratantes.

(92) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 616.

(93) Díez-PICAZO, «¿Una nueva doctrina general del contrato?», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, octubre-diciembre de 1993, pág. 1716.

(94) Díez-PICAZO, *La formación...*, cit., pág. 26.

(95) MARTÍNEZ GALLEGO, *La formación...*, cit., pág. 109.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compra-venta internacional de mercaderías*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1991.
- BONELL, M. J., Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. española de A. M. Garro, UNIDROIT, Roma, 1995.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contrato internacional, nueva Lex Mercatoria y Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo 2, Civitas, Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1993.
- «La formación del contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVII, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, enero-marzo de 1995.
- «Formación del contrato», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, coordinada por DÍEZ-PICAZO, L., Civitas, Madrid, 1998.
- «¿Una nueva doctrina general del contrato?», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, octubre-diciembre de 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- DURANY PICH, S., «Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, julio-septiembre de 1992.
- GÓMEZ LAPLAZA, C., «Artículo 1.262», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1977.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil», en *La Ley*, 1989-2.
- LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II* (Los Trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»), trad. de Pilar BARRÉS BENLLOCH, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, III. Contratos*, 7.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, prólogo de ALONSO PÉREZ, M., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual*, Nereo, Barcelona, 1963.

- PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PERALES VISCASILLAS, M. P., «Formación del contrato», en la obra *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, coordinada por MORÁN BOVIO, D., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.
- POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, traducida por DE LAS CUEVAS, M. C., Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1954.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena. La indemnización de daños y perjuicios y el deber de mitigar “ex” artículo 77 CISG», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm 5/2000.
- ROGEL VIDE, C., «Momento y lugar de formación del contrato», en *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.
- SCALS PELLICER, J., «Oferta», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, dirigida por C. E. MASCAREÑAS, Francisco Seix, Barcelona, 1950.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, prólogo de VICENT CHULIÁ, V., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

RESUMEN

OFERTA. ACEPTACIÓN

El trabajo tiene por objeto el estudio de dos de los requisitos clásicos de la aceptación de la oferta, tanto desde la perspectiva del Derecho español como desde la perspectiva del Derecho Uniforme, con el fin de seguir la evolución de la que estos requisitos han sido objeto para adaptarse a las demandas de flexibilidad propias del tráfico jurídico internacional. Tales requisitos son la exigencia de tempestividad y de congruencia de la aceptación de la oferta, en virtud de los cuales aquélla tiene que ser hecha en tiempo oportuno y ajustarse a los elementos contenidos en dicha oferta.

La revisión de estas reglas ha quedado claramente de manifiesto en la redacción de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, los Principios de Unidroit y los

ABSTRACT

BID. ACCEPTANCE

This paper's object is to study two of the classic requirements that offer acceptance must meet, both from the standpoint of Spanish law and from the standpoint of uniform law, with the goal of tracing the evolution that these requirements have undergone in order to adapt to international trade's innate demands for flexibility. These requirements are the timeliness and congruence of offer acceptance, by whose virtue acceptance must be made at an opportune time and abide by the elements contained in the offer.

The revision of these rules has been made quite clear in the wording of the Vienna Convention on the International Sale of Goods, the Unidroit Principles and the Principles of European Contract Law, texts that have striven to infuse the utmost flexibility into the traditional con-

Principios de Derecho Contractual europeo, textos en los que se ha procurado flexibilizar al máximo la configuración tradicional de las dos reglas que han sido mencionadas, de forma que, sin obviar las exigencias generales de tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta, sea posible la conservación del contrato en los casos en los que ambas partes están interesadas en tal conservación.

figuration of the two rules mentioned herein above, such that, without hindering the general requirements of timeliness and congruence of offer acceptance, it is possible to preserve the contract in those cases where both parties are interested in preserving it.

(Trabajo recibido el 30-09-05 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

El efecto de la publicidad en la norma

por

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO
Profesor Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL ROL COMUNICATIVO E INFORMANTE DE LA NORMA JURÍDICA.
3. EL VALOR DEL LENGUAJE JURÍDICO A TRAVÉS DE LA NORMA.
4. LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA NORMA JURÍDICA EN SU FACETA PUBLICITARIA:
 - 4.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS.
 - 4.2. ELEMENTO OBJETIVO.
 - 4.3. MEDIO COMUNICADOR.
5. CONSECUENCIAS CONCLUSIVAS: LA SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

El interés por la realización de este artículo de investigación no es gratuito ni obedece a ningún otro tipo de motivos que no sean los estrictamente académicos e investigadores.

Principalmente obedece a mi curiosidad por profundizar en la importante simbiosis que entiendo existe entre la norma jurídica y su caracterización pública, a la apremiante necesidad de que la norma jurídica sea publicitada y difundida para cumplir con uno de los principios más cruciales de la justicia: el principio de SEGURIDAD JURÍDICA. Debo confesar que este interés se inició a partir de los primeros contactos que tuve en mi vida universitaria pasada con asignaturas de corte jurídico durante los cursos 2.º, 3.º y 5.º de Ciencias de la Información (Plan Antiguo) en la Universidad Complutense de Madrid (una asignatura por cada curso) hace ya unos cuantos años y sobre todo por las clases que en 5.º Curso nos impartió el Profesor de Derecho Constitucional, Doctor don Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAM-

POAMOR, al cual le estaré inmensamente agradecido, como el resto de mis compañeros, por las amenas y prácticas sesiones de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas que nos brindó en su momento.

Quizá desde mi óptica personal, por encima del proceso solemne y rígido que toda norma jurídica ha seguido antes de ser sancionada y promulgada, sea la PUBLICIDAD que se debe dar a esa norma la que se sitúe en la cima respecto a las fases anteriores. No quiere esto decir, y por eso creo crucial matizarlo, que anule la importancia y funcionalidad que tienen el resto de las fases de preparación, constitución y discusión de una norma jurídica cualquiera que sea su alcance. Pero sí creo firmemente que sin publicidad una norma jurídica no puede ser considerada como tal, no puede ser estudiada en profundidad su faceta de EFICACIA, tan importante, al menos como las otras dimensiones de legitimidad y legalidad que toda norma jurídica comporta.

El título que da nombre a este trabajo es vital para entender la idea básica que persigo en mis postulados. Vehicular la norma jurídica como «medio de comunicación social» no es equipararla exactamente a las funciones propias que todo medio de comunicación social cumple ya sea en su vertiente profesional o en la más general.

Es concebir la norma jurídica como «proceso de comunicación» con todos los elementos que le son propios a este proceso pero que fundamentalmente se pueden resumir en tres:

— Emisor, canal y receptor.

La importancia que para la sociedad en su conjunto y para juristas e informadores en particular puede tener el famoso artículo 20 de la Constitución Española de 1978 pasa por entender que una norma jurídica, intrínsecamente considerada, es bastante similar al concepto global de COMUNICACIÓN en estado puro. Intento explicar esta postura con más detenimiento. Si aceptamos que una completa definición de la norma debe reunir esas tres dimensiones aludidas en líneas anteriores, es decir, legitimidad o validez filosófica, legalidad o validez dogmática y eficacia o validez social, y emparejamos estas tres específicas y concretas dimensiones a los conceptos de emisor, canal y receptor, respectivamente, necesarios e imprescindibles en todo genuino y riguroso proceso de comunicación, podríamos sospechar, al menos, que norma jurídica y comunicación se parecen en notable grado.

Ligar «legitimidad» a «emisor» es entender que toda norma jurídica, además de someterse al ordenamiento jurídico, se somete a un ORDEN JURÍDICO que, conformado por una serie de principios inspiradores, se articulan como un auténtico emisor u origen de futuras normas jurídicas. Son la fuente desde donde mana el chorro de agua que nos da vida y seguridad a todos. Constituyen, en definitiva, valores ontológicos que, para una gran

parte de la doctrina están muy por encima del ordenamiento jurídico entendido como conjunto de normas jurídicas «positivas».

La ligazón entre «legalidad» y «canal» es concebir el principio de legalidad que toda norma jurídica debe cumplir como el medio de transmisión necesario sin el cual no podemos establecer un nexo de unión entre el emisor y el receptor de la norma jurídica. Positivizar esos principios inspiradores es imprescindible para hacer partícipes a los destinatarios de la norma jurídica de la necesidad que tiene la sociedad humana de regularse por una serie de preceptos que hagan más viable, más segura y sobre todo, más pacífica la convivencia en común. Probablemente una de las mayores virtualidades del Derecho sea llegar a la resolución pacífica de los conflictos como último recurso. Y subrayo lo de último recurso porque si no existiese como tal el Derecho, la especie humana tendría pocas posibilidades de haberse erigido en nuestro planeta como la especie superior que es. Si algo denota el Derecho es la fuerza de la RAZÓN, la victoria aplastante de la razón sobre los impulsos más primarios que continuamente hacen que las guerras y luchas violentas sean una constante en la historia de los pueblos.

Y, por último, vincular «eficacia» a «receptor» es dotar a la norma jurídica de sentido y significado. ¿Qué sustantividad podría tener una norma jurídica que no fuera dirigida a la sociedad ni pudiera ser aplicada entre los ciudadanos?

Creo que sería hacer castillos en el aire como cuando los folios escritos por poetas y novelistas se quedan en el cajón del pupitre.

Entender la norma jurídica en su dimensión fáctica, como fenómeno social que necesaria y escrupulosamente debe ser conocido por el conjunto de los ciudadanos es la etapa final de un proceso comunicativo que sin destinatarios carece de toda validez y efectividad. Es, en definitiva, concebir la norma jurídica, más allá de su ropaje gramatical, en su vertiente PRÁCTICA.

El Derecho es más práctico que teórico. Precisamente la fuerza del derecho reside en esa cara pragmática, en saber que si nos saltamos un semáforo en rojo nuestra acción puede ser castigada, que nuestra libertad irremediablemente está sometida a unos límites, que de no existir, pondría en peligro la supervivencia de la especie humana.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 estipula en su artículo 20.3.d) que se reconocen y protegen los derechos a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Así, la atención se centra en las actividades de «comunicar o recibir información», contempladas dentro del entramado de los restantes derechos humanos, algunos de los cuales serán

previos, otros virtualizarán su eficacia real e, incluso, matizarán las facultades integradas en él.

La información hoy es una necesidad de carácter vital elevada al rango de derecho fundamental de la persona por razón de su propia naturaleza, que debe ser reconocida y respetada por todo poder, autoridad y norma positiva. Negar al individuo el acceso a sus fuentes supondría mutilar su personalidad, atentar contra su curiosidad intrínseca (1).

Tal derecho es la proyección de la dignidad que el hombre puede potenciar mediante diversidad de conexiones, definiéndose a modo de libertad concreta imprescindible. Se trata de «formas de libertad», no sólo en cuanto vigencias culturales, sino también en cuanto valoraciones insertas en el seno de las instituciones jurídicas (2).

Por otra parte, el reconocimiento llevado a cabo por la Constitución Española adquiere una trascendencia especial, ya que los instrumentos de información y de comunicación no pueden aislarse de su contexto histórico inmediato, al ser una manifestación típica de la sociedad conformada por su acción pública.

Consiguientemente, el binomio sociedad-comunicación aparece en forma de punto de partida. La información y el proceso de comunicación son el engendramiento de una técnica que posibilita la fijación y difusión de mensajes por el que la sociedad aumenta su grado participativo, discerniéndose la libertad comunicante (activa) que se coloca en el punto de vista de quien tiene algo que comunicar; y el derecho a recibir información (pasivo) situado en el terreno del receptor, no es una libertad de hacer, es una libertad de recibir (3).

España que, conforme al artículo 1.1 de la Constitución de 1978 se constituye en «Estado social y democrático de Derecho», cuyos valores superiores del ordenamiento jurídico son «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», propugna el contacto, el conocimiento, ampliando constantemente el número de los sujetos y la extensión y profundización del objeto, en aras de que las comunicaciones sean el fundamento insustituible para una verdadera y efectiva sociedad democrática, edificada sobre la igualdad dinámica de aportaciones.

En suma, de un lado, es un derecho individual como soporte de la personalidad y, de otro, un derecho social, amparante de la libertad como realidad social. Finalmente, es un derecho que protege libertades negativas o

(1) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derechos del hombre*, Ed. Reus, Madrid, 1985.

(2) SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *El Derecho en la aventura europea de la libertad*, Ed. Reus, Madrid, 1987.

(3) BENITO, A. y XIFRA HERAS, J., Voz «Información», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1965.

ámbitos de autonomía personal y corporativa, requeridores de la garantía positiva de las condiciones que la hagan efectiva (4).

En la experiencia cotidiana las interpretaciones de lo que el Derecho es son muy variadas; por ejemplo, caben, entre las más frecuentes: la de orden justo y equitativo; norma o conjunto de normas que regulan nuestra conducta social; garantía o protección, restricción o límite del ámbito de actuación de la libertad de cada uno; sanción de una conducta; disposición o mandato; orden, imposición, decisión; acuerdo, pacto o consenso de voluntades; resolución de conflictos y litigios; facultad y pretensión; modelo de ordenación y organización de la vida social; institución; Ciencia... (5). Pero, si focalizamos la concepción del Derecho en la norma jurídica, es evidente que es una entidad lógica y, desde que se convierte en efectiva, socialización de comportamientos humanos.

Constatada la visión anterior me propongo estudiar la faceta comunicadora-informativa de la norma jurídica, los medios de los que se vale y la relevancia de sus resultados, abordando las cuestiones desde una perspectiva empírico-filosófica empleada como método de análisis. No cabe duda que la reflexión ha de tener, para ser completa, una vertiente teórica filosofante, estimativa del hecho de la información y de la comunicación social que analice, propiamente, la situación presente.

Por tanto, hay que rechazar las doctrinas que no vean la particularidad de la información, el idealismo subjetivo que comprenda la información como simple apariencia, y el idealismo objetivo que observe un principio independiente de la materia, a causa de ser concepciones unilaterales del tema (6).

2. EL ROL COMUNICATIVO E INFORMANTE DE LA NORMA JURÍDICA

El Derecho no se agota en la acción, se proyecta en el ámbito de la conducta habitualizada y debida, con lo que la norma jurídica se define, siguiendo a SÁNCHEZ DE LA TORRE (7), como «medio de comunicación del orden jurídico, que expresa a los sujetos que participan de una situación, donde se halla implicada su respectiva libertad, cuál ha de ser su conducta para hacer compatibles sus respectivos intereses, y cuáles serán las conse-

(4) GOROSTIAGA, E., *Información, derechos humanos y Constitución*, Instituto Oficial de Radio y TV, Madrid, 1981.

(5) RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991.

(6) REY MORATO, J. DEL, *Cultura y mensaje*, Ed. P. del Río, Madrid, 1976.

(7) SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Introducción al Derecho*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1991.

cuencias que el orden jurídico asegura para cada sujeto, tanto en la opción de atenerse a dicho criterio como en la de infringirlo».

Cuando hablamos de «comunicación social» expresamos la acción de todo tipo de información, dirigida a cada sujeto y a la sociedad en conjunto. Los términos «comunicación» e «información» designan un proceso, uno y otro se perfeccionarán sustancialmente —no sólo formalmente— en el supuesto de que el mensaje sea recibido con corrección y asimilado por el destinatario.

La diferencia que existe, *grosso modo*, entre ambos vocablos es que el primero es un acto, manifestación o traslado hecho a cada una de las partes de lo dicho por la otra parte, y el segundo es un resultado significativo de la inclusión de elementos —materiales o inmateriales— en algún sistema clasificado para informar (8).

Considerado el estado actual de la información, ésta podría describirse a modo de organización del diálogo social adaptado a la situación de la sociedad, con pretensión de universalidad en una triple dirección: en sus contenidos, en relación con el tiempo y en relación con el espacio. Por tanto, para poder llegar a alcanzar la situación deseada, el proceso de organización genuino entre emisor y receptor, entre el Estado y los ciudadanos, evolucionada históricamente, ha tenido que ir perfeccionándose al ritmo que la sociedad ha procurado. Desde siempre la información ha sido resultado de una idea, de un proyecto inicial, de unos instrumentos técnicos, y de unos medios económicos que la hacen viable (9).

En consecuencia, si la comunicación es el enclave de muchas de las actividades humanas, y en la práctica es lo que pone en contacto a los objetos con las personas y a las personas entre sí, hablando científicamente, la interrelación se debe valorar en términos de sistemas de comunicación. El Derecho constituye un subsistema especializado compuesto por fenómenos básicos comunicativos, entre los que se cuentan las normas jurídicas (10).

Concretamente, reconduciendo las notas de toda norma jurídica, por ser regla de conducta, a la naturaleza regulativa que produce una obligación de comportamiento ciudadano y una obligación encargada de hacerla cumplir; y a la previsión que exige una pretensión de validez para los casos comprendidos en su contenido, la norma, evaluada como medio de comunicación, configura una serie de enlaces múltiples, ocasionales y flexibles, inmutables y rígidos (11).

(8) ESCARPIT, R., *Teoría general de la información y de la comunicación*, Icaria, Barcelona, 1981.

(9) BALLE, F., *Información y sociedad: antiguos y nuevos desafíos*, EUNSA, Pamplona, 1983.

(10) RUESCH, J., *Comunicación. La matriz social de la psiquiatría*, Paidós, Barcelona, 1984.

(11) RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*

3. EL VALOR DEL LENGUAJE JURÍDICO A TRAVÉS DE LA NORMA

El lenguaje es el instrumento con el que el hombre da forma a su pensamiento y a sus sentimientos individuales, a su querer y actuar, es el cimiento más firme y profundo de la sociedad que ejerce y recibe influencias del exterior servidoras de fines y propósitos. Como bien decía Ferdinand DE SAUSSURE, el gran lingüista suizo de principios del siglo XX, el lenguaje es «la ventana que nos abre al mundo». Gracias a él, las ideas se objetivan en unos signos inteligibles, desplegada una secuencia de palabras ensambladas en conjuntos mayores (frases), de acuerdo a reglas gramaticales (12).

Dentro del lenguaje ocupa una parcela de incalculable valor el denominado jurídico, del que sus nociones más importantes nos son familiares y útiles en la vida cotidiana, aunque una parte de sus contenidos son altamente técnicos e incomprensibles para los que son ajenos al mundo del Derecho, intentando reflejar una realidad de orden superior. A estos efectos son distinguibles, desde un primer momento, el enunciado del discurso legislativo, porciones o segmentos de un documento normativo, y las composiciones significativas, normas en sentido estricto. El enunciado normativo antecede a la hermenéutica y fija su objeto, el núcleo del significado de un enunciado normativo es producto de la exégesis (13).

La esfera social en la que se mueve el Derecho es la de la intersubjetividad, en esta relación es donde se aposenta la realidad normativa en forma de comunicación jurídica, siendo sus características más notables: La consistencia en cierta actividad de las personas, susceptible de representar actitudes, voluntades y conceptos comprensibles para cualquiera con el que se establezca una relación en la que los sujetos se explicitan para implantar una conexión comprometedora de ciertos bienes o actividades susceptibles de estimación económica conforme a su índole funcional.

La comunicación alteritaria de la norma jurídica se da a conocer con signos que cada experiencia va incorporando, hasta alcanzar cierto nivel de formalización racional. Esta comunicación simbólica conforma un lenguaje que juzga las condiciones en que cada sujeto puede emerger de su «yo», para abrir el cauce de su instalación en el medio social. Tal lenguaje simbólico permite la universalidad del discurso inteligible referente siempre a la conducta de un sujeto en relación con otro, tendente a entrelazarlos y a delimitar sus comportamientos (14).

(12) FERRATER MORA, J., *Indagaciones sobre el lenguaje*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.

(13) OLIVECRONA, K., *Lenguaje jurídico y realidad*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

(14) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Ed. Reus, Madrid, 1986.

Desde una perspectiva regulativa, la norma jurídica reconoce un ámbito formal de la libertad. La fórmula «prohibitiva» revierte en la licitud general de todas las opciones posibles en determinada situación, excepto la prohibida. El estilo «imperativo» restringe la licitud de las opciones en la situación que no es la «imperativa». La forma «indicativa» traza las posibilidades de conducta recomendadas para conseguir efectos jurídicos, del modo más sencillo, rápido y económico para el sistema.

La precisión de los textos normativos consigue alcanzar sus designios computando el mínimo de recursos con motivo de la articulación lógica de medios de expresión lingüística. Por tanto, la prohibición o el imperativo son algo referente al estilo, son modalidades aconsejadas por la economía de recursos lingüísticos, dejando un número indefinido de excepciones (15).

En realidad, lo que la norma jurídica encierra es una jerarquía de valores que construye un plexo de categorías de orientación axiológica, directivas del individuo en el mundo. El par categorial primario es el de bueno/malo, del que la traducción ético-social lo ha establecido en lo lícito/ilícito o lo permitido/prohibido. Estas categorías axiológicas son las unidades normativas que hacen comprensible el comportamiento individual en el marco de la sociedad. Se advierte, sin embargo, que la disyuntiva primaria corrobora sólo una planificación horizontal de las ideas de valor, lo que indica que las categorías orientadoras inyectan una movilidad semántica en cuanto a los objetos referidos (16).

En la dirección apuntada es aconsejable que las relaciones reguladas deban referirse a dos puntos esenciales: el orden y la medida. El reconocimiento de un orden en el objeto informado, accesible al entendimiento humano con la ayuda del intelecto y de los sentidos, le lleva a aproximarse racionalmente al universo de los objetos según una escala creciente de complejidad (17).

No obstante, lo expuesto ha de ser matizado puesto que el desenvolvimiento del lenguaje, en general, y de su semántica, en particular, es un problema de adquisición cultural. Se solicita la representación cognitiva del concepto, el contexto y la cultura.

El significado de las palabras está en función del contexto y de la situación humana dentro de la que son manejados. A veces, advertimos, en cambio, que una palabra reúne varios criterios que muestran una comprensión originaria central y extensiones metafóricas o figurativas paralelas.

(15) HERRIOT, P., *Introducción a la psicología del lenguaje*, Ed. Labor, Barcelona, 1977.

(16) DELGADO OCANDO, J. M., *Consideraciones sobre los elementos semióticos del Derecho*, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho LUZ, Facultad de Derecho, Maracaibo, 1975.

(17) REY MORATO, J. DEL, *op. cit.*

Por añadidura, hay otros casos más complicados e interesantes de palabras concernientes a objetos que no presentan propiedades cualitativas comunes. Por último, hay un sector en el que los vocablos emergen con imprecisión y vaguedad (18).

4. LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA NORMA JURÍDICA EN SU FACETA PUBLICITARIA

Según lo apuntado en un principio, la información es un proceso de comunicación que establece una relación entre dos términos —emisor y receptor— a través de un medio que transfiere un contenido, por lo que se presuponen tres elementos intrínsecos, de los que nos ocuparemos a continuación, a saber:

- Dos sujetos: el emisor y el receptor.
- Un objeto: el mensaje.
- Un medio: el instrumento comunicador.

4.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Sociedad, individuo y comunicación son vocablos que se relacionan mutuamente, toda vez que es la comunicación la que crea sociedad y halla en ella su cohesión y la seguridad de su estabilidad. La profundización en la persona nos hace apreciar que el ser es comunicativo y se abre a la verdad y al bien, el hombre es relacional por sus potencias superiores de las cuales emana la comunicación (19). Por consiguiente, ser persona es ser capaz de comunicarse. El problema de la comunicación y el del hombre social están unidos íntimamente, son dos facetas de una única moneda (20).

Por medio de la alteridad, la norma jurídica presupone una pluralidad de sujetos que entran en relación y actúan regulando las relaciones que instauran. Los conceptos de bilateralidad y de reciprocidad subrayan que de las relaciones jurídicas surgen poderes y deberes correlativos, en el doble sentido de que al poder del uno corresponde un deber en el otro (bilateralidad), y de que un sujeto no puede actuar respecto a otro, sin legitimar, en las mismas circunstancias, un comportamiento análogo respecto a él (reciprocidad) (21).

(18) CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

(19) XIFRA HERAS, J., *Voz Información*, cit.

(20) ALVIRA, R., «Filosofía política y filosofía de la comunicación», en *Revista Filosofía de la Comunicación*, Madrid, 1995.

(21) LUMIA, G., *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Debate, Madrid, 1989.

Abunda la creencia que pone de relieve el poder unilateral del comunicador sobre el del receptor. El emisor es el único que accede a la iniciativa del hecho informativo por la dificultad del propio medio y por la organización del trabajo. De algún modo, la defensa de los valores informativos se confían al comunicante, el cual tiene recursos para poder presentar un enunciado, siendo el destinatario quien debe ser tenido en cuenta como primer sujeto del derecho de la información. El receptor podrá acogerse o entrar en conflicto con el mensaje, haciendo o dejando hacer algo, modificando o alterando su representación de la realidad, conservando o variando sus creencias. Surge un período de interiorización (22).

En este orden de ideas los dos polos de la tensión noticiosa son activos, el sujeto técnico que otorga/gestiona la información y el sujeto social que la recibe, al tiempo que es fuente de las noticias al recrear la norma emitida.

La norma se dirige al conjunto de los ciudadanos sometidos a su vigencia, a los cuales impone, prohíbe o permite hacer algo, con las obligaciones y limitaciones pertinentes; y a los órganos del Estado, a los funcionarios y autoridades llamados a aplicar el contenido jurídico y a velar por su observancia. Esta característica de «generalidad» viene a ser la primera de las garantías del individuo frente al avance progresivo de las regulaciones socio-jurídicas estatales, opuestas a la «particularidad» y a la «singularidad», y vinculadas a una interpretación pragmática de los objetivos y valoraciones sociales bajo un concreto prisma del bien común.

Dicha «generalidad» nace como una pretensión derivada de las finalidades del orden jurídico. Una norma que no regule una relación por vía general abstracta no puede calificarse de jurídica, por ser el Derecho una regla de coexistencia social, reviste orden, igualdad y exclusión de arbitrariedad. Dándose los requisitos y supuestos previstos, la norma abarca mayor o menor número de personas y de relaciones regidas (23).

Coordinadamente, se aprecian dos notas sustantivas: La objetividad y la abstracción, que muestran la omisión de intromisiones personalistas, el plano secundario del sujeto gramatical que desempeña el papel de emisor del mensaje y la falta de apreciaciones atribuidas (24).

4.2. ELEMENTO OBJETIVO

Información es sinónimo de transmisión de cierto número de mensajes, afirmaciones verdaderas o falsas a un individuo que las recibe, las deforma,

(22) MARTÍN SERRANO, M., *op. cit.*

(23) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, op. cit.*

(24) HERNÁNDEZ GIL, A., «Saber jurídico y lenguaje», tomo VI de sus *Obras Completas*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1989.

la acepta, las rechaza, o permanece insensible. Sujeto y objeto no actúan absolutamente individualizados, en el encuentro el objeto modifica al sujeto y viceversa, interpretando el orden dado a conocer.

Por su parte, la vida social no es una totalidad homogénea, se compone de sectores que se influyen como un enjambre de conflictos y colaboraciones; la vida de cada uno confecciona un agregado de procederes orientados hacia un equilibrio específico. Por ende, lo que emite la norma jurídica es un mensaje estabilizador de la vida social, captador de las relaciones intersubjetivas, consiguiendo cierta estandarización de la conducta social, entretejiendo una transacción entre valores colectivos e individuales, e intereses de grupo (25).

En la proporción en que la sociedad pluraliza las acciones individuales, las enriquece y las coordina, los hechos jurídicos normativizados hacen real la participación. En una palabra, toda relación jurídica pone al hombre en contacto con el mundo que le rodea. Comunicar es poseer algo en común, y el algo en que se coparticipa es un saber, un mensaje (26).

A su vez, el receptor humano tiene unas capacidades límite para procesar información, con el fin de comprender la complejidad de la realidad jurídica. En esta línea, el método es un instrumento ajustado a la acomodación de dos dimensiones: el objeto y el sujeto. El ajuste informativo será diferente en cada sociedad y momento histórico, sólo si hay conocimiento de la realidad hay genuina comunicación (27).

Evaluada globalmente, la gran finalidad de los medios de comunicación social es la de mantener vivo y profundizar continuamente en el conocimiento y la vigencia de aquellas verdades que, por distintos fundamentos de evidencia, se han constituido en certezas sobre las que se sustenta la convivencia plural en la libertad de la sociedad, reduciendo la incertidumbre por el mensaje que, de acuerdo con Norberto BOBBIO (28), será completamente riguroso, o sea, se definirán los términos empleados; se observarán las reglas de formación y transformación de los enunciados; y se usarán con perseverancia semántica los términos concertados con las definiciones.

La emisión transmitida es realización de la justicia en la vida social, traducida formalmente en una delimitación de las parcelas de licitud y deber, conjugadas las exigencias institucionales del bien común y las de la autonomía individual. Por lo cual, cada uno sabe a qué atenerse, conoce el margen de libertad dentro del que no puede ser impedido ni obligado, y sabe que hay acciones que está constreñido a hacer, conociendo cada cual su derecho y su

(25) LÓPEZ ARANGUREN, J. L., *La comunicación humana*, Tecnos, Madrid, 1986.

(26) PAOLI, J. A., «Comunicación e información», en *Perspectivas teóricas*, Trillas, México, 1983.

(27) REY MORATO, J., *op. cit.*

(28) BOBBIO, N., *Teoría de la norma jurídica*, Ed. Giappichelli, Turín, 1985.

deber. Al quedar delimitadas las esferas de licitud y deber se acota a los sujetos un patrimonio jurídico denominado «lo suyo», de cada uno (29).

Como ha sostenido RECASENS SICHES (30), el Derecho es una construcción cultural permanente en la que ciertas formas de la vida humana se asientan, gestándose y objetivándose en una interacción constante de necesidades, hechos, valores y normas. Por lo que es impensable un modelo de orden social correcto que no progrese para reflejar la realidad, viéndose la mediación comprometida en la suerte de la sociedad en la que media, simultáneamente que la sociedad es un fruto de la propia mediación.

En el proceso de comunicación que permite entenderse a quien realiza la experiencia y a quien solamente la observa, es destacable el mecanismo de un orden que entraña la consecuencia de que diversos sujetos puedan comunicarse lingüísticamente con referencia a sus experiencias.

Se origina un estado en el que no sólo son conocibles las expresiones normativas, sino también su fundamentación en hechos, necesidades o aspiraciones en cuya experiencia toma parte el observador. La conexión entre lo que «es» y lo que «debe ser» convierte a la regulación positiva en un valor cultural, unión que se vale de simbolismos sopesados con el sector normativo en el que las normas se encuadran, tratándose siempre, ya sean completas o incompletas, de parcelas de un conjunto más amplio organizado sistemáticamente y que sólo en su conjunción pueden ser plenamente comprendidas (31).

La norma jurídica, al ser forma de la libertad social, es determinación de signos racionales y de responsabilidad según el modo en el que la libertad responde a la llamada de algunos criterios valorativos. Organizando la libertad, organiza la sociedad, tanto cuando la limita como cuando la reconoce (32).

El problema de si la coacción debe ir anexionada a la norma jurídica ha preocupado desde antaño. Prescrito el mantenimiento del orden y de la paz social, no es posible dejarla sin cumplimiento, al libre arbitrio de los ciudadanos, y para imponerse, en caso de que la regla jurídica sea desconocida o violada será utilizada la coacción y obligado el infractor a respetar el mensaje. De forma que los medios comunicantes son, de una parte, las palabras expresadas y, de otra, los actos prácticos desencadenantes.

En general, la nota de imperatividad, obligatoriedad o exigibilidad revierte en que las normas jurídicas arrastran un mandato (positivo o negativo) que impone a los sometidos una conducta bajo una sanción. Todo ello va ligado al carácter autárquico del Derecho, a la independencia de la voluntad de los

(29) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *op. cit.*

(30) RECASENS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México D.F., 1986.

(31) PÉREZ GARCÍA, R., *Información y significado: hacia una teoría semántica de la información*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991.

(32) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *op. cit.*

sometidos a sus normas, sin quedar subordinado a su aceptación o reconocimiento (33).

Paralelamente, la norma jurídica persuade gracias a una donación de hechos e ideas, cuyo único conocimiento actúa como razonamiento sobre los individuos hasta obtener su convicción. El proceso comunicativo aparece entonces como influyente, tipificado en una presión que puede modificar los comportamientos, condicionado al destinatario que recibe la influencia porque supone un dominio sobre el ánimo (34).

Sin embargo, evaluar las normas como simples recursos coactivos no es exacto, si entendemos el Derecho como norma general de la libertad que se plantea en las relaciones jurídicas de los individuos y grupos, expresada en juicios acerca de qué tipos de intereses o de expectativas son deseables y conviene promover comunitariamente. La contradicción que puede haber entre el Derecho como «liberación» y como «coacción» ha de sustanciarse, por tanto, en la formación histórica del contenido y de la extensión de la libertad jurídica, a pesar de que los rasgos psíquicos y sociológicos resultan de la doble dimensión subjetiva y objetiva de la proyección racional de la conducta jurídica (35).

4.3. MEDIO COMUNICADOR

Los medios de comunicación observan una función mediadora de interacción al servir de canales transmisores de cara a la sociedad, al menos potencialmente. El tratamiento diferenciado de la información de las normas jurídicas trae consigo la correspondiente especialización en funciones comunicativas, distintivas de alguno de los cauces interactivos en la sociedad. A partir de esa especialización, la información pública llega a organizarse institucionalmente, legitimándose un procedimiento sistemático de adquirir, procesar y distribuir los datos que diseñan la norma. Nace así un sistema de comunicación identificable porque gozará de unas características distintivas, más o menos formalizadas, según la complejidad que alcance el uso de la información en la colectividad.

La mencionada institucionalización se logra creando una organización a la que se le asignan recursos materiales y humanos. Las formas de producir, distribuir y consumir información están mediadas por productos comunicativos que han originado unos comportamientos muy diversos de aquéllos que están mediados por un producto, como, por ejemplo, los que aparecen oral o gestualmente (36).

(33) BOBBIO, N., *op. cit.*

(34) BENITO, A., *op. cit.*

(35) ALARCÓN CABRERA, C., *op. cit.*

(36) MARTÍN SERRANO, M., *op. cit.*

El artículo 91 de la Constitución Española dictamina que «el Rey sancionará, en el plazo de quince días, las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación». Hay una remisión a tres clases de acciones: la sanción, la promulgación y la publicación.

Se distingue entre la sanción regia y la promulgación. La sanción es el residuo vacío de contenido de la antigua potestad de veto; y la promulgación una competencia común a los Reyes de las Monarquías Parlamentarias y a los Jefes de Estado en las Repúblicas Democráticas, comprobante de si en la ley se han oficiado las solemnidades obligatorias por la vía de su inmediata publicación (37).

Sancionar entraña un acto constitucionalmente político, de actividad soberana, en el que se confirma, con validez objetiva y con trascendencia pública regulada según las modalidades estipuladas en el ordenamiento jurídico, el texto de una ley. De la sanción se infiere la objetividad, la constancia general, la máxima eficacia, la presunción de conocimiento, la forzosidad y el inmediato control de las regulaciones. Por esto la legislación del Estado es «intocable», «inviolable» e «indiscutida». La autoridad política suprema pone su firma al pie de la versión definitiva y ordena que sea dado a conocer públicamente (38).

En resumen, en la Constitución la sanción posee la misión de reforzar la dignidad inherente a todo ser humano, aseverada con la firma del Jefe del Estado; y la promulgación, debido a un propósito de recuperar solapadamente los poderes que encerraba la sanción regia y al haberse utilizado en España, normalmente, como una referencia alternativa a la publicación, es un trámite inútil como concepto alternativo a los de sanción y publicación.

Por el contrario, en el uso, los actos de la sanción y de la promulgación se fusionan en uno sólo. La promulgación, o bien queda sin desarrollo, o bien ha de ser practicada como el mandato de publicación. De otro lado, el mandato real dirigido a «todos los españoles, particulares y autoridades (para) que guarden y hagan guardar la presente ley», no puede considerarse como la aplicación de la promulgación, ya que en el sistema español basado en el origen popular de los poderes del Estado (art. 1.2.), la obligatoriedad emana de la aprobación dada por el orden legislativo. Redundantemente, se puede pensar que el anuncio inicial aprobatorio de las Cortes a los que «la vieren y entendieren», forma parte del acto de sancionar, refrendado ministerialmente y expuesto en la publicación oficial (39).

(37) HERZOG, J. B., *op. cit.*

(38) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.

(39) SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 91 de la Constitución Española», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, 1985.

En lo que se refiere a la publicación, ésta es un acto material atribuido al Ejecutivo que exhibe oficialmente la existencia y contenido de las leyes, una *condictio sine qua non* sin la que no pueden entrar en vigor ni ser aplicadas. Verdaderamente, como acto, añade poco o nada, pero aún así forma parte del procedimiento legislativo, es una garantía de la libertad individual que entraña la notoriedad y la certeza (40).

Su finalidad es la de reproducir fielmente la redacción previamente aprobada por las Cortes y sancionada por el Rey; se trata, en síntesis, de una condición indispensable para que la ley pueda desplegar su eficacia jurídica. Al articularse un aspecto de eficacia se impide su aplicación en tanto no se verifique.

A propósito del proceso cimentador de estructuras, el papel de la información es el de contribuir a la fijación de aquéllas que son mínimas y esenciales, manteniéndolas permeables al continuo perfeccionamiento al que está llamado el conocimiento más completo de las normas.

El artículo 2.1 del Código Civil dice que «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa», siendo extensible lo preceptuado, dictamina la jurisprudencia tradicional, a toda clase de normas jurídicas. El artículo 9.3 de la Constitución Española garantiza la publicidad de normas. Y el artículo 96 de la misma prescribe que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento español» (41). Por tanto, queda claro que, con miras a obtener un conocimiento general y para hacer obligatorias las normas jurídicas, éstas se han de publicar, siendo el *BOE* la publicación oficial.

Además en la Constitución Española el principio en cuestión alcanza una dimensión nueva, más amplia que la prevista en el Código Civil. De forma similar a lo que sucede en el Estado, las Comunidades Autónomas y las Provincias, entre otros ámbitos territoriales, publican sus propios Diarios Oficiales. A su vez, desde nuestra incorporación a las Comunidades Europeas (actual Unión Europea) en 1986, nos vemos compelidos a manejar las publicaciones de la Unión Europea, diarias y no inscritas en el *BOE* (42).

Ello corrobora que los medios de comunicación enunciados ejercitan dos funciones principales: primordialmente, una pretensión de la realidad tal cual es, para que todos tengan conocimiento de lo que es correcto y es preciso conservar y, *a sensu contrario*, lo que hay que desterrar y rectificar. En se-

(40) RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

(41) La interpretación clásica ha convenido en creer que la publicación en el *BOE* es un acto normativo que transforma lo que sólo era Derecho internacional en Derecho interno.

(42) RAMOS MÉNDEZ, F., *Cómo estudiar Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.

gundo lugar, los medios empleados han de dirigirse a objetivos comunes convenientes (43).

El *BOE*, materialización de la comunicación social elaborada por la norma jurídica, pertenece a un estrato que es el de las objetivizaciones ideadas por el ser humano, y la actualidad que genera en nuestro entorno es parte de la realidad. Es una forma social de comunicación en la que la información se produce y difunde todos los días laborables. La letra del *BOE* es oficial y auténtica, autenticidad que certifica el Jefe del Estado, y los particulares se ven sometidos al imperio de su contenido, sin que les esté autorizado indagar sobre la regularidad de la publicación (44).

La «situación de comunicación» lograda contribuye a una patentización de posibilidades y responsabilidades. La función desempeñada por el proceso informativo coadyuva a la creación o al perfeccionamiento de las acciones que, individual o colectivamente, desdoblan al hombre en la plenitud de su personalidad. Con lo cual se evidencia que sea una unidad básica de la inteligibilidad del Derecho, y que la conducta jurídica aparezca en el pleno de un proceso unitario, caminando por los sucesivos momentos en que el orden jurídico ejerce su control (45).

Por todo esto, las técnicas publicistas han de actualizarse ampliando las conductas de expresión y aumentando su riqueza formal, valiéndose de todo tipo de combinaciones; adaptando los instrumentos que se han ido creando a las exigencias del lenguaje humano y diversificando los contenidos informativos según los receptores y las técnicas usadas casuísticamente (46).

5. CONSECUENCIAS CONCLUSIVAS: LA SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Brevemente decir que por «legalidad» entendemos la existencia de leyes y el sometimiento a ellas y es también un requerimiento del poder y la forma en que se descubre el Derecho. El Derecho consta de normas y éstas son las que nos permiten hablar de un sistema de legalidad (47).

De acuerdo con lo expuesto, se comprende que esta sistematización aparezca estrechamente vinculada a la seguridad al experimentar todo Derecho

(43) MOTA, I. H. DE LA, *Función social de la información*, Ed. Paraninfo, Madrid, 1988.

(44) MARTÍN SERRANO, M., *op. cit.*

(45) BENITO, A., *op. cit.*

(46) BENITO, A., *op. cit.*

(47) MARTÍNEZ-SICULUNA, C., *Legalidad-legitimidad: la teoría del poder*, Ed. Actas, Madrid, 1991.

y, por ende, toda norma jurídica un valor o una función de seguridad en cuanto que cristaliza en un sistema de legalidad.

La seguridad, la certeza, la previsión, la dirección y el ajuste que las normas pretenden para que la gente sepa a qué atenerse, cómo se ha de comportar y qué le puede acontecer si no cumple con lo que se prevé públicamente, trae consigo, recubierta de una formalidad, cómo han de efectuarse los comportamientos.

La particular sanción, exteriorizada por su publicación, nos comunica, pues, que estamos obligados a cumplirla, puesto que en caso contrario se ejecutarán las consecuencias dispuestas (48).

A modo de paréntesis, es condición insoslayable el cultivar la veracidad informativa o acomodación a la realidad objetiva, siendo la verdad, más que el objeto de la comunicación, el medio comunicante que permite a los sujetos asumir un dato unívoco para ambos. El elemento mencionado se remite, fundamentalmente, a ciertas relaciones normativas; naturaleza-entorno; constancia-variabilidad; estabilidad-cambio (49).

Igualmente, la sanción, promulgación y la publicación han de efectuarse en un plazo y los quince días señalados deben comenzar a contarse desde el momento en que obra oficialmente en poder del Rey, siendo el marcado un máximo que no tiene por qué agotarse. La publicación habrá de ser inmediata para evitar toda clase de demora injustificada, recayendo la obligación en el Gobierno, del que depende el *BOE*. Junto a lo anterior será obligatorio, desde una perspectiva constitucional, que el Diario sea distribuido y vendido inmediatamente en el territorio nacional y que los precios de suscripción y venta sean reducidos para su asequibilidad (50).

En definitiva, se relaciona el principio de publicidad de las normas con el de legalidad, sin publicidad no hay una norma previa habilitante de la actuación administrativa; y con el de seguridad jurídica, en la medida en que si faltara publicidad no sería estimada la presunción *iuris et iure* de conocimiento de las leyes sustentada en el artículo 6.1 del Código Civil: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen» (51).

Obtenemos, así, la certeza ordenadora de las situaciones individuales alumbrada por la seguridad que otorga el principio de legalidad, ya que la totalidad de los sujetos sabrán a qué atenerse en cualquier ámbito de relaciones. Aunque, en última instancia, la seguridad perseguida da un paso más al

(48) GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, Ed. Vicens-Vives, Madrid, 1980.

(49) FOUCAULD, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Seix-Barral, Barcelona, 1981.

(50) RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *op. cit.*

(51) VILLAR PALASÍ, J. L. y SUÑE LLINAS, E., *op. cit.*

ser evaluada socialmente, demostrándose la correspondencia con la justicia porque tal criterio reside en el respeto a la personalidad humana (52).

* * *

He resumido a modo de decálogo las conclusiones que estimo más importantes de este ilusionante trabajo del primer cuatrimestre de la asignatura DERECHO POLÍTICO I, a saber:

1.^a La información como en ningún otro momento en la historia del hombre se configura como una necesidad vital, elevada al rango de derecho fundamental de la persona por razón de su propia naturaleza y que debe ser reconocida y respetada por todo poder, autoridad y norma positiva.

2.^a La información es, de un lado, un derecho individual como soporte de la personalidad y, de otro, es un derecho social, que ampara la libertad como realidad social. Pensemos en este sentido que los últimos conflictos bélicos de trascendencia mundial han tenido a los servicios de comunicación e información como uno de los pivotes básicos a la hora de realizar diferentes estrategias de ataque o defensa.

3.^a La norma jurídica, atendiendo al profesor SÁNCHEZ DE LA TORRE, se debe entender como «medio de comunicación del orden jurídico, que expresa a los sujetos que participan de una situación, donde se halla implicada su respectiva libertad, cuál ha de ser su conducta para hacer compatibles sus respectivos intereses y cuáles serán las consecuencias que el orden jurídico asegura para cada sujeto, tanto en la opción de atenerse a dicho criterio, como en la de infringirlo».

4.^a Considerado el estado actual de la información, ésta podría describirse como una modalidad de organización del diálogo social adaptado a la situación de la sociedad, con pretensión de universalidad en una triple dirección: en sus contenidos, en relación con el tiempo y en relación con el espacio.

5.^a Son distinguibles, desde un primer momento, el enunciado del discurso legislativo, porciones o segmentos de un documento normativo, y las composiciones significativas, normas en sentido estricto.

6.^a La esfera social en la que se mueve el Derecho es la de la intersubjetividad, en esta relación se aposenta la realidad normativa en forma de comunicación jurídica.

7.^a Desde una perspectiva regulativa, la norma jurídica reconoce un ámbito formal de libertad. La fórmula «prohibitiva» revierte en la licitud general de todas las opciones posibles en determinada situación, excepto la

(52) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *op. cit.*

prohibida. El estilo «imperativo» restringe la licitud de las opciones en una situación determinada.

8.^a El Derecho se entiende como una construcción cultural permanente en la que ciertas formas de vida humana se asientan, gestándose y objetivándose en una interacción constante de necesidades, hechos, valores y normas.

9.^a La norma jurídica, al ser forma de la libertad social, es determinación de signos racionales y de responsabilidad, según el modo en el que la libertad responde a la llamada de algunos criterios valorativos.

10.^a Los medios de comunicación observan una función mediadora de interacción al servir de canales transmisores de cara a la sociedad, al menos potencialmente.

RESUMEN

PUBLICIDAD NORMA

El título que da nombre a este trabajo es vital para entender la idea básica que persigue el autor en sus postulados. Vehicular la norma jurídica como «medio de comunicación social» no es equipararla exactamente a las funciones propias que todo medio de comunicación social cumple ya sea en su vertiente profesional o en la más general.

Es concebir la norma jurídica como «proceso de comunicación» con todos los elementos que le son propios a este proceso pero que fundamentalmente se pueden resumir en tres: emisor, canal y receptor.

La importancia que para la sociedad en su conjunto y para juristas e informadores en particular puede tener el famoso artículo 20 de la Constitución española de 1978 pasa por entender que una norma jurídica, intrínsecamente considerada, es bastante similar al concepto global de COMUNICACIÓN en estado puro.

ABSTRACT

PUBLICITY RULE

The title of this paper is vital for understanding the basic idea the author pursues in the body's postulates. To envision a legal rule as a «communications medium» is not to say that it performs exactly the same innate functions as all communications media, be it in the professional facet or in the more general sphere.

It is to conceive a legal rule as a «process of communication», with all the elements characteristic of that process, which can fundamentally be summed up as three: transmitter, channel and receiver.

The potential importance of the famous article 20 of the 1978 Spanish Constitution, for society as a whole and for jurists and information-dispensers in particular, stems from the understanding that a legal rule, regarded intrinsically, is quite similar to the overall concept of COMMUNICATION in the pure state.

(Trabajo recibido el 16-08-05 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Registro de la Propiedad y Ley del Suelo

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA:
 - 2.1. LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA DE 12 DE MAYO DE 1956.
 - 2.2. LEY DE REFORMA DE 2 DE MAYO DE 1975.
 - 2.3. TEXTO REFUNDIDO DE 9 DE ABRIL DE 1976.
 - 2.4. CONSTITUCIÓN DE 1978.
 - 2.5. LEY 8/1990, DE 25 DE JULIO, SOBRE RÉGIMEN URBANÍSTICO Y VALORACIONES DEL SUELO.
 - 2.6. TEXTO REFUNDIDO DE 26 DE JUNIO DE 1992.
3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/1997, DE 20 DE MARZO.
4. NORMATIVA URBANÍSTICA ACTUAL:
 - 4.1. ACTUACIÓN DEL ESTADO. REFERENCIA AL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO, SOBRE NORMAS COMPLEMENTARIAS AL REGLAMENTO HIPOTECARIO PARA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA, A LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES, Y A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 164/2001, DE 11 DE JULIO.
 - 4.2. ACTUACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA.
5. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE *ENFORCEMENT* DE LA ORDENACIÓN EN MATERIA DE SUELO, URBANISMO Y VIVIENDA:
 - 5.1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO GUARDIÁN DE LA LEGALIDAD (*GATEKEEPER*).
 - 5.2. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO DEL SUELO, URBANÍSTICO Y DE VIVIENDA.

- 5.3. LEGISLACIÓN URBANÍSTICA AUTONÓMICA EN RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: SUS POSIBILIDADES Y SUS LÍMITES.
6. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO:
 - 6.1. INTRODUCCIÓN.
 - 6.2. LA UTILIZACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD POR EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO:
 - 6.2.1. *Afección de los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas al cumplimiento de los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística.*
 - 6.2.2. *Constancia registral de la autorización de usos y obras de carácter provisional.*
 - 6.2.3. *Actuación registral en los supuestos de división y segregación de fincas.*
 - 6.2.4. *La inscripción registral como requisito para la subrogación por los adquirentes en las obligaciones asumidas frente a la Administración y que se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.*
 - 6.2.5. *La inscripción de la declaración de obra nueva.*
 - 6.2.6. *Actuación del Registro de la Propiedad en los casos de expropiación forzosa por razón de la ordenación territorial y urbanística:*
 - 6.2.6.1. Planteamiento.
 - 6.2.6.2. Título inscribible.
 - 6.2.6.3. Actuación registral en los supuestos de reversión y retasación.
 - 6.2.7. *Actuación registral en los casos de venta o sustitución forzosa.*
 - 6.2.8. *La inscripción de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino en caso de enajenación de fincas integrantes de un patrimonio público de suelo.*
 - 6.2.9. *El derecho de superficie.*
 - 6.2.10. *Actuación registral en el caso de suelos forestales incendiados.*
7. BREVE REFERENCIA A LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO «ENFORCER» DE LA POLÍTICA ESTATAL DE VIVIENDA. EL RECURSO AL REGISTRO EN EL REAL DECRETO 801/2005, DE 1 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN ESTATAL 2005-2008, PARA FAVORECER EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA VIVIENDA.

1. INTRODUCCIÓN (1)

En primer lugar, quiero hacer constar que este artículo tiene su origen en una conferencia pronunciada en la Universidad Carlos III de Madrid con motivo de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley del Suelo.

(1) La conferencia que sirve de base a este trabajo fue pronunciada en las «Jornadas sobre el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley del Suelo —Nuevas bases para un ur-

Tiene por objeto la exposición y análisis del recurso a la institución registral contenido en dicho Proyecto de Ley, recurso característico de toda nuestra legislación urbanística, así como de la relativa a la ordenación del territorio y vivienda.

En el artículo se analizan, también, las razones de esta tradicional y creciente utilización del Registro de la Propiedad por la legislación del suelo, con la finalidad de reforzar la efectividad de sus previsiones.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

2.1. LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA DE 12 DE MAYO DE 1956

Como señala ARNÁIZ EGUREN (2), salvo algunos precedentes de escasa importancia, la relación directa entre los actos urbanísticos y el Registro de la Propiedad se inicia en el año 1956, fecha de publicación de la primera Ley de Régimen del Suelo —de 12 de Mayo de ese año—, la cual, en su artículo 209 se limitó a señalar:

«Los actos administrativos que se produzcan en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente ley podrán ser anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio, o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización».

Como señala Mercedes FUERTES (3), la falta de mayores precisiones consiguió anular, en gran medida, el valor de la afirmación legal, porque no se enumeraban los posibles actos que podían acceder al Registro, ni se reconocía la trascendencia de la previsión, al configurar la constancia registral como una facultad de la Administración.

No obstante, junto a esta declaración general, había algunos preceptos —ciertamente escasos— que plasmaban lo que más adelante sería habitual; a saber, el recurso de la legislación del suelo al Registro para reforzar la efectividad de sus previsiones.

banismo sostenible—», celebradas en el Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente de la Universidad Carlos III de Madrid, durante los días 23, 24 y 25 de octubre de 2006, dirigidas por Luciano PAREJO ALFONSO y Francisco de Asís ROIG.

(2) ARNÁIZ EGUREN, Rafael, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, pág. 12. Coeditado entre M. Pons y el Centro de Estudios Registrales de Cataluña —Colección Estudios Jurídicos— Madrid, 1995.

(3) FUERTES, Mercedes, *Urbanismo y Publicidad Registral*, pág. 15, Ed. M. Pons y el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1995.

Así, pueden citarse, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la autorización para levantar edificaciones provisionales, cuyo derribo no daba lugar a indemnización alguna (art. 47.3 LS); la constancia registral del compromiso de obligaciones específicas para autorizar construcciones destinadas a fines industriales (art. 67.2 LS); la posible creación por los Ayuntamientos de una cédula urbanística que concretara todas las características urbanísticas de cada finca (art. 51 LS); la exigencia de acreditar la obtención de la licencia para la inscripción de parcelaciones urbanísticas (art. 79 LS).

Pero, como señala la autora citada, los únicos supuestos que trascendieron a la reforma registral que se realizó poco después —Decreto de 17 de marzo de 1959— fueron los referentes a las inscripciones derivadas del derecho de superficie y de las expropiaciones forzosas.

Desde entonces, la relación ha sido cada vez más frecuente y compleja, de tal forma que, como señala ARNÁIZ EGUREN: «el Registro se ha convertido en una pieza esencial del sistema jurídico que regula y garantiza los derechos de la Administración y de los particulares en los procesos de transformación del suelo» (4).

2.2. LEY DE REFORMA DE 2 DE MAYO DE 1975

Más adelante nos referiremos a las razones de esta inescindible imbricación entre Registro y legislación del suelo. Pero, por el momento, en este apartado nos ceñiremos a un breve bosquejo histórico de la utilización que la

(4) ARNÁIZ EGUREN, Rafael, *op. cit.* Recuerda ARNÁIZ que poco después de la publicación de la Ley de 12 de mayo de 1956, el profesor PÉREZ BOTIJA afirmaba, en relación a la ley, que «si sus normas perduran o logran cierto nivel de vigencia, día llegará en que los hipotecaristas investigarán el contenido de aquéllas por ser parte del Derecho Inmobiliario». Recuerda también que, años más tarde, NARCISO DE FUENTES SANCHIZ, antiguo Decano del Colegio de Registradores, siempre vinculado a la labor urbanística, podía añadir que «la institución del Registro, que en sus comienzos protegía al propietario frente a las intrusiones en su suelo, 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». A esta afirmación debo objetar que el Registro nunca ha tenido como finalidad la protección de los propietarios como clase social, sino, muy por el contrario, la protección del sistema de derechos de propiedad. Obviamente, cuando en una sociedad hay pocos propietarios —cual era la española de 1861— puede generarse la apariencia de que el Registro les protege a ellos, dificultando que nadie más pueda ser propietario. Nada más lejos de la realidad: el Registro surge para fomentar el crédito, mediante la conversión de las propiedades inmobiliarias en activos económicos, lo que exige la seguridad de la propiedad. Y en la medida en que lo consigue posibilita la universalización del derecho de propiedad. Solo posteriormente —en eso estoy de acuerdo con DE FUENTES— el Registro deviene en una institución de *law enforcement*, mediante la asunción de funciones de *gatekeeper* del ordenamiento imperativo. Sin duda, la utilización que la legislación urbanística ha venido haciendo del Registro es el mejor ejemplo de ello.

legislación del suelo ha venido haciendo del Registro de la Propiedad, con la finalidad de garantizar la efectividad de sus prescripciones.

Pues bien, posteriormente, la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 contenía una Disposición Final Decimotercera, por cuya virtud había que adaptar la legislación hipotecaria a las normas urbanísticas. Esta previsión se hizo, como señala ARNÁIZ EGUREN (5), con un criterio muy ambicioso, puesto que, según su propio tenor, debía «asegurar que las limitaciones y deberes establecidos en la misma —Ley del Suelo— y en los planes, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos se reflejen, con toda exactitud, en el Registro de la Propiedad» (6).

2.3. TEXTO REFUNDIDO DE 9 DE ABRIL DE 1976

Quizá debido a este propósito tan amplio —señala el citado autor— el propio afán del legislador se enfrió pronto y así el Texto Refundido de 9 de abril de 1976 se limitó a reconocer la vigencia de la Disposición citada por la vía de no incluirla en sus normas derogatorias de la legislación objeto de refundición. De todos modos, a pesar de ese reconocimiento implícito de la vigencia de la norma, no se redactó proyecto alguno dirigido a su cumplimiento (7).

(5) ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, pág. 9, Ed. M. Pons, Madrid, 1999.

(6) Como señala ARNÁIZ —*La inscripción...*—, la pretensión de volcar en cada uno de los historiales registrales la totalidad de las limitaciones urbanísticas, especialmente las resultantes del planeamiento, chocaba con tales inconvenientes que no resulta sorprendente el fracaso del propósito legal, aunque sobre esta materia se ha insistido a veces en determinadas legislaciones autonómicas, sobre todo en cuanto a las limitaciones urbanísticas del suelo no urbanizable.

(7) Por tanto, como señala ARNÁIZ EGUREN R. —*La inscripción...*, pág. 10—, a partir de la publicación del TR citado de 1976, las únicas normas registrales en materia de urbanismo estaban contenidas en el artículo 221 del mismo, en determinadas disposiciones del reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, especialmente en materia de reparcelaciones y de ocupación directa de suelo destinado a sistemas generales, y en algunos preceptos del viejo Reglamento de Parcelaciones y Reparcelaciones de Suelo Urbano de 7 de abril de 1966, cuya vigencia fue objeto de constante discusión desde la publicación de la reforma legal y reglamentaria que se inicia en 1975. También resultaban aplicables determinadas disposiciones registrales contenidas en el Decreto 635/1964, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares. Por otra parte, el propio Texto Refundido citado desarrolló nuevas disposiciones registrales en materia de expropiación forzosa, debido a la necesidad de facilitar el acceso al Registro de este tipo de operaciones. Además, algunas Comunidades Autónomas —Cataluña, Murcia, Canarias y Madrid— habían dictado algunas reglas en aspectos registrales, quizá como consecuencia de la laguna existente al respecto en la legislación estatal.

2.4. CONSTITUCIÓN DE 1978

Tras la publicación de la Constitución de 1978, el panorama competencial del urbanismo en España varió sensiblemente. Como señala ACEDO-RICO HENNING, F. (8), la Constitución ha articulado un reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el que éstas asumen el papel principal en cuanto a la regulación normativa, si bien el Estado conserva competencias en distintas materias —estatuto de la propiedad, valoraciones, etc.— que inciden sobre aquélla. En efecto, el artículo 148-3 indica claramente que las Comunidades Autónomas «podrán asumir competencias» en materia de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», asunción que ha tenido lugar por todas y cada una de ellas a través de sus respectivos estatutos.

La Constitución de 1978 introduce, además, como dice la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que nos ocupa: *«un nuevo marco de referencia para la materia, tanto en lo dogmático como en lo organizativo. La Constitución se ocupa de la regulación de los usos del suelo en su artículo 47, a propósito de la efectividad del derecho a la vivienda y dentro del bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47, de donde cabe inferir que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario necesario de aquéllas al servicio de la calidad de vida».*

2.5. LEY 8/1990, DE 25 DE JULIO, DE RÉGIMEN URBANÍSTICO Y VALORACIONES DEL SUELO

No obstante este nuevo panorama competencial —e incluso este nuevo marco de referencia introducido por nuestra norma fundamental—, el Estado aprueba la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo que, tras modificar profundamente el urbanismo, imponía al Gobierno de la Nación la obligación de realizar una labor de refundición de las normas urbanísticas vigentes a la luz de la nueva ley. Dicha ley concluye con una Disposición Adicional Décima, cuyo último párrafo establece que «en el plazo de seis meses, el Gobierno aprobará las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de esta Disposición Adicional»,

(8) ACEDO-RICO HENNING, F., «El Registro de la Propiedad y los sistemas de actuación urbanística con especial referencia a las Comunidades Autónomas», en *La política de la vivienda en España: Instrumentos jurídicos, urbanísticos y sociales*, RCDI, núm. 691, pág. 1562. En este punto, seguimos lo expuesto por este autor.

dedicada íntegramente a regular los aspectos registrales esenciales en el campo de la gestión urbanística (9).

2.6. TEXTO REFUNDIDO DE 26 DE JUNIO DE 1992

Pues bien, tras distintos avatares, fue publicado el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que dedicaba al tema registral los artículos 307 a 310.

Este nuevo texto normativo continuaba la línea tradicional de regular de forma completa el urbanismo, si bien —como señala ACEDO-RICO HENNING (10)— trataba de solventar el evidente problema competencial mediante el establecimiento en su artículo primero de un distinto régimen de aplicación de sus distintas disposiciones en función de las normas concretas contenidas en su articulado.

3. LA SENTENCIA 61/1997, DE 20 DE MARZO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No obstante, a pesar de este intento diferenciador en cuanto al carácter aplicativo de cada uno de sus preceptos, distintas Comunidades Autónomas formularon recurso de inconstitucionalidad, por entender que el Texto Refundido invadía sus competencias.

Pues bien, tras más de seis años, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 61/1997, sentencia que daba la razón, en gran medida, a las Comu-

(9) Como señala ARNÁIZ EGUREN, R., en *La inscripción...*, «Se trata claramente de un encargo legislativo distinto del establecido por la Ley de 2 de mayo de 1975. Por una parte, se contrae al desarrollo de la Ley en la que se contiene. Por otra olvida la mención de que los deberes y limitaciones que resulten genéricamente del planeamiento consten con toda exactitud en el Registro. Es lógico el cambio, puesto que la fase de planeamiento, como se ha especificado repetidamente en la doctrina, muy difícilmente puede ser objeto de publicidad registral. Quizá por ello, la dicción del artículo 307 de la Ley del Suelo, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 26 de junio de 1992, del que constituye trasunto el artículo 1 de las Normas Complementarias, no se refiere a los actos de planeamiento como “inscribibles”, aunque algún sector de la doctrina había considerado que determinados aspectos de la ordenación, especialmente de iniciativa particular, deberían formar parte del contenido del folio registral, al menos en determinados casos».

(10) ACEDO-RICO HENNING, F., *op. cit.*, pág. 1562. Así, como señala ACEDO-RICO, disponía que «la presente ley tiene por objeto establecer el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y regular la actividad urbanística con el carácter de pleno, básico o supletorio que, para cada artículo, se determina expresamente». Ello quedaba precisado en su Disposición Final Única, en la que se establecía una relación exhaustiva de los preceptos que se consideraban adscritos a cada uno de dichos caracteres pleno, básico o supletorio.

nidades Autónomas, que ha dado lugar a una intensa discusión doctrinal y que deroga más de dos terceras partes del Texto Refundido del 92, por entender que el legislador estatal se excede en sus competencias urbanísticas, constitucionalmente muy limitadas, según el parecer del Alto Tribunal.

La competencia estatal (11) para legislar al amparo del artículo 149.1.1.º sólo tiene por objeto garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad del suelo y el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social, pero no, en cambio, la ordenación de la ciudad, esto es, el urbanismo en un sentido estricto.

El Estado no puede, por tanto, a través de esas condiciones básicas, configurar el modelo urbanístico que las Comunidades Autónomas y la Administración Local, en el ejercicio de sus respectivas competencias, han de diseñar, ni tampoco puede definir o predeterminar las técnicas o instrumentos urbanísticos, como hacía el Texto Refundido, cuya constitucionalidad enjuiciaba el Alto Tribunal.

La consecuencia práctica de esta discutida sentencia del Tribunal Constitucional es una profunda revolución en la situación urbanística creada al amparo del Texto Refundido, por dos razones:

1. En primer lugar, deroga, en gran medida, el Texto Refundido del 92, dada la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de urbanismo.

2. En segundo lugar, deja en vigor la normativa estatal anterior a la Constitución que el Texto Refundido derogaba. Esta normativa tiene el carácter de supletoria y a ella habrá que acudir en la medida en que la normativa de las Comunidades Autónomas no regule una normativa urbanística concreta o lo haga insuficientemente.

La sentencia que comentamos ha establecido, pues, la siguiente distribución competencial:

- a) Al Estado compete fundamentalmente la definición del Estatuto de la Propiedad Urbana y las consecuencias inmediatas del mismo en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social. En consecuencia, la normativa estatal debe regular las siguientes materias:
 - El Estatuto de la Propiedad del Suelo y lo que es inherente a la misma, los derechos y deberes de los afectados por el proceso urbanizador, determinados en función de la clase de suelo donde se ubique dicha propiedad.

(11) Seguimos en la exposición de la doctrina de la sentencia a ACEDO-RICO HENNING, F., *op. cit.*, pág. 1563 y sigs.

- Las valoraciones del suelo.
- Los procesos expropiatorios.
- Las indemnizaciones por alteración del planeamiento, vinculaciones singulares u otros supuestos.

Además, conserva la competencia en materia procedimental y la relativa a las relaciones entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad (de acuerdo con el art. 149.1.8 de la Constitución).

En este sentido, el Tribunal declara que corresponde al Estado la regulación de los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, los efectos y las operaciones registrales (Fundamentos 29-a y 39).

b) A las Comunidades Autónomas corresponde el urbanismo propiamente dicho, esto es, la ordenación de la ciudad en sus facetas tradicionales de planeamiento y gestión. Así pues, les corresponden fundamentalmente las siguientes materias:

- *Planeamiento*: Las distintas clases de instrumentos de planeamiento, la formulación y elaboración de los planes, el distinto contenido de cada uno de ellos.
- *Gestión*: Las distintas formas de ejecución del planeamiento, sistemas de actuación, mecanismos de equidistribución de beneficios y cargas, etc.
- *Disciplina*: Distintos actos sometidos a licencia, infracciones urbanísticas y procedimiento sancionador, etc.

Por todo ello, y en resumen, como señala ACEDO-RICO (12), el urbanismo, en España, salvo lo relativo al limitado contenido de competencia estatal, puede ser y es distinto, y debe ser estudiado en base a la legislación de cada una de las Comunidades Autónomas, pudiendo surgir en la regulación —como ya han sucedido— grandes disparidades y debiendo acudir, en caso de anomia, a la legislación urbanística estatal de forma supletoria.

(12) ACEDO-RICO HENNING, F., *op. cit.*, pág. 1564.

4. NORMATIVA URBANÍSTICA ACTUAL

- 4.1. ACTUACIÓN DEL ESTADO. REFERENCIA AL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO, SOBRE NORMAS COMPLEMENTARIAS AL REGLAMENTO HIPOTECARIO PARA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA; A LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES, Y A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 164/2001, DE 11 DE JULIO

En este marco legal y jurisprudencial se publica el Real Decreto 1093/1997, 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, publicación que tiene lugar con posterioridad a la sentencia 164/2001 del Tribunal Constitucional y antes de la elaboración y publicación de la Ley 6/1998. Por ello, el Real Decreto 1093/1997 es escrupulosamente respetuoso con la doctrina de la STC 164/2001, respetando plenamente sus determinaciones sobre el título competencial del Estado, hasta tal punto que, como se ha escrito (13), este texto reglamentario no contiene normas de carácter urbanístico, limitándose tan sólo a la regulación de aspectos hipotecarios. Por el contrario, en relación a la posterior Ley 6/1998 se ha suscitado por algún sector doctrinal el problema de su incidencia mayor o menor sobre el Real Decreto de referencia, si bien la opinión general es que tal incidencia es escasa y tan sólo sobre alguna cuestión de detalle, por lo que no merece la pena detenerse en el análisis de esta cuestión, al menos en una intervención de estas características (14).

Por otro lado (15), desde el punto de vista formal, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no constituye una modificación puntual del vigente Reglamento Hipotecario, sino una disposición completa y sistematizada, que tiene el carácter de norma complementaria del propio reglamento, ya que su contenido tiene la suficiente amplitud como para que la integración de sus normas en otro texto ya existente hubiera dado lugar a dificultades casi insuperables, todo ello a costa de obtener una disposición única de muy difícil interpretación.

(13) ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción...*, pág. 13.

(14) Para más información sobre esta cuestión, ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción*. Relata el autor, asimismo, que la elaboración del Real Decreto se inició en el Ministerio de Justicia a partir de la entrada en vigor de la Ley de Reforma de 25 de julio de 1990, y concretamente de su Disposición Adicional Décima, habiendo participado en su elaboración cuatro comisiones distintas, tres organizadas en el seno de la Dirección General de los Registros y el Notariado, y la última conjuntamente con la Dirección General de Urbanismo del Ministerio de Fomento, las cuales tuvieron en cuenta, no sólo las sucesivas disposiciones legales estatales, sino también algunas disposiciones autonómicas.

(15) Seguimos en este punto la obra clásica de ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción*.

Desde el punto de vista material, es un proyecto ambicioso que pretende regular de forma completa una materia sobre la que se planteaban constantes problemas de interpretación, al no existir una regulación suficiente. El tiempo transcurrido desde su entrada en vigor y la experiencia acumulada permiten afirmar que se ha convertido en un instrumento esencial de agilización de los procesos urbanísticos de todo tipo que son esenciales para la aplicación efectiva de los Planes de Ordenación Urbana.

Todo ello no ha impedido detectar en las Normas algunas carencias, como la ausencia de disposiciones en materia de enajenación de patrimonios públicos del suelo, tema que suscita algunas dificultades sobre la posibilidad de inscripción registral de algunas condiciones impuestas al adquirente, o una regulación concordada del derecho de superficie y de las normas contenidas en el artículo 16-1.º del Reglamento Hipotecario. Todas estas cuestiones son abordadas, como veremos, por el Proyecto de Ley del Suelo, cuyo análisis constituye el objeto central de este artículo.

Como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, y tras la publicación de las Normas Complementarias a las que nos hemos referido, el Estado, que estaba inmerso ya en un proceso de modificación legislativa —el Real Decreto Legislativo 5/1996 y la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales— reaccionó adaptando el proyecto de ley que tenía en tramitación para adecuarlo a los considerandos de la sentencia e introducir, al tiempo, distintas cuestiones técnicas.

El resultado fue la publicación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, de tan sólo 44 artículos, que intentaba adaptarse a los criterios competenciales marcados por la sentencia del Tribunal Constitucional. Tres años después, una nueva sentencia del Tribunal Constitucional, la 164/2001, de 11 de julio, declaró inconstitucionales dos preceptos, a saber, los artículos 16.1 y 38.

4.2. ACTUACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA

Por su parte, las Comunidades Autónomas (16), ante la situación creada por las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente por la sentencia 61/1997, se vieron en la necesidad de elaborar textos legales completos en materia urbanística, so pena de que se aplicase en sus territorios la normativa urbanística preconstitucional dejada en vigor por la sentencia.

(16) Seguimos en este punto a ACEDO-RICO HENNING, F., en *op. cit.*, pág. 1565.

La respuesta de las diferentes Comunidades Autónomas varió en función, esencialmente, de que hubiesen ejercitado o no su competencia legislativa en materia urbanística.

Así, algunas Comunidades —como Valencia, Madrid o Galicia— que contaban con una normativa bastante completa, se vieron poco afectadas; otras que, como Cataluña, no aplicaban, de hecho, el Texto Refundido de 1992, también se vieron poco afectadas.

No obstante, la mayoría de las Comunidades Autónomas no tenían sino regulaciones parciales y fragmentarias, por lo que necesitaban dotarse urgentemente de una normativa urbanística completa. La mayoría de estas Comunidades optó por la publicación de leyes de medidas urgentes, asumiendo como propio el derecho estatal existente con anterioridad a la sentencia y dejando para más adelante la elaboración de una ley propia. Hoy, nueve años más tarde, casi todas las Comunidades Autónomas han elaborado un texto completo, con mayor o menor grado de originalidad, lo que ha dado lugar a un panorama legislativo muy variado.

Como consecuencia de todo ello, puede afirmarse con LASO MARTÍNEZ, J. L., que «no hay en la actual estructura del Estado español ningún órgano de ningún rango que pueda abordar por sí sólo y para todo el territorio nacional el problema del suelo y de la vivienda, al menos mientras prevalezca la rígida y radical interpretación contenida en la famosa sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, afortunadamente evolucionada en otras sentencias posteriores, aunque dentro del mandato constitucional» (17).

Llegados a este punto, convendría detenerse para hacer una reflexión: hasta qué punto las sentencias del Tribunal Constitucional, que han impedido una legislación urbanística uniforme para todo el territorio, han contribuido al proceso de encarecimiento de la vivienda, al haber impedido la estandarización de los procesos de gestión urbanística, con el consiguiente encarecimiento de los procesos de creación y transformación de suelo.

5. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE ENFORCEMENT DE LA ORDENACIÓN EN MATERIA DE SUELO, URBANISMO Y VIVIENDA

Si los efectos de las leyes se limitan a los que produce su impresión sobre el papel, éstas no conseguirán la finalidad perseguida. Para que las leyes

(17) LASO MARTÍNEZ, J. L., «El problema de la vivienda en España ante las dificultades del sistema formativo», en *RCDI*, núm. 691, pág. 1656. Pone de manifiesto este autor que hoy, en todo el territorio nacional, solamente a nivel legislativo, el suelo está regulado por más de tres mil preceptos, todos ellos procedentes de las Comunidades Autónomas, lo que provoca inevitablemente una confusión sobreañadida.

produzcan los efectos deseados es necesario, en primer lugar, que contengan una regulación adecuada de la materia de que se trate; en segundo lugar, que existan instituciones dirigidas a conseguir la realización del Derecho *ex ante* (*law enforcement*) y, en tercer lugar, que existan instituciones dirigidas a sancionar a los incumplidores (*ex post*), y cuyo eficaz funcionamiento produzca un notable efecto *ex ante*.

Pues bien, el Registro, surgido inicialmente como institución dirigida a asegurar la propiedad, facilitar su transmisión, y, de este modo, lograr la expansión del crédito territorial, se ha convertido, con el devenir del tiempo, en una institución de *law enforcement* capital, en uno de los más eficaces instrumentos para la realización del Derecho en su ámbito competencial.

5.1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO GUARDIÁN DE LA LEGALIDAD (*GATEKEEPER*) (18)

Esta expresión —*gatekeeper* o guardián de la legalidad (19)— ha hecho fortuna en el ámbito del análisis económico del Derecho para hacer referencia a una especial estrategia o modalidad de realización del Derecho, consistente en imponer sanciones o exigir responsabilidades a partes privadas que, por su función transaccional, están en condiciones de detener conductas no ajustadas a Derecho, mediante la denegación de su cooperación. Y la dene-

(18) Todo lo que se expone en este apartado y, en general, todas las referencias al Registro de la Propiedad como guardián de la legalidad, hay que entenderlas referidas al registro español y, en general, a los sistemas registrales de derechos o de fe pública, debiendo quedar excluidos los sistemas registrales de documentos o de mera oponibilidad, los cuales no pueden desempeñar función alguna de *gatekeeping*, ya que al no poder acreditar, tampoco frente a terceros, la titularidad y cargas de la propiedad inmueble, carecen de virtualidad alguna para un efectivo control de legalidad y, en consecuencia, estos sistemas difícilmente puede servir de apoyo para el cumplimiento de la ley.

(19) Fue KRAAKMAN, R. H. quien primero construyó la figura del *gatekeeper* en *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, J. L. Econ & Org, 2 (1986). Posteriormente PAZ-ARES y ARRUÑADA, B. han utilizado esta figura para intentar explicar el papel del notario como productor de ordenación pública, en sus respectivos trabajos sobre análisis económico del Notariado. Posteriormente, utilicé esta figura para explicar la función registral a la que, en mi opinión, se adapta mucho mejor esta figura, si tenemos en cuenta los requisitos para la efectividad del *gatekeeper* señalados por el propio KRAAKMAN y que difícilmente puede cumplir el Notariado, salvo por su interacción con el sistema registral, como reconoce el propio PAZ-ARES, C., esto es, porque es controlado por el Registrador, que es, en realidad, el auténtico *gatekeeper*. Ver MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Los sistemas registrales como reductores de costes de información y de conservación*. Comunicación presentada en la reunión del WPLA de la ONU, celebrada en Madrid en septiembre de 2000. También, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho», en *La calificación registral*, T. I, Ed. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., Ed. Civitas, Madrid, 1996.

gación de su ministerio es la forma —usual— que tiene el Registro para contribuir a realizar el Derecho.

Ciertamente, el Registro de la Propiedad no es una parte privada sino una institución pública, lo que lo separa de la figura del *gatekeeper*, tal y como fue inicialmente concebida. No obstante, prevalece una fuerte analogía con la figura, si tenemos en cuenta, por un lado, que, inicialmente, los registros únicamente controlaban la legalidad privada de las transacciones entres particulares, pero paulatinamente se les ha ido atribuyendo la función de controlar la legalidad pública implicada en todo tipo de operaciones susceptibles de inscripción, tales como la fiscal —desde el principio—, urbanística —desde la primera Ley del Suelo de 1956—, medioambiental —Real Decreto sobre Suelos contaminados—, la referente al control del blanqueo de capitales, etc.; y, por otro lado, la inscripción registral es, salvo excepciones, una decisión del titular del derecho para lograr una mejor protección del mismo mediante su reconocimiento *erga omnes* por la institución estatal creada para ello, cual es el Registro de la Propiedad.

Así, cuando se pretende inscribir una compraventa inmobiliaria, por ejemplo, el Registro no sólo vigila el cumplimiento de los requisitos de orden civil necesarios para su validez o eficacia —consentimiento, objeto, causa, etc.—, sino también si se han satisfecho los correspondientes impuestos; en el caso de segregación, vigila si se ha obtenido la licencia correspondiente; en el caso de que se trate de una declaración de obra nueva, si se ha obtenido la licencia de edificación correspondiente, etc...

En todos estos casos, se pone de manifiesto una de las características más propias de la función registral: el Registro, en tanto que representante de los terceros, es decir, de todos los que no son parte en el contrato u operación de que se trate, es decir, de la comunidad, vigila que las partes no violen normas imperativas, las cuales, por definición, imponen restricciones individuales porque generan derechos colectivos (por ejemplo, el derecho de la comunidad a que cada ciudadano pague sus impuestos, o a que nadie construya más plantas que las autorizadas), denegando su ministerio cuando se violan normas imperativas, o incluso cooperando con las autoridades encargadas tanto de la prevención como de la represión en caso de incumplimiento, lo que convierte al Registro en una pieza extraordinariamente valiosa en cualquier estrategia de realización del Derecho (20).

(20) Para que las estrategias de *gatekeeping* puedan ser efectivas se requiere —como señala KRAAKMAN, R. H., en *op. cit.*—, no sólo que haya deficiencias en el resto de los sistemas de realización del Derecho, como suele suceder, sino, además, que se den algunos presupuestos específicos. Tales como: 1. Que haya un servicio que resulte necesario o conveniente al infractor para conseguir su objetivo y una persona que esté en condiciones de denegar ese servicio. 2. Que el ordenamiento jurídico pueda inducir a los *gatekeepers* a prevenir las infracciones a un precio razonable. Se trata de un problema de diseño que

Para que el «cancerbero» pueda cumplir adecuadamente su función, es necesario que se den diversos requisitos en los que no podemos extendernos en un artículo de estas características. No obstante, dado el objeto del mismo, precisamente, me parece conveniente hacer una breve referencia a uno de esos requisitos (21).

Para que el Registro pueda desempeñar eficazmente su función de guardabarreras es necesario que las normas imperativas, cuyo cumplimiento ha de exigir el Registrador, no impliquen un coste tal, en relación con los beneficios esperados de la protección registral, que disuada a los ciudadanos de registrar sus derechos.

Por ello, si se quiere utilizar el registro como guardabarreras y, de ese modo, incrementar su potencia como instrumento de intervención en el mercado, es necesario potenciar al máximo posible el valor añadido de la inscripción registral. ¿Cómo? En primer lugar, vedando la existencia de privilegios injustificados que afectan a tercero sin necesidad de inscripción y cuya pervivencia disminuye el valor de la inscripción como título-valor (22), debilitando las posibilidades de utilización del Registro como guardabarreras. Privilegiar a unos pocos siempre genera perjuicios a muchos, tanto ciudadanos como administraciones (23). En segundo lugar, reforzando la independencia del Registro y las garantías del procedimiento, de modo que los pronunciamientos registrales, tanto por su valor legal como reputacional, tengan un alto valor probatorio ante los tribunales, y, de este modo, se conviertan en un «input» prácticamente incuestionable en la práctica judicial y, por ello, en la contractual (24).

se halla suficientemente bien resuelto en el caso registral, si examinamos el Derecho Comparado. 3. Que existan condiciones en la oferta y en la demanda del servicio que opera como *gatekeeper* que aseguren la disponibilidad del mismo para cumplir su papel y la de sus clientes para aceptar que lo cumpla. De entre los variados problemas que plantea este tercer aspecto, merece la pena resaltar dos. A saber: *a*) el de la independencia registral, que debe ser preservada, tanto frente a las autoridades políticas —evitando la libre designación— como frente al mercado —evitando la libre elección—; *b*) el de la necesidad de establecer una relación equilibrada entre la función de *gatekeeping* y el valor añadido de la inscripción registral.

(21) MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *El Registro como instrumento de intervención en el mercado*. Discurso de clausura del II Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pronunciado en Santiago de Compostela el 20 de octubre de 2004.

(22) La consideración de la inscripción como título-valor la desarrollo ampliamente en *El Registro como instrumento...*, pág. 5 y sigs.

(23) MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *El Registro como instrumento de intervención en el mercado*, pág. 16.

(24) MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados hipotecarios*. En curso de publicación. Conferencia pronunciada en Sao Paulo en septiembre de 2006, en el Congreso de la Federación Brasileña de Bancos.

Idealmente aquí se situaría el límite para poder emplear el Registro como cancerbero. Si se superase ese límite, se asfixiaría el sistema con todas sus consecuencias, que no es preciso detallar en este momento. Así, los abusos que se están cometiendo en algunos países, por razones fiscales, como Rusia o México, son aleccionadores al respecto (25).

5.2. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO EN RELACIÓN CON LA EFECTIVIDAD DEL ORDENAMIENTO DEL SUELO, URBANÍSTICO Y DE VIVIENDA

Lo expuesto hasta ahora explicaría perfectamente las razones por las cuales el ordenamiento en la materia que nos ocupa utiliza constante y crecientemente el Registro para garantizar la efectividad *ex ante* de sus normas.

Como expuse al principio de esta intervención, salvo algunos precedentes de escasa importancia, la relación directa entre los actos urbanísticos y el Registro de la Propiedad se inicia en el año 1956, fecha de publicación de la primera Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y desde entonces esa relación ha sido cada vez más frecuente y compleja, de tal modo que el registro se ha convertido en una pieza esencial del sistema jurídico que regula y garantiza los derechos de la Administración y de los particulares en los procesos de transformación del suelo.

Pero, además de esa razón general, existen otras que explican más específicamente la inescindible imbricación entre las políticas de transformación de suelo y el Registro de la Propiedad, perfectamente analizadas por ARNÁIZ EGUREN (26). A saber:

1. Cuando la urbanización y la edificación de los nuevos núcleos urbanos, e incluso su conservación y rehabilitación se llevan a cabo con intervención de la iniciativa particular o de tal forma que, aunque el proceso se desarrolle por las Administraciones Públicas, el destino de las unidades urbanizadas o construidas sea también su devolución al mercado, la transformación del suelo supone un conjunto de operaciones económicas difícilmente realizables sin una clarificación precisa de la titularidad de los inmuebles

(25) Quizá por ello, el legislador de 1861 ya advertía en su Exposición de Motivos: «Sin negar que los Registros de la Propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir al auxilio de la administración en las arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto deben entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la propiedad inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil, y sacrificar lo principal a lo accesorio».

(26) ARNÁIZ EGUREN R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, pág. 12 y sigs.

afectados y, sobre todo, sin la garantía registral de las distintas obligaciones económicas que genera el proceso, tanto frente a la Administración como frente a las entidades que financian la urbanización y construcción, por lo que resulta esencial la inscripción registral.

No obstante, hasta la publicación del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción de actos de naturaleza urbanística, no ha existido una disposición específica en que se recogiera el conjunto de normas que regulasen de forma unitaria el acceso de actos de naturaleza urbanística al Registro de la Propiedad.

Una norma deseada y esperada por todos los sectores, ya que el reiterado incumplimiento por parte del legislador de adecuar la legislación hipotecaria a la urbanística causaba infinidad de problemas en el momento en que se pretendía el acceso al registro de distintas actuaciones urbanísticas, especialmente las procedentes de procedimientos de equidistribución.

2. La relación entre el ordenamiento regulador del suelo y del urbanismo y el Derecho Inmobiliario Registral es obligada desde el momento en que ambas ramas jurídicas se refieren a un objeto que, en alguna medida, les es común. Así, la realidad social acotada por la norma urbanística es el suelo, contemplado desde el punto de vista de su transformación y usos, mientras que el Derecho Registral se refiere de forma constante a la finca, es decir, al inmueble en cuanto objeto de derechos inscribibles. Esta distinción aparece recogida, por primera vez, de manera expresa, en el Proyecto de Ley de Suelo, motivo de estas jornadas, el cual en su artículo 17.1 establece que constituye:

a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios pro indiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.

b) Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente».

3. Junto a estas razones, puede aducirse una tercera, basada en la función general del Registro como «guardián de la legalidad», adaptada a la específica realidad urbanística que configura la propiedad como estatutaria (27), com-

(27) Así lo hace específicamente el artículo 7.1 del Proyecto de Ley, el cual dispone: «El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación territorial y urbanística».

puesta por un conjunto de derechos y deberes, basados en su función social. Como decía la Exposición de Motivos de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956:

«El régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad, resulta el cometido más delicado y difícil, que ha de afrontar la ordenación urbanística. Y se impone, sin embargo, efectuarlo precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad».

En efecto, como observa ARNAIZ RAMOS (28), los enérgicos efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al Registro de la Propiedad, lo habilita no sólo como instrumento de protección del titular registral, sino también como garante de que la propiedad inscrita cumple la función social que su contenido estatutario le atribuye, armonizando así el interés público y el privado.

Así —continúa el citado autor—, dado que en el ámbito de la propiedad inmobiliaria urbana, el contenido de dicha función social se define esencialmente a través de la política urbanística y de vivienda, parece obvio que su adecuado desarrollo debe hacerse, no sólo a través de una estrecha coordinación con el Registro de la Propiedad, sino utilizando las reglas de funcionamiento del mismo al servicio de dicho desarrollo.

Pues bien, esta posición parece haber sido plenamente acogida en el Proyecto de Ley del Suelo. En efecto, el artículo 3.1 del mismo dispone que:

«la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste».

Y el último párrafo del número tres del artículo 2 establece:

«El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia».

Y, como veremos más adelante, la utilización del instituto registral para la consecución de estas finalidades es constante a lo largo del proyecto de ley.

(28) ARNAIZ RAMOS, R., *Registro de la Propiedad y Política de Urbanismo y Vivienda*, working papers facilitados por el autor, con autorización expresa del mismo para su cita, lo que agradezco expresamente.

5.3. LEGISLACIÓN URBANÍSTICA AUTÓNOMICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD:
SUS POSIBILIDADES Y SUS LÍMITES

Aunque se trata de una cuestión que se sitúa fuera de nuestro objeto de análisis —el recurso al Registro de la Propiedad en el Proyecto de Ley del Suelo— parece inevitable hacer una referencia, por breve que sea, a la misma.

Si, como hemos expuesto, por un lado, todo lo relativo al urbanismo —entendido como «política de ordenación de la ciudad» (29)— compete a las Comunidades Autónomas y todo lo relativo al Registro de la Propiedad —incluidos los actos inscribibles, sus efectos y las operaciones registrales— compete al Estado y, por otro, la legislación urbanística se ve en la necesidad de recurrir al Registro para reforzar su efectividad, nos encontramos con un problema que es necesario resolver.

A ello hay que añadir —como señala Mercedes FUERTES— que el urbanismo implica una creciente intervención de las facultades dominicales que debe reflejarse en el Registro y, además, determinadas Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias en materia de Derecho Privado (30).

Pues bien, una forma de abordar esta cuestión con la finalidad de encontrar una solución razonable consiste en partir de la afirmación contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio (Fundamento cuatro), según la cual: «las Comunidades Autónomas son titulares, en exclusiva, de las competencias sobre urbanismo, de tal modo que la competencia legislativa les permite fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad y servirse para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas». Y una de esas técnicas puede ser, entre otras, el recurso al Registro de la Propiedad.

Planteadas así las cosas, es obvio que la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas debe poder utilizar el Registro de la Propiedad por las razones expuestas (31), por lo que la cuestión debe centrarse más bien en los límites o si se prefiere en la modalidad de utilización constitucionalmente admisible del Registro de la Propiedad por la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas.

(29) El Tribunal Constitucional ha definido el urbanismo —STC 61/1997, de 20 de marzo— como «la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la *ordenación urbanística* como objetivo normativo de las leyes urbanísticas». En consecuencia, el urbanismo se definiría como «la política de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ella se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo».

(30) Mercedes FUERTES, *Urbanismo y Publicidad Registral*, pág. 18, Ed. Marcial Pons en coedición con el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1995.

(31) De hecho, así lo vienen haciendo desde el principio todas las legislaciones autonómicas.

En este sentido, es claro que la competencia sobre ordenación de los Registros Públicos —que el art. 149.1.8 de la Constitución atribuye en exclusiva al Estado— incluye, según la sentencia del Alto Tribunal 61/1997, de 20 de marzo, la competencia para determinar los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, sus efectos y las operaciones registrales.

En consecuencia, los criterios de solución del problema podrían ser los siguientes, tal y como proponía ARNÁIZ EGUREN, con anterioridad:

- a) Cabe que la legislación autonómica prevea el acceso al Registro —incluida la modalidad de acceso— de determinados actos, puesto que, en el ámbito urbanístico, el Registro de la Propiedad ha de concebirse como un instrumento colaborador de la legislación urbanística sustantiva.
- b) Pero la legislación urbanística autonómica no puede regular modalidades de asientos registrales ni sus efectos, ni siquiera por vía de copia de la legislación estatal, pues en caso de modificación de ésta se generaría una diferenciación inmediata.

En definitiva, la legislación autonómica urbanística puede recurrir a la legislación registral y elegir entre la amplia panoplia de soluciones que ésta le ofrece, incluida la aplicación de normas generales admitidas por el sistema, pero no puede generar legislación registral (32).

Ésta parece ser también la posición por la que se inclinan la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de abril de 1984, y la Instrucción del Centro Directivo, de 16 de julio del mismo año.

6. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO

6.1. INTRODUCCIÓN

A la hora de abordar la utilización que de la institución registral hace el proyecto de ley del suelo, es necesario tener muy en cuenta que, por imperativo de las dos operaciones de «legislación negativa» contenidas en las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 y 164/2001, no es un proyecto de ley urbanística, por lo que, como dice su Exposición de Motivos: «*se prescinde por primera vez de regular técnicas específicamente urbanísticas,*

(32) Como explica ARNÁIZ EGUREN, R., en *Registro de la Propiedad...*, pág. 133: «Este concepto responde más bien a la idea que ya recogían los artículos 209 y 221 de las Leyes de 1956 y 1976, que referían la inscripción de actos urbanísticos a lo dispuesto en la “legislación hipotecaria” en términos generales».

tales como los tipos de planes o las clases de suelo, y se evita el uso de los tecnicismos propios de ellas para no prefigurar, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico».

Por ello, las relaciones entre el urbanismo en sentido estricto y el Registro de la Propiedad no se contienen en el proyecto de ley sino, esencialmente, en las diferentes leyes autonómicas dictadas como consecuencia de la distribución competencial efectuada por sendas sentencias del Tribunal Constitucional.

Tampoco es una ley de vivienda, en un sentido estricto, por lo que la utilización del Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de una política de vivienda se contiene, esencialmente, en diferentes normas autonómicas y, también, en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

Es —como dice la Exposición de Motivos— *«una Ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado»*, siendo el legislador muy consciente de que *«La Constitución se ocupa de la regulación de los usos del suelo en su artículo 47, a propósito de la efectividad del derecho a la vivienda y dentro del bloque normativo ambiental formado por los artículos 45 a 47»*.

Todo lo cual significa que el legislador estatal, a la vez que es muy consciente de las limitaciones competenciales impuestas por las tan citadas sentencias 61/1997 y 164/2001 del Tribunal Constitucional, también lo es de las posibilidades de actuación señaladas por otras sentencias del propio Tribunal, cual, por ejemplo, la 54/2002. Según esta sentencia, la «igualdad en las condiciones básicas», a que se refiere el artículo 149.1.1 de la Constitución, «completa —en los términos del art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— el canon de constitucionalidad competencial».

Asimismo, según el propio Tribunal Constitucional, el artículo 149.1.1 de la Constitución: «contiene una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales», según la sentencia del Alto Tribunal 173/1998.

Y para ello, el Registro de la Propiedad, cuya «ordenación» es una competencia exclusiva del Estado «en todo caso», según el artículo 149.1.8 de la Constitución es, además de por ésta, por las razones anteriormente expuestas, una institución idónea.

6.2. LA UTILIZACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD POR EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO

En este apartado expondremos las distintas referencias que se hacen, de acuerdo con los planteamientos expuestos, al Registro de la Propiedad en el Proyecto de Ley del Suelo, teniendo en cuenta que, como hemos expuesto anteriormente, no es una ley urbanística ni de vivienda, sino una ley que tiene por objeto, según su artículo primero, regular:

«las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes relacionados con el suelo en todo el territorio nacional. Asimismo establece las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la materia».

6.2.1. Afección de los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas al cumplimiento de los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística

El artículo 16 del Proyecto regula los *«deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística»*. Su número 1 establece que *«las actuaciones de transformación urbanística comportan, según su naturaleza y alcance»*, una serie de *«deberes legales»* que, en síntesis, son los siguientes:

- a) Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención (33).
- b) Entregar a la Administración competente el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística (34).

(33) Según el párrafo último de la letra a): *«En las actuaciones de dotación, la entrega del suelo podrá ser sustituida por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».*

(34) Según los párrafos siguientes de la letra b):
«En las actuaciones de dotación, este porcentaje se entenderá referido al incremento de la edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos en la actuación. Con carácter general, el porcentaje a que se refieren los párrafos anteriores no podrá ser inferior al 5 por 100 ni superar el 15 por 100.»

- c) Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras en los términos establecidos en la legislación aplicable (35).
- d) Entregar a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que se refiere la letra c) que deban formar parte del dominio público como soporte inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 por 100 en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo.

La legislación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega de suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del artículo 10».

Dicho artículo regula los «criterios básicos de utilización del suelo», disponiendo que «para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I —referente a las condiciones básicas de la igualdad en el estatuto de ciudadanos— las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán.

b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva, en todo caso, de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, los terrenos necesarios para realizar el 25 por 100 de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización.

No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados Municipios o para ciertas actuaciones siempre que, cuando se trate de actuaciones de reforma o mejora de la urbanización existente, lo justifique el grado de consolidación de usos, la escasa entidad del uso residencial o el destino de parte del suelo a infraestructuras u otras dotaciones públicas de especial interés para la mejora del medio urbano y, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social».

(35) El segundo párrafo de este apartado dispone que «en las obras e infraestructuras a que se refiere el párrafo anterior, se entenderán incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran conforme a su legislación reguladora».

- e) Garantizar el realojamiento y el retorno de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles que constituyen su residencia habitual dentro del área de la actuación, cuando tengan derecho a ello y en los términos establecidos en la legislación vigente.
- f) Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

Pues bien, tras enumerar tales deberes, el artículo 16 del Proyecto establece en su número 2:

«Los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con el carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes del apartado anterior. Estos deberes se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización o, en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras».

No se trata ahora de comentar minuciosamente toda la problemática civil y registral que plantea el precepto (36), sino tan sólo de poner de manifiesto que se trata de una medida tradicional de nuestro ordenamiento urbanístico —la afectación de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar— que había desaparecido de la Ley 6/1998, de 13 de abril, quizá por un excesivo temor del legislador estatal tras la sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio.

Quizá la novedad más importante del proyecto radique en la enumeración, ciertamente amplia, de los deberes —*«deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística»*— en garantía de cuyo cumplimiento se establece la afectación real de los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas». Si bien hubiera sido más correcto decir *«las titularidades sobre los terrenos...»*.

La operativa registral de la afectación viene regulada en el artículo 19 del Real Decreto 1093/1097, de 4 de julio, sobre Normas Complementarias para la Inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística, que, en gran medida desarrollan lo dispuesto por los artículos 126 y 178

(36) Todas estas cuestiones aparecen tratadas en GONZÁLEZ SALINAS, J., *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, pág. 224 y sigs., Ed. Montecorvo, Madrid, 1987. GARCÍA GARCÍA, J. M., «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», en la tercera parte de este artículo, pág. 1397 y sigs. del núm. 576 de la *RCDI*. LÓPEZ PELLICER, J. A., «Costes y cuotas de urbanización y de conservación», en *RDU*, núm. 67, pág. 63 y sigs. ARNÁIZ EGUREN, R., especialmente en «La inscripción...», *op. cit.*, pág. 169 y sigs.

del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto de 23 de agosto de 1978, vigentes a todos los efectos si bien con carácter supletorio a lo que dispongan las respectivas legislaciones urbanísticas autonómicas.

En cuanto a los efectos que produce la constancia registral de la afección real, hay que inclinarse porque se trata de un asiento de publicidad que sirve para advertir al tercero de la imposibilidad de aducir este carácter contra la afección de apremio que contra él se dirija, por lo que comparte la naturaleza de las afecciones fiscales, cuya finalidad es la de garantizar la posibilidad que la Administración Tributaria acciones, en procedimiento de derivación, contra el adquirente del primer deudor tributario (37).

6.2.2. *Constancia registral de la autorización de usos y obras de carácter provisional*

El artículo 13-2 prohíbe las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en el suelo rural, salvo los incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación territorial y urbanística, a partir de cuyo momento únicamente podrán realizarse en ellos, según el número 3 del citado artículo:

«con carácter excepcional, usos y obras de carácter provisional que se autoricen por no estar expresamente prohibidos por la legislación territorial y urbanística o la sectorial».

Usos y obras que:

«deberán cesar y, en todo caso, ser demolidas las obras, sin derecho a indemnización alguna, cuando así lo acuerde la Administración Urbanística».

Pues bien, según el párrafo último del apartado a) del número 3 del citado artículo 13:

«La eficacia de las autorizaciones correspondientes, bajo las indicadas condiciones expresamente aceptadas por sus destinatarios, quedará supeditada a su constancia en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria».

(37) En este sentido, ARNÁIZ EGUREN, R., en *La inscripción...*, pág. 171. Según este autor, cuya opinión comparto, las normas contenidas en los artículos 126 y 178 del Reglamento de Gestión Urbanística, no confieren a la afección un rango registral antepuesto a las cargas inscritas con anterioridad, sino que tales cargas son también objeto de la afección, puesto que el esquema de la gestión vincula tanto al propietario en sentido estricto, como a los titulares de derechos reales menores.

Esta regulación cuenta con amplios precedentes en nuestra legislación del suelo (38) y su constancia registral se halla expresamente prevista en el artículo 76 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que regula la «*nota marginal acreditativa de la concesión de licencias para obras y usos provisionales*», y a cuyo tenor:

«*La concesión de las licencias para usos y obras de carácter provisional y para los edificios fuera de ordenación, se harán constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca correspondiente. La nota se tomará a solicitud del titular registral, o con su audiencia a requerimiento de la Administración actuante, a la que se acompañe certificación literal del acuerdo de concesión de la licencia y en ella se expresará, a la vista de la certificación administrativa, el deber de demolición de las edificaciones cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización en su caso, y con las demás consecuencias previstas en la legislación urbanística.*».

Lo novedoso de la regulación del proyecto radica en que supedita «la eficacia» de dichas autorizaciones a su constancia en el Registro, lo que viene a aclarar cuál es el efecto de la nota marginal prevista en el artículo 76 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. No estamos ante una publicidad «noticia pura», como parecían sostener algunos autores (39), sino, más bien, ante una nota modificativa de los derechos inscritos, tal y como venía sosteniendo, ya con la legislación anterior, ARNÁIZ EGUREN (40), según el cual, la publicidad operada por el asiento genera los siguientes efectos:

- Por una parte, imposibilita que el titular se oponga a la demolición de la construcción levantada, lo que incide directamente en el ámbito de la defensa judicial de la posesión del titular, tanto en el ámbito de las acciones interdictales civiles como en su versión registral, regulada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.
- Por otra parte, el asiento afecta directamente a la valoración del inmueble en caso de expropiación forzosa, de forma que ni el titular

(38) Así, artículo 47 de la Ley de 1956, artículo 58 del TR del 76, artículo 136 del TRLS/1992 y artículo 17 de la Ley del 98. Para más información, BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Usos y obras provisionales», en *Comentarios a la Ley del Suelo y Valoraciones—Ley 6/1998, de 13 de abril—*, pág. 385 y sigs., de ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.; BELTRÁN AGUIRRE, J. L.; NAGORE SORABILLA, H. M., OTAZO AMATRIAIN, B., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

(39) Así, BELTRÁN AGUIRRE, J. L., el cual en *op. cit.*, pág. 390, sostiene que tal nota no producirá otro efecto que «dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que las origine».

(40) ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción...*, pág. 523.

registral ni sus adquirentes podrán formular oposición a la valoración fijada por la Administración expropiante por este motivo.

La redacción del proyecto autoriza a sostener, asimismo, que estamos ante un supuesto de asiento registral constitutivo, por cuanto, sin nota marginal, la autorización carece de eficacia, esto es, no produce efecto alguno, lo que es característico de los actos inexistentes y nulos.

6.2.3. *Actuación registral en los supuestos de división y segregación de fincas*

El párrafo 2 del número 2 del artículo 17 del Proyecto que comentamos establece: *«En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción».*

El precedente inmediato de esta norma se halla en el artículo 259.3 de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, declarado vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril (41).

La regulación de la actuación registral en estos supuestos aparece recogida en el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, según el cual:

«Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviere prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento».

No parece que el proyecto introduzca novedad alguna en este punto, ni, por tanto, se incline por ninguna de las posiciones doctrinales mantenidas al respecto, si bien, la posición mayoritaria se va inclinando por interpretar que el precepto veda la inscripción de los actos de división o segregación, si no se aporta licencia o la declaración municipal de su innecesariedad (42).

(41) Dicho precepto establece: «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento».

(42) Pueden verse, entre otros: DÍAZ FRAILE, J. M., «La inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de parcelación urbanística», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 78; CORRAL DUEÑAS, F., «Régimen de las parcelaciones en

6.2.4. *La inscripción registral como requisito para la subrogación por el adquirente en las obligaciones asumidas frente a la Administración y que se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real*

El número 1 del artículo 18 del Proyecto de ley dispone: «*La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real*».

Esta norma también cuenta con amplios precedentes en nuestra legislación del suelo (43). A diferencia de los casos anteriores, sin embargo, carece de una regulación registral específica en el Real Decreto 1093/1997, si bien cabe en la norma —de carácter general— contenida en el número 8 del artículo 1 del citado Real Decreto, a cuyo tenor, son inscribibles:

«8. *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 la descripción de éstas*».

La subrogación opera, pues, de forma automática y sin necesidad de previa inscripción en el Registro de la Propiedad respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicable o exigible por los actos de ejecución derivados de la misma. Se trata de una subrogación legal (44).

suelo rústico», en *RCDI*, núm. 649; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral*, Tomo V, Cap. X., Ed. Civitas, Madrid, 2002; ARNAIZ EGUREN, R., *La inscripción...*, así como *Registro de la Propiedad y Urbanismo*.

(43) Concretamente, artículo 71 de la Ley 56, artículo 88 del TRLS/76, artículo 22 del TRLS/92 y el vigente artículo 21 de la Ley 6/1998.

(44) Como observa BELTRÁN AGUIRRE, J. L., en *op. cit.*, pág. 442 y sigs., esta figura ha sido severamente criticada por algunos hipotecaristas —singularmente CHICO ORTIZ, J. M.—, porque al no constar en el Registro de la Propiedad las limitaciones y deberes derivados del proceso urbanístico, entienden que no deberían surtir efectos frente a terceros, pues ello supone un atentado contra los principios de publicidad y seguridad del tráfico inmobiliario. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha rechazado estas críticas, porque considera que el ordenamiento jurídico-administrativo habilita otras fórmulas de publicidad, como dice la STS de 10 de marzo de 1990, la cual en su Fundamento Quinto, argumenta: «La fe pública registral, en definitiva, protege al tercer adquirente de las limitaciones voluntarias, no así de las instituidas por ley, o, como ocurre en el presente caso, de las impuestas, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos

De otro lado, y aquí está la novedad introducida en su día por la Ley 6/1998 en su artículo 21, como señala Beltrán AGUIRRE (45), en lo relativo a los compromisos que el transmitente hubiese acordado con la Administración Urbanística, operará la subrogación, siempre que hubieren sido objeto de inscripción registral y se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.

En la medida en que estos compromisos son voluntarios, es decir, que no son consecuencia directa y obligada de la legislación urbanística aplicable, el legislador optó por exigir la previa inscripción registral de aquellos compromisos de los que se derive un posible efecto de mutación jurídico-real.

Y este es el esquema que mantiene el proyecto, respetuoso a la vez con los principios que inspiran la legislación urbanística —y más concretamente con las consecuencias derivadas de la concepción estatutaria de la propiedad urbanística— y con los derivados de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

Ahora bien, como observó GARCÍA GARCÍA, J. M. (46), en relación con el artículo 21 de la Ley 6/1998 —idéntico en este punto al precepto que comentamos del proyecto—, a primera vista sería innecesario este precepto, puesto que la vinculación del tercero nacería del propio asiento registral en varios sentidos distintos, todos ellos previstos directamente en la legislación, tanto civil como registral. En efecto:

- a) Por una parte, a través del principio de inoponibilidad, en tanto que frente a la Administración, titular activo de la inscripción de mutación, no cabría la oposición de un título no inscrito o inscrito con posterioridad.
- b) Por otra, respecto de la mutación jurídica producida, nacería a favor del titular inscrito, el conjunto de presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.
- c) Por último, respecto de la relación civil publicada en el Registro, si el titular inscrito reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedaría protegido por la fe pública registral.

que, en cuanto afectan al interés general, gozan de una publicidad que trasciende a la del Registro de la Propiedad, de suerte que en los supuestos de enajenación de fincas el adquirente queda subrogado en el lugar y puesto del transmitente no sólo en cuanto aquellas limitaciones impuestas por la ley o derivadas de la misma, sino también en cuanto a los compromisos y obligaciones asumidos por éste con la Administración Pública, sin perjuicio, claro está, de las facultades resolutorias e indemnizatorias que a aquel reconoce el artículo 62 del Texto Refundido de la Ley del Suelo».

(45) BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Transmisión de fincas y deberes urbanísticos», en *Comentarios...*, pág. 444.

(46) GARCÍA GARCÍA, J. M., «El artículo 21 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Una breve nota en torno a sus aspectos registrales», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 38.

Ello no obstante, la vinculación del tercero tendría un origen exclusivamente registral, siempre y cuando, además, resultase fácil el acceso al registro de tales compromisos.

Por ello, observa ARNÁIZ EGUREN (47), el interés del legislador en la reforma introducida en este punto radica, sobre todo, en conseguir que el Registro de la Propiedad se constituya en apoyo directo de la actividad de la Administración, cuando ésta viene prevista en una convención con el titular de la finca. Es verdad, señala este autor, que la Administración se autolimita, pero también lo es que refuerza la eficacia de sus previsiones cuando éstas han sido objeto de acuerdo con el administrado antes de que se genere la aprobación definitiva del plan o de sus procesos de ejecución.

Planteadas así las cosas, surge inmediatamente la cuestión de cuáles son las mutaciones jurídico-reales a las que se refiere la norma.

De acuerdo con GARCÍA GARCÍA y ARNÁIZ EGUREN (48), el precepto tiene carácter abierto y pueden entenderse como mutaciones jurídico-reales dimanantes de los convenios las siguientes:

- a) Las modificaciones de titularidad resultantes de cesiones obligatorias o voluntarias del suelo

A mi juicio, esta posibilidad se halla expresamente prevista en el número 3 del artículo 16 del proyecto, a cuyo tenor:

«Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga esta regla será nula de pleno Derecho».

- b) Las modificaciones en el contenido de la relación inscrita

Obviamente, las modificaciones relativas al contenido de los derechos inscritos sólo pueden entenderse como mutaciones jurídico-reales cuando generan un nuevo derecho inscribible a favor de la Administración, tales como servidumbres o hipotecas en garantía de las obligaciones urbanísticas previstas en algunas legislaciones autonómicas.

(47) ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción...*, pág. 30 y sigs.

(48) GARCÍA GARCÍA, J. M., *El artículo 21...* ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción...*

GARCÍA GARCÍA admite también la posibilidad de que accedan al Registro, con efectos plenos, todo tipo de obligaciones *propter rem*, de tal forma que el sistema se adapte a criterios más abiertos, del tipo de los comúnmente admitidos en materia de estatutos de propiedad horizontal o similares (49).

c) Las modificaciones de entidades hipotecarias

La mutación jurídico-real puede consistir en modificaciones de las entidades hipotecarias, mediante segregación, agrupación, división o agregación. Se trata de supuestos que pueden producirse con alguna frecuencia, bien como requisito de una cesión parcial de suelo, bien como paso previo a una futura cesión o a la determinación, también futura, de parcelas destinadas a usos lucrativos.

También pueden consistir en una sustitución de la finca en sentido civil por el aprovechamiento urbanístico desvinculado del suelo, mediante la técnica prevista en el número tres del artículo 1 del Real Decreto 1093/1997, a cuyo tenor son inscribibles:

«3. *Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, incluso cuando den lugar a un derecho separado del suelo mediante la apertura de folio de independiente».*

6.2.5. *Inscripción de la declaración de obra nueva*

El artículo 19 del proyecto de ley dispone lo siguiente:

«1. *Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación de certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de la conformidad, aprobación o autorización administrativa dispuesta por la legislación de ordenación territorial y urbanística.*

(49) GARCÍA GARCÍA, J. M., *El artículo 21...* ARNÁIZ EGUREN, sin embargo, niega esta posibilidad. En su opinión, «en materia de propiedad horizontal o de conjuntos inmobiliarios, las obligaciones *propter rem*, con eficacia *erga omnes*, ...vienen a suplir el régimen de relaciones de vecindad tradicional entre fincas ordinarias. En cambio, en materia de compromisos contraídos frente a la Administración, lo lógico es pensar que la relación obligacional, si se quiere que acceda al Registro, se asegure con una relación real de garantía, cuya formulación más lógica es la hipoteca. En otro caso, la ley no hubiera utilizado el término “mutación real”, sino que hubiera acudido a otra formulación distinta, del tipo de la establecida en el artículo 307.4 de la Ley del Suelo sobre condiciones legales impuestas a las licencias».

Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento de cuantas autorizaciones administrativas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística.

2. *Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior».*

Esta norma del proyecto corresponde al vigente artículo 22 de la Ley 6/1998, y sus precedentes en el ámbito del Derecho estatal pueden encontrarse en el artículo 208 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria; el artículo 308 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario; el artículo 25 de la Ley 8/90, así como el artículo 37 del TRLS/1992. Asimismo, hay que tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 45 a 55 del Real Decreto 1093/1097, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

La novedad más importante que introduce el proyecto consiste en que, tratándose de obra nueva terminada, es necesario exigir, no sólo la preceptiva licencia o autorización y el certificado expedido por técnico competente, únicos requisitos exigidos por la legislación vigente, sino también:

«la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento de cuantas autorizaciones administrativas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística».

Desde luego no parece que este nuevo requisito esté justificado para poder autorizar la inscripción de declaración de obra nueva. En todo caso, tendría sentido exigirlo en el de venta o enajenación por cualquier título *inter vivos* del promotor, y por cuya virtud se produjese la primera ocupación de la vivienda o local en cuestión. Una cosa son los requisitos exigibles para considerar que una obra nueva finalizada se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia y otra muy distinta los exigibles para que pueda autorizarse por la Administración competente la ocupación de la misma. Los requisitos necesarios para esto último, únicamente deberían ser exigibles en el ámbito registral, cuando se pretenda la inscripción del derecho resultante del negocio jurídico que de lugar a una primera ocupación, no antes.

Convendría asimismo un desarrollo reglamentario de este punto, a fin de evitar disparidades interpretativas en el ámbito registral, dado que la mayor parte de la documentación a la que se refiere el precepto es de competencia infraestatal.

Me parece conveniente resaltar, en este apartado, que la evolución legislativa de la regulación de la actuación registral en materia de inscripciones de obra nueva ilustra nítidamente la evolución del registro como institución de *law enforcement*, mediante su utilización por el ordenamiento como *gatekeeper* o cancerbero.

En efecto, tradicionalmente venía entendiendo la doctrina científica (50), que no correspondía al Notario, al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva, ni al Registrador de la Propiedad, al ejercitar su función calificadora, velar por el cumplimiento de las normas de edificación, pues se consideraba que esa tarea era competencia exclusiva de las autoridades municipales. De ahí que los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento no exigieran que se acreditase el otorgamiento de licencia o cualquier otra autorización administrativa para la autorización e inscripción de declaraciones de obra nueva.

Así, el acto jurídico privado formalizado en la correspondiente escritura pública era suficiente para que la obra ejecutada o en fase de construcción tuviese acceso al Registro de la Propiedad.

A este respecto, resulta sumamente ilustrativa la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de noviembre de 1981, la cual en sus considerandos octavo y noveno decía:

«Considerando que, al ser competencia exclusiva de las autoridades municipales y urbanísticas, el velar por el cumplimiento de las normas de edificación, no corresponde al Notario al autorizar las escrituras de declaración de obra nueva ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora el entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado en el Planeamiento, y como además, del contenido de los artículos 57 y 88 de la Ley se infiere que las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la Ley de Suelo y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, estudios de detalle, proyectos, normas y ordenanzas tienen fuerza de Ley, y obligan a su cumplimiento a todos los adquirentes del inmueble, y de ahí, por tanto, su naturaleza de limitaciones legales, lo que origina que la inscripción en el registro de la obra nueva no perjudique u obstaculice la posible actuación sancionadora de la infracción urbanística.»

(50) BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Declaración de obra nueva», en *op. cit.*, pág. 453 y sigs.

Considerando que en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento se contienen los requisitos para que la obra nueva ingrese en los libros registrales, sin que tales preceptos exijan que se acredite la concesión de la licencia municipal para que pueda practicarse la inscripción, y en el mismo sentido se manifiesta la propia Ley del Suelo que en ninguno de sus preceptos impone esta obligación a Notarios y Registradores, a diferencia de lo que sucede cuando ha querido imponerla como en el caso de las parcelaciones en que expresamente el artículo 96 de la Ley del Suelo lo establece y por otro lado hay que tener en cuenta que la constancia registral de haberse expedido la licencia puede originar en el tercero la creencia de estar sanadas las posibles infracciones que pudieran existir, lo que no es así dado el contenido del artículo 88 de la Ley del Suelo, que permite hacer efectivos en los sucesivos titulares de las fincas todos los deberes o imperativos derivados del planeamiento».

El artículo 25.2 de la Ley 8/1990 dio un giro radical, al exigir, para autorizar e inscribir la declaración de obra nueva, la acreditación del otorgamiento de la licencia de edificación y la expedición por técnico competente de certificación de finalización de la obra conforme al proyecto o de que ésta, en lo construido, se ajusta al mismo.

Con esta exigencia se pretendía que Notarios y Registradores de la Propiedad asumieran un papel importante en el fortalecimiento de la legalidad urbanística, ya que todo el proceso urbanizador culmina con la edificación y su inscripción en el Registro de la Propiedad, cuyo papel como guardián de la legalidad urbanística, en general, y, específicamente en este punto, es reforzado por el Real Decreto 1093/1097 en sus artículos 45 a 55 anteriormente mencionados.

Ahora, el proyecto da un paso más y exige que el Registrador «para practicar las correspondientes inscripciones», exija también, en el caso de obra nueva en construcción «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento de cuantas autorizaciones administrativas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística».

Como vemos, el Registro ya no controla solamente la legalidad privada envuelta en las transacciones entre particulares, sino también, con ocasión de la pretensión de protección registral para los derechos resultantes de las mismas, la legalidad pública afectada por las mismas y, de ese modo, que las partes transaccionales no violen derechos de terceros. A este respecto me remito a lo expuesto al tratar de la consideración del Registro de la Propiedad como *gatekeeper*, guardián de la legalidad o cancerbero.

6.2.6. *Actuación del Registro de la Propiedad en los casos de expropiación forzosa por razón de la ordenación territorial y urbanística*

6.2.6.1. Planteamiento

La organización territorial de los poderes públicos establecida por la Constitución de 1978 ha determinado que las Comunidades Autónomas sean las competentes para fijar los supuestos expropiatorios por razones urbanísticas (51), así como para desarrollar los principios generales del procedimiento administrativo aplicable a las expropiaciones urbanísticas. La sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 —relativa a la Ley de Reforma Agraria de Andalucía— produjo un reparto material de las competencias expropiatorias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que la tan repetida sentencia del Alto Tribunal 61/1997, de 20 de marzo, se ha encargado de ratificar y precisar en cuanto a las expropiaciones urbanísticas.

Así, puede afirmarse que la distribución competencial en esta materia es la siguiente:

1. Corresponde al Estado:

1.1. La definición *ex lege* de las causas de expropiación referidas a los deberes *básicos* inherentes al derecho de propiedad urbana, al amparo del artículo 149.1.1 de la Constitución. El Estado carece, por tanto, de competencia para dictar, si quiera con carácter básico o de aplicación del artículo 149.1.18 de la Constitución una causa de expropiar cuando ya no es titular legítimo de competencias sobre una materia o sector, aunque esté relacionado con esos deberes.

1.2. La regulación, con carácter general, y a partir del artículo 149.1.18 de la Constitución del procedimiento de expropiación. Dicha regulación ha de ser general, de igual modo que se articula el juego entre el modelo común del procedimiento administrativo y su precisión y desarrollo por las Comunidades Autónomas en sus respectivas competencias.

1.3. La determinación de las garantías expropiatorias básicas o mínimas para el expropiado dentro de los procedimientos administrativos especiales de privación de los bienes necesarios, siempre que dichas garantías sean expresión de las configuradas por el Estado como generales.

1.4. La fijación de los criterios de valoración o determinación del justiprecio de los bienes inmuebles a expropiar, con la finalidad de impedir que los bienes puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional.

(51) Seguimos en este apartado a ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., «Título IV. Expropiaciones», en *Comentarios...*, pág. 564 y sigs.

1.5. Las cuestiones relativas a la inscripción de los bienes expropiados en el Registro de la Propiedad.

2. Corresponde a las Comunidades Autónomas:

2.1. Establecer la *causa expropriandi* en los sectores materiales en los que ostenten competencias, entre ellos la ordenación del territorio y el urbanismo.

2.2. La regulación de los procedimientos administrativos para la expropiación por razón de urbanismo, si bien, como se ha expuesto, la legislación urbanística habrá de respetar en todo caso las garantías que establezca a favor del expropiado, con carácter mínimo, la legislación general de expropiación forzosa.

2.3. La regulación de los supuestos, modos y requisitos en que procede la liberación de determinados interesados en los procedimientos expropiatorios urbanísticos.

6.2.6.2. Título inscribible

Aparece regulado en el artículo 28.4 del proyecto, a cuyo tenor:

«El acta de ocupación para cada finca o bien afectado por el procedimiento expropiatorio será título inscribible, siempre que incorpore su descripción, su identificación conforme a la legislación hipotecaria, su referencia catastral y su representación gráfica mediante un sistema de coordenadas y que se acompañe del acta de pago o justificante de la consignación del precio correspondiente.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la referencia catastral y la representación gráfica podrán ser sustituidas por una certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble de que se trate.

La superficie objeto de la actuación se inscribirá como una o varias fincas registrales, sin que sea obstáculo para ello la falta de inmatriculación de alguna de estas fincas. En las fincas afectadas y a continuación de la nota a que se refiere la legislación hipotecaria sobre asientos derivados de procedimientos de expropiación forzosa, se extenderá otra en la que se identificará la porción expropiada si la actuación no afectase a la totalidad de la finca.

Si al proceder a la inscripción surgiesen dudas fundadas sobre la existencia, dentro de la superficie ocupada, de alguna finca registral no tenida en cuenta en el procedimiento expropiatorio, se pondrá tal circunstancia en conocimiento de la Administración competente, sin perjuicio de practicarse la inscripción».

Corresponde este precepto con el vigente artículo 39 de la Ley 8/1990, y sus antecedentes inmediatos en el ordenamiento jurídico estatal, son los si-

güentes: artículo 53 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, artículos 140 y 141 del TRLS/1976 y artículos 223 y 224 del TRLS/1992. La regulación específicamente registral de las expropiaciones urbanísticas aparece en los artículos 22 a 28 del Real Decreto 1093/1997, concretamente, artículos 24 y 25.

La única novedad real que introduce el proyecto, en lo relativo al título inscribible, consiste en que la referencia catastral y la descripción gráfica georeferenciada que debe acompañar, pueden ser sustituidos por una certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble de que se trate.

Al igual que el artículo 39 vigente, el artículo 38 del proyecto exige un acta de ocupación *«para cada finca o bien afectado por el procedimiento»*, separándose en este punto de lo dispuesto por el artículo 223 del TRLS/1992, que permitía *«levantar una o más actas de ocupación e inscribir, como una o varias fincas registrales, la totalidad o parte de la superficie objeto de su actuación, sin que sea necesaria la previa inscripción de todas y cada una de las fincas expropiadas»*, y que era el precepto vigente cuando se redactó el Real Decreto 1093/1997, cuyos artículos 24.2 y 25 siguen previendo la posibilidad de una sola acta de ocupación para todas las fincas.

En cualquier caso, desaparecen las dudas planteadas por el artículo 39.2 vigente, según el cual *«será título inscribible el acta o actas de ocupación acompañada de las actas de pago o los justificantes...»*, pues el número 4 del artículo 28 del proyecto exige un acta de ocupación para cada bien o derecho afectado por el procedimiento.

Ahora bien, en el caso de que sean varias las fincas expropiadas, el proyecto permite expresamente que la superficie objeto de la actuación se inscriba como *«una o varias fincas registrales»*.

Pues bien, en el caso de que la Administración opte por la inscripción conjunta de la totalidad o parte de las superficies expropiadas, según el artículo 24.2 del Real Decreto 1093/1997, Normas Complementarias —el título inscribible será la certificación administrativa, y no el acta de ocupación y pago o justificante de la consignación del justiprecio—, si bien acompañada de los documentos complementarios a que se refiere el artículo 25 del citado Real Decreto, que son, precisamente, el acta de ocupación y la de pago del justiprecio o consignación.

Ello mantiene vivo el problema de si tales preceptos reglamentarios deben considerarse derogados o, en todo caso, si el proyecto, en caso de convertirse en ley, implicaría una derogación de los mismos.

De acuerdo con OTAZU AMATRIAIN, cuya opinión comparto en este punto, habría que inclinarse por una opinión negativa (52), si hacemos una interpretación integrada de los preceptos.

(52) OTAZU AMATRIAIN, B., «Ocupación e inscripción en el Registro», en *Comentarios...*, pág. 678.

En efecto, incluso si se considerase que tales preceptos han sido derogados por el artículo 39 de la vigente Ley 8/1990, o que lo serían, a la entrada en vigor del proyecto, sería necesaria, en todo caso, una resolución administrativa, como ya sostenían algunos autores, como ARNÁIZ EGUREN, para el artículo 223.2 del TRLS/1992 (53).

Era precisamente el TRLS/1992 la ley urbanística vigente cuando se publicó el Real Decreto 1093/1997, y a la que se refería la Exposición de Motivos de este último al afirmar que pretendía prever y solucionar las especiales patologías que pudieran presentarse al llevar a cabo la inscripción de las fincas expropiadas si la Administración optaba por la inscripción conjunta de las mismas —tal y como admitía el art. 223.2 del TRLS/1992 vigente en ese momento—. Y, por tanto, la misma adecuación e integración de estos preceptos reglamentarios con aquel precepto legal es la que existe hoy, con el vigente artículo 39 de la Ley 8/1990 y, en su caso, con el precepto que comentamos del proyecto.

6.2.6.3. Actuación registral en los supuestos de reversión y retasación

A ellas se refiere el artículo 29 del proyecto, a cuyo tenor:

«1. Si se alterara el uso que motivó la expropiación del suelo, en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística, procede la reversión salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el uso dotacional público que hubiera motivado la expropiación hubiera sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años, o bien que el nuevo uso asignado al suelo sea igualmente dotacional público.*
- b) Haberse producido la expropiación para la formación o ampliación de un patrimonio público de suelo, siempre que el nuevo uso sea compatible con los fines de éste.*
- c) Haberse producido la expropiación para la ejecución de una actuación de urbanización.*
- d) Haberse producido la expropiación por incumplimiento de los deberes o no levantamiento de las cargas propias del régimen aplicable al suelo conforme a esta ley.*
- e) Cualquiera de los restantes supuestos en que no proceda la reversión de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa.*

(53) ARNÁIZ EGUREN, R., en «Registro de la Propiedad y Urbanismo», *op. cit.*

2. *En los casos en que el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización:*

- a) *Procede la reversión cuando hayan transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido.*
- b) *Procede la retasación cuando se alteren los usos o la edificabilidad del suelo en virtud de una modificación del instrumento de ordenación territorial y urbanística que no se efectúe en el marco de un nuevo ejercicio pleno de la potestad de ordenación y ello suponga un incremento de su valor conforme a los criterios aplicados en su expropiación. El nuevo valor se determinará mediante la aplicación de los mismos criterios de valoración a los nuevos usos y edificabilidades. Corresponderá al expropiado o sus causahabientes la diferencia entre dicho valor y el resultado de actualizar el justiprecio. En lo no previsto por el párrafo anterior será de aplicación al derecho de retasación lo dispuesto para el derecho de reversión, incluido su acceso al Registro de la Propiedad.*

3. *No procede la reversión cuando del suelo expropiado se segreguen su suelo o subsuelo, conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 17, siempre que se mantenga el uso dotacional público para el que fue expropiado o concurra alguna de las restantes circunstancias previstas en el apartado primero».*

Desde una perspectiva registral, la auténtica novedad del proyecto estriba en la regulación de la retasación (54), la cual procede en los supuestos contemplados en la letra *b*) del número 2 del artículo 9 y en la declaración, contenida en la propia norma, de que el régimen de acceso al Registro de la Propiedad de la retasación es el establecido para la reversión.

Como es sabido, la reversión no consiste en una anulación de la expropiación ni en una declaración de invalidez originaria de la misma (55), sino en una cesación de sus efectos y resolución de la misma, que se habilita mediante una retransmisión de signo contrario al inicial y recíproca devolución de las prestaciones.

En definitiva, se configura como un derecho real de adquisición referible al bien expropiado, que, como tal puede incluirse/anteponerse a otros derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, tal y como establece el

(54) Cabe preguntarse —aunque ello excede de los márgenes de este trabajo— si tiene sentido regular la retasación y, más aún, que sólo se admita en caso de modificación parcial pero no de revisión general. No parece que existan razones para admitirla en ningún caso.

(55) Seguimos en este punto a OTAZU AMATRIAIN, B., «Supuestos de reversión», en *Comentarios...*, pág. 691.

artículo 69 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, en relación a los artículos 37 y 34 de la Ley Hipotecaria, precepto este último expresamente citado por la norma reglamentaria, la cual dispone:

«cuando se dé alguna de las causas legitimadoras de la reversión, procederá ésta aunque los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados. En todo caso, los terceros adquirentes tendrán derecho a ser oídos en el expediente de reversión para aportar los datos y alegaciones que consideren oportunos en contra de la misma».

Como observa ARNÁIZ EGUREN (56), este precepto viene a ratificar el carácter de *conditio iuris* de la reversión, cuya eficacia se desenvuelve en el terreno de lo previsto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

Por último, el artículo 31 del Reglamento Hipotecario completa lo dispuesto por el artículo 69 citado, al imponer al Registrador la obligación de hacer constar en las inscripciones de segregación de fincas procedentes de expropiación el título de adquisición de la matriz, de forma que queda rastro registral en las nuevas fincas de la posibilidad de readquisición como consecuencia del ejercicio del derecho de reversión.

6.2.7. Actuación registral en los casos de venta o sustitución forzosa

Los supuestos en los que procede la venta o sustitución forzosas, así como su alcance, aparecen regulados en el artículo 31 del proyecto, a cuyo tenor:

«1. El incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previstos en esta Ley habilitará para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas, sin perjuicio de que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística pueda establecer otras consecuencias.

2. La sustitución forzosa tiene por objeto la facultad de edificación para imponer su ejercicio en régimen de propiedad horizontal con el propietario actual del suelo.

3. En los supuestos de expropiación, venta o sustitución forzosas previstos en este artículo, el contenido del derecho de propiedad del suelo nunca podrá ser minorado por la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística en un porcentaje superior al 50 por 100 de su valor, correspondiendo la diferencia a la Administración».

(56) ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción...*, pág. 209 y sigs.

Y el régimen de la venta o sustitución forzosa —incluyendo la actuación registral— en el artículo 32, a cuyo tenor:

«1. *La venta o sustitución forzosa se iniciará de oficio o a instancia del interesado y se adjudicará mediante procedimiento con publicidad y concurrencia.*

2. *Dictada resolución declaratoria del incumplimiento de deberes del régimen de la propiedad del suelo y acordada la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosa, la Administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad certificación del acto o actos correspondientes para su constancia por nota al margen de la última inscripción de dominio. La situación de venta o sustitución forzosa se consignará en las certificaciones registrales que de la finca se expidan.*

3. *Resuelto el procedimiento, la Administración actuante expedirá certificación de la adjudicación, que será título inscribible en el Registro de la propiedad.*

En la inscripción registral se harán constar las condiciones y los plazos de edificación a que quede obligado el adquirente en calidad de resolutorias de la adquisición».

La venta forzosa ha tenido siempre una regulación muy fragmentaria en nuestro Derecho, si bien, como afirma Mercedes FUERTES, la adopción de medidas coercitivas en caso de incumplimiento de deberes urbanísticos es una figura de importante tradición en el Derecho Histórico español (57).

Prescindiendo de la exposición de tales antecedentes, el procedimiento de venta forzosa se reguló con detalle en el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares aprobado por Decreto 635/1964, de 8 de marzo, cuya característica esencial, como recuerda ARNÁIZ EGUREN (58), consistía en la creación de un Registro Administrativo especial, denominado Registro Municipal de Solares, cuyo contenido se coordinaba en todo caso con el del Registro de la Propiedad.

Por su parte, el TRLS/92 añadió a las causas tradicionales de venta forzosa el supuesto de incumplimiento de deberes urbanísticos —especialmente el de urbanizar y el de edificar—, entendidos éstos dentro de la escalera de deberes contrapuesta a la adquisición gradual de facultades, que constituía la esencia de la nueva regulación legal, por lo que la venta forzosa no sólo podía alcanzar a determinados solares, edificados o no, sino también a terre-

(57) FUERTES, Mercedes, *Urbanismo y Publicidad Registral*, pág. 98 y sigs. Recuerda la completa cita realizada al respecto por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO, L., en sus *Lecciones de Derecho Urbanístico*, pág. 617, Ed. Civitas, Madrid, 1981, así como el artículo de RAMOS MEDRANO, J. L., «El expediente de declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos», en *RDU*, núm. 133, pág. 136.

(58) ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción...*, pág. 638 y sigs.

nos pendientes de urbanización o que no hubiesen alcanzado la condición de solares. Como consecuencia, el Registro pasa a denominarse de Solares y Terrenos sin Urbanizar, regulándose todo lo relativo a la venta forzosa en los artículos 227 y siguientes de rogados por la Ley 6/1998.

Prescindiendo ahora de los problemas de legislación aplicable, interesa resaltar que el proyecto vuelve a regular la venta forzosa en los preceptos citados. También viene regulado por los artículos 87 a 91 del Real Decreto 1093/1097, que contiene las Normas Complementarias para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los Actos de Naturaleza Urbanística, cuya aplicación, en su caso, hay que compatibilizar con lo dispuesto en las correspondientes normas autonómicas.

La venta forzosa ha sido, por lo demás, tradicionalmente, una institución escasamente aplicada.

6.2.8. *La inscripción de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino en caso de enajenación de fincas integrantes de un patrimonio público de suelo*

El proyecto regula esta cuestión en los números 2 y 3 del artículo 35, según los cuales:

«2. *Las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas integrantes de un patrimonio público de suelo que se hagan constar en las enajenaciones de dichas fincas son inscribibles en el Registro de la Propiedad, no obstante lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y sin perjuicio de que su incumplimiento pueda dar lugar a la resolución de la enajenación.*

3. *El acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones a que se refiere el apartado anterior produce los siguientes efectos:*

a) *Cuando se hayan configurado como causa de resolución, ésta se inscribirá en virtud, bien del consentimiento del adquirente, bien del acto unilateral de la Administración titular del patrimonio público del suelo del que proceda la finca enajenada, siempre que dicho acto no sea ya susceptible de recurso ordinario alguno, administrativo o judicial.*

Sin perjuicio de la resolución del contrato, la Administración enajenante podrá interesar la práctica de la anotación preventiva de la pretensión de resolución en la forma prevista por la legislación hipotecaria para las anotaciones preventivas derivadas de la iniciación de procedimiento de disciplina urbanística.

b) *En otro caso, la mención registral producirá los efectos propios de las notas marginales de las condiciones impuestas sobre determinadas fincas».*

La Disposición Adicional cuarta, en su número 1, declara aplicable este régimen registral a los *«bienes inmuebles del patrimonio del Estado... en las enajenaciones de fincas —integrantes de dicho patrimonio, lógicamente— destinadas a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta o alquiler»*.

El número 1 del artículo 35 establece una limitación —limitación legal, por tanto— en relación a los terrenos *«adquiridos por una Administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, que estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta o alquiler»*.

Tal limitación consiste en que dichos terrenos *«no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, conforme a su legislación reguladora. En el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se hará constar esta limitación»*.

Lo primero que cabe decir es que esta regulación es una absoluta novedad del proyecto. No hay ningún precedente en ninguna ley reguladora del suelo ni de la ordenación urbana.

También es una novedad en un sentido registral, ya que el régimen registral de las prohibiciones de disponer se contiene, básicamente, en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, los cuales, en síntesis, vienen a disponer lo siguiente:

- Las establecidas por las leyes que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, surten sus efectos como limitaciones legales del dominio, no necesitando para ello, inscripción alguna en el Registro (art. 26-1 LH).
- Las que deban su origen inmediato a alguna resolución administrativa son objeto de anotación preventiva (art. 26-2 LH).
- Las establecidas en actos a título gratuito son inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez (art. 26-3 LH).
- Las establecidas en actos a título oneroso no tienen acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento (art. 27 LH).

Puede sostenerse, pues, que conforme a lo dispuesto por el artículo 27 LH, los supuestos a los que se refiere el artículo 35 —y núm. 1 de la DA 4— del Proyecto no serían inscribibles en el Registro, por contenerse en actos a título oneroso, sin perjuicio de que se pudiese garantizar su cumplimiento mediante hipoteca u otra garantía real, conforme al propio artículo 27 LH, sin que tal garantía, como ya advirtió ARNAIZ EGUREN, pudiese consistir en la resolución del negocio traslativo, ya que dicha garantía se admite únicamente, con carácter excepcional, para asegurar el incumplimiento de la obliga-

ción de pago del precio aplazado en la compraventa (arts. 1.504 del CC, 11 LH y 59 RH) (59).

Sin embargo, como ya señaló el citado autor, el problema surge cuando en las enajenaciones de bienes de patrimonios públicos, el órgano transmitente condiciona resolutoriamente la venta de los mismos, no sólo al cumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado, sino, además, a un conjunto de obligaciones de hacer o de no hacer, generalmente consistentes en el deber de urbanizar y de construir en determinadas condiciones y plazos, de mantener el uso urbanístico previsto, de no transmitir si no es por un determinado precio o de no hipotecar más que en casos muy concretos.

Esta situación da lugar a una contradicción entre la norma positiva que establece las condiciones de venta y el régimen ordinario previsto en la legislación hipotecaria, brevemente expuesto, lo que a su vez genera todo tipo de respuestas, desde la negativa a la inscripción de tal conjunto de limitaciones, hasta su mera mención en el folio registral, lo que genera dudas de su eficacia frente a tercero.

Por ello, ARNÁIZ EGUREN reclamaba que una norma de rango legal especificara la solución o soluciones procedentes. Y esto es, precisamente, lo que hace el proyecto en su artículo 35 (60).

Por otro lado, la experiencia demuestra que tanto la Administración como los particulares han incurrido constantemente en prácticas especulativas y retentivas de este tipo de suelo, con las inevitables consecuencias en el precio de la vivienda, razón última de la prohibición contenida en el artículo 35-1 del proyecto, dirigida, sin duda, a erradicar este tipo de prácticas. Como dice la Exposición de Motivos del Proyecto:

«Son muchas y autorizadas las voces que, desde la sociedad, el sector, las Administraciones y la comunidad académica denuncian la existencia de prácticas de retención y gestión especulativas de suelos que obstruyen el cumplimiento de su función y, en particular, el acceso de los ciudadanos a la vivienda.»

(59) ARNÁIZ EGUREN, R., «Registro de la Propiedad y Urbanismo», *op. cit.*, pág. 643.

(60) De hecho, este autor sostiene, con la legislación vigente —*op. cit.*, pág. 644— la posibilidad de acceso al Registro de la garantía resolutoria, aduciendo lo siguiente: a) el artículo 27 LH regula el tráfico privado en el que el principio de equivalencia de las prestaciones y la presunción contrariaba las limitaciones del dominio principios básicos; b) la Ley Hipotecaria admite en su artículo 26 las prohibiciones de disponer de origen administrativo, si bien bajo la fórmula de la anotación preventiva; c) el motivo último de las limitaciones impuestas no es el beneficio patrimonial del órgano transmitente, sino el aseguramiento de un interés público prevalente, constituido por la necesidad de evitar un crecimiento de precios del suelo que obstaculice el principio constitucional de que las administraciones han de facilitar el acceso a la vivienda de todos los ciudadanos.

Los avances en la capacidad de obrar de los diversos agentes por los que apuesta este proyecto —apertura de la iniciativa privada, mayor proporcionalidad en la participación de la Administración en las plusvalías— debe ir acompañada de la garantía de que esa capacidad se ejercerá efectivamente para cumplir con la función social de la propiedad y con el destino urbanístico del suelo que aquélla tiene por objeto, ya sea público o privado su titular».

Y es aquí donde vuelve a aparecer la extraordinaria fuerza del registro como *law enforcer*, mediante su actuación como *gatekeeper* o guardabarreras y, en este caso, con una intensidad reforzada, pues una de las medidas que viene a establecer el artículo 35 del Proyecto no es otra cosa que el denominado «cierre registral» para los actos de disposición de fincas integrantes de patrimonios públicos de suelo realizados por el titular registral, sin respetar las «limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino» de las mismas, inscritas en el Registro de la Propiedad, por constar en el expediente administrativo, acto o contrato en cuya virtud adquirió el actual titular registral que pretende disponer. Sin inscripción, difícilmente puede haber financiación y, sin ésta, operación inmobiliaria alguna.

Sin la menor duda, los valores constitucionales vigentes —función social de la propiedad, derecho de los ciudadanos a una vivienda digna— justifican esta medida, que debe ser elogiada. Este es, a mi juicio, el sentido exacto de la expresión «no obstante lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria», artículo que prohíbe, como he expuesto, el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer impuestas en actos o negocios a título oneroso. Esta interpretación viene apoyada, además, por la afirmación contenida en el inciso último del número 2 del artículo 35 del proyecto «y sin perjuicio de que su incumplimiento pueda dar lugar a la resolución de la enajenación».

Conforme a esta interpretación, un acto dispositivo que violara las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones inscritas en el Registro de la Propiedad sobre una finca integrante de patrimonio público de suelo adquirido por una Administración en virtud del deber a que se refiere la letra *b*) del apartado 1 del artículo 16, no sería inscribible (ex art. 35.2 del proyecto) y, además, dicho incumplimiento podría ser causa de resolución del acto o negocio, si así se hubiese pactado, en todo caso.

Y dicho pacto resolutorio, a su vez, podría alcanzar a terceros si se garantizase mediante condición resolutoria, cuyo acceso al Registro y efectos aparece regulado por el artículo 35.3-a).

Por último, si las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino a que nos referimos no se articulasen como una prohibición de disponer, ni se garantizasen con condición resolutoria, su mención registral «producirá los efectos propios de las notas marginales de condiciones impuestas sobre determinadas fincas» (art. 35-3-b del proyecto).

A tales notas marginales se refiere el artículo 74 del Real Decreto 1093/1997, sobre Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario para la Inscripción en el Registro de la Propiedad de los Actos de Naturaleza Urbánística (61).

Pues bien, al tratar de delimitar el ámbito objetivo de aplicación de esta norma, nuestra mejor doctrina (62) estimaba que las condiciones impuestas por las Administraciones que hagan referencia a las limitaciones en el poder de disposición del titular sobre el inmueble, a la creación a favor del órgano concedente de derechos reales limitativos o de garantía o de cualquier otro tipo de relación real susceptible de inscripción separada y especial —conforme a la terminología del art. 29 de la Ley Hipotecaria—, no podían entenderse incluidas en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 74 citado.

Por ello, para acceder al Registro de la Propiedad y beneficiarse de los efectos ordinarios de la publicidad registral, se requiere el título correspondiente, bien nazca de la voluntad del propietario o de una actuación expropiatoria.

De ahí, la necesidad de la regulación introducida por el artículo 35.3.b) del Proyecto para estos supuestos cuando, además, no se articulen ni como prohibición de disponer ni se garantice su cumplimiento con condición resolutoria.

6.2.9. *El Derecho de superficie*

Al derecho de superficie dedica el proyecto todo su Capítulo III, integrado por los artículos 36 y 37.

El primero de ellos, dedicado a regular el contenido, constitución y régimen del mismo, dispone:

«1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.»

(61) El párrafo primero del artículo 74 de las Normas Complementarias amplía los supuestos a los que se refería el artículo 307 de la Ley 8/1990, que utilizaba la nota marginal como medio de acceso al Registro de las «condiciones especiales de concesión de licencias en los términos previstos por las leyes».

(62) ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción...*, pág. 507 y sigs.

2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse, necesariamente, el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.

El derecho de superficie sólo podrá ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho».

Por su parte, el artículo 37, referente a la transmisión, gravamen y extinción del derecho de superficie dispone:

«1. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.

2. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

3. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

4. El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante,

podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie.

La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie».

Según la Exposición de Motivos, la regulación va dirigida «a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario». Para ello, el proyecto amplía su objeto y su plazo de duración.

Como observa ARNÁIZ EGUREN (63), el derecho de superficie (64) constituye una de las instituciones típicamente civiles, cuya regulación legal se contiene en los textos urbanísticos, comenzando por la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 (65), el Texto Refundido de 1976, así como en la Ley 8/1990 y en los artículos 287 a 289 del TRLS/1992. La Ley 8/1990 no lo reguló y, además, a través de su Disposición Derogatoria, derogó el artículo 287.2 y 3, artículo 288.2 y 3 y 289.

El proyecto recupera la regulación del derecho de superficie, ampliando su plazo y su objeto, con la finalidad de aumentar su utilidad.

En una intervención de estas características no podemos detenernos en un análisis detallado de la regulación que introduce el proyecto.

Sí quisiera referirme a los siguientes aspectos:

En primer lugar, a su régimen jurídico al que hace referencia el artículo 36.4 del proyecto, a cuyo tenor:

«El derecho de superficie se rige por las Disposiciones de este capítulo, por la legislación civil, en lo no previsto por él, y por el título constitutivo del derecho».

(63) ARNÁIZ EGUREN, R., «Registro de la Propiedad y Urbanismo», *op. cit.*, pág. 645 y sigs.

(64) En este sentido, el artículo 1.611 lo contempla con gran desfavor, como forma de vinculación de la propiedad.

(65) Con ello, según la Exposición de Motivos, se pretendía facilitar la enajenación temporal de terrenos edificables integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, que por su calificación de bienes patrimoniales estaban sujetos, bien a su transmisión en pleno dominio, bien a la cesión de su explotación.

Aunque este precepto tiene el carácter previsto en la Disposición Final Primera del Proyecto, hay que considerar que, en aquellas Comunidades Autónomas, con competencias en materia de Derecho Civil, en los aspectos jurídico-privados, prevalecerán estas últimas.

En segundo lugar, para constituir este derecho real es necesario, según el artículo 36.2 del Proyecto, escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Como ya observó Mercedes FUERTES (66), no es preciso otorgar escritura cuando el derecho recae sobre inmuebles de titularidad pública, siendo suficiente el documento administrativo que adjudica el derecho para formalizar su constitución, sin que exista inconveniente alguno para que este documento público acceda al Registro.

Con respecto a la inscripción, tiene carácter constitutivo.

Por último, en la actualidad, y según la opinión mayoritaria (67), se considera que el derecho de superficie es un derecho real limitado, que permite al superficiario gozar de un terreno ajeno para mantener en él una edificación, ostentando sobre ésta una propiedad superficiaria. Pero dicha propiedad, pese a denominarse de este modo, no es propiamente tal; no sólo por su temporalidad, sino, sobre todo, por la situación de dependencia en la que se encuentra respecto al derecho de superficie, algo anómalo para cualquier relación dominical, por lo que cabría concluir que la llamada propiedad superficiaria permite un goce total de la edificación sobre la que recae, y, quizá, por esa amplitud, ha recibido dicha denominación; no obstante, cuando se dispone total o parcialmente de esa edificación —v.gr., enajenación, hipoteca—, de lo que se está disponiendo, realmente, es del derecho de superficie, evidenciándose de este modo, la falta de autonomía de la propiedad superficiaria.

6.2.10. Actuación registral en el caso de suelos forestales incendiados

A ella se refiere la Disposición Adicional Sexta, según la cual los suelos forestales incendiados conservarán la condición de suelo rural a los efectos del proyecto y se destinarán a uso forestal, al menos durante el plazo previsto en el artículo 50 de la Ley de Montes, con las excepciones que la misma prevé (DA 6.^a-1).

(66) FUERTES, Mercedes, «Urbanismo y Publicidad Registral», *op. cit.*, pág. 145. Sostiene la opinión contraria GONZÁLEZ PÉREZ, J., en *Comentarios a la Ley del Suelo*, pág. 2214, T. III, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

(67) DE FRANCO PAZ, F., *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, pág. 156, Ed. Aranzadi Elcano, Navarra, 2001.

Se impone a la Administración Forestal la obligación de comunicar esta circunstancia al Registro de la Propiedad.

El título para la inscripción es la certificación emitida por la Administración Forestal, la cual debe contener los datos catastrales identificadores de la finca o fincas de que se trate, acompañada del plano topográfico de los terrenos incendiados, a escala apropiada, que se archivará, conforme a lo previsto en el artículo 51.4 del Reglamento Hipotecario, pudiendo acompañarse copia del mismo en soporte magnético u óptico.

El Registrador practicará nota marginal que tendrá duración hasta el vencimiento del plazo, a que se refiere el artículo 50 de la Ley de Montes (68).

(68) Una norma parecida se contiene en el Real Decreto 9/2004, de 14 de enero, cuyo artículo 8 dispone:

«1. Los propietarios de fincas en las que se hayan realizado algunas de las actividades potencialmente contaminantes, estarán obligados a declarar tal circunstancia en las escrituras públicas que documenten la transmisión de derechos sobre aquéllas. La existencia de tal aclaración se hará constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción a que tal transmisión dé lugar.

2. A requerimiento de la Comunidad Autónoma correspondiente, el Registrador de la Propiedad expedirá certificación de dominio y cargas de la finca o fincas registrales dentro de las cuales se halle el suelo a declarar como contaminado. El Registrador hará constar en la expedición de dicha certificación por nota extendida al margen de la última inscripción de dominio, expresando la iniciación del procedimiento y el hecho de haber sido expedida la certificación.

Dicha nota tendrá un plazo de caducidad de cinco años, y podrá ser cancelada a instancia de la Administración que haya ordenado su extensión.

Cuando, con posterioridad a la nota, se practique cualquier asiento en el folio registral, se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente el contenido de la misma.

3. La resolución administrativa por la que se declare el suelo contaminado se hará constar en el folio de la finca o fincas registrales a que afecte, por medio de nota extendida al margen de la última inscripción de dominio.

La nota marginal se extenderá en virtud de certificación administrativa en la que se haga inserción literal de la resolución por la que se declare el suelo contaminado, con expresión de su firmeza en vía administrativa y de la que resulte que el expediente ha sido notificado a todos los titulares registrales que aparecieran en la certificación a la que se refiere el número anterior.

Dicha certificación habrá de ser presentada en el Registro por duplicado, y en ella se harán constar, además de las circunstancias previstas por la legislación aplicable, las previstas por la legislación hipotecaria en relación con las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo.

La nota marginal de declaración de suelo contaminado se cancelará en virtud de certificación expedida por la Administración competente en la que se incorpore la resolución administrativa de desclasificación».

7. BREVE REFERENCIA A LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO «ENFORCER» DE LA POLÍTICA ESTATAL DE VIVIENDA. EL RECURSO AL REGISTRO EN EL REAL DECRETO 801/2005, DE 1 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN ESTATAL 2005-2008, PARA FAVORECER EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA VIVIENDA

Como hemos expuesto repetidamente, siguiendo lo dispuesto por la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, la Constitución de 1978 se ocupa de la regulación de los usos del suelo en su artículo 47, a propósito de la efectividad del derecho a la vivienda, uno de los objetivos últimos —junto con el ambiental en sentido amplio— de toda política de ordenación del suelo.

Esta referencia constitucional, junto con la relativa a las «condiciones básicas» de ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 149.1.1 de la propia Constitución posibilitan que el Estado, con pleno respeto a las competencias de las demás administraciones sobre la materia, pueda llevar a cabo una política de vivienda, conforme al canon de constitucionalidad que marcan ambos preceptos constitucionales. Y, obviamente, en esta política, puede utilizar la institución registral, sobre la que tiene competencia exclusiva «*en todo caso*», según el artículo 149.1.8 de la Constitución.

Pues bien, el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008 (69), para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, concreta dicha utilización, o si se prefiere, recurre al Registro de la Propiedad como instrumento de «enforcement», estableciendo, básicamente, lo siguiente:

1. La necesidad de incorporar al folio registral la afectación de la finca al cumplimiento de los fines para los que se concedieron las ayudas.

En este sentido, el Plan Estatal de Vivienda 2005-2008, al regular las medidas para fomentar la utilización del suelo para viviendas protegidas, prevé la inscripción en el Registro de la Propiedad de la afectación del suelo objeto de la financiación a la finalidad establecida.

(69) Dicho Plan persigue los siguientes objetivos: 1. Que la vivienda protegida amplíe su peso en el conjunto de los mercados de vivienda. 2. Fomentar el alquiler. 3. Promover la movilización del parque de viviendas desocupadas. 3. Impulsar un conjunto de actuaciones en materia de suelo edificable destinado preferentemente a viviendas protegidas, favorecer la rehabilitación, la movilización, el patrimonio residencial existente y la conservación del patrimonio histórico. 4. Promover la adaptación de las tipologías de vivienda a las actuales estructuras familiares.

Aunque el Plan pretende tener un alcance universal, se dirige preferentemente a aquellos colectivos con mayores dificultades para acceder a una vivienda digna.

En efecto, según el artículo 46.4 del Real Decreto 801/2005, para la obtención de las subvenciones al promotor por cada vivienda protegida, deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad, la afectación del suelo objeto de financiación a la finalidad establecida, por lo que se refiere a número de viviendas protegidas previstas, incluyendo sus tipologías y otras características.

2. La necesidad de incorporar al folio registral de las viviendas y, por tanto, a la definición registral del derecho de propiedad sobre las mismas, todas las limitaciones que se establezcan sobre las mismas por razón de su carácter de protegidas.

En este sentido, el Plan Estatal de Vivienda 2005-2008 refuerza las prohibiciones de disponer previstas en planes anteriores y extiende las que estaban previstas únicamente para aquellos compradores que obtuvieron préstamos cualificados a todos los compradores de viviendas acogidas a dicho Plan.

Asimismo, prevé la constancia en el Registro de la Propiedad de las limitaciones de uso de la vivienda y precios máximos de venta y renta de las viviendas usadas que hayan sido adquiridas para su posterior destino a alquiler.

En efecto, el artículo 13.2 del Real Decreto 801/2005, establece que los compradores de viviendas al mismo no podrán transmitirlos *inter vivos* ni ceder su uso por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de formalización de la adquisición (70).

(70) El artículo 13 establece varios supuestos en los que queda sin efecto la prohibición de transmitir o ceder el uso de la vivienda. Son los siguientes:

1. En el caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo. Si se hubieran obtenido ayudas financieras, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas estatales recibidas, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción.

2. En el caso de cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda, o cuando concurren otros motivos justificados, siempre que medie autorización de las Comunidades Autónomas o de las ciudades de Ceuta y Melilla y se respeten los procedimientos establecidos por éstas. Si se hubieran obtenido ayudas financieras, igualmente se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas directas estatales recibidas a la administración concedente, en su caso, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción.

3. La prohibición de transmitir o de ceder el uso de la vivienda también podrá dejarse sin efecto cuando se trate de cualquiera de los siguientes supuestos:

a) En el caso de familias numerosas que deseen adquirir una vivienda de mayor superficie por el incremento del número de miembros de su unidad familiar, u otra vivienda más adecuada a sus necesidades específicas, por discapacidad sobrevenida de uno de sus miembros.

b) Cuando se trate de personas mayores de sesenta y cinco años que deseen trasladar su domicilio habitual y permanente.

c) En el caso de personas con discapacidad y de víctimas de violencia de género o del terrorismo que deseen trasladarse a otro alojamiento más adecuado a sus necesidades específicas.

d) Cuando se trate de personas que por sus circunstancias personales justificadas necesiten trasladar su domicilio habitual y permanente a otra vivienda de menores dimensiones.

Por su parte, el artículo 13.8 del mismo establece que las prohibiciones de disponer y las limitaciones establecidas en el propio artículo se harán constar expresamente en las escrituras públicas de compraventa, de adjudicación o de declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, debiéndose acompañar a dichas escrituras, una copia testimoniada o compulsada de la calificación definitiva de la vivienda o, en su caso, en la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario. Ambos supuestos —prohibiciones y limitaciones— se harán constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal.

Por último, según el artículo 41.2, para obtener ayudas financieras en la adquisición de viviendas usadas para alquilar, las limitaciones sobre el destino del uso de la vivienda y sobre los precios máximos de renta y venta habrán de figurar expresamente en las escrituras de compraventa y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario, debiéndose hacer constar tal circunstancia, mediante nota marginal, en el Registro de la Propiedad.

3. La necesidad de coordinar la configuración y ejercicio de los derechos de adquisición preferente que se determinen sobre viviendas protegidas, con la inscripción que de las transmisiones sujetas al ejercicio de tales derechos se produzca en el Registro de la Propiedad.

En efecto, la experiencia pone de manifiesto múltiples casos en los que, una vez establecidos los derechos de adquisición preferente, no son utilizados posteriormente, y la mera posibilidad de ejercicio de los mismos no sirve para cumplir su función de evitar el pago de precios situados por encima de los permitidos.

Con la finalidad de facilitar el ejercicio de tales derechos, aumentando así su efectividad, el Plan Estatal de Vivienda 2005-2008 reconoce a las Comunidades Autónomas y también a las ciudades de Ceuta y Melilla, la posibilidad de establecer sobre las viviendas calificadas o declaradas protegidas derechos de tanteo y de retracto, no sólo a favor de las administraciones, sino también a favor de agencias o de sociedades públicas de alquiler legalmente creadas, o de los demandantes de dichas viviendas inscritos en los correspondientes registros públicos (art. 13.9 del Real Decreto).

Junto a dicha innovación, el Real Decreto considera que la regulación concreta que de tales derechos realicen las Comunidades Autónomas y las

En todos estos casos, si se hubieran obtenido ayudas financieras, sólo se requerirá la previa cancelación del préstamo.

Todo ello de conformidad con lo dispuesto por los números 2, 3, 4, y 5 del artículo 13 del Real Decreto 801/2005.

Por otro lado, una vez transcurridos diez años desde la formalización de la compraventa, la transmisión *inter vivos* o la cesión del uso de la vivienda a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto, conllevará la condición de convenido del préstamo, en su caso, pudiendo la entidad concedente decidir su resolución, según establece el número 6 del citado precepto.

ciudades de Ceuta y Melilla, debe utilizar la institución registral para reforzar la efectividad de tales derechos, y, a tal efecto, establece:

- a) La imposibilidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión realizada —sujeta al derecho de adquisición preferente— sin que se justifique haber realizado las notificaciones pertinentes a fin de que el derecho pueda ser ejercitado.
- b) Un sistema de intercomunicación entre las administraciones competentes y el Registro de la Propiedad a través de un procedimiento formal, estandarizado y telemático, de tal modo que el Registro pueda informar de la práctica de cualesquiera operaciones registrales relacionadas con viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que se hubieren construido sobre solares sobre los que conste algún tipo de afectación, a los efectos que sean pertinentes, tales como subsistencia del régimen de protección o el ejercicio de derechos de adquisición preferente, y, por su parte, las administraciones competentes puedan comunicar al registro actos relativos al establecimiento, modificación o extinción del régimen, especialmente las calificaciones provisional y definitiva.

4. La necesidad de coordinar el Registro de la Propiedad con los registros administrativos de demandantes de vivienda protegida y con el Registro de Vivienda Protegida cuya creación preve la DA 6.^a del Plan Estatal de Vivienda 2005-2008, y en el que han de incluirse, al menos, los promotores de las viviendas protegidas de nueva construcción y los beneficiarios de ayudas económicas estatales directas.

RESUMEN

URBANISMO. REGISTRO

En este trabajo el autor analiza el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley del Suelo y la aportación que el Registro de la Propiedad realiza al control del planeamiento urbanístico y a la ordenación del territorio.

ABSTRACT

URBAN PLANNING. REGISTRATION

In this paper the author analyses the land act reform bill and the contribution the property registration system makes to the supervision of urban planning and land organisation.

(Trabajo recibido el 25-10-2006 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

DICTÁMENES Y NOTAS

La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución (*) (1)

por

FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO
Registrador de la Propiedad - Notario

SUMARIO

- I. DURANTE EL MATRIMONIO:
 - 1. CONCEPTO.
- II. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DISTINTAS DEL MATRIMONIO.
- III. TRAS SU DISOLUCIÓN.
- IV. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DE CONFLICTO DISTINTAS A LA RUPTURA DEL MATRIMONIO.

I. DURANTE EL MATRIMONIO

1. CONCEPTO

No existe en nuestro ordenamiento una definición precisa de lo que deba entenderse por vivienda familiar. No quiere esto decir que no exista un concepto de vivienda familiar, sino que debe ser extractado del conjunto de la

(*) Texto de la conferencia realizada en el CIDRIM el 14 de abril de 2004.

(1) Al revisar este trabajo ya existe un anuncio formal de la intención de modificar el Código Civil para acelerar los procedimientos de separación y divorcio, aunque sin que haya sido precisado el alcance de la reforma. Igualmente existe el anuncio de permitir a los homosexuales contraer matrimonio, así como de regular las situaciones de convivencia de hecho tanto para personas heterosexuales como para las homosexuales.

normativa. Son numerosos los preceptos que de un modo u otro se refieren a la vivienda familiar, aunque no siempre utilizando dicho término. Así, el artículo 70 del Código Civil habla del domicilio conyugal que, conforme al artículo 40, es el lugar de residencia habitual. El artículo 93, en sede de separación y divorcio, habla de domicilio familiar. El artículo 97 habla de convivencia conyugal. Por su parte, el artículo 82 del Código Civil habla de abandono del hogar como causa de separación hablando también de hogar familiar. También se habla de cese de la convivencia como causa de separación y de divorcio y de suspensión de la vida común como efecto esencial (art. 83). Aunque el artículo 87 aclara que puede haber vida en el mismo domicilio a pesar de la existencia de cese de convivencia. También aclara que la interrupción de la convivencia no implica cese efectivo si obedece a justa causa.

De la regulación legal podemos concluir que el Código Civil se refiere a la vivienda familiar exigiendo, para apreciar su existencia, unos requisitos de hecho que se combinan con un elemento volitivo evidente. Por eso hay domicilio habitual o familiar, o como quiera denominarse, aunque los hijos estén estudiando en otro país y aunque uno de los cónyuges resida por razones laborales en otro lugar e incluso aunque no se haya entrado todavía en uso de la vivienda por la común intención de las partes de dedicarla a tal fin.

También podemos afirmar que el concepto de vivienda familiar es un concepto civil que es independiente de la calificación administrativa que pueda ostentar el espacio e incluso de la viabilidad administrativa para dedicarlo a vivienda. Por eso una determinada vivienda familiar lo es aunque no haya obtenido reconocimiento administrativo de viabilidad para obtener la calificación administrativa de vivienda (cédula de habitabilidad).

Otra conclusión importante es que es un concepto totalmente desvinculado del título en que se legitime el uso de la vivienda. No preocupa al legislador civil para calificar una vivienda como familiar la circunstancia de que se ostente título hábil para poseerla; es esta una circunstancia secundaria, de trascendentes consecuencias sin duda, pero cuya falta no afecta al hecho de que sirva de base a la vida familiar y a la voluntad de los cónyuges de destinarla a tal fin.

La vivienda familiar recibe una extraordinaria protección por parte del ordenamiento jurídico hasta el punto de que, en su aplicación, se ha llegado a unos extremos que chocan directamente con principios esenciales del ordenamiento. De hecho la intención de estas líneas es llamar la atención sobre este fenómeno e intentar reconducirlo a las reglas generales que lo iluminan, haciendo constar que dentro de éste existen recursos suficientes para la protección de la vivienda familiar, recursos que en virtud del principio de ro-gación deben ser reclamados por los interesados como en cualquier otra situación.

Una última conclusión que podemos alcanzar es que la categoría de vivienda familiar se atribuye por el ordenamiento cuando concurren los requisitos de hecho y de voluntad establecidos, ya obedezcan a una expresa manifestación de la voluntad de los cónyuges, ya a una mera voluntad implícita de sus actos, ya a un reconocimiento judicial de su existencia (resolución judicial del art. 70 del Código Civil o manifestación en capítulos matrimoniales). Merece la pena que nos detengamos en esta distinción, pues el ordenamiento le otorga a la protección de la vivienda distintos efectos si estamos en un caso o en otro.

1.º Situaciones jurídicas en las que no hay una atribución explícita de vivienda familiar

Es la situación normal, ordinaria y la que vemos todos los días. Todos sabemos cuál es nuestro hogar o vivienda familiar, y lo sabemos sin que hayamos hecho una expresa y formal manifestación al respecto y sin pararnos a pensar en virtud de qué título puede ser así considerado o sin detenernos en analizar si la Administración la considera habitable o no.

De hecho todos consideramos que nuestra casa es nuestro hogar familiar aún cuando no tengamos un título que nos ampare. Esto implica que la vivienda familiar es tal aún cuando no hay título o es discutible que atribuya facultad de uso: por ejemplo, precario, comodato, derecho de uso, nuda propiedad. La vivienda sigue siendo familiar y por tanto reúne los requisitos de tipo previstos en el ordenamiento. No debemos confundir los diferentes planos en los que opera el derecho civil: por un lado, el de los derechos que legitiman una situación posesoria y el plano de la protección a una determinada situación jurídica no basada en un título.

Pues bien, cuando estamos ante esta situación el efecto esencial previsto por el ordenamiento es el derivado del artículo 1.320 del Código Civil: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual... se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial».

La protección que depara este artículo es de una gran fuerza, pues implica una limitación de disponer de carácter legal, una excepción al principio de libre disposición (art. 348 del Código Civil) que emana directamente de la Ley y que priva al titular del derecho de su facultad de disposición si no reúne ciertos requisitos. Esta característica es importante, pues siendo una excepción a un principio general debiera ser objeto de una interpretación estricta, si bien ocurre lo contrario, pues prima el fundamento protector de la familia frente al del titular del derecho. Ante la posible colisión entre los intereses individuales del titular del derecho y los generales de la familia deben prevalecer estos. Además la regulación del Código es muy caracterís-

tica, pues tampoco encaja perfectamente en el modelo de limitación legal a las facultades de disposición como veremos a continuación.

Esta mayor protección, esta preferencia del ordenamiento se concreta en una interpretación no estricta de las consecuencias de la limitación y así el término disposición no se aplica en sentido técnico jurídico (enajenación, renuncia y gravamen) y por eso cualquier acto que implique cese de aptitud para continuar siendo vivienda habitual cae dentro del tipo (entrega del inmueble destinado a vivienda por título de arrendamiento, de comodato).

Es más, por disposición no hay que entender exclusivamente una actividad positiva, pues comprende incluso aquellas omisiones que puedan derivar en la privación del inmueble destinado a vivienda (consentimiento a la resolución del contrato, allanamiento...).

Es una limitación dispositiva relativa, pues desaparece al concurrir el consentimiento del cónyuge o la autorización judicial, y es una limitación dispositiva de efectos limitados: dispone el artículo 1.160 del Código Civil: «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida...». La contravención a este precepto no sigue la regla general de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código Civil, sino la anulabilidad del 1.322.

Además se establece otra medida de aminoramiento del efecto de nulidad relativa: el último párrafo de este artículo establece una limitación cuando el contratante es tercero de buena fe y el cónyuge titular oculta voluntariamente o no el carácter de vivienda familiar. No quiere decir que no rija la limitación, sino que los efectos civiles se detienen en beneficio del tráfico y del tercero, como ocurre para el poder revocado en el artículo 1.738 del Código Civil. En ambos casos (art. 1.259) se evita el efecto radical de la nulidad en beneficio del tercero. Hay protección aún cuando el tercero conozca que está ocupada si se le ha puesto de manifiesto erróneamente que ha dejado de ser vivienda familiar en los términos que vimos más arriba.

La existencia de la limitación de disponer no empece el juego del principio de responsabilidad patrimonial universal. La limitación de disponer no afecta a los terceros acreedores que se dirigen contra el patrimonio de una persona casada y así:

Si el cónyuge propietario cae en situación de concurso y la vivienda es ganancial, el cónyuge no titular no tiene más derecho que solicitar que el inmueble sea incluido en su parte hasta donde alcance o a calidad de abonar el exceso (art. 78 de la Ley Concursal).

Si la vivienda familiar ha sido transmitida en virtud de contrato válido y, ante el incumplimiento de la obligación de entrega, se ejecuta el título, el Juez procederá al lanzamiento si en el plazo de un mes o, si procede justa causa, de dos no es desalojado voluntariamente (art. 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Si la vivienda familiar se encuentra en un inmueble del que es titular otra persona y es objeto de ejecución por deudas de ésta, se transmite al tercero adjudicatario quien tiene derecho al lanzamiento de la familia (regulación del art. 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), claro que siempre que la vivienda no esté amparada en un título preferente al de la ejecución del acreedor.

Y si es el inmueble en que la familia tiene su vivienda, titularidad de uno solo de los cónyuges, podrá ser objeto de ejecución y enajenación judicial produciendo también el lanzamiento del deudor y de su familia ocupante.

Para el caso de que se trate de ejecución de hipoteca existe la previsión especial del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la paralización de la ejecución si el deudor paga la cantidad pendiente de pago aunque el acreedor hubiese declarado el vencimiento anticipado total.

El cónyuge del deudor no tiene atribuida intervención alguna, por lo que la enajenación y subasta pueden producirse incluso sin su conocimiento (así en el embargo o en la ejecución de hipoteca anterior a la celebración del matrimonio).

2.º Situaciones jurídicas en las que hay una atribución expresa del carácter de vivienda familiar

Es el supuesto del artículo 70 del Código Civil pero de modo que es la voluntad de los cónyuges la que queda determinada de forma expresa. Fuera del supuesto de pacto en capítulos no parece posible que se realice una manifestación formal de voluntad de destinar un inmueble a vivienda familiar, pero lo cierto es que, por vía indirecta, es una manifestación más habitual de lo que pudiera pensarse: por ejemplo, no es infrecuente que en el contexto de un contrato de constitución de garantía hipotecaria se declare que la finalidad de la obligación garantizada es para adquirir, refaccionar la finca que es vivienda habitual; por ejemplo, cuando como consecuencia de exenciones o reducciones fiscales se manifiesta que la vivienda adquirida es vivienda habitual (como ocurre en Cataluña para solicitar el tipo reducido del 5 por 100 en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a menores de treinta y dos años). De aquí que la existencia de la manifestación de que determinada vivienda está destinada a vivienda familiar pueda constar en los libros del Registro con más frecuencia de lo que pudiera pensarse y de aquí que sea lícito preguntarse qué trascendencia tiene dicha constancia en el folio particular de una finca.

Cuando la manifestación de voluntad ha sido plasmada en el asiento correspondiente del Registro de la Propiedad, la limitación del 1.320 juega en toda su amplitud y no cabe la inscripción de acto alguno de disposición salvo que resulte el consentimiento del cónyuge o la autorización judicial. Pero es

una consecuencia que el titular puede obviar fácilmente incluso cuando la manifestación de voluntad haya sido hecha por los dos cónyuges. De hecho, como pone de relieve el propio artículo, corresponde al titular, en el momento de la realización del acto, la afirmación de que la vivienda continúa o no siendo habitual de la familia sin que puedan exigirse otros consentimientos. La Ley autoriza al titular a afirmar que la declaración de voluntad que en su día se hizo sobre el carácter de vivienda de la familia no subsiste, por lo que la constancia registral de la anterior manifestación no vincula al titular.

No tiene, pues, la constancia registral del carácter de vivienda una gran trascendencia para la disposición de los derechos que sobre la misma se ostenten si el titular registral, por sí solo y sin perjuicio de las eventuales consecuencias civiles, puede destruir esa eficacia.

Debemos ahora analizar la trascendencia de tal constancia si la pérdida de los derechos sobre la vivienda obedece a la acción de los acreedores. Al igual que en el supuesto en que no ha existido una declaración formal de voluntad del carácter de vivienda, el inmueble está sujeto a su acción pero con una particularidad: ante la ejecución contra el patrimonio del titular existe la excepción del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario para el caso de que conste en el Registro de la Propiedad el carácter de vivienda familiar.

Dicho precepto establece lo siguiente: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado». Dos, pues, son los requisitos alternativos que se exigen para que se pueda anotar el embargo en los libros registrales: que se haya notificado al cónyuge o que resulte que la vivienda no tiene el carácter de vivienda familiar.

Esta regulación procede de la reforma del reglamento llevada a cabo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y es fruto de una evolución doctrinal, pues el texto original del artículo (fruto de la reforma del reglamento de 12 de noviembre de 1982) exigía para poder practicar el asiento de anotación preventiva de embargo de cualquier vivienda que resultase del mandamiento la notificación en cualquier caso al cónyuge no titular o la afirmación de que no constituía vivienda familiar. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de agosto de 1998, entendió sin embargo que la regulación reglamentaria no se correspondía con las exigencias legales derivadas de la Ley de Procedimiento y que debía ser interpretada en el sentido de que la notificación se refería no a la demanda sino a la traba del embargo y que sólo era exigible si resultaba el carácter de vivienda habitual del Registro de la Propiedad. El texto actual del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario es fruto de la doctrina de aquella reso-

lución cuyo contenido refleja fielmente y exige, en consecuencia, que para poder anotar en el Registro el embargo de una vivienda que es de titularidad de uno solo de los cónyuges sea preciso, si consta el carácter de vivienda habitual, que conste la notificación al cónyuge no deudor o que la manifestación de los libros sea contradicha por el mandamiento.

Sin embargo un análisis detallado de la normativa nos lleva a concluir que la norma sigue siendo ilegal ahora, especialmente después de la promulgación de la Ley 1/2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y además prácticamente con los mismos argumentos que utilizó en su día la Dirección General de los Registros y del Notariado (2).

El Reglamento Hipotecario no puede imponer trámites procesales que, por exigencia constitucional, están reservados a la Ley (art. 117 de la Constitución Española y art. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aunque conste en el Registro de la Propiedad el carácter de vivienda familiar no hay precepto procesal alguno que imponga al juez la carga de practicar la notificación antes de la traba de embargo o incluso después. Y si la traba está hecha debe ser anotada para evitar una discordancia entre la realidad y el Registro de la Propiedad (art. 39 de la Ley Hipotecaria) sin que pueda alegarse la falta de cumplimiento de un trámite, la notificación, que no resulta de las normas procesales sino de un precepto del Reglamento Hipotecario.

Los artículos 549 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre requisitos de la demanda ejecutiva, no exigen que se ponga de manifiesto, al señalar bienes para el embargo, que se deba determinar si alguno es o no vivienda y, en caso afirmativo, que se notifique antes de embargar.

De hecho con el auto por el que se despacha la ejecución se producirá el embargo de los bienes señalados por el acreedor (art. 553). Este embargo puede llevarse a cabo incluso sin notificarlo al deudor (art. 554).

Conforme al artículo 589, cuando el Tribunal requiere al ejecutado para que señale bienes, afirma que éste debe especificar si están ocupados, por qué personas y con qué título lo hacen a los efectos del artículo 661 y 675 (manifestación de bienes de ejecutado, indicación del ejecutante o cualquier otro modo); es decir, con la finalidad de declarar la inexistencia de título para poseer o de título insuficiente con el efecto del lanzamiento previa notifi-

(2) El único argumento que finalmente permitió a la Dirección General mantener la no anotabilidad del embargo sin previa acreditación de la notificación al no titular o expresa declaración de que el inmueble carecía de la condición de vivienda habitual fue considerar que la mención de la condición de vivienda familiar es un obstáculo registral que impide la práctica de la anotación ordenada. Este argumento, atractivo, no consigue vencer la fuerza del contrario: el principio del rango impide tomar en cuenta un trámite procesal no impuesto por la Ley. El hecho de que el inmueble embargado tenga la condición de vivienda familiar, constanding tal circunstancia en los libros del Registro, no atribuye titularidad alguna al cónyuge no titular y, Reglamento Notarial consecuencia, no puede ser considerado como obstáculo frente a la acción de los acreedores.

cación al ocupante por parte del Juez (no, por tanto, con cargo al acreedor ejecutante). Pero esta notificación no paraliza la diligencia de embargo, éste se lleva a cabo sin perjuicio de la notificación y sin perjuicio de que el tercero sea mantenido definitiva o transitoriamente en la posesión. Tampoco puede el cónyuge no deudor pretender mantenerse en la posesión, pues ésta deriva del título de su cónyuge y está sujeto a las resultas del procedimiento. De otro modo bastaría alegar la cualidad de vivienda familiar para mantenerse en la posesión, algo que ya vimos no es posible por aplicación de las normas generales sobre responsabilidad patrimonial.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil es plenamente coherente con la situación del cónyuge no deudor que carece de un interés patrimonial directo. A diferencia del supuesto de la ejecución de bienes gananciales por deudas de uno sólo de los cónyuges (art. 541), el cónyuge no deudor no titular carece de cualquier interés patrimonial directo, por lo que la diferencia de trato está plenamente justificada.

Ya vimos como aún cuando el inmueble esté destinado a vivienda familiar esto no empece la acción de los acreedores y el hecho de que aquella circunstancia resulte del Registro no puede alterar las cosas. El cónyuge no deudor sólo puede impedir la ejecución pagando y la notificación que se hará al mismo una vez que se tenga conocimiento en el procedimiento de su existencia (art. 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no puede tener otra utilidad que permitirle el pago y la liberación de la finca, pero en ningún caso paralizar el procedimiento. Podemos concluir que el cónyuge no deudor tiene derecho a ser notificado dentro del procedimiento de ejecución como cualquier otro ocupante de la vivienda, pero sin que dicha notificación paralice la traba ni tenga otros efectos que poner en su conocimiento la propia existencia de la ejecución. De hecho, a diferencia de otros ocupantes que pueden alegar título, el cónyuge no deudor carece de título para poseer distinto de aquél del cónyuge que es objeto de la ejecución. La atribución de la cualidad de vivienda familiar de la vivienda y la constancia en el registro no hace titular a quien no lo es, no atribuye título alguno por lo que, a diferencia de lo que afirmó la doctrina de la Dirección General, no puede constituir obstáculo registral que impida la práctica de la anotación ordenada por el mandamiento judicial. A lo más servirá al proceso poniendo de manifiesto la existencia de ocupantes distintos del titular registral para que sean notificados (art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero siempre después de la práctica de la anotación de embargo y sin eficacia alguna en su práctica.

Claro que cabe decir que la previsión del artículo 144.5 del RH sólo está pensada para el supuesto de que conste en el Registro la calidad de vivienda habitual como atribuida en sentencia de separación o divorcio y no como mera manifestación de las partes en el ámbito de un contrato de adquisición o de hipoteca. Ya me adelanto a lo que será la segunda parte de la conferen-

cia al decir que el tratamiento es exactamente igual en el caso de atribución de uso por separación o divorcio. Si el uso está inscrito en el Registro de la Propiedad, el embargo posterior no le perjudica, pues el adquirente tendrá que respetar la situación preestablecida. Pretender aquí la aplicación del 144.5 del Reglamento Hipotecario cuando el cónyuge no titular ni es demandado ni puede comparecer en el juicio ni es perjudicado por éste no tiene sentido.

Si no está inscrito el uso atribuido judicialmente, el perjudicado será el cónyuge no titular pero como en cualquier otro caso por aplicación de las normas generales sobre protección de terceros en el Registro de la Propiedad (art. 32 de la Ley Hipotecaria).

II. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DISTINTAS DEL MATRIMONIO

1. Leyes especiales. Hay once leyes especiales y sólo una, la catalana, prevé la protección para un caso muy concreto de convivencia: el regulado en la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y lo hace de forma idéntica para los dos tipos de convivencia que regula y *mutatis mutandi* para el matrimonio en el Código de Familia de Cataluña, cuya regulación es básicamente similar a la del Código Civil.

La legislación catalana empero, no protege de ningún modo otras formas de convivencia que regula expresamente como la derivada de la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Dicha regulación, en la parte que nos interesa, es la siguiente:

Artículo 1. Concepto de la convivencia de ayuda mutua:

Las disposiciones de la presente Ley son aplicables a las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros.

Artículo 6. Efectos de la extinción respecto a la vivienda:

1. Si no hay pacto, y la extinción se produce en vida de todos los convivientes, los que no sean titulares de la vivienda disponen de tres meses para abandonarla.

2. También en caso de que no haya pacto, si la extinción se produce por defunción de la persona propietaria de la vivienda, los convivientes pueden continuar ocupándola durante seis meses.

3. *Si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del plazo contractual, si éste es inferior.*

4. *Las situaciones de cotitularidad deben intentar resolverse por acuerdo de los afectados y, si no lo hubiera, deben resolverse mediante arbitraje o judicialmente. La resolución judicial puede disponer una indemnización a favor de los convivientes más perjudicados a cargo del otro u otros cotitulares.*

No hay, por consiguiente, previsión alguna respecto a la disposición unilateral por el titular de la vivienda, por lo que rigen las normas comunes. No obstante es tal la protección que se ha proporcionado por la jurisprudencia que, como en el caso siguiente, considero que es cuestión de tiempo que la cuestión se plantee.

2. Parejas de hecho puras. No hay regulación alguna al respecto, por lo que el titular de los derechos sobre la vivienda puede disponer en la forma que tenga por conveniente. No conozco jurisprudencia al respecto, pero a la luz de la existente para los supuestos de ruptura y que luego comentaremos sería muy interesante ver qué posición adoptaría el alto Tribunal ante la impugnación de una enajenación sin consentimiento del conviviente.

III. TRAS SU DISOLUCIÓN

Se suele afirmar que hay una necesidad de protección reforzada, pues la base de la atribución del carácter de vivienda habitual (la convivencia o la voluntad de convivir) ya no existe.

Por eso comienza con la mera intención de solicitar separación o divorcio y se puede decretar judicialmente incluso antes de notificar al titular (arts. 104 del Código Civil y 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Una vez aceptada la demanda pueden confirmarse o modificarse las medidas protectoras ahora ya con la audiencia de ambos esposos (arts. 103 del Código Civil y 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Finalmente la sentencia por la que se decreta la separación y el divorcio determinará lo que proceda respecto a la vivienda habitual bien haya existido mutuo acuerdo (art. 90 del Código Civil) o bien, a su falta, por decisión exclusiva del juez (art. 91 del Código Civil y art. 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Lo que es realmente interesante son los efectos que las medidas de protección tienen sobre la titularidad:

1.º La atribución del uso. Entramos de lleno en el *quid* de la cuestión. Tradicionalmente los problemas que se han planteado al estudiar el derecho de uso son su naturaleza jurídica y la determinación de su titularidad (si el uso es del cónyuge o del cónyuge y sus hijos).

Debemos aclarar que dejamos fuera el supuesto de que, en el ámbito del convenio se haga auténtica atribución de derechos (y dentro de este apartado dejamos de lado la discusión sobre si tal cosa es posible dentro del ámbito de un convenio de separación: la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado es equívoca, pues en la Resolución de 29 de julio de 1999 permitió incluso la atribución de un bien al hijo común y en cambio en la de 8 de octubre de 2001 no permitió la atribución de un bien privativo de un cónyuge al otro en pago de pensión compensatoria).

Dicho esto, en ningún sitio del Código Civil se habla de atribuir derechos salvo en el artículo 90, es decir, cuando los cónyuges sí realizan un negocio atributivo de creación, constitución o modificación de una titularidad concreta. Cuando hay acuerdo, el cónyuge no titular pasa a ser titular, posee en ejercicio de un derecho atribuido en virtud de un negocio jurídico, tutelado en su caso por el Ministerio Fiscal y por el juez, pero realizado en el ámbito del principio de autonomía de la libertad.

Lo que nos interesa ahora es el supuesto en que las partes o el juez se limitan a declarar que el uso corresponde a uno o a otro.

La jurisprudencia, al enfrentarse con el problema, ha tenido muy en cuenta la situación que se le planteaba y el resultado que quería obtener. Las situaciones de ruptura matrimonial contenciosas plantean graves problemas cuando una de las partes (normalmente la esposa no trabajadora) queda en una situación de penuria económica, situación que se ve agravada cuando los hijos menores del matrimonio quedan bajo su guarda. Sólo bajo esta perspectiva es comprensible el tratamiento jurisprudencial que ha recibido en algunas ocasiones la atribución del uso, pues las conclusiones de estas resoluciones son difícilmente aceptables al ponerlas en el marco del ordenamiento jurídico. Y es que para justificar el mantenimiento del *estatus quo* se han llegado a hacer afirmaciones que son del todo inaceptables:

La STS de 18 de octubre de 1994 en un caso en el que la madre usufructuaria pretende el lanzamiento de la ex esposa de su hijo condómino de la finca ocupada, lo deniega entendiendo que la atribución del uso es un derecho real oponible a terceros como derecho real familiar. El Alto Tribunal protege así al ex cónyuge que carece de título que justifique su posesión, pues es la usufructuaria en quien recae la facultad de poseer en compañía de su hijo y también ex cónyuge que, como condómino, ostenta facultad de posesión compartida (art. 394 del Código Civil). Podría haber apelado el Supremo a la circunstancia de que la usufructuaria consentía la posesión del matrimonio, posesión que estaba fundada en parte en el título de su hijo y que,

conociendo aquella situación, no ostentaba una situación de ajenidad, no era un tercero, pero el Supremo acude a un recurso imposible para justificar el mantenimiento de la posesión y afirma la existencia de un derecho real donde no lo hay.

La STS de 31 de diciembre de 1994 en un supuesto en el que el titular vende la finca cuyo uso se había atribuido a su ex cónyuge y el nuevo propietario había constituido a su vez hipoteca, reconoce que no existía título que legitimara el estado posesorio más que el del vendedor, pero resuelve la cuestión afirmando que la sentencia del juicio de separación es oponible *erga omnes*, aunque no generativa de un derecho real. La situación del comprador y del acreedor hipotecario es así postergada por el Tribunal en beneficio del ex cónyuge; aquél, que ha adquirido el pleno dominio de una vivienda, no puede ejercer la facultad de poseer inherente a su derecho y debe satisfacer las cuotas de una obligación garantizada con hipoteca, todo ello en virtud de una sentencia, la de separación, dictada en un procedimiento en que no ha sido parte.

La STS de 28 de marzo de 2003 en un supuesto de ex cónyuges catalanes en condominio sobre la finca cuyo uso se atribuyó a la mujer y ante el ejercicio de la *actio communi dividundo* por el ex esposo entiende que es ejercitable la acción por cuanto es irrenunciable, pero que el uso implica un derecho o carga real que ha de mantenerse indemne en tanto subsistan los presupuestos que determinaron su atribución. Nuevamente la doctrina de la Sala Primera tiene un efecto perverso: el tercero adjudicatario del dominio no puede ejercitar su derecho en virtud de un pronunciamiento judicial recaído en un procedimiento en el que no ha sido parte.

La doctrina emanada de las anteriores resoluciones es insostenible y atenta directamente contra principios básicos de nuestro ordenamiento, como son el principio de prioridad y el de inoponibilidad (y en última instancia de un principio constitucional: la absoluta indefensión del tercero afectado). Veamos porqué:

De la regulación legal resulta (art. 96 del Código Civil):

Que el uso «corresponde» al cónyuge no titular y, en su caso, a los hijos. Nótese que la Ley no afirma que se constituya derecho alguno, sencillamente se limita a afirmar que el uso de la vivienda corresponde a uno u otro.

Que se protege esta situación prohibiendo disponer de la vivienda. Dicha disposición sólo puede hacerla quien tiene el poder de disposición, el cónyuge titular. No existe previsión sobre el tipo de ineficacia que su contravención provoca. Tampoco hay protección al tercero civil de buena fe.

Sólo si el tercero conoce y acepta la situación, la prohibición decae porque su finalidad, el mantenimiento del *status quo* se consigue y en virtud de pacto las facultades posesorias que ha adquirido el tercero se siguen ejercien-

do por un no titular (véase al respecto la regulación del art. 9 del Código de Familia de Cataluña que prevé dicha posibilidad).

Podemos sacar algunas conclusiones:

No estamos ante un derecho real porque no se cumplen los requisitos necesarios para su existencia (titularidad, capacidad, poder de disposición). Además de tratarse de un derecho real, la prohibición de disponer carecería de sentido. Los derechos reales son por definición oponibles *erga omnes* desde el momento de su constitución, por lo que aún dispuesto el derecho sobre que recaen aquellos no decaen y son plenamente oponibles. Además no se entiende cómo podría surgir un derecho real de una situación preexistente no real, es decir, si el título que justifica la posesión no comparte dicha naturaleza.

Si estamos ante un derecho meramente personal, oponible sólo al titular, la prohibición de disponer cobraría sentido. Efectivamente si leemos atentamente la regulación y tenemos en cuenta todo lo dicho hasta ahora sobre la vivienda llegamos a la conclusión de que la única finalidad de la atribución del uso es reconocer en el cónyuge no titular o en la familia en general la continuidad de la situación que se venía disfrutando; con la prohibición se impide que el titular perjudique una situación no oponible frente a tercero.

Pero ni siquiera afirmando el carácter personal del uso podemos quedarnos tranquilos, primero porque si no hay atribución de un derecho, no hay titularidad susceptible de atribuir una posición jurídica con un contenido determinado de facultades. De la regulación legal resulta que el Juez no puede, en el estrecho ámbito del procedimiento de familia, crear derechos en beneficio de un cónyuge distintos de los previstos legalmente. Como dice el artículo 96, el Juez se limita a determinar a quién corresponde el uso de la vivienda, no se crea ningún título posesorio. En el ámbito del procedimiento de familia, la cuestión en realidad ni se plantea, pues el juez atribuye el uso con independencia de cuál sea el título posesorio existente e incluso sin plantearse si existe o no. Se limita a constatar que hay una vivienda destinada a servir de soporte a la familia y a afirmar que en lo sucesivo la situación se mantenga en beneficio de una u otra persona.

Y es que, como vimos, la regulación legal prescinde por completo del título en virtud del cual se posea, del título en virtud del que se esté legitimado para poseer e incluso de si existe propiamente un título que legitime para poseer, pues no es el objeto del procedimiento atribuir este título posesorio ni determinar su existencia o validez sino mantener el *status quo*. De aquí que cabe reconocer y atribuir el uso con independencia de cuál sea el título legitimador que no se ve alterado ni para mejor ni para peor.

La atribución del uso no es más que estrictamente eso, reconocer legalmente la legitimación para el ejercicio del título posesorio que se detenta cualquiera que sea éste. Por esta razón si no hay título posesorio el Juez no

se lo puede inventar frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. De aquí se sigue:

La atribución del uso confiere a un cónyuge y a los hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que se deriven del título preexistente en el cónyuge titular. No hay derecho alguno sino ejercicio del derecho ajeno; la práctica forense y la doctrina ha viciado el debate denominando derecho de uso a lo que no es un derecho subjetivo en absoluto.

Al no existir creación de título alguno no se plantean cuestiones de titularidad; ni el cónyuge ni sus hijos son titulares, sino que están legitimados para ejercer la facultad posesoria de un derecho, por eso carece de trascendencia la discusión de si es el cónyuge o son los hijos o ambos los titulares del mal llamado derecho de uso. Si el título no existe, la sentencia no lo crea y se limita a reconocer que la situación posesoria continúe en beneficio de uno de los cónyuges y de los hijos.

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de septiembre de 2003, declara en este sentido que el procedimiento matrimonial es un juicio especial limitado al conocimiento de las pretensiones relacionadas con el estado matrimonial y que las medidas adoptadas en su seno sólo vinculan a los cónyuges sin prejuzgar los derechos patrimoniales que un tercero pueda ostentar, ya que respecto de estos el proceso no produce el efecto de cosa juzgada.

La legitimación para poseer depende de la existencia de un título previo; si éste no existe y no hay más que precario la sentencia nada añade, tan en precario estará la vivienda habitual antes como después del juicio. (Por este motivo en un caso como éste, el uso no es anotable en el Registro de la Propiedad porque no hay título y no porque no haya tracto.)

Por esta razón la jurisprudencia en el caso típico de vivienda consentida por los suegros, acuciada por el deseo de mantener en la posesión a la parte que consideraban más débil, el cónyuge del hijo, se ha tenido que inventar la existencia de un título, el comodato, porque la confirmación del precario llevaba inevitablemente al lanzamiento. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de diciembre de 1992, afirmó en un supuesto en que los padres de un cónyuge separado solicitaban el lanzamiento de la ex esposa e hijas de éste que la situación posesoria del matrimonio se amparaba en la existencia de un tácito contrato de comodato, el cual exigía el mantenimiento de la ocupación por todo el tiempo que pudiera precisarse.

Por el contrario en la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1990, entendió que el hijo que tenía el dominio de una finca que estaba ocupada por la ex segunda familia de su padre a quien se había atribuido el uso en la separación no podía prevalecer porque no tenían más título que el que habían recibido de aquél y si éste carecía de título igualmente carecían ellos. Esta es la doctrina correcta, si no hay título durante el matrimonio no

lo hay después; si el título que legitimaba la posesión decae, decae inevitablemente ésta.

La aplicación de las reglas generales de nuestro ordenamiento conduce inevitablemente a lo siguiente:

Si el título preexistente se extingue (usufructo), la legitimación para poseer desaparece, pues la única titularidad oponible al propietario se ha extinguido. La protección a la vivienda no puede ir más allá del límite que supone la situación jurídica preexistente. Así es si la extinción del usufructo u otro título se produce durante el matrimonio y así es igualmente si se produce una vez disuelto.

Si existe un derecho anterior y preferente (hipoteca), su ejecución extingue el derecho hipotecado y la legitimación posesoria que éste pueda deparar al matrimonio o al cónyuge protegido tras la crisis matrimonial.

Si existe condominio de ambos cónyuges sobre la vivienda y atribución del uso en virtud de sentencia a favor de uno de ellos y, con posterioridad, enajenación por vía de la *actio communi dividendo* se extingue igualmente la situación que legitima la posesión en beneficio del nuevo propietario.

Esto es Derecho Civil puro y éstas son las reglas que derivan de nuestro ordenamiento y que son de aplicación general a cualquier supuesto de colisión de derechos y situaciones derivadas de los mismos.

Para evitar las eventuales situaciones de desprotección que pudieran derivarse de la aplicación de las reglas generales, la Ley 13/1981 permitió la inscripción en el Registro de la Propiedad de la atribución del uso: Inscripción que de lo dicho resulta que no es una inscripción de derechos, sino de modificación de un derecho en virtud de la cual la legitimación para poseer que del mismo deriva es ejercida por tercero (art. 144 de la Ley Hipotecaria). Como hemos visto no hay derecho real ni tampoco derecho personal inscribible, por lo que no tiene importancia si se reconoce al no titular y a los hijos, pues que su finalidad no es otra que enervar la fe pública y extender, ahora sí frente a tercero, una legitimación que ha cambiado de manos.

Si el no titular inscribe la atribución del uso se concilia el derecho del propietario a vender o disponer de la finca y obtener un recurso económico y el del no titular a mantener el *status quo* y todo ello sin necesidad de recurrir a la invención de una situación real o de una situación personal oponible o de la extensión de los efectos de una sentencia a terceros que no han sido parte. No es preciso, por tanto, forzar hasta lo imposible la normativa legal sino aplicarla en toda su extensión y con todas sus consecuencias.

Si hay inscripción de la atribución del uso se rompe la presunción del artículo 38, de que la titularidad y la posesión coinciden y por ello cualquier adquirente debe pasar por esta última exactamente igual que ante otra situación inscrita (arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria).

Así lo entendió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 2000, que afirmó que ante la falta de inscripción de la atribución del uso juega con toda fuerza la presunción de plena libertad del dominio a favor del disponente (art. 32 de la Ley Hipotecaria).

2.º La limitación al poder de disposición. Ya hemos dicho que junto a la legitimación posesoria, el artículo 96 implica una limitación a la facultad dispositiva del titular, limitación cuya contravención no tiene calificación legal y que no tiene protección a terceros civiles de buena fe.

La doctrina no ha estudiado en profundidad este carácter. En situaciones de normalidad matrimonial ya hemos visto como la limitación dispositiva es el único efecto previsto por la Ley. En situaciones de conflicto matrimonial toda la doctrina se ha volcado en el estudio del uso y no ha dedicado suficiente preocupación, a mi juicio, al efecto limitativo en el poder de disposición.

Y es que lo más característico de la condición de la vivienda familiar no es la atribución del uso sino la limitación que supone para el titular. En realidad, siendo indiferente en virtud de qué título se posea la vivienda familiar, lo trascendental es que no se puede disponer del mismo.

Y esta conclusión es idéntica, haya matrimonio o haya situación de ruptura o disolución, aunque las consecuencias de la contravención de la limitación sean distintas.

La limitación a la facultad dispositiva se deriva directamente de la Ley, de la protección de la vivienda, de la protección deparada al cónyuge en estado de necesidad y a los hijos. Es una limitación legal que precisa de un previo pronunciamiento judicial.

Debemos detenernos sin embargo en la comprensión del alcance de la limitación de disponer. Si leemos el último párrafo del artículo 96 del Código Civil, se afirma en él que si el uso está atribuido al cónyuge que no es titular éste, el titular, no puede disponer de la vivienda, de forma que queda claro que la limitación sólo existe cuando el uso se atribuye al cónyuge no titular. Pero si leemos el resto del artículo, la conclusión es exactamente la contraria.

En efecto, el primer párrafo dice que el uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía estén, por tanto con independencia de quien sea el titular de los derechos sobre la vivienda.

Y el segundo párrafo establece que si parte de los hijos viven con un cónyuge y parte con otro, el Juez decidirá, de donde se deduce que el propio Código Civil reconoce que el uso puede atribuirse a los hijos y al cónyuge, que es titular de los derechos sobre la vivienda.

Es decir, la limitación de disponer de los derechos sobre la vivienda es un efecto esencial de la separación o divorcio cuando hay hijos y la limitación de disponer afecta al titular de los derechos tenga o no atribuido el uso de la vivienda. Es más, siendo de origen legal y de aplicación judicial el

cónyuge gravado con la misma no puede alterarla unilateralmente ni renunciar a su aplicación.

Y de aquí podemos ya hacer algunas conclusiones:

Cuando no hay hijos, si el uso se atribuye al cónyuge no titular y adquiere el inmueble o derecho, la limitación carece de sentido por concurrir en una persona mayor de edad el título habilitador para poseer y la limitación a la disposición.

Si el uso se atribuye al cónyuge que es cotitular de la finca o derecho la limitación persiste en ambos titulares porque la necesidad de mantener la vivienda en beneficio del menos favorecido persiste.

Pero es cuando hay hijos y en su virtud se ha hecho la atribución cuando el efecto protector de la limitación de disponer se muestra con toda su fuerza.

Cuando se atribuye a un cónyuge titular del dominio el derecho al uso de la vivienda familiar, el uso pierde su sentido, pues tiene título posesorio propio, pero cobra toda su fuerza la limitación de disponer en beneficio de los hijos, pues el mantenimiento del *status quo* implica que aquél no pueda disponer de la vivienda dejando a los hijos sin la estabilidad ordenada en la sentencia. En este caso tiene toda lógica la inscripción de la atribución de uso en el Registro de la Propiedad, pues operará como limitación del dominio de origen judicial. Como pone de relieve la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de octubre de 1999, sin entrar a discutir si es o no un derecho real, es claro que constituye una limitación a la facultad dispositiva del titular registral que debe acceder al Registro.

Igualmente cuando al cónyuge cotitular del dominio o derecho se le atribuye el uso (supuesto frecuente en Cataluña o Baleares) la atribución del uso implica tanto una legitimación para poseer sin intervención del condómino (con exclusión de la regla del art. 394 del Código Civil) sino sobre todo una limitación a la facultad de disposición de cada uno de los cónyuges respecto de su cuota (como expresamente recoge el art. 9 del CF) en beneficio del mantenimiento de la vivienda para los hijos.

Cuando el cónyuge a quien se ha atribuido el uso por convenio o sentencia adquiere con posterioridad el dominio o derecho adquiere un título posesorio que antes no tenía y de ahí que pierda sentido el mantenimiento del uso, pero la limitación de disponer se mantiene intacta porque intacta se mantiene la necesidad de proveer habitación a los hijos. Si estaba inscrita la atribución del uso a favor del cónyuge no titular, la práctica de la inscripción de dominio no lleva aparejada la cancelación del uso, pues la limitación que antes se predicaba del anterior titular ahora afecta al cónyuge. El ahora propietario o titular no puede pretender la cancelación de la limitación de disponer por ser de naturaleza judicial y exigirse un pronunciamiento al respecto (art. 83 de la Ley Hipotecaria).

Y esto de tantísima trascendencia casi no se tiene en cuenta a la hora de redactar los convenios y se pone como cláusula de estilo que el uso de la vivienda se atribuye a uno u otro, aunque sea cotitular o titular de la finca o derecho o lo adquiriera como consecuencia de la disolución del régimen matrimonial o de la situación de comunidad. Y se hace así sin pensar las consecuencias, asumiendo que como tiene título para poseer el uso no tiene eficacia lo cual, como hemos visto, sólo es cierto a medias: pues el uso no implicará legitimación para poseer, pero sí limitación a la facultad de disposición en beneficio de la estabilidad de los hijos.

Y no se puede decir que basta con quitarlo de los convenios porque si todo el mundo cumple con su cometido, el fiscal inquirirá cuál va a ser el domicilio de los niños, y el Juez aprobará o no el convenio precisamente por no resolverse una cuestión esencial como es la estabilidad de la vivienda familiar en beneficio de los hijos.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DE CONFLICTO DISTINTAS A LA RUPTURA DEL MATRIMONIO

1. Leyes especiales. Ninguna de las leyes especiales sobre parejas de hecho o parejas estables dispone regulación alguna de protección de la vivienda familiar. El motivo es que, siendo posible la ruptura por decisión unilateral, no hay control judicial alguno y por tanto no existe la previsión de que la situación existente deba imponerse impidiendo su modificación por voluntad unilateral de uno de los partícipes.

A lo más establecen derechos de permanencia en caso de fallecimiento por un período de un año (l'any de plor en Cataluña) sin que se disponga de especial protección. El titular es el único legitimado para poseer y puede disponer con absoluta libertad.

Ahora bien, la doctrina del Tribunal Supremo para las parejas de hecho puras hace inevitable extender su doctrina a estas situaciones, toda vez que no parece lógico que sean de peor condición unas que otras cuando el fundamento de la protección jurisprudencial es exactamente el mismo.

2. Parejas de hecho. Ha sido la jurisprudencia la que, en el ámbito del Derecho Común del Código Civil, en el que no existe regulación alguna para las parejas no casadas, ha desarrollado una doctrina de protección un resumen de la cual encontramos en la sentencia del Supremo de 5 febrero de 2004: La situación de pareja de hecho no es una situación ilegal sino alegal, lo que implica que merece la protección del ordenamiento jurídico. Como es una situación no regulada, la protección no puede venir de la aplicación de la normativa existente, sino de otra técnica, la cual no puede ser la aplicación analógica de las normas aplicables al matrimonio, al no existir identidad de

razón, sino la aplicación directa de los principios generales del ordenamiento y, fundamentalmente, del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto.

Ciertamente para llegar a estas conclusiones, el Tribunal Supremo ha recorrido un largo camino en el que no todos los pronunciamientos han sido igual de afortunados:

Ha declarado la condición de vivienda familiar y su atribución a un conviviente en la sentencia de 10 de marzo de 1998, por aplicación del principio general de protección a la vivienda.

Ha reconocido pensión compensatoria en base al artículo 97 del Código Civil en la sentencia de 5 de julio de 2001, por aplicación analógica de aquel precepto.

Ha estimado que ha existido responsabilidad extracontractual en la sentencia de 16 de diciembre de 1996.

Ha estimado que existía enriquecimiento injusto en la sentencia de 11 diciembre de 1992.

Ha estimado la existencia de comunidad de bienes en la sentencia de 18 de mayo de 1992, pese a existir titularidad formal de uno solo de los convivientes.

Lo cierto es que dicha doctrina es aplicable de una pareja o de cualquier otro conjunto de personas pero, por lo que conozco, no se ha llegado a un pronunciamiento cuando los convivientes han sido más de dos. Lo que ahora nos interesa es que para que los efectos de dicha situación pueda afectar a terceros es preciso seguir las normas establecidas en nuestro ordenamiento sino se desea que una disposición del titular deje sin efecto el pronunciamiento de la sentencia.

Así, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad es anotable la demanda que reclama la atribución del uso e inscribible desde luego la sentencia que lo reconoce que tendrá la virtualidad de desvirtuar la presunción posesoria derivada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y publicará la modificación del derecho de dominio, de usufructo o del derecho de que se trate en cuanto a la legitimación por una tercera persona (el actor) de la facultad de posesión inherente al derecho de que se trate. Cualquier otro atajo, como pretender la extensión de los efectos de la sentencia a terceros o la invención de derechos reales inexistentes o fórmulas similares, no hace más que violentar las normas del ordenamiento y crear inseguridad jurídica imponiendo situaciones clandestinas en el tráfico lo que, invariablemente, va en perjuicio del mismo.

RESUMEN

VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda habitual ha sido objeto en España, en consonancia con lo ocurrido en otras legislaciones europeas, de una regulación que tiene por objeto la protección de su existencia y de la estabilidad familiar. La jurisprudencia de nuestros tribunales empero ha extendido el ámbito de la protección hasta límites que chocan directamente con principios básicos de nuestro ordenamiento.

Bajo esta perspectiva se analiza la regulación legal de la vivienda familiar con muy especial atención a las consecuencias que se derivan para el Registro de la Propiedad y, en este sentido, cuál es el impacto que resulta de la constancia en los folios del Registro de dicha circunstancia. El autor se detiene especialmente en el análisis de los efectos que para los terceros ejecutantes sobre bienes inmuebles tiene la constancia, en el folio particular, del carácter de vivienda habitual para concluir que la regulación del vigente artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario es ilegal.

Pero es cuando la situación matrimonial se rompe cuando la protección a la vivienda habitual cobra toda su fuerza, y es aquí donde la jurisprudencia ha llegado a límites absolutamente inaceptables violentando principios y reglas de nuestro ordenamiento. El autor entiende que sólo la estricta aplicación de los principios de prioridad, inoponibilidad y tutela judicial efectiva permite un correcto entendimiento de la protección derivada del ordenamiento jurídico. Para ello es preciso un análisis previo sobre cuál es la auténtica naturaleza de la protección a la vivienda habitual en situaciones de conflicto, lo que permite su justa incardinación en el sistema sin violentar los principios que lo conforman. Desde esta perspectiva se afirma que la

ABSTRACT

FAMILY HOME

In Spain the regular home has been the subject of regulation whose object it is to protect the existence of the regular home and family stability, in consonance with the measures taken in other European legislations. The case law of our country's courts, however, has extended the sphere of protection to limits that clash directly with basic principles of Spanish law.

Under this perspective, an analysis is conducted to ascertain how the law regulates the family home, paying most particular attention to the consequences for the property registration system and, thus, the impact resulting from the registration of such circumstances. The author dwells especially on an analysis of the effects that foreclosing third parties feel when it is recorded, on the property's folio, that the property is a regular home, and the author concludes that the current article 144.5 of the Mortgage Regulation is regulated illegally.

But it is when a matrimonial situation is dissolved that protection for the regular home comes into full force, and it is here where case law has reached absolutely unacceptable limits, violating principles and rules of Spanish legislation. The author feels that only the strict application of the principles of priority, third party enforcement and effective legal protection allows the protection stemming from legislation to be understood correctly. For that, there must first be an analysis of the true nature of the protection of the regular home in situations of conflict, to enable the concept to be incorporated fairly into the system without violating the system's ground principles. From this perspective, the author affirms that the protection stemming from the

protección derivada de la atribución del uso implica tanto una legitimación para poseer como una limitación dispositiva de origen judicial, analizándose las consecuencias de dicha afirmación.

El estudio se complementa con un breve análisis de las consecuencias del carácter habitual de la vivienda en situaciones convivenciales distintas del matrimonio durante su vigencia y en caso de ruptura.

assignment of use implies both legal standing to possess and a court-set limitation on disposal, and the consequences of this affirmation are analysed.

The study is complemented with a brief analysis of the consequences of the regular nature of a home in shared-living situations other than marriage while the situation is alive and after it has broken up.

(Trabajo recibido el 07-08-06 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

Secuestro del lenguaje jurídico y de la legalidad. La seguridad jurídica

por

JESÚS LÓPEZ MEDEL
*Vicepresidente de la Sección de Derecho
de la Real Academia de Doctores de España*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN:
 - 1.1. URGENCIA Y OPORTUNIDAD: LOS VALORES.
 - 1.2. «DIOS MUNDO» E «INDIVIDUO-ESTADO».
2. CORRECCIONES NECESARIAS PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CONVIVENCIA:
 - 2.1. PATOLOGÍAS SOCIALES.
 - 2.2. LOS ECOSISTEMAS MORAL Y JURÍDICO.
3. EL SECUESTRO DEL LENGUAJE JURÍDICO.
4. LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA:
 - 4.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
 - 4.2. LA SEGURIDAD JURÍDICA, SOPORTE DE LAS INICIATIVAS INDIVIDUALES.

1. INTRODUCCIÓN

Ante el tema general (Workshop) «Iniciativas individuales para el mejoramiento de la convivencia. Un enfoque jurídico» (Instituto Internacional de Sociología Jurídica - Oñate-Guipúzcoa), no puedo menos de reflejar, anticipadamente, algunas ideas orientadoras:

1.1. URGENCIA Y OPORTUNIDAD: LOS VALORES

Siguiendo al sociólogo —no hace mucho fallecido— LASWELL, al que me gusta recordar, siempre es bueno —lógica y metodológicamente— preguntar quién, cómo, por qué, para qué y cómo. Máxime, aquí, si de lo que se trata es de describir una realidad, tal como nos viene dada —diría ORTEGA— para una finalidad concreta: la «mejora de la convivencia humana». Y además, desde una perspectiva específica: el enfoque jurídico.

De entrada, habríamos de ratificar lo expuesto por el coordinador Doctor Profesor PEDRALS de la Universidad de Valparaíso (Chile), en su resumen sugerente, singularmente en ese mundo de las «circunstancias» que nos han llevado y nos llevan a vivir el «momento histórico singularísimo» en que estamos. Y esto afecta a la vida personal, la religiosa, la ideológica, la política, la social, la económica, la profesional, etc. Es verdad que estamos en un período de grandes «conquistas tecnológicas», audiovisuales, mediáticas, cinematográficas, bélicas, que se manifiestan como «hallazgos» y a la vez como «ruinas». Hasta se apunta expresamente a cierto complejo «militar-burocrático-financiero», como una especie de trilogía o tripartito que lo envuelve, o lo explica, casi todo.

Es, pues, urgente —puesto que la rapidez de las acciones y comportamientos es inusual— desentrañar o descubrir dónde quedan los valores que están en la raíz de lo humano, desde que el hombre es hombre. Y cuáles son las «iniciativas individuales» que puedan equilibrar o superar el «camino direccional de las abejas» o de las «hormigas». Tratando de restañar el fenómeno de masas, que a comienzos del siglo XX ORTEGA Y GASSET nos describiera en su «La rebelión de las masas» (*Obras completas*, IV-145), obra que, por cierto, sigue teniendo actualidad, no sólo en una buena parte de la cultura y filosofía occidental —acaso menos de la que debiera— sino en China, Centroeuropa y países del este-marxista.

Unas masas asaeteadas por otro gran fenómeno, que si no es solidario —como la globalización— multiplica las dificultades e incrementa los problemas. Porque la interdependencia de relaciones, acortadas las distancias por los agentes mediáticos móviles y audiovisuales, y la emigración, aceleran la mixtificación de «instrumentos» a utilizar por los hombres, muchos de los cuales ahogan, asfixian la cercanía, o la comunicación personal, como es el caso —del que hablaremos luego— de las aplicaciones técnicas en el Derecho Privado-Civil para nuestra «contratación» con terceros, nuestras relaciones «familiares» o mercantiles, etc.

Quedaría, por último, el cambio sustancial de la noción de «guerra» —al margen o no de la «guerra justa»— por el «conflicto», la Guerra por la Paz, la revolución por el diálogo, etc.

La pregunta sigue en pie: ¿ante toda esta problemática, qué «iniciativas individuales» pueden hacerse positivas para superar y mejorar los ámbitos de

convivencia? Es bueno, también, antes, analizar los límites en que nos hemos de desenvolver.

1.2. «DIOS MUNDO» E «INDIVIDUO-ESTADO»

Partimos de una respuesta que debiera ser positiva, por no decir racionalmente optimista. Es siempre la persona la protagonista, y la esperanza. Incluso, o en todo caso, para situar «las iniciativas». Lo que no es óbice para que debamos reconocer unos límites que, a su vez, resultan connaturales, y que haya de partir de ellos. Acaso, sin ellos, no fuese fácil la solución, y merecieran digresiones para la búsqueda de otros hallazgos o caminos.

En un largo estudio nuestro, ya añejo, pero actual, sobre san Agustín, «Justicia y Derecho en san Agustín», *Revista Índice*, 1983, que resultaría —con el tiempo— la antípoda de Lutero con su Reforma, recordábamos que hay un presente del pasado, un presente del presente y un presente del futuro. San Agustín, para el descubrimiento racional de los grandes Misterios y Fidelidades, partía de su misma existencia y experiencia, y eso le ha dado modernidad y trascendencia a todo su pensamiento.

Es verdad que no podremos detenernos mucho en ese mensaje socio-teológico-ontológico, que en el orden iusfilosófico nosotros hemos transplantado a otros estudios (vid. «Actitudes ante la filosofía social». Congreso de Filosofía Jurídica - Lund. Suecia, 1983; «Concepción del mundo y Derecho». *RCDI*, Libro Homenaje al jurista Tirso Carretero - Madrid, 1985, o «Verdad y Política», L. H. a Gonzalo FERNÁNDEZ DE LA MORA - 2002). Citaríamos aquí el «Dios y el mundo» como aportación central del entonces —2005— Cardenal RATZINGER. En el recorrido en la historia del hombre en el pasado, pero presente hacia el futuro —el hombre se aparece como imagen del Dios que aspira a conocer—, hecho a su «imagen» como algo no ajeno, con la diferencia radical —en el cristiano—, de que es dotado de libertad, de que la que el Ser Creador se desprende como parte de su imagen, Dei. El no haber entendido, en determinados momentos de la Historia —y de manera especial en ésta—, esa dimensión de la libertad intrínsecamente al hombre es la que ha oscurecido muchas de las soluciones.

Es una dimensión trascendente, no susceptible de ser encorsetada en codificaciones estereotipadas. La misma Declaración de Derechos Humanos de 1948, terminada la II Guerra Mundial, proclamaba la Justicia, la Paz y la Libertad como principios a los que habría de llegarse a través de la Educación (tema en buena parte de nuestra comunicación en el Encuentro del 2002, «La Escuela en una Sociedad Multicultural - Oñate, 2004). Y se reconocía —art. 26— el papel de la familia, la cual es titular del derecho de estimular las convicciones religiosas en la formación de los hijos. Aunque hayamos de

reconocer que aquella relación natural se ha dado con mayor intensidad, no sólo a esferas internacionales —por ejemplo, la secularización del proyecto de Tratado de una Unión Europa, previsto para ser aprobado en el 2005-2006, es un dato— sino también anímicas o personales, en cada una de nuestras vicisitudes (cuando alguien le preguntó a Julián MARIAS —fallecido recientemente— sobre las creencias de don José ORTEGA Y GASSET, respondió: «su hija Soledad —y por mi parte lo confirmo de parecida respuesta por parte de su hijo Miguel— apostillaba siempre: “mi padre no dejó de tener a Dios presente en toda su vida”» (vid., no obstante, *Ortega*, págs. 157 y sigs.).

En un terreno menos estrictamente religioso, los juristas, especialmente después de la II Guerra Mundial, tanto católicos como protestantes (vid., no obstante, *El Derecho. Guía de Estudios Universitarios*, Pamplona, 1979, en la parte dedicada al derecho natural protestante de aquella posguerra), ha brotado una concepción más «terrenal», «Die Naturer Sach», la «naturaleza de las cosas», no sólo las materiales —la ley de la gravedad— o el calor o frío en los alimentos, sino el ámbito potencial y los límites que brotan de la Naturaleza creada en cada hombre, en lo físico, en lo psicológico, en lo colectivo, o en lo espiritual: «Naturaleza-Historia, Dios», es la obra que ZUBIRI, discípulo de ORTEGA, presentó en los años de posguerra civil española, en una línea de reencuentro de aquellas tres dimensiones. Pero en el mismo campo jurídico, la doctrina de los principios generales del Derecho que abarca lo que es más allá del Derecho-Norma, han ofrecido orientaciones más actualizadas, especialmente en GUSTAVO RADBURCH, poniendo como reintención, límite o potenciación esa «naturaleza» de las cosas (vid. nuestro trabajo, *Sentido y función de la filosofía del Derecho*. Cátedra Suarez - Granada, 1975, y «Una nueva conciencia sobre el Derecho: la formación», *RCDI*, 1996).

El problema surgido, acaso desde Nietzsche —aunque en Descartes empieza la «duda»— en el momento en que «Dios» —como creencia-realidad— es reemplazado, marginado o «ausente». Lo más novedoso o grave es cuando es «sustituido» por el hombre mismo. El cual tiene todos los poderes: La libertad. Ya no hay límites. El individuo se queda solo, con su ensimismamiento, con el Estado-Leviatan nuevo. Y ese vacío de valores y de trascendencia, el Estado, por inercia o por demonización —el nazismo, por ejemplo— asume las libertades que están en su naturaleza y en su dignidad humano-personal. El Estado se «enloquece», busca términos, palabras, conceptos —lo abordaremos luego— que tienden a mitigar el secuestro de su personalidad.

Los Derechos Humanos, reiteradamente proclamados, son formales o manipulados.

Desbordados los límites, el propio Estado se margina —dogmáticamente se laiciza— y la despersonalización y vacío impide abrir las «iniciativas» que para la convivencia él podría aportar. O nacen sin los bríos suficientes. Y, a su vez, tenemos las dos grandes fuentes de «iniciativas» para la convivencia, como

son la familia y la educación (vid., n. ob., *La familia, sujeto de Derechos*. Congreso Internacional de Santiago de Compostela y Puerto Rico, 1995, y entre otros muchos estudios, *La educación como empresa social*, Madrid, 1974, y *Universidad, política y milicia en Ortega*, Madrid, 2005, y *Hacia un nuevo Derecho a la educación*, discurso de Ingreso en la Real Academia de Doctores de España, con contestación del Profesor FRAGA, Madrid, 1995).

2. CORRECCIONES NECESARIAS PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CONVIVENCIA

Quiero ratificar aquí un texto del coordinador Doctor PEDRALS: «Desde perspectivas éticas, religiosas y jurídicas existen numerosos llamados o solicitudes a la acción individual, destacando las posibilidades y deberes del individuo en pro del mejoramiento social, apuntando a todos los miembros de la familia humana».

Por tanto, las correcciones precisas, desde el área individual, serán todas aquellas que traten, en todo caso, de romper con iniciativas vivas y personales, el cerco de la realidad social, política, ideológica o económica en que nos movemos. «Ver sin ser vistos» es una táctica castrense, muchas veces recomendable, es decir, reconocamos la patología, analicemos el ecosistema en el momento en que el individuo ha de moverse, y examinemos otros frentes concretos en que nos desenvolvemos: el «secuestro del lenguaje», el «predominio de la ilegalidad», y la «superación de la inseguridad jurídica».

2.1. PATOLOGÍAS SOCIALES

Los campos de las patologías sociales los hemos de ver como obstáculos en que han de moverse las propias iniciativas individuales. Conocerlas, describirlas, ver lo que hay de atribución a lo personal o a lo colectivo, renovar la fe en sus principios y valores, y estimular todo aquello que pueda romper el andamiaje o encorsetamiento en que se mueve nuestra convivencia.

Hay signos de que de alguna manera se ha llegado a tocar fondo, o en todo caso, a una toma de conciencia de esa problemática. No es poca cosa, si se analizan desde el desenvolvimiento del Derecho o el de las profesiones más inmunes —el notariado, judicatura, auditores, etc.—, y se observa una creciente vuelta a los valores o a datos que no son los meramente positivistas, historicistas o sociologistas. En ORTEGA —vid. *¿Qué es filosofía?*, 1957, pág. 34— estuvo la insistencia de superarlos (comentado en nuestro *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*, 3.^a ed., 2003. O como en LARRAZ LÓPEZ al terminar su trayectoria de gran estadista, con confesiones en estilo agustiniano; o en *Amistas-Amor y Justicia en legaz*. Libro Homenaje, 1991.

2.2. LOS ECOSISTEMAS MORAL Y JURÍDICO

El punto anterior nos lleva a otra consideración, que suele pasar desapercibida: así como en la naturaleza o medio ambiente hay límites —a veces bruscos o impensados— ante la agresividad con que aquélla se vulnera —sea nuclear, contaminación atmosférica, terrorismo, corrupción, etc.—. En la vida de relación, que es consustancial a la personal humana, o en las manifestaciones del Derecho como puntos de vista de la Justicia —RECASENS SICHES— existen ecosistemas. No ya como el que emana de Kioto, cual mera declaración o aspiración, sino como pautas para que sobreviva en todo caso y cuanto antes, la libertad y dignidad personal, que subyacen, como antes vimos, en la persona. En España, desde el campo de la Filosofía lo intentó, entre otros, MILLÁN PUELLES, esfuerzo no pequeño. Su obra, ya de las últimas, *La libre afirmación de nuestro ser*, 2001, remacha lo que fueron indagaciones sobre lo humano, con certeros análisis conceptuales respecto a Tomás de Aquino, Descartes, Kant, Hüsserl, entre otros (vid. SÁNCHEZ MINGUILLÓN, Sergio; Antonio MILLÁN PUELLES, *In memoriam* (Revista *Torre de Los Lujanes*, julio de 2005).

3. EL SECUESTRO DEL LENGUAJE JURÍDICO

La palabra, en todas las culturas y civilizaciones, y de manera especial en la occidental-cristiana, siempre ha tenido una relación directa con la expresión de una realidad, de una idealidad y de una verdad, Max SCHELER estaría en el cénit de este pensamiento. Ocurre que en estos momentos de desarrollo, la misma tecnología tiende a desviar la atención de la palabra y se llega a un «lenguaje cifrado», que en la vida jurídica práctica plantea problemas por el uso de las nuevas técnicas —progresos electrónicos, internet, etc. NAVAJAS OLARIZ ha publicado un ensayo, *Seguridad jurídica y deontología*. Notariado. Escritura Pública. Madrid, 2006, que expresa, en el ámbito de la fe pública notarial—, y otro tanto podría decirse de la registral o judicial, recordando los antecedentes doctrinales de OLIVCRONA (1897-1980), al exponer «la demiurgia del discurso jurídico». Pero no me refiero solamente ni especialmente a la creación de ese «nuevo lenguaje jurídico» y su afectación a una determinada deontología profesional, sino al secuestro, en buena parte doloso, con que los agentes de creación de las normas y sus intérpretes o aplicadores, especialmente los políticos, disfrazan los programas o cambian los objetivos o desvirtúan el lenguaje (como en el caso del «matrimonio» entre homosexuales, en España, ha existido incluso una polémica con la Real Academia de la Lengua), aunque, en el fondo, eran razones electorales, no ontológicas, para disfrazar una determinada acción, al margen del criterio en

Derecho del Consejo de Estado, Consejo del Poder Judicial y Reales Academias de Jurisprudencia y de Doctores.

Sin detallar otros supuestos, bastaría tomar conciencia que para el ciudadano esa utilización alternativa del lenguaje es el pórtico para el otro disfraz: el del «uso alternativo de derecho». La cita de *El Derecho sin verdad*, de PINTORE, Anna, Traducción de GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, y DEL HIERRO, Luis, Madrid, 2005, con la bibliografía anexa, es muy oportuna, no tanto como crisol de una polémica de fondo, sino para ilustrar este aspecto de un nuevo —anacrónico— nominalismo, que no sujeta a límites el discurso jurídico y que provoca en el individuo reacciones muy variadas, desde la confirmación de un relativismo jurídico, y desconfianza de la verdad jurídica, hasta la inseguridad en la convivencia (puede haber también algún aspecto metodológico. Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica* - Madrid, 1988, y el Libro Homenaje a HERNÁNDEZ GIL, 3 vols., Madrid... Pero no es la cuestión esencial a nuestros efectos).

4. LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

4.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Pensamos que en este punto final —una de las consecuencias del anterior— se puede entender condensada no sólo la parte exploratoria, sino la más estrictamente creadora, como aportación explícita en el orden jurídico del tema general. Hemos de reconocer, de antemano, la existencia de otras sugerencias. Por el carácter interdisciplinario de nuestro planteamiento han de ser de nuestra estima y atención.

Recordaremos, brevemente, que en los objetivos personales, para una mejora de la convivencia, en este nuestro tiempo —problemático, permisivo y procaz— están la Verdad, la Belleza, el Bien, la Justicia, la Paz, la Libertad (tal enumeración no es exhaustiva, ni marca prioridades, porque transversalmente habríamos de añadir la no discriminación y la solidaridad).

Situamos aquí dos de las piedras que nos parecen fundamentales para instrumentar, proyectar, promover y estimular las «iniciativas» y las «acciones» para la convivencia: la familia, estructura básica, connatural, milenaria (RATZINGER), insustituible, pese a su crisis. El ilustre canonista, a comienzos del siglo XX, Eloy MONTERO, presentó su tesis doctoral sobre «la crisis de la familia». A la que CASTÁN TOBEÑAS contestaba con su fe en las normativas del Código Civil liberal, y una buena hermenéutica jurídica, ya que desde las Cortes de Cádiz de 1808, el «matrimonio» había sido concebido —siguiendo la tradición del Derecho Romano— como «unión de hombre y mujer». Al igual que en la Constitución Española de 1978.

La otra pieza clave está en la educación. Ya nos hemos referido anteriormente y algo más podremos decir al final (vid., no obstante, la obra *Educazione e scuola, ¿quale scuola per l'educazione?*, Turín, 1995, de DELPIANO, MALIZIA, GARELLO, MONTESPERELLI, CORREDINI, VECCHI, NANNI, entre otros autores del dossier).

Ahora bien, la relación Estado-Individuo o Individuo-Estado —o entes locales, autonómicos, regionales, etc.—, se ha hecho, en la mayor parte de los sistemas —salvo en el mundo anglosajón, y ahora en el germánico— cada vez menos equilibrado, no buscando el intermedio, sino el sometimiento, o al menos quedando burocratizado. Por tanto, el marco de las «iniciativas individuales» se estrecha tanto más cuanto lo público se implica más. Tanto Estado como sea necesario, tanta Libertad como sea posible.

Una de las consecuencias de los secuestros del lenguaje jurídico, o de su uso alternativo, o de su aplicación discriminada —disposiciones *ad hoc*, en otros procedimientos—, con la habitual utilización de la mentira que —como apunta REVEL— anida en la mayor parte de las «acciones políticas», produce una frecuente atomización de la legalidad, que es un principio básico del Estado Democrático y del Constitucionalismo moderno. Desde que KELSEN, al menos, nos presentara las Cartas Magnas como arquitectura formal de la Normal. En todo caso —cualesquiera fuesen las interpretaciones de COSSIO, RECASENS, LEGAZ—, la convivencia tiene unas reglas de juego, formalmente proclamadas —casi siempre en aquellas constituciones, escritos o según doctrina de los Tribunales Constitucionales o del Tribunal Supremo— sea en la aplicación efectiva de las penas, sea en la emigración, sea en la certeza de una programación de pensiones, sea en el Derecho Internacional o Comunitario Europeo. Y sobre todo en ese campo más cercano y básico que es el reducto de los derechos y libertades de los ciudadanos, de la empresa o de determinados campos en que la personalidad de cada cual se mueve con mayor naturalidad, como es la del trabajo, la enseñanza y lo religioso.

4.2. LA SEGURIDAD JURÍDICA, SOPORTE DE LAS INICIATIVAS INDIVIDUALES

Se necesita, pues, no ya multiplicar lo que podríamos llamar las ONG, que constituyen, con su buena voluntad, una forma voluntariosa de superar el «fracaso» de las iniciativas personales, sino un intento de superación de obstáculos y un medio de encontrar estímulos: tener la seguridad jurídica, como cuestión previa, a aquellas iniciativas.

Nosotros hace años, como lección de cátedra, desarrollamos esta cuestión con el título de «Derecho y Seguridad Jurídica». Estudios de Deusto, Madrid, 1961, reprinted en el libro *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural*, Madrid, 1976, págs. 99 y sigs.

Hablamos de la seguridad como soporte de su perfil histórico, de sus dimensiones y fundamento, de su naturaleza, de su relación con la Justicia y la positividad del derecho, de su implantación respecto del orden jurídico general, y de sus manifestaciones en Derecho Público, Privado, con sus efectos en las diferentes esferas jurisdiccionales. Lo reiteramos aquí, sin entrar en detalles, por ser conocidos y porque el tiempo transcurrido ha confirmado su valor como Principio que incluso como en la Constitución Española ha sido recogido como tal, con reflejo más concreto —art. 20, la tutela jurídica efectiva— y en no pocos convenios internacionales, y de manera especial en el intento de «Tratado de la Unión Europea».

En su aplicación a nuestro tema, en concreto, nos queda advertir que la inseguridad jurídica, o por el contrapunto, su existencia en grado óptimo, es termómetro de una sociedad democrática. Y a su vez, nos da la medida de eficacia de cualquier iniciativa que lleve a una mejora de convivencia en la legislación notarial-registral-judicial, en España, eso que el Notario de Barcelona, MEZQUITA DEL CACHO, y nosotros entendíamos como «justicia preventiva» en nuestra obra *El Notariado y los Registros*, 1986, constituye una garantía firme para el tráfico jurídico inmobiliario-mercantil. El cual se ha ido depurando desde su iniciación en 1861 —antes del Código Civil— con un interés especialmente para los países de América del Sur. Ha merecido ser reconocida tal legislación como de competencia exclusiva del Estado, y la atención de los países que han superado las formas de propiedad del sistema marxista, especialmente los del Este, e incluso algunos de signo islámico (aunque hayamos de reconocer que por los riesgos del tecnicismo, de la productividad, de las turnancias políticas, o de los recelos profesionales competitivos, se esté en un momento en el que haría falta más comprensión). Pero todo ello revela que las iniciativas del tercero hipotecario como protagonista de la publicidad registral están abiertas.

La seguridad jurídica, su toma de conciencia por el Estado y por los ciudadanos, permitiría hacer «normal» aquel ecosistema moral que gradúa, limita o enriquece el desarrollo humano. Situaría en sus justos términos la tecnología extrema que debe estar sometida la humanización del servicio público, reduciría a mínimos el secuestro de lenguaje jurídico, y se haría, en efecto, un verdadero y habitual soporte de las iniciativas individuales. En el doble sentido, de ser su fortaleza, por un lado, y por otro, más creador y menos defensivo en cuanto que se harían más viables o cercanos, o más completas las propuestas que nos lleven a una convivencia en la que predominase la Verdad, el Bien, la Justicia, la Belleza, la Paz y la Libertad.

RESUMEN

LENGUAJE Y SEGURIDAD JURÍDICA

Cuando se trata de la búsqueda de iniciativas individuales para una mejora de la convivencia —Workshop promovido por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, de Oñati, 2006— hay que subrayar su oportunidad, y también, su urgencia. Queda más atrás —al tiempo— toda esa problemática de una sociedad multicultural y de una globalización que afecta igualmente a instituciones públicas —como la del Registro de la Propiedad—, en cuanto instrumento de seguridad jurídica personal en cuanto a bienes inmuebles y derechos reales. Hay también una patología y fenomenología de diversa índole —ideológica, educativa, burocrática-administrativa, política, etc.—. Pero, desde una óptica o perspectiva iusfilosófica, junto a la descripción de tal situación, concurren dos aspectos precisos: Primero, el secuestro del lenguaje jurídico, en la operatividad social (todo lo contrario de la claridad orteguiana), que a veces se refugia en las «alternativas» del Derecho. Y, segundo, las desviaciones del principio de legalidad, aplicable tanto a las conductas personales, y que erosionan la dignidad de lo humano, como a las estructuras del poder —democrático o no— aunque se presente con mayor gravedad en este último. La «nominación del lenguaje», o su «secuestro» en el orden jurídico, singularmente por quienes detectan el poder social, nos hace volver a un nominalismo anacrónico. Porque las palabras tienen un sentido, incluso histórico, que agudiza la viveza «sintiente» del Derecho. Y al mismo tiempo, nos facilita la comprensión del «próximo», del «otro», del «prójimo», del «tercero», entre su libertad y la mía. La erosión del principio de legalidad, inmersa en la Declaración Universal de

ABSTRACT

LANGUAGE AND LEGAL CERTAINTY

When discussing the search for individual initiatives for an improvement of coexistence (workshop promoted by the Oñati International Institute for the Sociology of Law, 2006), we must stress that the quest is both timely and urgent. The entire issue of a multicultural society and globalisation having an equal effect on public institutions (like the property registration system, as an instrument of personal legal certainty in regard to immovable property and real rights) is left to time. There is also a pathology and phenomenology of various kinds —ideological, educational, bureaucratic/administrative, political, etc.— but, from a jus-philosophical view or stance, there are two particular aspects in attendance, in addition to the description of the situation: First the kidnapping of legal language, in social operativity (the exact opposite of Ortegúan clarity), which sometimes takes refuge in «alternatives» to the law. And, second, deviations from the principle of legality —applicable to personal conduct, where such deviations wear away at human dignity— and to power structures —democratic and otherwise— although they are more serious when appearing in the latter. The «nomination of language», or its «kidnapping» in legislation, particularly by those who detect social power, takes us back to an anachronistic nominalism. Because words have a meaning, even a historic meaning, that makes the «feeling» vividness of the law sharper. And at the same time, it facilitates our comprehension of «the neighbour», «the other», «the fellow man», «the third party», between his liberty and mine. The erosion of the principle of legality, which is immersed in the Universal Declaration of Human

Derechos Humanos, nos desliza hacia un relativismo jurídico, que termina por mermar las iniciativas para un mejoramiento de la convivencia, y aun la pone en peligro.

Rights, slides us towards legal relativism, which eventually reduces initiatives for an improvement of coexistence, and even places coexistence in danger.

(Trabajo recibido el 21-09-06 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

DERECHO COMPARADO

El Derecho Societario peruano a través de la jurisprudencia actual

por

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA

Abogado. Vocal del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Mercantil

SUMARIO

A MANERA DE INTRODUCCIÓN.

I. LA JUNTA GENERAL:

CONVOCATORIA.

QUÓRUM.

MAYORÍAS.

II. EL DIRECTORIO.

III. ASPECTOS DOCUMENTALES.

IV. TEMAS SOCIETARIOS VARIOS:

- a) TRANSFERENCIA DE PARTICIPACIONES DE SOCIEDADES COMERCIALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.
- b) DENOMINACIÓN ABREVIADA.
- c) ADECUACIÓN DE LAS SOCIEDADES A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.
- d) PRESUNCIÓN DE EXTINCIÓN DE SOCIEDADES POR PROLONGADA INACTIVIDAD REGISTRAL.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Nos acercamos a la primera década de la entrada en vigencia de la Ley General de Sociedades (LGS), tiempo que invita a reflexiones y balances preliminares sobre lo avanzado y lo que queda por hacer en esta materia.

Cabe recordar que la dación de esta norma supuso todo un acontecimiento en el panorama local, pues además de regular una de las personas jurídicas

con mayor incidencia en el tráfico jurídico —las sociedades (1)—, modernizó el tratamiento de la materia societaria e inspiró innumerables publicaciones de carácter doctrinal, en forma de libros o revistas, de manera individual o colectiva (2).

Y ¿qué sucedió en materia jurisprudencial?; dicho en otros términos, ¿cuál ha sido la interpretación que se le han dado a las diferentes disposiciones de la LGS en sede judicial y administrativa?

Es innegable que el conocimiento del Derecho exige, además de la legislación y doctrina, de la jurisprudencia, es decir, del análisis de las decisiones de los órganos encargados de interpretar y aplicar las normas y la doctrina en casos concretos.

Considerando la magnitud de la jurisprudencia existente en el ámbito judicial como administrativo, en esta ocasión delimitaremos nuestro estudio a la denominada «jurisprudencia registral» (jurisprudencia en sentido lato), con énfasis en los «precedentes de observancia obligatoria», es decir, los «criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles» establecidos por el Tribunal Registral en sus respectivos Plenos (3).

La jurisprudencia registral en materia societaria ha girado en torno a diversos tópicos, tales como la Junta General de Accionistas, el directorio, los aspectos documentales, la transferencia de participaciones sociales de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, la denominación abreviada, la adecuación de las sociedades a la LGS, la presunción de extinción de sociedades por prolongada inactividad registral, etc.

(1) Artículo 1, LGS: «Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas».

(2) ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano, La Ley General de Sociedades del Perú*, T. I, II y III, Trujillo-Editora Normas Legales, S. A., 2000; VV.AA., *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Derecho Societario. Lima - Instituto Peruano de Derecho Mercantil y Gaceta Jurídica, S. A., agosto de 2003; HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Nuevas orientaciones y temas modernos*, Lima - Universidad de Lima, Tomo I, II, III, IV, V; entre otros.

(3) Artículo 158, TUO Reglamento General de los Registros Públicos: «Constituyen precedentes de observancia obligatoria los acuerdos adoptados por el Tribunal Registral en los Plenos Registrales, que establecen criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de manera obligatoria por las instancias registrales en el ámbito nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo de Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior (...). Los precedentes (...), conjuntamente con las resoluciones en las que se adoptó el criterio, deben publicarse en el diario oficial «El Peruano» y en la página web de la SUNARP mediante Resolución del Superintendente Adjunto, siendo de obligatorio cumplimiento a partir del día siguiente de su publicación en dicho diario».

En ese sentido, continuando con un proyecto anterior, procederemos a revisar y analizar la jurisprudencia registral actual en materia societaria, siempre desde una perspectiva personal (4).

I. LA JUNTA GENERAL

La Junta General constituye el principal órgano de la sociedad que conforma y expresa la «voluntad social», sustentada en el «principio mayoritario» dentro de los límites establecidos por el estatuto, la ley o los convenios de accionistas (5) inscritos en el Registro (6).

La LGS establece en su artículo 111 que, «la Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en Junta General debidamente convocada, y con el *quórum* correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia (...)» (7).

En ese sentido, este órgano requiere para su instalación, además de la reunión de titulares o representantes de acciones suscritas con derecho a voto, una debida y previa convocatoria por el órgano competente y haberse instalado con el *quórum* correspondiente en la oportunidad, lugar y agenda seña-

(4) ALIAGA HUARIPATA, LUIS, «Las sociedades en la jurisprudencia registral», en *Cuadernos Jurisprudenciales*, Lima - Gaceta Jurídica, S. A., T. 50, julio de 2005.

(5) Artículo 8 LGS. Convenios entre socios o entre éstos y terceros: «Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados. Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron».

(6) URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Madrid - Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1998, pág. 306.

(7) Artículo 114 LGS. Junta Obligatoria Anual: «La Junta General se reúne obligatoriamente cuando menos una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico. Tiene por objeto: 1. Pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior. 2. Resolver sobre la aplicación de las utilidades, si las hubiere. 3. Elegir cuando corresponda a los miembros del directorio y fijar su retribución. 4. Designar o delegar en el directorio la designación de los auditores externos cuando corresponda; y 5. Resolver sobre los demás asuntos que le sean propios conforme al estatuto y sobre cualquier otro consignado en la convocatoria».

Artículo 115 LGS. Otras atribuciones de la Junta: «Compete, asimismo, a la Junta General: 1. Remover a los miembros del directorio y designar a sus reemplazantes. 2. Modificar el estatuto. 3. Aumentar o reducir el capital social. 4. Emitir obligaciones. 5. Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el 50 por 100 del capital de la sociedad. 6. Disponer investigaciones y auditorías especiales. 7. Acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación; y 8. Resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social».

ladas en el aviso de convocatoria; requisitos cuya conjunción facultará a la Junta General a debatir y adoptar válidamente acuerdos con las mayorías exigidas, los mismos que obligarán a todos los accionistas, incluido los disidentes e inasistentes.

Cabe precisar que existen algunos aspectos de la Junta General que, conforme ha establecido la jurisprudencia registral, no son materia de calificación registral, tales como el «derecho de información» de los socios, la acreditación de la calidad de accionista, socio o de representante, la legalización del libro de actas en sede notarial o judicial; presumiéndose al efecto su cumplimiento, en tanto no se demuestre lo contrario.

El artículo 43 del Reglamento del Registro de Sociedades (RRS) establece que, «en todas las inscripciones que sean consecuencia de un acuerdo de Junta General, el Registrador comprobará que se han cumplido las normas legales, del estatuto y de los convenios de accionistas inscritos en el Registro sobre convocatoria, *quórum* y mayorías, salvo las excepciones previstas en este reglamento».

La calificación registral en esta materia, a efectos de su inscripción en el Registro de Sociedades, se circunscribirá a estos aspectos, los mismos que deberán reflejarse en las correspondientes actas de las Juntas Generales.

CONVOCATORIA

1. La convocatoria se refiere a aquellos mecanismos previstos en el estatuto, la ley o los convenios de accionistas inscritos en el Registro para hacer de conocimiento de los accionistas la realización de la Junta General; a cuyo efecto deben tenerse en cuenta los sujetos legitimados para convocar, la forma de comunicación, la agenda, los plazos de anticipación, el lugar de celebración, etc. (8).

En ese orden, la convocatoria constituye un acto previo indispensable para la publicidad de la realización de la Junta General y del contenido de su agenda y como tal es un instrumento de protección de los derechos de participación de los accionistas o socios en la conformación de la voluntad social; por lo que debe efectuarse cumpliendo los requisitos establecidos en el estatuto, la ley o los convenios de accionistas inscritos en el Registro.

(8) Artículo 116 LGS. Requisitos de la convocatoria: «El aviso de convocatoria de la Junta General obligatoria anual y de las demás juntas previstas en el estatuto debe ser publicado con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración. En los demás casos, salvo aquellos en que la ley o el estatuto fijen plazos mayores, la anticipación de la publicación será no menor de tres días.

El aviso de convocatoria especifica el lugar, día y hora de celebración de la Junta General, así como los asuntos a tratar (...).

Salvo los supuestos de Junta Universal, la Junta General precisa de una previa convocatoria por parte del directorio o sujeto legitimado a efectuarla.

2. En cuanto a la agenda, el artículo 44 del RRS, con un criterio amplio y recogiendo la reiterada jurisprudencia estableció que: «El Registrador no debe inscribir acuerdos sobre asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria o que no se deriven directamente de éstos, salvo en los casos expresamente previstos en la ley»; es decir, la Junta General sólo está autorizada —en principio—, a tratar los temas de la agenda publicitada previamente, salvo aquellos que se derivan «directamente» de los primeros, lo que deberá definirse casuísticamente.

3. Tratándose de sociedades anónimas, el artículo 113 de la LGS establece que: «El directorio o, en su caso, la administración de la sociedad, convoca a Junta General cuando lo ordena la ley, lo establece el estatuto, lo acuerda el directorio por considerarlo necesario al interés social o lo solicite un número de accionistas que represente cuando menos el 20 por 100 de las acciones con derecho a voto».

4. Concordantemente, el artículo 117 de la LGS señala que si accionistas que representan no menos del 20 por 100 de las acciones suscritas con derecho a voto solicitan notarialmente la celebración de la Junta General, el directorio se encuentra obligado a «publicar el aviso de convocatoria dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva, la que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar», y la Junta General «debe ser convocada para celebrarse dentro de un plazo de quince días de la fecha de la publicación de la convocatoria».

Si la solicitud fuese denegada o transcurriesen más de quince días de presentada sin que el directorio efectúe la convocatoria, los accionistas pueden acudir ante el Juez de la sede de la sociedad solicitando ordene la convocatoria (proceso no contencioso); siendo que, «si el Juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la presidirá y el Notario que dará fe de los acuerdos».

Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 119 de la LGS, que legitima al titular de una sola acción suscrita con derecho a voto a solicitar convocatoria judicial en los casos que no se convoque dentro de los plazos previstos y para sus fines o convocadas, en las mismas no se trate los asuntos que corresponden a «Junta obligatoria anual o cualquier otra ordenada por el estatuto».

5. En materia de convocatoria judicial, la jurisprudencia registral ha establecido que «no resulta procedente cuestionar la convocatoria judicial a Junta General de Accionistas, aun cuando no cumpla con el requisito de mediar tres días entre la primera y segunda convocatoria, previsto en el artículo 116 de la Ley General de Sociedades, dado que de conformidad con

lo dispuesto en el artículo 117 de la norma referida, corresponde al Juez fijar, entre otros aspectos, el día y hora de la reunión» (9).

6. La doctrina considera que el estatuto es la ley fundamental de la persona jurídica, aplicable por igual a todos sus miembros, en tanto «conjunto de normas que determina la estructura interna de la persona jurídica, que rige su actividad, que señala sus fines y que regula sus relaciones con el mundo exterior» (10), el mismo que no puede imponer obligaciones a los terceros, sino que éstos en sus relaciones jurídicas con la persona jurídica deberán respetar su derecho de auto-estructura interna en materia de representación, capacidad y facultades (11); en ese sentido creemos que la inaplicación o aplicación parcial de las normas estatutarias no constituye, *per se*, causa de invalidez o ineficacia de los acuerdos adoptados, sino que habrá que ver el tema en cada caso concreto.

Es decir, si como consecuencia del proceso iniciado por los socios, el Juez dispone la convocatoria, aun si la misma tuviese defectos, como la inobservancia de las disposiciones estatutarias —en este caso, la convocatoria incumple los plazos mínimos legales de antelación entre la primera y segunda junta fecha—, el Registro no deberá cuestionarla ni enervar sus efectos, atendiendo a los fines del proceso de resolver un conflicto de intereses; ello sin perjuicio de calificar los demás aspectos del título, léase, *quórum*, mayorías y las formalidades del acta.

7. Tratándose de sociedades anónimas cerradas (SAC), la jurisprudencia registral ha reconocido que, «el artículo 245 de la Ley General de Sociedades, que establece que la Junta de accionistas de la sociedad anónima cerrada es convocada mediante medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción es de carácter imperativo» (12).

En efecto, la LGS incorporó a la sociedad anónima cerrada como forma o modalidad especial de sociedad anónima, dirigida a las empresas medianas o pequeñas y con preponderantes elementos personales; en ese sentido, se estableció para ella un régimen flexible para el funcionamiento de sus órganos sociales, siendo el directorio facultativo (art. 247) y la Junta General realizable de modo no presencial.

(9) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el IX Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 5-1-2005 y sustentado en la Resolución número 297-2003-SUNARP-TR-L- del 16-5-2003.

(10) GUTIÉRREZ ALBORNOZ, Javier, *La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pág. 91.

(11) LLUIS Y NAVAS, Jaime, *Derecho de asociaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1977, págs. 125-126.

(12) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno Registral publicado en el diario oficial «El Peruano» del 9-6-2005 y sustentado en las Resoluciones número 249-2002-ORLC/TR del 14-5-2002, número 18-1999-ORLC/TR del 29-1-1999 y número 213-2003-SUNARP-TR-L del 4-4-2003.

Así, el artículo 245 de la LGS estableció que «la Junta de Accionistas es convocada por el directorio o por el gerente general, según sea el caso (...), mediante esquelas con cargo de recepción, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción (...)».

En el caso de la sociedad anónima cerrada existe una forma especial de convocatoria, menos gravosa que en las demás sociedades —que deben hacerlo mediante avisos publicados en el diario—, y que consecuentemente, constituye su característica esencial.

8. De otro lado, respecto de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (SRL) y sustentados en los similares argumentos, la jurisprudencia consideró que, «el artículo 294, inciso 3 de la Ley General de Sociedades (13), que establece que en las sociedades comerciales de responsabilidad limitada el gerente deberá efectuar la convocatoria utilizando medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, es de carácter imperativo» (14).

9. Sobre las Juntas Universales, el artículo 120 de la LGS estableció que las mismas no requieren convocatoria en la medida que «se encuentren presentes accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se proponga tratar».

Sin embargo, quedaban dudas respecto a la posibilidad que en dichas juntas participen representantes de los accionistas o socios; por lo que, el artículo 46 del RRS cumplió con precisarla, al señalar que «el Registrador no denegará la inscripción de acuerdos de Junta Universal adoptados con la intervención de representantes de accionistas». Igualmente, el Reglamento en su artículo 45 considera inscribibles los acuerdos adoptados por una Junta Universal «celebrada en lugar distinto al del domicilio social», asumiéndose que esa circunstancia no puede afectar la voluntad social conformada en dicha junta.

A fin de acreditar la «universalidad» de la Junta General, deberán firmar el acta todos los asistentes o sus representantes, salvo hayan firmado en la lista de asistentes (indicando número de acciones y los diversos asuntos objeto de la convocatoria), en tal caso será suficiente la firma del presidente, el

(13) Artículo 294 LGS. «El pacto social, en adición a las materias que contenga conforme a lo previsto en la presente sección, debe incluir reglas relativas a: (...) 3. La forma y oportunidad de la convocatoria que deberá efectuar el gerente mediante esquelas bajo cargo, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, dirigidas al domicilio o a la dirección designada por el socio a este efecto (...)».

(14) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 9-6-2005 y sustentado en las Resoluciones número 249-2002-ORLC/TR del 14-5-2002, número 18-1999-ORLC/TR del 29-1-1999 y número 213-2003-SUNARP-TR-L del 4-4-2003.

secretario y un accionista designado al efecto y la lista de asistentes se considerará parte integrante e inseparable del acta (art. 135 LGS).

2. QUÓRUM

1. La Junta General para que pueda reunirse (instalarse) válidamente requiere de la necesaria asistencia de un número mínimo de acciones con derecho a voto previsto en el estatuto, la ley o los convenios de accionistas inscritos en el Registro.

2. Antes de la instalación de la Junta General debe formularse la «lista de asistentes» indicando «el carácter o representación de cada uno y el número de acciones propias o ajenas con que concurre», lo que permitirá determinar el número de acciones representadas y su porcentaje respecto del total de las mismas (art. 123 LGS); cuando este documento no forme parte del acta deberá insertarse en la escritura pública o se presentará en copia certificada notarialmente (art. 47 RRS).

3. El *quórum* puede ser «simple» o «calificado», según el tema de agenda a que se refiera, salvo las particularidades establecidas por el estatuto.

Se requerirá «*quórum* calificado» para tratar y adoptar acuerdos «relacionados con los asuntos mencionados en los incisos 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 115», es decir, referentes a la modificación del estatuto, al aumento o reducción de capital, a la emisión de obligaciones, al acuerdo de enajenación en un solo acto de activos cuyo valor contable exceda el 50 por 100 del capital social y a la transformación, fusión, escisión, reorganización, disolución y liquidación de la sociedad; supuestos en los que será necesaria, en primera convocatoria, «cuando menos, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto», y en segunda convocatoria, «la concurrencia de al menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto» (art. 126 LGS).

En los demás casos, se precisará de «*quórum* simple», es decir, la Junta General quedará válidamente constituida en primera convocatoria «cuando se encuentre representado, cuando menos, el 50 por 100 de las acciones suscritas con derecho a voto», y en segunda convocatoria, «será suficiente la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto» (art. 125 LGS).

4. Los *quórum* establecidos se entienden como mínimos, a tenor del último párrafo del artículo 127 de la LGS, ya que estatutariamente o vía convenios de accionistas inscritos en el Registro podría establecerse exigencias mayores, ¿incluso la unanimidad?; salvo los casos expresamente establecidos por la LGS, consideramos que la unanimidad en materia de *quórum* supone dificultades a la propia organización y conformación de la voluntad social; así, la inconcurrencia de una de las acciones suscritas con derecho a voto

imposibilitaría la instalación de la asamblea general y, finalmente, la toma de decisiones corporativas.

5. En cuanto a la calificación del *quórum* en las sociedades anónimas, la jurisprudencia registral ha señalado que, «tratándose de la calificación de Junta General de Accionistas de las sociedades anónimas, no se debe exigir la presentación del libro matrícula de acciones para verificar el *quórum* de la junta, sino que para ello se debe comparar el número de acciones en que está dividido el capital social inscrito con el número de acciones concurrentes a la junta» (15).

Dado que la calidad de accionistas en las sociedades anónimas sólo puede verificarse del correspondiente «Libro matrícula de acciones» (16) y que dicho documento no obra en el Registro de Sociedades, el Registrador sólo deberá calificar este extremo basado en lo que aparezca del propio texto del acta y concordarlo con el antecedente registral; consecuentemente, ello escapa del ámbito de su responsabilidad.

6. En ese sentido, el Registrador «no asume responsabilidad por la autenticidad ni por el contenido del libro u hojas sueltas, acta o documento, ni por la firma, identidad, capacidad o representación de quienes aparecen suscribiéndolos. Tampoco es responsable por la veracidad de los actos y hechos a que se refieren las constancias o certificaciones que se presenten al Registro» (art. 8 RRS).

3. MAYORÍAS

1. La adopción de los acuerdos por la Junta General precisa de un mínimo número de votos previstos en el estatuto, la ley o los convenios de accionistas inscritos en el Registro, según el tema del que se trate.

2. La Junta General constituye un medio de expresión de la voluntad colectiva e individual de los accionistas o socios regido por el «principio mayoritario», es decir, los acuerdos válidamente adoptados por la mayoría obligan a todos los miembros, incluidos los disidentes y los que no hubieran participado en la reunión.

(15) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el II Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 137-2002-ORLC-TR el 8-3-2002.

(16) Artículo 92 LGS. Matrícula de acciones: «(...) En la matrícula se anotan también las transferencias (...), la constitución de derechos y gravámenes sobre las mismas, las limitaciones a la transferencia de las acciones y los convenios entre accionistas o de accionistas con terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas. La matrícula de acciones se llevará en un libro especialmente abierto a dicho efecto o en hojas sueltas, debidamente legalizados, o mediante registro electrónico o en cualquier otra forma que permita la ley (...).».

3. El artículo 127 de la LGS establece —como «regla general»—, que «los acuerdos se adoptan con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la Junta».

Tratándose de aquellos asuntos mencionados en el artículo 126 de la LGS —como «regla especial»—, indica que «se requiere que el acuerdo se adopte por un número de acciones que represente, cuando menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto», es decir, en aquellos casos referentes a la modificación del estatuto, al aumento o reducción de capital, a la emisión de obligaciones, al acuerdo de enajenación en un solo acto de activos cuyo valor contable exceda el 50 por 100 del capital social y a la transformación, fusión, escisión, reorganización, disolución y liquidación de la sociedad.

4. Cabe recordar la regla especial establecida en esta materia por el artículo 128 de la LGS, «cuando la adopción de acuerdos relacionados con los asuntos del artículo 126 debe hacerse en cumplimiento de disposición legal imperativa, no se requiere el *quórum* ni la mayoría calificada mencionados en los artículos precedentes».

5. Las mayorías establecidas se entienden como mínimas, a tenor del último párrafo del artículo 127 de la LGS, ya que estatutariamente o vía convenios de accionistas inscritos en el Registro podría establecerse exigencias mayores, ¿incluso la unanimidad?

Salvo los casos expresamente establecidos por la LGS, consideramos que la unanimidad en materia de mayorías —igualmente—, supone dificultades a la propia organización y conformación de la voluntad social; así, el solo voto en contra de uno de los accionistas o socios imposibilitaría la adopción de acuerdos respecto de los temas de la agenda.

II. EL DIRECTORIO

1. La sociedad, en tanto persona jurídica, precisa de órganos para la conformación y manifestación de su voluntad social; esto es, para la adopción de acuerdos en general como para su administración y representación (17).

La Ley General de Sociedades ha previsto como órganos de la sociedad anónima a la Junta General de accionistas (órgano máximo deliberante) y al directorio y gerencia (órganos gestores y representativos).

2. La voluntad social se manifiesta esencialmente respecto de tres temas: «a) Los que conciernen a los elementos constitutivos de la sociedad (denomi-

(17) BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid - Editorial Tecnos, S. A., 1994, pág. 189; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1991, pág. 261.

nación, domicilio, duración, capital social, órganos sociales), al cambio de su forma societaria y a su subsistencia como persona jurídica. *b)* Los pertinentes a su gestión como empresa, esto es, al manejo de sus recursos, a su organización administrativa y al desarrollo de las operaciones tendentes a la consecución de su objeto. *c)* Los atinentes al control de esa gestión y a la aplicación de sus utilidades o cobertura de sus pérdidas»; siendo que, los temas a los que se refieren los literales *a)* y *c)* corresponderían a la Junta General de Accionistas, y los del literal *b)* a los órganos administradores y representantes (18).

3. Como queda dicho, la administración de la sociedad anónima está a cargo del directorio y la gerencia; salvo el caso de la sociedad anónima cerrada que opte por no tener directorio, en cuyo caso la Gerencia asume todas sus funciones (art. 152 LGS).

Según el artículo 172 de la LGS, «el directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la Junta General» (19); a su vez, conforme al artículo 188, salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la Junta General o del directorio, «se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones: 1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social. 2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil (...)» (20).

En ese esquema puede decirse que «el directorio es el órgano encargado de formar y expresar la voluntad de la sociedad en lo relativo a la formulación de la política general de la empresa, la programación de su gestión en los aspectos más amplios y el control de su ejecución por el gerente» y «la gerencia es el órgano permanente de administración ordinaria, ejecutor de la política general y de las resoluciones acordadas por el directorio» (21).

4. Tratándose de la representación de la sociedad, la misma puede canalizarse a través de órganos previstos por la ley o el estatuto —representantes «legales» o «necesarios»— o apoderados designados por la propia persona jurídica —representantes «voluntarios».

(18) MANUAL SOCIETARIO. Lima - Editorial Economía y Finanzas, Tomo I, pág. 76. Sobre el particular se precisa que, «salvo disposición estatutaria expresa, las facultades del directorio no excluyen la posibilidad de que la Junta General pueda intervenir en decisiones que atañen a la gestión y representación en determinados asuntos concretos, además de los que le sean reservados por la ley o el estatuto (art. 172) aun cuando no sea el órgano idóneo para ello (arts. 114, inc. 5 y 115, inc. 8)».

(19) HUNDSLOPF EXEBIO, Oswaldo, «Apuntes sobre la responsabilidad del directorio en las sociedades anónimas», en *Derecho Comercial. Nuevas orientaciones y temas modernos*, Lima - Universidad de Lima, Tomo II, 1994, pág. 115.

(20) REY BUSTAMANTE, Alonso, y Jorge TRELLES CASTRO-MENDIVIL, «El Gerente General», en *Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Derecho Societario*, Lima - Instituto Peruano de Derecho Mercantil y Gaceta Jurídica, S. A., agosto de 2003, pág. 623.

(21) MANUAL SOCIETARIO..., págs. 279 y 312.

En cuanto a la naturaleza de la representación de las sociedades, existen esencialmente dos teorías al respecto: por un lado, la «teoría del mandato», que entiende a los miembros de los órganos como simples mandatarios sujetos a los términos y plazos del mandato otorgado, y de otro lado, la «teoría del órgano», que asume al órgano directivo como permanente y necesario, con todas las facultades indispensables para el despliegue de su finalidad y capacidad, que debe permanecer hasta su renovación efectiva; ha sido esta última la que ha predominado y que actualmente rige, según veremos.

5. En materia de representación y no obstante el artículo 172 de la LGS —cuyo texto es similar al art. 162 de la Ley derogada (1966)—, que dispone que «el directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la Junta General», la praxis jurídica permite comprobar la existencia de problemas en materia de interpretación en torno a los alcances de las facultades del directorio para gravar o disponer de los bienes sociales (22).

6. Sobre este particular, en sede registral prevaleció inicialmente una posición literalista, que exigía que las facultades dispositivas o de gravamen del directorio se encuentren previamente reconocidas en el estatuto u otorgadas expresamente por la Junta General de Accionistas, para tener como válida la actuación del directorio (23).

Las principales críticas que se hicieron a esta postura fueron que se equiparaba indebidamente los alcances de la representación orgánica y voluntaria; siendo sólo en este último caso podía aplicarse el «principio de literalidad» en la interpretación de las facultades otorgadas, no así en la primera que se derivaba de la ley; asimismo, que se partía de la concepción que las facultades dispositivas correspondían exclusivamente a la Junta General de Accionistas y no al directorio que sólo detentaría facultades administrativas.

7. Posteriormente se habló en la jurisprudencia de los «actos de administración extraordinarios», en virtud de la cual se consideraba que el directorio podía de manera «extraordinaria» realizar actos dispositivos o de gravamen («extraordinarios» en tanto no se encontraban comprendidos en el objeto social; de lo contrario, serían «actos de administración ordinarios»).

Es decir, pese a no estar expresamente establecidos en el estatuto ni otorgadas por la Junta General previamente, el directorio podía realizar aquellos actos, salvo limitación estatutaria expresa o legal; siendo ello así, si se

(22) Véase ALDANA DURÁN, Mariela, «Las facultades del Directorio», en *El Derecho Registral en la Jurisprudencia comentada*. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España. Lima - Gaceta Jurídica, S. A., pág. 165. La autora fue ponente de la Resolución que sustentó el precedente de observancia obligatoria, materia de comentario.

(23) Resolución del Tribunal Registral número 080-96-ORLC/TR del 1-3-1996.

quería realizar de manera «ordinaria» dichos actos debía previamente modificarse el estatuto, de lo contrario se produciría su «desnaturalización» y el subsecuente «exceso» del directorio en el ejercicio de sus facultades (24).

La principal crítica que se hizo a esta postura es que no existía plena certeza respecto a las facultades del directorio y su eficacia registral, ya que la interpretación del carácter «extraordinario» de la actuación del directorio —como tal admitida en sede registral—, resultaba excesivamente subjetiva; así, algunos consideraron que si el directorio otorgaba poderes para disponer bienes determinados no se desnaturalizaban los actos, no así si se hacía con carácter general, sin especificar a qué bienes se refería.

8. Es en ese contexto que la jurisprudencia registral estableció como criterio de interpretación que, «excepto los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la Junta General u otro órgano o excluyan expresamente de la competencia del Directorio, dicho órgano social se encuentra facultado para realizar todo tipo de actos, inclusive los de disposición» (25).

Como sustento de lo anterior debe decirse que el término «administración de la sociedad» del artículo 172 de la LGS no era equivalente a «actos de administración»; agregaríamos, «actos de administración» y «actos de disposición» son categorías propias del Derecho Civil, siendo que en el Derecho Mercantil sería preferible hablar de «actos de gestión» con un sentido más amplio.

De otro lado, la LGS reconoce a la Junta General facultades de disposición en forma «excepcional», es decir, en casos de enajenación de activos de valor contable superior al 50 por 100 del capital (inciso 5, art. 115 LGS) y las adquisiciones dentro de los seis meses siguientes a la constitución de bienes cuyo tráfico no es propio del objeto social de valor superior al 10 por 100 del capital (art. 77 LGS), entre otros.

Asimismo, cuando el artículo 172 de la LGS señala que el directorio tiene facultades para la administración de la sociedad «dentro de su objeto», debe recordarse que el artículo 11 de la LGS, al regular el tema, precisa que se entienden «incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuvan a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados»; lo que permite colegir que las facultades de administración del directorio comprenden todos aquellos actos no establecidos expresamente en el objeto que resultan necesarios para su realización (26).

(24) Resolución del Tribunal Registral número 481-98-ORLC/TR del 30-12-1998, precisado por la Resolución número 041-99 del 15-2-1999.

(25) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el I Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 021-2002-ORLC/TR del 18-1-2002.

(26) Artículo 11 LGS. Objeto social: «La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social (...)».

Por lo que no podría denegarse en sede registral la inscripción de los actos dispositivos o de gravamen realizados por el directorio, salvo que exista disposición legal o estatutaria que atribuya tales facultades a otro órgano o excluya de las mismas al directorio.

III. ASPECTOS DOCUMENTALES

1. Sobre el particular se ha dicho con mucho acierto que, «a efectos de su inscripción en el Registro, la formalización de los acuerdos colegiados de toda persona jurídica debe aparecer rodeada de una serie de cautelas tendientes a garantizar tanto la realidad de su existencia, como su válida formación y exacto contenido y que se traducen ante todo, en la exigencia de su reflejo en actas que recojan todas las circunstancias que garanticen aquellos extremos, y cuyo contenido, una vez aprobados, se ha de extender o transcribir en libros debidamente diligenciados y acompañarse de los documentos complementarios exigidos por la ley o el estatuto» (27).

2. Salvo los acuerdos vinculados a la modificación del pacto social —incluido el estatuto—, que requieren formalizarse en escritura pública, en los demás, la inscripción en el Registro de Sociedades se efectuará en mérito a documentos privados, es decir, a copias certificadas notarialmente del acta de la Junta General de Accionistas, documento en el que se materializa la voluntad social y cuya fuerza legal se produce desde su aprobación (art. 135 LGS).

3. En efecto, dado que la sociedad se constituye por escritura pública, la misma que contiene el pacto social y el estatuto, la inscripción de cualquier modificación de estos últimos requerirá observar la misma formalidad (art. 5 LGS); en cambio, tratándose de otros actos, tales como el nombramiento de administradores, liquidadores o de cualquier representante y el otorgamiento de poderes por parte de la sociedad, su inscripción se hará en mérito a «copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano competente» (art. 14 LGS).

4. En cuanto a las copias certificadas del acta, el artículo 6 del RRS precisa que, éstas serán «transcripciones literales de la integridad o de la parte pertinente del acta, mecanografiadas, impresas o fotocopiadas, con indicación de los datos de la legalización del libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido».

Dispositivo que guarda concordancia con el artículo 104 de la Ley del Notariado: «El notario expedirá copia certificada que contenga la transcripción literal o parte pertinente de actas y demás documentos, con indicación,

(27) Resolución del Tribunal Registral número 231-97-ORLC/TR.

en su caso, de la legalización del libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido».

5. Sobre la legalización de los libros, el artículo 115 de la Ley del Notariado establece que: «Para solicitar la legalización de un segundo libro u hojas sueltas, deberá acreditarse el hecho de haberse concluido el anterior o la presentación de certificación que demuestre en forma fehaciente su pérdida».

Aspectos que anteriormente eran revisados por el Registrador y que ahora, en virtud de la jurisprudencia registral, se excluyen de la calificación: «la persona jurídica debe acreditar ante el notario y no ante el Registro la conclusión o pérdida del libro anterior para que proceda la legalización de un segundo y subsiguientes libros. A efectos de verificar la concordancia entre el libro de la persona jurídica obrante en el título cuya inscripción se solicita y el antecedente registral, se debe tomar en cuenta el libro correspondiente contenido en el antecedente registral inmediato» (28).

Es decir, la verificación del cumplimiento de los requisitos para la apertura de un nuevo libro corresponderá exclusivamente al Notario y al Juez de Paz Letrado; en cuanto a este último y conforme al artículo 1 de la Ley 26501, se entendería comprendido en el criterio anterior (29).

6. Además del documento principal constituido por el acta de la Junta General de Accionistas que contiene los acuerdos adoptados por dicho órgano, existen otros documentos denominados «complementarios» que coadyuvan a la inscripción, como son la lista de asistentes, el aviso de convocatoria publicado en el diario (en original o copia certificada), etc.

7. El acta debidamente redactado por el secretario deberá indicar el lugar, fecha y hora en que se realizó la junta; si se celebró en primera, segunda o tercera convocatoria, los accionistas presentes o sus representantes, el número y clase de acciones de las que son titulares, quienes actuaron como presidente y secretario; en cuanto al aviso de convocatoria, las fechas y los periódicos en que se publicaron (cuyos originales o copias certificadas se adjuntarán al título o se insertarán en la escritura pública), la forma y resultado de las votaciones y los acuerdos adoptados, constancias del sentido de sus intervenciones y de sus votos expresadas por los asistentes. La lista de asistentes puede estar incluida en la misma acta o en documento distinto; sobre el número de firmas, si el acta fue aprobada en la misma junta, además

(28) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 9-6-2005 y sustentado en las Resoluciones número 55-2001-ORLC/TR del 6-2-2001, 416-2000-ORLC/TR del 28-11-2000, 26-2002-ORLC/TR del 18-1-2002 y 256-2002-ORLC/TR del 16-5-2002.

(29) Artículo 1, Ley 26501. «La legalización de apertura de libros contables y otros que la ley señale es competencia tanto de los jueces de paz letrados como de los notarios, a elección del usuario».

de dejarse constancia de su aprobación, deberá ser firmada por el presidente, el secretario y un accionista designado por la junta; si el acta se aprueba posteriormente —máximo dentro de los diez días siguientes—, adicionalmente al presidente y el secretario, deberán firmar no menos de dos accionistas, dejando igualmente constancia de su revisión y aprobación (art. 135 LGS).

8. Tratándose de acuerdos contenidos en «actas especiales» que no han podido asentarse en el libro u hojas sueltas (art. 136 LGS), debe indicarse que en el ámbito registral han existido diversos criterios sobre su aptitud para acceder al registro; situación que pretende ser superada por el RRS al establecer en su artículo 6 que podrán inscribirse estos acuerdos «sólo después que (las actas especiales que los contienen) hayan sido adheridos o transcritos al libro o a las hojas sueltas correspondientes», sin embargo, con criterio amplio, admite de manera excepcional la posibilidad de su inscripción cuando por «razones debidamente acreditadas a criterio del Registrador no resulte posible adherirlos o transcribirlos».

Será necesario entonces que la jurisprudencia registral precise la forma en que ha de probarse en sede administrativa tal imposibilidad, ello a fin de preservar las garantías mínimas de seguridad en la documentación que accede al registro, dado los efectos sustanciales que se derivan de la inscripción.

9. A propósito de la reapertura de actas, se ha dicho en la jurisprudencia que, «es posible rectificar el contenido de las actas de sesiones de las personas jurídicas, corrigiendo un dato que se consignó en forma errónea o consignando un dato que se omitió —pudiendo consistir la omisión en un acuerdo que habiendo sido adoptado por la persona jurídica no se hizo constar en el acta—. Para ello deberá dejarse constancia de la fecha de la reapertura del acta y la misma deberá ser suscrita por quienes firmaron el acta primigenia o rectificadora» (30).

Criterio interpretativo —no obstante referido a personas jurídicas de naturaleza no societaria, plenamente aplicable a las societarias, salvo disposición distinta—, que busca facilitar las inscripciones al eliminar la exigencia de realización de nueva junta para la subsanación de los defectos u omisiones en el acta, aplicando por analogía el artículo 44 del Código de Comercio (31).

(30) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 9-6-2005 y sustentado en las Resoluciones número 521-2004-SUNARP-TR-L del 3-9-2004, 494-2003-SUNARP-TR-L del 8-8-2003, 176-2002-SUNARP-TR-L del 3-4-2002 y 579-2001-ORLC/TR del 10-12-2001.

(31) Artículo 44 del Código de Comercio. Corrección de errores u omisiones en los libros: «Los comerciantes salvarán, a continuación, inmediatamente que los adviertan, los errores u omisiones en que incurrieron al escribir en los libros, explicando con claridad en qué consistían, y extendiendo el concepto tal como debiera haberse estampado. Si hubiere transcurrido algún tiempo desde que el yerro se cometió o desde que se incurrió en la omisión, harán el oportuno asiento de rectificación, añadiéndose al margen del asiento equivocado una nota que indique la corrección».

IV. TEMAS SOCIETARIOS VARIOS

A) TRANSFERENCIA DE PARTICIPACIONES DE SOCIEDADES COMERCIALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. Conforme al artículo 291 de la Ley General de Sociedades, en caso de que el socio de una sociedad comercial de responsabilidad limitada desee transferir sus participaciones a persona extraña debe comunicarlo por escrito al gerente, quien lo pondrá en conocimiento de los otros socios en el plazo de diez días; teniendo éstos treinta días desde la notificación para expresar su voluntad de compra, y en caso de ser varios los interesados se distribuirá entre todos ellos a prorrata de sus respectivas participaciones sociales.

Si ningún socio ejercita ese derecho, la sociedad podrá adquirir las para ser amortizadas, reduciendo el capital social.

Si transcurrido el plazo nadie ha hecho uso de su preferencia, el socio queda libre para transferir sus participaciones sociales, salvo que se hubiese convocado a junta para decidir la adquisición de las participaciones por la sociedad.

2. Asimismo, el artículo 97 del RRS señala que la inscripción de la transferencia se hará en mérito a escritura pública y precisa además que, en caso no se hubiese vencido el plazo para el ejercicio del derecho de adquisición preferente —regulado en el art. 291 de la LGS—, deberá insertarse en la escritura los documentos que acrediten que los socios, y en su caso, la sociedad, han renunciado a tal derecho, salvo que intervengan en la escritura renunciado expresamente; y en caso de haberse vencido el plazo, se insertará en la escritura pública la certificación del gerente indicando que se ha cumplido con el procedimiento previsto en la Ley o el estatuto (32).

3. Sobre el particular, la jurisprudencia registral ha precisado que «el solo hecho de que la Junta Universal de socios por unanimidad apruebe la libre transferencia de las participaciones sociales de una sociedad a favor de terceros, implica una renuncia de los demás socios, así como de la sociedad misma a ejercer el derecho de adquisición preferente establecido en el artículo 291 de la Ley General de Sociedades, siendo suficiente para proceder a la inscripción de la transferencia, que se adjunte o se inserte en la escritura pública copia certificada del acta de la Junta General donde conste el acuerdo respectivo, no siendo en estos casos exigibles los requisitos señalados en el segundo y tercer párrafo del artículo 97 del Reglamento del Registro de Sociedades (...)» (33).

(32) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios del Reglamento del Registro de Sociedades*, Lima - Gaceta Jurídica Editores, S. A., octubre de 2001, pág. 286.

(33) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el II Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 032-2002-ORLL-TR del 1-3-2002.

Como puede advertirse, este criterio interpretativo establece una excepción a las exigencias establecidas por el artículo 97 del RRS, sustentado en que no se contraviene el último párrafo del artículo 291 de la LGS, pues la sanción de nulidad prevista está destinada a proteger el derecho preferente que tienen los otros socios y la misma sociedad de adquirir las participaciones del socio oferente.

Asimismo, la existencia de una Junta Universal realizada como consecuencia de la comunicación del socio, a través del gerente y que aprueba su transferencia a favor de terceros, implica una renuncia «tácita» al derecho de preferencia, por lo que deviene en innecesario exigir la «declaración» del gerente en los términos señalados en el artículo 97 del RRS.

B) DENOMINACIÓN ABREVIADA

1. Según la doctrina mercantil, la denominación constituye un atributo de la personalidad jurídica; siendo sus principios esenciales la libertad, unidad y exclusividad.

En ese sentido, la sociedad dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico puede adoptar la denominación que más convenga a sus intereses, la misma que deberá ser única y exclusiva; con relación a este último aspecto, la sociedad está facultada para accionar contra terceros a fin de preservar este derecho (34).

2. En cuanto a la denominación, el primer párrafo del artículo 9 de la Ley General de Sociedades precisa que la sociedad debe tener una denominación y que además puede emplear un nombre abreviado, pero sin explicar los criterios para su adopción, sólo enumera algunas de sus limitaciones; es decir, que no sea igual al de otra sociedad preexistente ni que contenga nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor, salvo legitimación, ni igual a otra sociedad que goza del derecho de reserva de preferencia registral.

3. Dado el carácter general de la LGS, el artículo 15 del RRS precisó que no es inscribible la sociedad que adopte una denominación completa o

La segunda parte del precedente establece que: «Tratándose de una transferencia de participaciones sociales por compraventa, al no haberse pagado aún la totalidad del precio, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.065 del Código Civil, en el sentido de que existe prenda legal con arreglo a lo establecido en el inciso 1 del artículo 1.118 del Código Civil, toda vez que se trata de venta de bienes muebles inscritos, pues conforme a lo señalado en el inciso 8 del artículo 886 del Código Civil, las participaciones de los socios en sociedades tienen el carácter de bienes muebles; en consecuencia, deberá procederse a la inscripción de oficio de la prenda legal».

(34) BROSETA PONT, Manuel, *op. cit.*, pág. 225.

abreviada igual a la de otra preexistente en el índice y en especial que «tampoco es inscribible la sociedad que adopte una denominación abreviada que no esté compuesta por palabras o primeras letras o sílabas de la denominación completa (...)».

Es decir, se ha establecido reglamentariamente la forma en que debe abreviarse el nombre; siendo que, la denominación abreviada debe tener relación con la denominación completa, de manera tal que su estructura gramatical se componga por palabras o primeras letras o sílabas de la denominación (35).

4. En ese sentido, la jurisprudencia ha señalado que, «la denominación abreviada de una sociedad podrá estar conformada por alguna o algunas palabras de la denominación completa» (36).

Es decir, el artículo 15 del RRS al exigir que la estructura gramatical de la denominación abreviada se componga por «palabras» de la denominación completa, no excluye la posibilidad de que se emplee sólo una «palabra», pues el requerimiento de todas ellas implicaría la repetición de la denominación, lo que resulta contrario a la finalidad querida con la abreviada, es decir, la identificación de la persona jurídica en el tráfico de una manera más simple.

C) ADECUACIÓN DE LAS SOCIEDADES A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

1. La Ley General de Sociedades modernizó la regulación societaria incorporando los avances del Derecho comparado, la jurisprudencia y la doctrina; situación que exigió que las sociedades y sus sucursales se «adecuen» a ella (37).

2. La Primera Disposición Transitoria de la LGS estableció la obligación de las sociedades de adecuar su pacto social y su estatuto a las disposiciones de la Ley «en la oportunidad de la primera reforma que efectúen a los mismos» o «a más tardar dentro de los 270 días siguientes a la fecha de

(35) En la Resolución número 257-2001-ORLC/TR del 18-6-2001 se precisó que el nombre abreviado no podrá ser una segunda denominación de la sociedad, sin relación alguna con la denominación completa.

(36) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el IX Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 5-1-2005 y sustentado en las Resoluciones número 636-2003-SUNARP-TR-L- del 3-10-2003 y 647-2003-SUNARP-TR-L- del 10-10-2003.

(37) ALIAGA HUARIPATA, Luis, «Las sociedades irregulares», en *Estudios de Derecho Societario. Libro Homenaje a Enrique Elías Laroza*, Trujillo - Editora Normas Legales, S. A. C., junio de 2005, pág. 106. Véase el punto III («una causal de irregularidad adicional: las sociedades que no adecuaron su pacto social a la nueva Ley General de Sociedades»).

su entrada en vigencia»; plazo prorrogado reiteradas veces y que finalmente venció el 31-12-2001 (38).

Asimismo, la segunda Disposición Transitoria dispuso como consecuencia de su incumplimiento la irregularidad de estas sociedades, esto es, a partir del 1-1-2002 (39) (40).

3. La jurisprudencia registral precisó los alcances de la adecuación; así señaló que «la nueva Ley (...) introduce determinadas modificaciones a la regulación de las sociedades que es necesario que éstas incorporen a su estatuto; además la nueva ley no sólo modifica la regulación anterior (...), sino también introduce posibilidades anteriormente no reguladas, de carácter dispositivo, que si bien no necesariamente deben ser incorporadas al estatuto (...), pueden ser comprendidas en éste»; consecuentemente, «(...), las modificaciones del estatuto que no impliquen la adaptación a las normas imperativas o la incorporación de las normas dispositivas de la nueva ley, no constituyen una adecuación a la nueva ley y por tanto no se les debe aplicar el *quórum* y mayoría especiales establecidos para la adecuación, y tampoco se encuentran comprendidas en las materias a tratar si el aviso únicamente consignó como tales a la adecuación a la nueva ley» (41).

4. Posteriormente y con la finalidad de resolver los problemas subsistentes, mediante Ley número 27673 se estableció que, «las sociedades que adecuen su pacto social y estatuto a las disposiciones de la Ley número 26887, Ley General de Sociedades, después de vencido el plazo establecido en la Primera Disposición Transitoria de dicha Ley, modificado por Leyes números 26977, 27219 y 27388, no requerirán de convocatoria judicial y no serán consideradas irregulares y consecuentemente no les serán aplicables las consecuencias señaladas en la segunda Disposición Transitoria de la Ley número 26887 ni la presunción de extinción por prolongada inactividad a que se refiere la décima Disposición Transitoria de la misma Ley» (42).

5. Aunque referido a sucursales, resulta plenamente aplicable a las sociedades el siguiente criterio interpretativo establecido en la jurisprudencia registral: «las sucursales de sociedades constituidas en el extranjero pueden

(38) Debido a la omisión de las sociedades en cumplir con su obligación de adecuarse, el plazo se prorrogó sucesivamente mediante las Leyes número 26977, 27219 y 27388; incluso, a fin de brindar facilidades, se dictaron el Decreto de Urgencia número 111-2000 («El Peruano», 4-12-2000) y la Directiva número 007-2001-SUNARP/SN, aprobada mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos número 211-2000-SUNARP/SN («El Peruano», 9-8-2001).

(39) ELÍAS LAROZA, Enrique, *op. cit.*, pág. 1195.

(40) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*, Lima, Gaceta Jurídica, S. A., 1998, pág. 754.

(41) Resoluciones número 271-99-ORLC/TR del 20-10-1999 y 257-2001-ORLC/TR del 18-6-2001.

(42) Publicada en el diario oficial «El Peruano» del 21-2-2002.

adecuarse a las disposiciones de la Ley General de Sociedades en cualquier momento, conforme a la Ley número 27673, no constituyendo dicha omisión causal para dejar constancia en el certificado de vigencia de la sucursal que aún no se ha producido la referida adaptación» (43).

En cuanto a los alcances de la Ley 27673, se ha precisado que «desde el final del plazo de adecuación señalado por la Ley 27388 (31 de diciembre de 2001), hasta la publicación de la Ley 27673 (21 de febrero de 2002), transcurrieron casi dos meses. ¿Qué pasa entonces con los contratos celebrados y demás obligaciones asumidas en ese período? Consideramos que la Ley 27673 no puede contener disposiciones retroactivas por mandato constitucional. En ese sentido, cualquier acto celebrado durante ese período en que existía el efecto de irregularidad, conlleva a la responsabilidad solidaria, personal e ilimitada de sus administradores, sin perjuicio de que todos los contratos a partir de la fecha de publicación de la Ley 27673 no conllevan dichos efectos» (44).

D) PRESUNCIÓN DE EXTINCIÓN DE SOCIEDADES POR «PROLONGADA INACTIVIDAD REGISTRAL»

1. La décima Disposición Transitoria de la Ley General de Sociedades incorporó la «presunción de extinción de las sociedades por prolongada inactividad» en los siguientes términos: «se presume la extinción de toda sociedad mercantil o civil que no ha inscrito acto societario alguno en los diez años precedentes a la publicación de esta ley. El Registro cancelará la inscripción. No obstante cualquier socio, administrador o acreedor de la sociedad puede solicitar que no se aplique la presunción, para lo cual, dentro de los treinta días de publicada la relación a que se refiera la siguiente Disposición Transitoria, debe presentar una solicitud a la correspondiente oficina registral y publicar un aviso según lo establecido en el artículo 43 (...)» (45).

Asimismo, la décimoprimera Disposición Transitoria de la LGS estableció que, para este efecto, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos publicaría las relaciones de las sociedades que están incursas en dicha presunción. Vencidos los plazos señalados, la respectiva Oficina Registral procedería a cancelar de oficio la inscripción de las sociedades extingui-

(43) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el VII Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 27-5-2004 y sustentado en la Resolución número 038-2004-SUNARP-TR-L del 26-1-2004.

(44) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, «Inscripción de acuerdo de directorio de una sociedad irregular», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima - Gaceta Jurídica, S. A., número 74, noviembre de 2004, año 10, pág. 72.

(45) ALIAGA HUARIPATA, Luis, «Apuntes sobre la presunción de extinción de sociedades por prolongada inactividad registral», en *Actualidad Jurídica*, Lima - Gaceta Jurídica Editores, S. A., T. 97, diciembre de 2001.

das respecto de las cuales no se haya presentado solicitud de no aplicación de la presunción.

2. Pareciera ser que la «causa» de incorporación en la LGS de esta figura fue el ánimo de «depurar» registralmente aquellas sociedades consideradas «inactivas», es decir, que no inscriben actos societarios durante un tiempo prolongado.

3. BEAUMONT CALLIRGOS sostiene al respecto que «ésta es una norma de singular trascendencia. Es posible que jamás haya habido una de significación similar (...). Cancelar las inscripciones es hacer una depuración exhaustiva de orden societario-registral (...)» (46).

Por su parte, Elías LAROZA refiere que se trata de un asunto excepcional, al decir, «en situaciones normales, la extinción de una persona jurídica se produce luego de concluir un proceso liquidatorio en el que se establece quién es el nuevo titular de los bienes de la sociedad. Por ello la sociedad desaparece como sujeto de derechos, cuando ya no tiene bienes. En los casos de muerte de una persona natural, por el contrario, es necesario formar una masa hereditaria con todos los bienes y deudas del causante, que pasa luego a sus nuevos titulares (herederos y legatarios). La extinción contemplada en la décima Disposición Transitoria puede darse cuando la sociedad tiene aun bienes en su activo, los que, junto con sus deudas, pasan a formar una masa indivisa, similar a la masa hereditaria» (47).

4. Algunos consideran que no existe propiamente «depuración» registral de sociedades, dado que, conforme al último párrafo de la décima Disposición Transitoria de la LGS, la «extinción» o «cierre» de la partida «no afecta en forma alguna los derechos de los socios para con la sociedad extinguida ni los de los terceros acreedores con ella o con sus socios (...)», esto es, «jurídicamente» hablando no hay extinción —no obstante el cierre de la partida registral—, en tanto continúen las obligaciones a cargo de la misma, que precisan de la «subsistencia» de la personalidad jurídica de la sociedad.

5. De otro lado, resulta por lo menos discutible presumir la extinción de las sociedades que presentan «prolongada inactividad registral», dado que, de acuerdo al propio esquema planteado por la LGS, la «salida» del mercado de las sociedades se inicia con la disolución, continúa con la liquidación y culmina con su extinción y no en sentido inverso, como ocurre en este caso (48).

6. Rodrigo URÍA —refiriéndose a la legislación española—, enfatiza que «la desaparición definitiva de la persona social, en virtud de la cancelación

(46) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *op. cit.*, pág. 760.

(47) ELÍAS LAROZA, Enrique, *op. cit.*, pág. 1203.

(48) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, «Disolución, liquidación y extinción de sociedades y las sociedades irregulares», en *Themis, Revista de Derecho*, Lima-Pontificia Universidad Católica del Perú, 2.^a época, núm. 37, 1998, pág. 57.

de sus asientos registrales, sólo se produce cuando la cancelación responda a la situación real de las cosas, es decir, cuando la sociedad haya sido previamente liquidada en forma y no haya dejado acreedores impagados: En otro caso (...), los acreedores podrán pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación» (49).

En el mismo sentido y sustentando la necesidad del «proceso previo» para la extinción de la sociedad, BROSETA PONT refiere que, «la existencia de aquellos tres elementos personales (sociedad, accionistas y terceros) explica que el proceso de extinción de la sociedad anónima deba transcurrir normalmente por dos fases complejas: la disolución (que afecta fundamentalmente a la esfera interna de la sociedad); y la liquidación (que afecta fundamentalmente a los terceros acreedores sociales y a los socios)» (50).

7. En caso que se hubiese cancelado la partida registral de la sociedad amparado en la presunción de extinción por prolongada inactividad registral, ¿podría en virtud de la Ley 27673 reabrirse la partida?

Sobre este particular, la jurisprudencia ha señalado que «el Registro no podrá dejar sin efecto el asiento de cancelación por presunción de extinción por prolongada inactividad, extendido antes de la vigencia de la Ley 27673» (51).

En efecto, el cierre de la partida registral goza de la «garantía de intangibilidad» establecida en el inciso *b*) del artículo 3 de la Ley número 26366, Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional.

Finalmente, los efectos jurídicos derivados de la inscripción no pueden ser enervados administrativamente conforme al artículo 2.013 del Código Civil que consagra el principio de legitimación.

RESUMEN

SOCIEDADES PERÚ

La dación Ley General de Sociedades (1997) y su entrada en vigencia supuso todo un acontecimiento en el ordenamiento jurídico peruano, pues además de regular una de las personas jurídicas con mayor incidencia en el tráfico jurí-

ABSTRACT

COMPANIES PERU

The General Law on Companies (1997) and its entry in force were a real event in Peruvian law, for, in addition to regulating one of the legal persons that has the most influence on legal trade (companies), it modernised the handling

(49) URÍA, Rodrigo, *op. cit.*, pág. 440.

(50) BROSETA PONT, Manuel, *op. cit.*, pág. 350.

(51) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el II Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 302-2002-ORLC-TR del 18-6-2002.

dico —las sociedades—, modernizó el tratamiento de la materia societaria e inspiró innumerables publicaciones de carácter doctrinal, en forma de libros o revistas, de manera individual o colectiva.

A efectos de conocer los alcances del ordenamiento jurídico en materia de sociedades, se hace necesario el conocimiento de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

Siendo que el presente trabajo centrará su interés en la denominada jurisprudencia registral, es decir, las decisiones de los órganos encargados de interpretar y aplicar las normas y la doctrina en casos concretos.

La jurisprudencia registral ha girado en torno a diversos tópicos —los mismos que serán materia de análisis—, tales como la Junta General de Accionistas (convocatoria, quórum y mayorías), el directorio, los aspectos documentales, la transferencia de participaciones sociales de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, la denominación abreviada, la adecuación de las sociedades a la Ley General de Sociedades, la presunción de extinción de sociedades por prolongada inactividad registral, etc.

of corporate matters and inspired innumerable doctrinal publications in the form of books and periodicals, on an individual and group basis.

In order to find the scope of the law in matters of companies, one needs to know legislation, doctrine and jurisprudence.

This paper focuses its interest on what is called registration jurisprudence, i.e., the decisions of the bodies in charge of interpreting and applying rules and doctrine in specific cases.

Registration jurisprudence has revolved around a number of topics that are analysed in the article, such as shareholders' meetings (calls to meeting, quorums and majorities), directors, document-related issues, transfers of shareholdings in limited liability companies, abbreviated names, company compliance with the General Law on Companies, the presumption that companies are terminated when they display long periods of registration inactivity, etc.

(Trabajo recibido el 07-02-06 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

El régimen de inmatriculación registral en Marruecos

por

MOHAMMED LAHKIM BENNANI

Antiguo decano del Colegio de Abogados de Fez (Marruecos)

SUMARIO

PARTE I. EL PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN REGISTRAL:

SECCIÓN I. LAS FASES POR LAS QUE PASA UNA SOLICITUD DE INMATRICULACIÓN.

PÁRRAFO I. LA FASE ADMINISTRATIVA.

A) LA SOLICITUD DE INMATRICULACIÓN:

I. *Personas que pueden presentar dicha solicitud.*

II. *Documentación que se adjunta a la solicitud.*

III. *Recaudación de impuestos.*

IV. *Situación jurídica de la finca objeto de solicitud:*

La compraventa.

La hipoteca.

Derecho de tanteo.

B) PROCEDIMIENTOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL E IMPUGNACIONES.

I. *Procedimientos publicitarios:*

a) *La publicación.*

b) *Deslinde o amojonamiento.*

II. *La impugnación.*

PÁRRAFO II. LA FASE JUDICIAL.

A) *¿EN TODOS LOS CASOS TIENE OBLIGACIÓN EL REGISTRADOR DE REMITIR LOS AUTOS AL TRIBUNAL?*

B) *EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INMATRICULACIÓN.*

SECCIÓN II. LA RESOLUCIÓN DEL REGISTRADOR.

PARTE II. LOS EFECTOS DE LA INMATRICULACIÓN REGISTRAL:

CAPÍTULO I. EFECTOS INMEDIATOS DE LA INMATRICULACIÓN REGISTRAL.

SECCIÓN I. EL EFECTO DE REDENCIÓN JURÍDICA.

PÁRRAFO I. CONCEPTO DE REDENCIÓN.

A) OBJETO DEL EFECTO DE REDENCIÓN JURÍDICA:

I. *El efecto de redención y las personas interesadas.*

II. *Efecto de redención y bienes conservados.*

B) LAS EXCEPCIONES RESPECTO DEL EFECTO DE REDENCIÓN Y DEL CARÁCTER DEFINITIVO Y NO IMPUGNABLE.

I. *Dominio público o patrimonio estatal.*

II. *Los «boubous» (inmovilizado piadoso).*

III. *Derechos privativos del agua.*

IV. *Derechos mineros.*

PÁRRAFO II. TRAYECTORIA DE LOS DERECHOS VULNERADOS TRAS UN PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN.

A) DEVOLUCIÓN DEL PRECIO DE COMPRA CON O SIN DAÑOS Y PERJUICIOS.

B) REPARTO O DISTRIBUCIÓN CON ARREGLO AL RECURSO DEL ARTÍCULO 64 DEL DAHIR (DECRETO) DE INMATRICULACIÓN.

I. *Recursos posibles contra el solicitante o sus cómplices:*

a) *En caso de dolo.*

b) *Recurso fundado en la teoría del enriquecimiento indebido previsto por los artículos 66 y siguientes del DOC.*

II. *Recurso contra el Registrador y en su caso el Estado.*

SECCIÓN II. MODIFICACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FINCA INMATRICULADA.

PÁRRAFO I. MODIFICACIÓN DE COMPETENCIAS JUDICIALES.

PÁRRAFO II. MODIFICACIÓN DE LEGISLACIÓN APLICABLE.

CAPÍTULO II. INSCRIPCIONES PRACTICADAS EN LOS LIBROS REGISTRALES Y SU VALOR JURÍDICO.

SECCIÓN I. ACTOS Y HECHOS INSCRIBIBLES Y PLAZOS DE INSCRIPCIÓN.

PÁRRAFO I. ACTOS Y HECHOS INSCRIBIBLES Y PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN.

A) DEFINICIÓN DE LOS ACTOS Y HECHOS INSCRIBIBLES.

I. *De los actos voluntarios o judiciales inter vivos.*

II. *Algunos derechos de crédito.*

III. *Algunas resoluciones judiciales que no sean documentos extrajudiciales.*

IV. *Menciones relativas al estado civil y al régimen matrimonial de las partes.*

B) PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN EN LOS LIBROS REGISTRALES.

PÁRRAFO II. LOS PLAZOS DE INSCRIPCIÓN EN LOS LIBROS Y TÍTULOS REGISTRALES.

A) LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.

- I. *Definición.*
 - II. *¿Cuáles son los derechos que pueden ser objeto de anotación preventiva.*
 - III. *Diferentes casos de anotación previa:*
 - a) Anotación previa practicada a tenor de un título.
 - b) Anotación preventiva practicada a tenor de un decreto del presidente del Tribunal de Primera Instancia resolviendo mediante diligencias de urgencia.
 - c) Anotación preventiva practicada a tenor de una instancia de iniciación de juicio prevista por el artículo 85 del dahir (decreto) de 1915 de inmatriculación.
 - d) Cancelación de la anotación preventiva.
- B) PLAZOS LEGALES DE INSCRIPCIÓN.
- SECCIÓN II. VALOR JURÍDICO DE LAS INSCRIPCIONES EN LOS LIBROS REGISTRALES.
- PÁRRAFO I. EFECTO LEGAL DE LAS INSCRIPCIONES EN LOS LIBROS REGISTRALES.
- A) PRINCIPIOS.
- B) EXCEPCIONES.
- PÁRRAFO II. LA FUERZA PROBATORIA DE LAS INSCRIPCIONES EN LOS LIBROS REGISTRALES.
- A) FUERZA PROBATORIA DE LAS INSCRIPCIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS REALES.
- I. *Entre las partes del acto o contrato.*
 - II. *Respecto a terceros:*
 - a) En cuanto a los terceros de buena fe.
 - b) En cuanto a los terceros de mala fe.
- B) LA FUERZA PROBATORIA DE LAS INSCRIPCIONES RELATIVAS AL ESTADO Y A LA CAPACIDAD DE LOS TITULARES DE DERECHOS REALES.
- CONCLUSIÓN.

Justo antes de establecerse el protectorado francés de Marruecos, el régimen hipotecario marroquí era pletórico.

En general se conocían:

- Las tierras «melk», que en pleno dominio pertenecían a particulares o a entidades, las inmovilizaciones piadosas denominadas «habous» o «Wakf».
- Las tierras Makhzen, de titularidad estatal.

Las tierras «Guich» o «Naiba» eran concesiones otorgadas por el sultán a ciertas tribus que formaban el ejército marroquí.

Dichas fincas quedaban sujetas a la legislación del rito malaquita, que tiene sus fuentes en el Derecho musulmán tradicional.

Además ciertas tierras las regulaban el Derecho consuetudinario tradicional.

La propiedad inmobiliaria se basaba sobre todo en la posesión adquisitiva y prescriptiva, cuya duración la fijaba el Derecho musulmán, entre los miembros de una misma familia, en cuarenta años, y con respecto a terceros, en diez años.

En caso necesario podía formalizarse dicha posesión adquisitiva mediante documento testimonial denominado «moulkia» (o prueba de propiedad) que redactaban conjuntamente dos notarios tradicionales denominados «adouls», que recogían y transcribían el testimonio oral de al menos doce personas.

Para que la «moulkia» fuera conforme a derecho, dichos testigos tenían que certificar en sus declaraciones que el interesado ostentaba realmente la titularidad de la finca interesada desde hacía más de diez o cuarenta años, según el caso, y que durante todo este tiempo se trataba de una posesión pacífica e indubitada, y que se comportaba ostensiblemente como el legítimo propietario de dicho bien.

La transmisión de la propiedad de dicho bien se efectuaba con arreglo a las normas generales del derecho musulmán que se parecen a las normas comúnmente admitidas en la mayoría de sistemas jurídicos, a saber, la herencia, el legado, la donación y demás cesiones *inter vivos* que, pese a las prescripciones coránicas, no siempre se hacían en un documento.

Pese a la fragilidad del sistema, las impugnaciones eran relativamente escasas por varias razones, como por ejemplo, que la población era muy escasa en relación con la superficie de las tierras disponibles y, por consiguiente, el escaso valor económico que se daba a la tierra.

Con el advenimiento del protectorado francés en Marruecos, las autoridades francesas, que tenían intenciones de perpetuidad y que permitieron a sus colonos apoderarse de las mejores tierras del reino marroquí, no podían dejar que a las mismas se les aplicara el Derecho musulmán, ya que éste no reconocía la usurpación como medio legal de adquisición de bienes inmuebles, ni tampoco lo hacían los tribunales tradicionales que presidían jueces musulmanes.

Para demandar judicialmente a los ciudadanos franceses ante la justicia local, el protectorado creó los «tribunales modernos», a los que dio competencia para conocer de todos los litigios relativos a los franceses y a los ciudadanos de los demás países extranjeros.

En 1913 se promulgó un código que imitaba las normas del Código Napoleón para las obligaciones y los contratos.

Para proteger los intereses inmobiliarios de los colonos franceses se promulga el código de 12 de agosto de 1913, de inmatriculación de fincas, por el que crea un nuevo régimen jurídico que nada tiene que ver con el régimen jurídico tradicional local.

El nuevo código no suprime el antiguo régimen, pero se supone que se aplica a los terratenientes que deseen que sus tierras queden reguladas por el mismo.

El objetivo final del procedimiento de inmatriculación es redimir los posibles derechos anteriores sobre el bien en cuestión y otorgar al solicitante de la inmatriculación un título registral definitivo.

Dicho título definitivo es, según el nuevo texto legal, un título inatacable que posteriormente no admite impugnación ni reclamación alguna relativa a un derecho real sobre el bien inmatriculado y que sería de fecha anterior a la inmatriculación del bien y a la formalización del nuevo título de propiedad.

Aunque los colonos fueran conscientes de la cuenta que les traía inmatricular las tierras que ocupaban, más o menos legalmente, los marroquíes en cambio ignoraban la nueva legislación negándose a inmatricular sus bienes e incluso a formular impugnación u oposición alguna contra los colonos, que desde que ostentaban un título registral, ya no tenían dificultad para expulsar al propietario real.

¿Cuáles son los orígenes de dicho texto legal?

Contrariamente a varios códigos promulgados en Marruecos en tiempos del protectorado que solían ser copias mejoradas de ciertos códigos vigentes en la Francia de entonces, el decreto (dahir) de 1915 no derivaba de un texto legal francés sino de un texto que las autoridades inglesas aplicaron en Australia.

Se trata del «TORRENS ACT» que precisamente propiciaba la autorización a los colonos ingleses y demás residentes en Australia de apropiarse de sus explotaciones y sobre todo de otorgarles títulos de propiedad determinando los pormenores de dichas propiedades y sobre todo de redimir todos los posibles derechos con objeto de evitar futuras impugnaciones.

Lo que pasaba es que la diferencia entre Australia y Marruecos era abismal.

Ya que las inmensas tierras australianas, exceptuando algunas zonas ocupadas por los aborígenes autóctonos, eran «TERRA NULLIUS», no pertenecían a nadie y no había presencia humana en las mismas, por lo que era fácil conceder explotaciones a los emigrantes sin dar con oposición alguna.

Con el «TORRENS ACT» no se propiciaba pues proteger a los colonos de los aborígenes que vivían en ciertos espacios determinados de caza y de cosecha, sino sobre todo sentar las bases de un régimen hipotecario para determinar con precisión sus propiedades y sus límites.

Sin embargo, las tierras marroquíes no eran para nada «TERRA NULLIUS», sino que pertenecían en plena legitimidad a individuos, tribus, fundaciones religiosas o al «Makhzen», es decir, al patrimonio estatal, ya que de lo que se trataba era dar una apariencia de legalidad a la política de colonización.

De todas formas debe reconocerse que nada impedía a los ciudadanos marroquíes adecuar sus bienes a la nueva legislación, aprovechando así las garantías que la misma les ofrecía.

Pero sabiendo los ciudadanos marroquíes que de hecho la nueva legislación era una ley de protección de los colonos extranjeros, muy pocos de ellos quisieron inmatricular sus fincas al entrar en vigor los textos legales correspondientes.

Pero cierto tiempo después muchos de los ciudadanos marroquíes se dieron cuenta de la cuestión y optaron por admitir el nuevo régimen jurídico.

Propongo aquí presentar, en una primera parte, una lectura sucinta del régimen jurídico propiciado por el decreto (dahir) de 12 de agosto de 1913 de inmatriculación de fincas.

En una segunda parte se efectuará una modesta valoración del texto legal después de casi un siglo de aplicación.

PARTE I. EL PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN REGISTRAL

El régimen de inmatriculación registral en Marruecos lo regula el libro I del decreto (dahir) de 12 de agosto de 1913, de inmatriculación registral, el decreto (dahir) de 1 de junio de 1915 y la orden Viziriel de 3 de junio de 1915.

SECCIÓN I. LAS FASES POR LAS QUE PASA UNA SOLICITUD DE INMATRICULACIÓN

La presentación de solicitud de inmatriculación determina normalmente la dotación de la finca de un título registral, una especie de *estado civil de la finca*.

Ahora bien, la solicitud, tras ser presentada, pasa por varios trámites, siendo el último la formalización del título registral definitivo, así como el trámite de *la fase administrativa* que es el más largo y más interesante y posteriormente el trámite de *la fase judicial*.

PÁRRAFO I. LA FASE ADMINISTRATIVA

Esta fase se inicia necesariamente con la presentación de una solicitud de inmatriculación en el Registro de la Propiedad, prosiguiéndose con actuaciones complejas de publicidad y oposición antes de que tras el cierre del expediente éste se remita al Tribunal de Primera Instancia.

A) LA SOLICITUD DE INMATRICULACIÓN

La actuación por la que se inicia el procedimiento de inmatriculación consiste en la presentación de una solicitud de inmatriculación en el Registro de la Propiedad del lugar donde radica la finca.

I. Personas que pueden presentar dicha solicitud

- El propietario.
- El copropietario, bien sea en su nombre, bien en su nombre y como representante de sus copropietarios.
- Los titulares de derechos reales y especiales, a saber: el usufructo, el derecho de uso, el derecho de paso, la enfiteusis, etc...
- Los representantes de menores.

Si la solicitud la presentan titulares de derechos reales y especiales, dichos solicitantes necesitarán la autorización del nudo propietario.

El adquirente de finca rústica podrá también presentar una solicitud de inmatriculación del solar que haya comprado a su nombre, pero siempre y cuando presente una certificación administrativa dimanante de las autoridades locales en la que se certifique que el contrato de compraventa no vulnera las disposiciones legales de los bienes de familias inembargables instituidos por el decreto (dahir) de 7 de febrero de 1953.

La institución de bien de familia inembargable la impuso el legislador para impedir a los pequeños y medios agricultores que dispusieron de todas sus fincas, obligándoles así a dejar, siempre en poder de los mismos, una parcela necesaria y suficiente para su subsistencia y la de sus familias (decreto [dahir] de 7 de febrero de 1953, de instituciones de bienes de familia está actualmente derogado).

II. Documentación que se adjunta a la solicitud

Simultáneamente a la solicitud de inmatriculación, el solicitante presentará todos los documentos que pongan de manifiesto su titularidad como la «Moulkia»: título de propiedad o el documento de posesión pacífica de larga duración o la escritura de compraventa con la «Moulkia» del vendedor.

Lo mismo pasa con los impugnantes que presentarán todos los títulos en los que fundamenten su impugnación.

III. Recaudación de impuestos

La presentación de la solicitud de inmatriculación lleva aparejada recaudación de ciertos impuestos:

- El impuesto por inmatriculación.
- Gastos de publicidad y amojonamiento o deslinde.
- El arancel judicial.

El impuesto por inmatriculación y los gastos de publicidad y amojonamiento o deslinde los pagarán los solicitantes en el Registro de la Propiedad.

En cuanto al arancel judicial, éste lo pagan los impugnantes en el Registro de la Propiedad y no en los tribunales.

Existe sentada jurisprudencia que declara que cada impugnante debe pagar el arancel judicial, ya que en caso contrario su impugnación no sería admitida a trámite. Y es que esta materia, una estable jurisprudencia, considera a los impugnantes como demandantes y los solicitantes como demandados.

IV. *Situación jurídica de la finca objeto de solicitud*

Tras ser presentada, la solicitud de inmatriculación confiere a la finca una situación jurídica específica que se denomina régimen de «inmatriculación previa» o de «cuasi inmatriculación».

Durante toda la fase administrativa, la finca quedará regulada por el Derecho musulmán local y esto a tenor de dos sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 1959 y 20 abril de 1960, por las que se falló que la mera presentación de la solicitud de inmatriculación no llevaba aparejada declaración de incompetencia del juez musulmán y que sólo el traslado del expediente por el registrador al tribunal le declaraba incompetente, ya que durante toda la existencia del protectorado una sentada jurisprudencia inversa consideraba que una vez presentada la solicitud la finca dejaba de ser competencia de los tribunales de Derecho islámico para pasar a ser competencia de los tribunales franceses.

Con la reorganización judicial este debate ya no tiene interés alguno. El Tribunal de Primera Instancia, al ser exclusivamente competente para fallar, tiene que aplicar la normativa del Derecho malaquita, relativa al litigio entre solicitantes e impugnantes.

Por otra parte, aunque esté en trámite de inmatriculación registral, la finca no queda jurídicamente paralizada, ya que puede ser objeto de todos los negocios jurídicos habidos y por haber. No obstante, dichos negocios, para que sean válidos, tienen que adecuarse en tiempo hábil a ciertas prescripciones jurídicas.

— La compraventa

De esta forma podrá venderse la finca pero, el adquirente, al querer preservar sus derechos deberá:

- Ya sea presentar su escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad para la correspondiente asignación de prelación oponible a ter-

ceros y a los impugnantes, adquisición que se inscribirá normalmente en el título registral que se produzca posteriormente.

- Ya sea presentando su escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad formalizando la inmatriculación a su nombre mediante lo que se denomina «solicitud rectificativa» en lugar del solicitante inicial, vendedor del solar, por lo que el título registral se formalizará a nombre del comprador.

Si el adquirente no cumple con uno u otro de dichos requisitos, perderá sus derechos mediante el procedimiento de redención, consecuencia jurídica directa de la inmatriculación registral.

— La hipoteca

Una finca en trámite de inmatriculación puede también ser objeto de hipoteca, que es una especie de prenda sin desposesión. En este caso, el acreedor hipotecario también inscribirá su hipoteca sobre la finca en el Registro de la Propiedad, en tiempo hábil y para que sus derechos queden amparados.

— Derecho de tanteo

Además, cuando la solicitud de inmatriculación esté en relación con una finca en estado de indivisión, el propietario que quiera ejercer el derecho de tanteo tradicional musulmán denominado «Chafa», en caso de venta deberá cumplir un doble plazo para manifestar su voluntad y amparar sus derechos e intereses:

- En primer lugar ejercerá obligatoriamente el retracto en cuestión dentro de los plazos legales previstos por el Derecho musulmán («Chrâa»), ya que en caso contrario perderá dicho derecho.
- Impugnará posteriormente dicha compraventa dentro de los plazos previstos por el decreto (dahir) de 12 de agosto de 1913.

Lo mismo se efectuará para la venta «Safqâ» y en su caso el «Dham» que pudiera producirse.

Para amparar los derechos de los impugnantes a una solicitud de inmatriculación, la legislación contempla la publicidad a efectos del procedimiento de inmatriculación.

B) PROCEDIMIENTOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL E IMPUGNACIONES

La publicidad registral tiene su razón de ser en informar a los posibles copropietarios existentes de la finca que no hayan solicitado la inmatriculación, así como a todos aquéllos que pretendan ostentar derechos reales sobre la finca en cuestión, de la existencia de la solicitud y permitirles que se manifiesten.

En cuanto a las impugnaciones, éstas van destinadas a amparar los derechos de dichos copropietarios.

I. *Procedimientos publicitarios*

Son de dos tipos: la publicación y el deslinde o amojonamiento.

a) La publicación

Efectivamente, cuando un particular presenta al registrador una declaración con objeto de inmatricular una finca, aquél procede a incoar un expediente denominado «solicitud de inmatriculación» y, posteriormente, se da un número y un nombre a la finca tras formalizarse el título registral definitivo. Se publicará una certificación de dicha solicitud en el *Boletín Oficial del Estado*, así como en el boletín oficial de anuncios legales.

También se anunciará dicha certificación en el Registro de la Propiedad, en el Tribunal de Primera Instancia o en el tribunal del lugar de situación de la finca, así como en las dependencias de las autoridades locales de dicho lugar.

Se fijará posteriormente una fecha para el deslinde o amojonamiento: publicidad fija, fijación de carteles, proclamación por pregoneros en mercados y zocos semanales, mediante notificación individual enviada a los vecinos y convocatoria a los solicitantes, copropietarios e impugnantes que se haya manifestado hasta entonces para asistir a dicha actuación.

b) Deslinde o amojonamiento

Se trata de una actuación compleja, siendo tanto una actuación publicitaria, topográfica, como jurídica.

- Es publicitaria cuando el registrador o su adjunto y el topógrafo acuden a la finca, dan a conocer a las personas que aún no se han manifestado

la existencia de la solicitud, las cuales pueden impugnar la solicitud de dicha actuación de deslinde o amojonamiento.

- Es topográfica si el topógrafo, cuando con arreglo a las indicaciones del o de los solicitantes y a sus títulos presentados, levanta un plano de la finca con todos sus contornos y coloca lindes o mojones numerados. Se dará posteriormente traslado de dicho plano tras la triangulación general de la finca a lo que se denomina el «catastro jurídico de la región».
- Por último, dicha actuación es jurídica cuando al acudir a la finca el registrador, éste abre un expediente oficial sobre la finca en relativo a los supuestos derechos del o de los solicitantes, así como sobre los derechos de los impugnantes y de los intervinientes. Se hacen constar el hecho y la duración de la posesión y todas las circunstancias recabadas se consignan en un acta de deslinde o amojonamiento. Podrá procederse a uno o varios deslindes o amojonamientos adicionales que se efectuarán con arreglo a los mismos trámites publicitarios y de inspección de la finca, quedando cada acta de deslinde o amojonamiento en poder del registrador.

El registrador publicará un anuncio de cierre de deslinde o amojonamiento en el *Boletín Oficial del Estado* y en los boletines oficiales de anuncios legales y también por cualesquiera otros medios publicitarios, todo ello con objeto de agotar los últimos plazos para los que se hayan demorado en los mismos.

II. *La impugnación*

La impugnación es una declaración o manifestación de voluntad mediante la cual una persona no solicitante impugna la existencia o el alcance jurídico del derecho de propiedad del o de los solicitantes o los límites de la parcela de la que se trate.

Cualquier persona interesada puede impugnar una solicitud de inmatriculación.

Los tutores, los representantes legales y los padres pueden impugnar, en nombre y en lugar de los incapaces y ausentes.

La impugnación tiene el carácter de acto conservatorio, ya que tiene por objeto amparar los supuestos derechos de los impugnantes y protegerles de una inmatriculación sorpresiva.

Podrán *formularse* las impugnaciones en el Registro de la Propiedad cuando se presente la solicitud, que de hecho suelen efectuarse y recabarse durante la actuación de deslinde o amojonamiento.

Podrán *recabar* las impugnaciones el registrador de la propiedad, los agentes de las autoridades locales y los jueces musulmanes del lugar donde radique la finca, dando éstos traslado al registrador de las impugnaciones.

Los plazos para impugnar se inician el día de la presentación de la solicitud y se terminan al final del segundo mes siguiente a la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del anuncio de cierre del deslinde o amojonamiento efectuada por el registrador de la propiedad.

El decreto (dahir) de 26 de agosto de 1954 ha ampliado dichos plazos y permitido la recepción de impugnaciones tardías fuera de plazo por el registrador de la propiedad y por el fiscal del rey cuando dicho registrador remite el expediente al Tribunal de Primera Instancia.

Pueden ser *objeto* de impugnación cualesquiera impugnaciones relativas a los linderos de la finca, al alcance jurídico del derecho de propiedad del solicitante, a la existencia de servidumbres, hipotecas, usufructos o derechos de «Rahn» o anticresis (prenda con desplazamiento de las fincas no inmatriculadas), hipotecas (prenda sin desplazamiento de fincas inmatriculadas).

Lo mismo ocurre con las acciones de carácter inmobiliario como la acción de resolución de venta, de rescisión de venta, de revocación de donación, la acción de «Chafâ», de tanteo de «Dham».

Sin embargo, las acciones meramente personales (como por ejemplo, relativas a la pensión de alimentos y de derechos de crédito [como por ejemplo, el cobro de un efecto de comercio]) nunca podrán justificar una impugnación.

A veces suele presentarse una *impugnación recíproca* cuando dos o varios solicitantes solicitan simultáneamente la inmatriculación de una misma finca. Aunque se trate de un supuesto utópico, el legislador lo ha previsto.

Además se dice que hay *concurrentia de solicitudes* cuando una misma finca es objeto de varias solicitudes presentadas en fechas diferentes.

En ambos casos sólo se considera la primera solicitud como tal y las demás como impugnaciones. Estas últimas solicitudes sólo podrán utilizarse como impugnaciones en la primera solicitud siempre y cuando se hayan efectuado en los plazos legales de impugnación.

La impugnación es extensiva, es decir, que el impugnante puede extenderla en cuanto a su alcance se refiere.

El impugnante también puede cancelar la impugnación mediante lo que se denomina *cancelación de impugnación* que el mismo puede promover tanto en el Registro de la Propiedad como en el Tribunal de Primera Instancia, practicándose en este último caso una diligencia de cancelación de impugnación en la sentencia recaída.

En el primer supuesto, el registrador ordena al impugnante que firme un acta de comparecencia mediante la cual reconoce haber cancelado la impugnación respecto del solicitante. El propio registrador podrá conciliar las partes y que éstas lleguen a un entendimiento amistoso, si no tendrá que remitir

los autos al tribunal, que es cuando se iniciaría la fase judicial de la inmatriculación.

PÁRRAFO II. LA FASE JUDICIAL

Cuando el anuncio de cierre de deslinde o amojonamiento haya sido objeto de las publicaciones legales previstas, la cuestión que se plantea es si el registrador sigue estando obligado a dar traslado de los autos al tribunal tras agotarse los plazos de impugnación. Posteriormente habrá que analizar las actuaciones practicadas por el tribunal en caso de que se le dé realmente traslado de los autos.

A) ¿EN TODOS LOS CASOS TIENE OBLIGACIÓN EL REGISTRADOR DE REMITIR LOS AUTOS AL TRIBUNAL?

No parece que sea el caso. Según el dahir (decreto) de 25 de agosto de 1954, el registrador puede declarar las impugnaciones ineficaces, pasando por alto las mismas si tras el correspondiente requerimiento las impugnaciones no presentan la documentación que acredite sus impugnaciones o si se niegan a pagar la cuantía del arancel judicial y de las costas de defensa en juicio.

En el primer supuesto, la resolución del registrador es recurrible ante el Tribunal de Primera Instancia en los quince días siguientes a su notificación que fallará en última instancia.

En el segundo supuesto la resolución del registrador no es recurrible, ya que el devengo del arancel judicial y de las costas de defensa en juicio se realiza en el Registro de la Propiedad y no en los juzgados.

Por último, el registrador no tendrá obligación de dar traslado de los autos cuando se produzca cancelación amistosa de impugnaciones, en cuyo caso el tribunal no tendría cuestiones de derecho sobre las que resolver.

B) EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INMATRICULACIÓN

Hay que señalar que de 1915 a 1966, a la planta del Tribunal de Primera Instancia, denominado posteriormente Tribunal Regional, se incorporaron dos asesores musulmanes conocedores de cuestiones de Derecho musulmán relativas al estatuto personal y sucesorio y al estatuto registral inmobiliario musulmán. Dichos asesores, que obtuvieron voz y voto con arreglo al dahir (decreto) de 8 de enero de 1958, fueron suprimidos a partir del 1 de enero

de 1966, tras la entrada en vigor de la Ley de Unificación de Arabización y Marroquización de las leyes y tribunales marroquíes por el Decreto de 24 de enero de 1955.

Aparte de esta reseña, de carácter ya actualmente histórico, y aparte del caso en que el registrador declara las impugnaciones ineficaces, el tribunal de primera instancia, al que el registrador ha remitido los autos, resuelve únicamente sobre las pretensiones de los impugnantes a los que incumbe como demandados la carga de la prueba.

La resolución del tribunal deberá ser motivada.

El tribunal puede ordenar un traslado al lugar de autos para cotejar los documentos presentados, tanto por los impugnantes como por los solicitantes, para que concuerden con el plano de la finca levantado con anterioridad por los servicios topográficos y para practicar las correspondientes diligencias *in situ* con audiencia de las partes y sus testigos, consignándose todo en acta.

La resolución dictada por el tribunal sólo tendrá firmeza entre solicitantes e impugnantes. De hecho un impugnante al que el tribunal le haya desestimado su impugnación no podrá recurrir contra otro impugnante al que el tribunal haya estimado su impugnación. En dicho pleito, en el que sobre todo se enfrentan impugnantes y solicitantes, sólo dichos interesados podrán recurrir en apelación contra los demás.

Por otra parte, la apelación es el único recurso que se reconoce a las partes, ya que el artículo 45 del dahir (decreto) de 12 de agosto de 1913 descarta expresamente la impugnación. Según el artículo 43 de dicho texto legal, el tribunal de apelación no admite ninguna nueva demanda.

El tribunal de apelación dictará una sentencia motivada, pudiendo también ordenar las mismas diligencias de instrucción, traslados al lugar de autos y audiciones de los testigos para aclarar su resolución.

Además, con la instauración en 1957 del Tribunal Supremo en Marruecos, las resoluciones de los tribunales de apelación en materia de inmatriculación registral se pueden recurrir en casación, ya que antes de 1957 el recurso de casación sólo podía interponerlo el fiscal general del tribunal de apelación de Rabat y no las partes.

El recurso de casación es suspensivo.

El recurso de reposición no se admite en el ámbito de la inmatriculación registral al ser el proceso especial en la materia.

Existe jurisprudencia fijada y sentada que sólo se consideran y admiten los recursos expresamente previstos por el dahir (decreto) de 12 de agosto de 1913.

Una vez que las partes hayan agotado todos los recursos posibles o una vez una de las partes interesadas una diligencia negativa de presentación de recurso de apelación o de casación, el último tribunal que haya tenido conocimiento de los autos los remitirá al registrador.

SECCIÓN II. LA RESOLUCIÓN DEL REGISTRADOR

Una vez que el registrador tenga en su poder los autos remitidos por el tribunal, podrá desestimar total o parcialmente la solicitud de inmatriculación, ya sea proceder a la inmatriculación de la finca de la que se trate.

En el primer supuesto, su resolución será motivada y notificada a los solicitantes que tendrán la posibilidad y la opción de interponer contra la misma un recurso gubernativo ante el registrador general que podrá revocar la resolución del registrador o recurrirla ante el tribunal de primera instancia en el plazo de un mes desde su notificación.

En dicho supuesto, la resolución del tribunal es recurrible en apelación y la propia sentencia del tribunal de apelación es recurrible en casación en los plazos previstos por el Código de Procedimiento Civil.

Para los recursos de apelación y casación se unifican los plazos de treinta días a partir de la notificación de los mismos. En caso de revisión de la resolución del registrador, ya sea por el registrador general, ya sea por los tribunales, y una vez que dicha resolución sea definitiva, el registrador procederá a la inscripción en las 48 horas siguientes.

Lo anterior pone de manifiesto que en Marruecos la inmatriculación siempre es de carácter administrativo y lo que lo demuestra ampliamente es que incluso en este caso las costas procesales corren a cargo de la parte interesada, excepto en caso de falta muy grave o de dolo por parte del registrador. No obstante cuando el registrador procede a la inmatriculación de los solares, su resolución no es recurrible y lo que el registrador haya decidido será sólo que sea objeto de inmatriculación.

Dicha resolución de inmatriculación origina la formalización de un título registral relativo a la finca correspondiente con un nombre y número, una especie de estado civil de dicha finca. Un segundo ejemplar denominado duplicado se remite al solicitante o uno de los solicitantes en caso que éstos sean varios.

El solicitante será responsable de dicho duplicado teniendo que presentarlo al registrador cada vez que éste se lo requiera para proceder a las posteriores inscripciones.

PARTE II. LOS EFECTOS DE LA INMATRICULACIÓN REGISTRAL

Tras la inmatriculación de una finca efectuada por el registrador de la propiedad, a dicha finca le corresponderá un título registral en el que constará su descripción exacta, la indicación del nombre y domicilio y estado civil completo del o de los propietarios, así como los derechos reales y las cargas registrales que graven dicha finca. Dicho título registral llevará un número y un nombre con un plan anejo.

Se remitirá un duplicado, que es un segundo ejemplar o una copia del título, ya sea al propietario, ya sea a uno de los copropietarios, en caso de propiedad indivisa. Los demás copropietarios sólo podrán aspirar a una certificación denominada *certificación especial de inscripción*.

Dicho título registral surtirá efectos jurídicos de dos tipos: inmediatos y mediatos.

CAPÍTULO I. EFECTOS INMEDIATOS DE LA INMATRICULACIÓN REGISTRAL

El primer efecto de la inmatriculación se denomina efecto de redención, pero no es el único efecto, ya que la inmatriculación va a someter la finca a ciertos tribunales y a una legislación especial.

SECCIÓN I. EL EFECTO DE REDENCIÓN JURÍDICA

El efecto de redención jurídica significa la resolución del registrador de titular una finca poniendo fin a cualquier impugnación sobre la misma. Lo que decide el registrador, decidido queda, y lo que no se considera como inexistente. El título registral así formalizado por el registrador es definitivo y no impugnable. Sólo las indicaciones posteriores sobre el título registral son oponibles a terceros. Es por lo que el legislador no se olvidó de regular la condición de los derechos no considerados por el registrador a efectos de la formalización del título, regulación que analizaremos tras haber analizado dicho concepto de redención y sus excepciones.

PÁRRAFO I. CONCEPTO DE REDENCIÓN

El concepto de redención sólo puede entenderse entrando a tratar el estudio de sus efectos, tanto sobre los interesados como sobre los bienes a los que afecta. A dichos efectos, el legislador ha previsto ciertas excepciones.

A) OBJETO DEL EFECTO DE REDENCIÓN JURÍDICA

I. *El efecto de redención y las personas interesadas*

La cuestión que aquí se plantea es saber respecto a quién se produce dicho efecto de redención. El artículo 2 del dahir (decreto) de inmatriculación registral, tras haber dispuesto que la inmatriculación ha lugar a la formaliza-

ción de un título registral, dictamina que dicha inmatriculación anula cualquier título y redención, cualquier derecho anterior que no se hubiera admitido. Dicha disposición se recoge al final del artículo 62 del mismo dahir (decreto) en relación con el título registral que forma el punto de partida del derecho real o dicho de otra forma, se elimina todo lo pretérito.

El beneficiario de una resolución de inmatriculación registral es propietario, no porque fuera antes propietario o heredero o donatario o legatario o incluso simplemente poseedor de la finca, sino exclusivamente por el mero efecto de la inmatriculación de la finca a su nombre y provecho, incluso si con carácter extraordinario no hubiera tenido con anterioridad derecho válido alguno sobre la finca.

El título registral, así formalizado a su nombre, constituye un título jurídico nuevo autosuficiente, siendo además puro y simple, excepto en cuanto a lo que el registrador haya tomado en cuenta como derechos reales y cargas registrales que se hayan originado con anterioridad a la inmatriculación.

El efecto de redención es necesario para sanear la finca, haciendo borrón y cuenta nueva con la misma y someterla al nuevo régimen de libros registrales sin vínculo con un pasado derogado.

Dicho efecto de redención jurídica desempeña también, respecto de todos los interesados, incluso de los adquirentes o causahabientes especiales del solicitante cuya finca fue inmatriculada a su nombre por negligencia de o de los adquirentes que no se opusieron a la inmatriculación en tiempo hábil y no presentaron su escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad para su correspondiente asignación de rango e inscripción con ocasión de la formalización del título registral definitivo por parte del registrador.

Dicha cuestión ha sido objeto de varias sentencias contradictorias del tribunal de apelación de Rabat y de comentarios doctrinales en ambos sentidos. Los unos reconocen el derecho de los adquirentes de solicitar la inscripción de su escritura de compraventa tras la inmatriculación de la finca a nombre del cedente y los otros niegan dicho derecho basándose en el efecto de redención.

El Tribunal de Casación francés, tras haber dudado mucho tiempo en pronunciarse sobre dicha problemática, resolvió la cuestión mediante seis sentencias recaídas entre 1956 y 1958, por las que falló que dicho efecto de redención era aplicable a los adquirentes negligentes.

El título registral, al ser definitivo y no impugnabile, sus adquirentes sólo tienen derecho a una indemnización.

Además, dicho efecto de redención tiene sus consecuencias jurídicas, no sólo a efectos del derecho de propiedad que se reconoce al beneficiario de la resolución de inmatriculación, sino que beneficia a los titulares de derechos reales (como por ejemplo, las servidumbres de paso) o de cargas registrales (como por ejemplo, la hipoteca) que se manifestaron en tiempo hábil median-

te notificación de impugnación y cuyos derechos y cargas hayan sido objeto de inscripción en el título registral.

Es lo que resolvió el tribunal de apelación de Rabat en varias sentencias decretando que las inscripciones concomitantes a la formalización del título registral forman un todo con la inmatriculación y tienen la misma fuerza probatoria.

Queda la cuestión del copropietario indiviso. Aquí, el tribunal de apelación de Rabat resolvió que las proporciones consideradas por el registrador con ocasión de la formalización del título registral se acogen al efecto de redención y que cada propietario inscrito en el título lo estaba en la proporción que indica el título.

Si no se indicaban las proporciones se suponía que los copropietarios tenían partes iguales con arreglo a las disposiciones del artículo 961 del dahir (decreto) de obligaciones y contratos (DOC) que dispone que «*en caso de duda las proporciones de los comuneros se presumen iguales*».

II. *Efecto de redención y bienes conservados*

La cuestión que aquí se plantea es saber respecto de qué bienes el título registral resultante de una resolución de inmatriculación es definitivo y no impugnabile.

¿Establece el título registral la propiedad de sólo el suelo o también de la de las construcciones y plantaciones que se ubican sobre el mismo cuando se formaliza el título?

También en esta cuestión las opiniones doctrinales han sido divergentes. Un registrador de la propiedad de Oujda sostuvo que la inmatriculación afectaba sobre todo al solar, excluyéndose las plantaciones y construcciones e invitaba al adquirente de un solar edificado o plantado a cerciorarse de que el cedente fuera propietario del suelo, de sus construcciones y plantaciones. Esta opinión, aunque proceda de un registrador de la propiedad no está fundada, socavaría el valor del régimen del título registral e ignoraría el efecto de redención.

En el dahir (decreto) de 1913 de inmatriculación se utiliza el término general de finca y la expresión de inmatriculación de fincas y no se utilizan términos específicos de suelo de terreno o solar (art. 13). Hay que señalar que en la solicitud de inmatriculación consta la descripción desglosada de la finca, cuyas mismas indicaciones recoge el título registral formalizado posteriormente.

Sin embargo, aunque en el título registral no conste indicación alguna sobre las construcciones y plantaciones que existían en la finca al formalizarse el título registral, se presume que dichas construcciones y plantaciones son

propiedad del beneficiario de la resolución de inmatriculación y esto con arreglo a las disposiciones de los artículos 2 y 92 del dahir (decreto) de 12 de agosto de 1913 de inmatriculación. Fue además este punto de vista jurídico el que adoptó el tribunal de apelación de Rabat al negar a toda persona —que reivindicara un derecho real o una carga registral sobre la finca definitivamente inmatriculada— que sus derechos redimidos prevalecieran posteriormente mediante la resolución del registrador, que es una resolución definitiva y no impugnabile.

En definitiva, el efecto de redención desempeña respecto de todo lo que tenga un efecto negativo y respecto del suelo y de todo lo que se incorpora sobre el mismo, ya sean construcciones, ya sean plantaciones, lo que tiene un efecto positivo (*sic*). De todas formas, la legislación ha atenuado dicho efecto de redención mediante excepciones.

B) LAS EXCEPCIONES RESPECTO DEL EFECTO DE REDENCIÓN Y DEL CARÁCTER DEFINITIVO Y NO IMPUGNABLE

Algunos derechos reales, aunque el registrador los admita en beneficio de un tercero al formalizarse el título registral, podrán seguir existiendo y ser oponibles al beneficiario de la resolución de inmatriculación.

I. *Dominio público o patrimonio estatal*

Este último puede ser objeto de una resolución de inmatriculación en provecho del Estado, pero no puede verse afectado por una resolución de inmatriculación en beneficio de un tercero. El dominio público subsistirá y no se verá redimido incluso si se ha inmatriculado dicho dominio en provecho de un tercero solicitante, que por ello éste no pasará a ser propietario del mismo, lo que se debe al carácter inalienable, inembargable y sobre todo imprescriptible del dominio público o patrimonio estatal.

II. *Los «houbous» (inmovilizado piadoso)*

Lo mismo ocurre con los «houbous» con arreglo a las mismas características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de dichas fincas, por lo que aunque se inmatriculara a nombre de un tercero una finca «houbou» con carácter extraordinario, éste no sería propietario de dicha finca.

III. *Derechos privativos de agua*

El efecto de redención y el carácter definitivo y inalienable del título registral tampoco actúan a favor del propietario de un terreno o solar que se acoja a una resolución de inmatriculación que le haya reconocido simultáneamente la propiedad de un río. Dicha resolución de inmatriculación de derechos privativos de agua no es oponible al ministerio nacional de infraestructuras.

Es que, efectivamente, en Marruecos el agua pertenece al dominio público inalienable, inembargable e imprescriptible.

IV. *Derechos mineros*

Se trata de licencias de investigación, explotación o concesión minera. El código minero marroquí los ha clasificado dentro de la categoría de fincas y sometido al régimen de fincas inmatriculadas.

Tras la asignación de uno de los derechos mineros por el Ministerio de Minas a un tercero, el registrador de la propiedad formaliza a nombre de dicho tercero un título registral especial denominado título minero, el cual no surte ningún efecto de redención y no tiene ningún carácter definitivo y no impugnabile respecto del Ministerio de Minas, que es el auténtico propietario de la mina que es objeto de la licencia de investigación o explotación o concesión por su parte a favor del antedicho tercero.

PÁRRAFO II. TRAYECTORIA DE LOS DERECHOS VULNERADOS TRAS UN PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN

Se ha hablado de las víctimas de los reglamentos de la inmatriculación denunciando los excesos de la autoridad absoluta de la inmatriculación tras las resoluciones de inmatriculación arbitrarias o tomadas por error o dolo por el registrador.

Si los títulos registrales no pueden impugnarse y si ningún recurso puede ejercerse para modificar la resolución de inmatriculación, la víctima de dicha resolución tendrá, no obstante, la posibilidad de obtener en ciertas condiciones una reparación económica de sus derechos vulnerados por dicha resolución de inmatriculación. Según los casos, dicha víctima podrá obtener la devolución del precio de comprar, con o sin daños y perjuicios, y obtener reparación según el recurso previsto por el artículo 64 del dahir (decreto) de inmatriculación.

A) DEVOLUCIÓN DEL PRECIO DE COMPRA CON O SIN DAÑOS Y PERJUICIOS

I. Si el adquirente tenía conocimiento de la inmatriculación y no se opuso en tiempo hábil presentando su escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad, la resolución de inmatriculación que recaiga en beneficio del solicitante vendedor conferirá el derecho a dicho adquirente negligente, a la devolución del precio de compra y sus gastos de escritura.

II. Sin embargo, si el adquirente ignoraba la existencia de la solicitud de inmatriculación efectuada por el vendedor tendrá además derecho, aparte de la devolución del precio de compra y sus gastos de escritura del contrato de compra, a daños y perjuicios. Pero se trata de un caso meramente teórico debido a la mucha publicidad que envuelve y acompaña cualquier procedimiento de inmatriculación.

B) REPARTO O DISTRIBUCIÓN CON ARREGLO AL RECURSO DEL ARTÍCULO 64 DEL DAHIR (DECRETO) DE INMATRICULACIÓN

Tras haber dispuesto que no podía ejercerse ningún recurso sobre la finca por un derecho vulnerado, como consecuencia de la inmatriculación de la misma, en el artículo 64 del dahir (decreto) de inmatriculación registral se añade que *«los interesados podrán, pero sólo en caso de dolo, ejercer una acción personal de daños y perjuicios contra el autor del dolo, y en caso de insolvencia de éste la indemnización se pagará de los fondos de seguro instituido por el presente dahir (decreto), todo ello en aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios»*.

Dicho artículo 2 contempla dos tipos de indemnización:

I. *Recursos posibles contra el solicitante o sus cómplices*

a) En caso de dolo

Para que su demanda prospere, la víctima de una resolución de inmatriculación deberá, contra el beneficiario de la resolución, probar su derecho de propiedad o del derecho real al que se acoja la finca antes de su correspondiente inmatriculación, así como probar sus maniobras dolosas utilizadas por el beneficiario de la inmatriculación para obtener esta última a su nombre.

La jurisprudencia marroquí interpreta aquí muy ampliamente el concepto de dolo. Basta con la mala fe del solicitante, no siendo necesario, efectivamente, que el solicitante haya incurrido en *maniobras fraudulentas caracterizadas*.

- b) Recurso fundado en la teoría del enriquecimiento indebido previsto por los artículos 66 y siguientes del DOC

Reconocen dicha posibilidad a las víctimas de resoluciones de inmatriculación varias sentencias del Tribunal de Casación francés. La acción extraída del concepto de enriquecimiento indebido tiene efectivamente en nuestro país un carácter general muy extendido.

II. *Recurso contra el registrador y en su caso el Estado*

Se trata de la posibilidad que da a las víctimas de inmatriculación el apartado final del artículo 64. Dicha acción se fundamenta en los artículos 79 y 80 del DOC, que regulan la responsabilidad civil del Estado y de sus funcionarios de los que el registrador es parte integrante.

En todos estos casos, en el supuesto de insolvencia del beneficiario de la resolución de inmatriculación o del registrador, y en caso de condena del Estado se pagará la indemnización a la víctima tras haberse sacado la misma de un fondo de seguro instituido por el artículo 100 del dahir (decreto) de inmatriculación.

SECCIÓN II. MODIFICACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FINCA INMATRICULADA

Una vez inmatriculada, la finca pasa a ser competencia de tribunales especiales que se han sustituido por Tribunales de Primera Instancia, así como de la competencia del dahir (decreto) hipotecario de 2 de junio de 1915.

PÁRRAFO I. MODIFICACIÓN DE COMPETENCIAS JUDICIALES

Efectivamente, tras su inmatriculación, la finca deja de ser competencia de la jurisdicción del «Chraâ» y del juez musulmán.

Actualmente la finca es de la competencia de los Tribunales de Primera Instancia, con posibilidad de recurso de apelación ante el tribunal de apelación y de recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El recurso de casación no es suspensivo, pero sí durante todo el procedimiento de inmatriculación.

PÁRRAFO II. MODIFICACIÓN DE LEGISLACIÓN APLICABLE

Tras su inmatriculación, la finca deja efectivamente de ser competencia del Derecho musulmán, siendo posteriormente regulado por el título II del

dahir (decreto) de 1913 de inmatriculación, por una parte, y por el dahir (decreto) de 2 de junio de 1915, por el que se instituye un Código Hipotecario en Marruecos, por otra parte.

En consecuencia, como dispone el artículo 64 del dahir (decreto) de 1913, la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, no puede llevar aparejada la adquisición de ningún derecho real sobre la finca inmatriculada contra un propietario inscrito ni la desaparición de ninguno de los derechos reales inscritos en el título registral.

CAPÍTULO II. INSCRIPCIONES PRACTICADAS EN LOS LIBROS REGISTRALES Y SU VALOR JURÍDICO

Una vez formalizado el título registral, la finca así inmatriculada queda personalizada con nombre y número, pudiendo ser objeto de todos los negocios jurídicos posibles e imaginables que deben ser inscritos en el título registral y el libro registral en plazos bien determinados para que surtan sus plenos efectos jurídicos.

SECCIÓN I. ACTOS Y HECHOS INSCRIBIBLES Y PLAZOS DE INSCRIPCIÓN

PÁRRAFO I. ACTOS Y HECHOS INSCRIBIBLES Y PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN

A) DEFINICIÓN DE LOS ACTOS Y HECHOS INSCRIBIBLES

Los diversos actos y hechos inscribibles en los libros de los títulos registrales los contempla solamente y en principio el artículo 65 del dahir (decreto) de 1913. Este artículo constituye el texto básico, pero también pueden practicarse otras inscripciones no previstas por dicho artículo.

De esta forma el apartado 5 del artículo 69 contempla la inscripción de las cláusulas de rescisión o restricción del derecho de disponer.

Los artículos 80 a 82 contemplan la inscripción de los derechos resultantes de la apertura de una sucesión, por lo que aquí sólo se puede proceder mediante una relación de actos y hechos inscribibles antes de entrar a tratar el propio procedimiento de inscripción.

I. *De los actos voluntarios o judiciales inter vivos*

Contratos conmutativos o *mortis causa*, *sucesiones*, *legados*, etc..., que tengan por objeto constituir, declarar, transmitir, modificar o extinguir dere-

chos reales inmobiliarios, con si procede, las cláusulas, resoluciones o restricciones del derecho de disponer, así como disposiciones sucesorias de bienes inmuebles.

La relación de derechos reales inmobiliarios, de los que se trata, viene contemplada por el artículo 3 del dahir (decreto) hipotecario de 2 de junio de 1915, a la que hay que añadir los derechos mineros.

II. *Algunos derechos de crédito*

Como los arrendamientos de fincas superiores a tres años, los recibos de alquiler no vencidos superiores a un año, las cesiones de alquileres superiores a un año y los arrendamientos de derechos mineros, cualquiera que sea la duración de los mismos.

III. *Algunas resoluciones judiciales que no sean documentos extrajudiciales*

Se trata de embargos preventivos o ejecutivos de fincas, diligencias de cancelación de embargo o hipoteca, etc... Todas estas resoluciones son competencia de la decisión del presidente del Tribunal de Primera Instancia.

IV. *Menciones relativas al estado civil y al régimen matrimonial de las partes*

Esto sólo concierne a los extranjeros en Marruecos. Pueden inscribirse estos derechos en los libros y títulos registrales que en principio deben ser derechos puros y simples, pero que sean actuales. Según la jurisprudencia, los derechos sometidos a condición suspensiva no son inscribibles.

B) PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN EN LOS LIBROS REGISTRALES

La inscripción en los libros registrales se efectúa mediante datos sucintos, siendo fechada y firmada por el registrador con perjuicio de nulidad.

La inscripción se practica en el título registral de la finca afectada por el derecho en cuestión. Así una servidumbre, para que sea válida y oponible, debe inscribirse en el título registral del fundo sirviente.

El registrador lleva un libro de presentaciones donde se hacen constar, a medida que se van efectuando, las solicitudes de inscripciones y entregas de

documentos, y cumplimenta los trámites de las solicitudes. El orden de preferencia entre derechos establecidos en un mismo título se determina mediante orden cronológico de las inscripciones. Si las demandas relativas a una misma finca se presentan simultáneamente en el libro de inscripciones, se inscribirán los derechos. Si dichos derechos son exclusivos entre sí, el registrador se negará simplemente a inscribirlos.

PÁRRAFO II. LOS PLAZOS DE INSCRIPCIÓN EN LOS LIBROS Y TÍTULOS REGISTRALES

Cuando el documento o escritura sea perfecta y conforme a derecho, se le inscribirá sin dilación en el Registro de la Propiedad. No se requiere previa liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados por el documento o escritura.

Sin embargo, desde el Decreto-ley de 19 de diciembre de 1966, cuando el documento o escritura presentada esté sujeto obligatoriamente a liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados para su inscripción, el registrador dará traslado al recaudador de dicho impuesto competente *ratione loci* de un duplicado o de una fotocopia de dicho documento o escritura en el mes de su presentación.

Por otra parte, actualmente los registradores se niegan a inscribir todos los documentos o escrituras sujetas al impuesto sobre actos jurídicos documentados que no hayan sido objeto de liquidación de dicho impuesto.

Pero entonces, ¿qué se puede decir de los documentos o escrituras que no sean aún perfectos o conformes a derecho? Su inscripción acarrea ciertos problemas y dificultades como la cuestión de la anotación preventiva.

A) LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

I. *Definición*

Si el documento o escritura sigue sin ser perfecto y si el registrador no puede posteriormente admitir la inscripción, el interesado podrá solicitar, a efectos de la garantía provisional de su derecho, una anotación preventiva que se practicará en el título registral de la finca de la que se trate, con arreglo, ya sea al artículo 6 del dahir (decreto), de 1 de junio de 1915, por el que se fijan ciertas Disposiciones Transitorias, ya sea a los artículos 85 y 86 del dahir (decreto) de 1913 y al artículo 172 del Código Hipotecario de 2 de junio de 1915, que contemplan que la anotación preventiva *«es una diligencia practicada a título preventivo y condicional en el título registral en la que se anuncia un derecho que no puede aún inscribirse conforme a*

derecho; es una medida de inscripción para el futuro, una inscripción cautelar y condicional. En sí misma no tiene un valor propio, sólo vale lo que valga la inscripción posterior, una vez que el documento o escritura sea perfecto y conforme a derecho, no llevando aparejada, por dicho hecho, presunción alguna a favor de su autor».

II. *¿Cuáles son los derechos que pueden ser objeto de anotación preventiva?*

Según una sentencia del Tribunal de Casación francés de 2 de febrero de 1954, contrariamente al artículo 65, que contempla inscripciones definitivas, el artículo 85 no especifica nada sobre la naturaleza del derecho a conservar.

Según dicha sentencia: *«pueden ser objeto de anotación preventiva todos los documentos litigiosos, del tipo que sean, de los que puedan derivarse directa o indirectamente derechos inscribibles definitivos posteriores, tanto si se trata de derechos reales o incluso de futuros derechos de crédito».*

III. *Diferentes casos de anotación previa*

Puede practicarse según tres procedimientos, surtiendo los mismos efectos en los tres casos, siendo sólo la duración de su validez distinta de un caso al otro.

a) *Anotación previa practicada a tenor de un título*

(Art. 6 del dahir [decreto] de 1 de junio de 1915). En este caso, el registrador admite la anotación previa a tenor de un título cuya no-conformidad a derecho de orden mínimo impide la inscripción. Por ejemplo, estado civil incompleto, etc...

El interesado podrá solicitar una anotación previa sobre la vida del título hasta que éste sea perfecto, presentando con el documento en cuestión el duplicado del título registral. Dicha anotación previa será válida durante un período determinado de diez días, y en caso de que tras el vencimiento del cual el interesado no consiga regularizar su situación, el registrador cancelará aquella de oficio.

b) Anotación preventiva practicada a tenor de un decreto del presidente del Tribunal de Primera Instancia resolviendo mediante diligencias de urgencia

Existen tres casos de anotación previa que pueden practicarse en diligencias de urgencia. En todos estos casos el presidente del Tribunal de Primera Instancia ordena al registrador que proceda a la anotación preventiva si se trata de:

- De la anotación preventiva practicada con arreglo al artículo 86 del dahir (decreto) de 1913 de inmatriculación.

La misma tiene por objeto la conservación de un derecho que no ha podido inscribirse (como por ejemplo: documento que no puede completarse en un plazo de diez días y requiere un plazo más largo). Dicha anotación preventiva tiene una duración de seis meses a partir de su inscripción por el registrador en el libro registral y se cancelará de oficio en caso de no-conformidad a derecho del documento.

- La anotación preventiva practicada con arreglo al artículo 172 del dahir (decreto) de 2 de junio de 1915.

Dicho artículo regula las hipotecas legales y forzosas. En todos estos casos, el presidente del tribunal está habilitado para prescribir cualquier anotación preventiva que proceda en caso de urgencia.

Esta anotación preventiva surtirá sus efectos hasta que se termine el expediente mediante sentencia firme prescribiendo la hipoteca.

- La anotación preventiva en materia de expropiación por causa de utilidad pública.

En este caso, el beneficiario de la expropiación puede solicitar al presidente del Tribunal de Primera Instancia, cuando la finca expropiada esté inmatriculada, una anotación preventiva sobre la finca, que surtirá efecto hasta que se termine el procedimiento de expropiación mediante sentencia firme, decidiendo la transmisión de la propiedad de la finca en cuestión al beneficiario de la expropiación.

c) Anotación preventiva practicada a tenor de una instancia de iniciación de juicio prevista por el artículo 85 del dahir (decreto) de 1915, de inmatriculación

Se trata del procedimiento más simple y la más utilizada en la práctica. Aquél que interpone una acción judicial para que se le reconozca un derecho

inscribible en el libro registral podrá obtener una anotación preventiva destinada a amparar y proteger este posible derecho.

El registrador practica la anotación preventiva simplemente a la vista de un duplicado de la instancia de iniciación de juicio, certificada por el secretario judicial del tribunal tendente al reconocimiento de dicho derecho.

La presentación del duplicado no es necesaria en este caso. Dicha anotación preventiva conserva sus efectos mientras dure la instancia hasta la resolución definitiva, es decir, hasta que recaiga una sentencia de primera instancia no recurrida en apelación o de una sentencia del tribunal de apelación.

En todos los casos de anotación preventiva cuando se reconoce el derecho el registrador cancela la misma. Se inscribe definitivamente el derecho en el título registral con efecto retroactivo el día de la anotación preventiva.

d) Cancelación de la anotación preventiva

En caso de que se haga constar una anotación preventiva, cualquier interesado podrá solicitar la cancelación al presidente del Tribunal de Primera Instancia resolviendo mediante diligencias de urgencia. La jurisprudencia estima que en efecto urge cancelar una anotación preventiva que obstaculice seriamente la libre circulación de la finca por parte de su propietario.

B) PLAZOS LEGALES DE INSCRIPCIÓN

En principio la ley no ha previsto ningún plazo y no ha prescrito ningún plazo de rigor a los beneficiarios de derechos inscribibles para proceder a dicho trámite, ya que pueden hacerlo cuando les parezca, aunque en ciertos casos se haya prescrito un plazo legal para proceder a la inscripción:

I. Existe un claro interés jurídico en que el beneficiario de un documento lo inscriba lo más rápidamente posible en los libros registrales, con objeto de la conservación y protección de los derechos resultantes del mismo, por un parte, y para la correspondiente asignación de rango, ya que el rango de las inscripciones en los libros registrales es muy importante en materia de fincas inmatriculadas.

II. Luego existe un interés tributario para proceder a la inscripción de los documentos en los plazos prescritos por los reglamentos de los impuestos de timbre y actos jurídicos documentados para que dichos tributos no vayan aumentando con el paso del tiempo.

III. También existe un interés práctico a proceder a la inscripción del documento para que no se produzca una inscripción practicada por un tercero con anterioridad.

IV. Por último, existe en ciertos casos una obligación de proceder a la inscripción en los libros registrales en cierto plazo o antes de la realización de un evento, ya sea con perjuicio de preclusión, ya sea con perjuicio de nulidad de la inscripción que se practique posteriormente.

SECCIÓN II. VALOR JURÍDICO DE LAS INSCRIPCIONES EN LOS LIBROS REGISTRALES

Todas las inscripciones practicadas en los libros registrales producen un efecto denominado *efecto legal de las inscripciones*. Dichas inscripciones tienen además cierta forma probatoria.

PÁRRAFO I. EFECTO LEGAL DE LAS INSCRIPCIONES EN LOS LIBROS REGISTRALES

El efecto legal de las inscripciones tiene principios y excepciones.

A) PRINCIPIOS

I. Los derechos reales sólo existen respecto a todos por el mero hecho de su inscripción en el libro registral.

Por lo tanto, únicamente la inscripción establece y constituye el derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real entre las partes y respecto a terceros.

II. El efecto legal de una inscripción sólo podrá modificarse por otra inscripción practicada posteriormente.

B) EXCEPCIONES

Se trata de casos en los que el efecto de los actos y contratos surte no obstante e independientemente de toda inscripción en los libros registrales:

I. En relación con la oficina liquidadora para la recaudación de impuestos de transmisiones patrimoniales. En efecto, dichos impuestos los recauda la oficina liquidadora, independientemente de que se haya inscrito el documento en el Registro de la Propiedad.

II. En cuanto al *derecho de crédito* como el arrendamiento de una finca superior a tres meses, los recibos de alquiler no vencidos superiores a un año, las cesiones de alquileres no vencidos superiores a un año. Todos estos derechos surten sus efectos entre las partes, independientemente de su inscripción en los libros registrales (art. 65 del dahir [decreto] de inmatriculación).

III. En cuanto a los derechos *privativos de agua*, dichos derechos inscribibles en libros registrales no quedan sometidos al efecto legal de las inscripciones. Estos derechos existen aunque no se inscriban en los libros registrales [art. 19 bis del dahir (decreto) de 1 de octubre de 1925, que regula los derechos de agua en Marruecos].

IV. En cuanto a las *servidumbres* éstas derivan de la situación de la finca o de las disposiciones legales, viéndose exentas de inscripción y surtiendo sus efectos incluso a falta de datos indicados en el libro registral [art. 109 del dahir (decreto) de 2 de junio de 1915].

V. En cuanto a la *transmisión de las fincas por mortis causa*.

Paul DECROUX cree que la inscripción en los libros registrales no tiene el mismo efecto constitutivo legal cuando se trata de transmisión de carácter sucesorio.

Este señor opina sobre el artículo 18 del dahir (decreto) por el que se instituye un código de vecindad civil de los extranjeros y de los franceses en Marruecos y cree que la transmisión hereditaria y la manera en que ésta se produce y se realiza sólo la regula la legislación nacional del causante.

Añade que el artículo 65 del dahir (decreto) de 1913, de inmatriculación, sólo contempla los hechos y convenciones o pactos *inter vivos*, por otra parte.

Por último, dicho señor sostiene desde el día del fallecimiento del causante hasta el día de la inscripción de su escritura de sucesión en el Registro de la Propiedad, los herederos del causante, en calidad de legatarios universales del mismo, pasan a ser propietarios de la finca en dicha calidad, independientemente de toda inscripción en el título registral.

PÁRRAFO II. LA FUERZA PROBATORIA DE LAS INSCRIPCIONES EN LOS LIBROS REGISTRALES

Por fuerza probatoria debe entenderse el valor de las inscripciones como modo de prueba, tanto en lo relativo a los derechos y hechos a probar como en cuanto a las personas respecto de las cuales pueden alegarse e impugnarse las inscripciones, por lo que existe una doble distinción a efectuar en lo que concierne a dicha fuerza probatoria.

A) FUERZA PROBATORIA DE LAS INSCRIPCIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS REALES

I. *Entre las partes del acto o contrato*

Entre las partes del contrato tendiente a la cesión o traspaso, a la modificación o distinción de un derecho real (art. 128 del DOC) y respecto de sus

causahabientes a título universal y a falta de terceros inscritos, la inscripción del derecho real beneficia de una mera presunción de existencia y validez, presunción que aunque sea legal es impugnabile mediante la prueba contraria.

II. *Respecto a terceros*

Se puede distinguir entre terceros de buena fe y terceros de mala fe.

a) En cuanto a los terceros de buena fe

Las inscripciones se presumen exactas y dicha presunción tiene un carácter absoluto e irrefragable con arreglo al artículo 66 del dahir (decreto) de inmatriculación.

Los terceros de buena fe son aquellos que han adquirido mediante inscripción posterior en su beneficio, un derecho real sobre la finca y que lo ignoraban hasta el momento de la inscripción de su acto o contrato.

En cuanto a los vicios, las irregularidades del título del propietario o de la persona con la que hayan tratado, a efectos de dichos terceros, la inscripción anterior es fehaciente y refleja la realidad, no pudiendo proponerse la anulación de dicha inscripción.

b) En cuanto a los terceros de mala fe

Sin embargo está claro que la fuerza probatoria de las inscripciones no actúa nulamente, pero pese a todo debe probarse dicha mala fe en juicio.

B) LA FUERZA PROBATORIA DE LAS INSCRIPCIONES RELATIVAS AL ESTADO Y A LA CAPACIDAD DE LOS TITULARES DE DERECHOS REALES

La jurisprudencia ha aplicado a la letra el efecto de la fuerza probatoria de las inscripciones relativas al estado civil y entre otras cosas a la capacidad de los titulares de los derechos reales inscritos en el libro registral, ya que ningún texto legal obliga al registrador a hacer constar en el libro registral la edad y estado civil del titular del derecho real.

La jurisprudencia estima que cualquier persona inscrita en un libro registral se considera mayor de edad y capaz, siendo dicha presunción absoluta e irrefragable, especialmente respecto a terceros de buena fe.

CONCLUSIÓN

Como casi cien años han transcurrido desde que se promulgara el dahir (decreto) de inmatriculación registral, y todo parece concordar para decir que la intención del protectorado francés de Marruecos era doble al instituir dicho nuevo régimen hipotecario:

- Por una parte, deseaba proteger los intereses de los colonos franceses que se beneficiaron de tierras agrícolas marroquíes y permitirles una explotación pacífica.
- Por otra parte, deseaba experimentar en Marruecos una imitación del régimen del «Torrent act», régimen que apreciaban mucho los juristas y que se suponía más moderno y seguro que el que estaba vigente en la Francia continental.

Tras la independencia y cincuenta años aproximadamente tras la entrada en vigor del dahir (decreto), las autoridades marroquíes pusieron fin a la ocupación de las tierras de colonización y ordenaron la recuperación de las tierras usurpadas amparando los derechos de los titulares de las explotaciones que tenían pruebas irrefutables de adquisición conforme a derecho.

¿Pero qué decir del régimen de inmatriculación registral instaurada por el dahir (decreto) de 1913 cuya entrada en vigor se produjo hace 93 años?

Hablar de fracaso sería hipocresía.

A decir verdad, la aplicación del régimen de inmatriculación registral ha propiciado muchas víctimas. Algunos terratenientes fueron vulnerados durante los procedimientos de inmatriculación, viéndose desposeídos de sus bienes total o parcialmente por no haber cumplido los plazos de impugnación o fueron víctimas de los defectos del régimen tradicional en el que la transmisión de la propiedad no se efectuaba exclusivamente por escrito.

Al considerar el dahir (decreto) el impugnante como solicitante la carga de la prueba le incumbía. La evicción del impugnante, aunque fuera el real propietario, era la consecuencia de la inexistencia o insuficiencia de pruebas en cuanto a su condición de propietario.

Algunos aparceros tuvieron la cara de solicitar la inmatriculación de las tierras que explotaban a nombre de sus jefes y consiguieron obtener un título registral a su nombre. A dichos jefes, que confiaban demasiado y no tenían ni la prueba de sus derechos ni la prueba de las relaciones que les vinculaban a sus aparceros, se les desestimaron sus impugnaciones. A los tribunales sólo les quedaba la opción de resolver con arreglo a la «moulkia» que los aparceros establecieron a su nombre con el testimonio de falsos testigos.

Los marroquíes son actualmente conscientes del valor del título registral. Un bien inmatriculado cuesta hasta tres veces más del precio de un bien de la misma calidad pero sin inmatricular.

Esto debido desde luego a las garantías administrativas y judiciales a las que se acoge el propietario de un bien inmatriculado.

Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia marroquí, basándose en las disposiciones del artículo 65, consideró al juez de diligencias de urgencia competente para ordenar la inmediata expulsión de todo ocupante de un bien inmatriculado que no pueda acreditar la inscripción de un derecho sobre el título registral o la autorización del propietario inscrito.

A efectos de los bienes sometidos al régimen tradicional es utópico cualquier procedimiento similar de urgencia.

Cualquier procedimiento relativo a un bien inmatriculado es fácil, tanto para el abogado defensor del propietario inscrito como para el juez que tenga que resolver.

La administración marroquí no deja de animar a los propietarios a que inmatriculen sus bienes.

Desgraciadamente los gastos de inmatriculación siguen siendo exorbitantes y fuera del alcance de muchos propietarios.

Por otra parte, la lentitud que sufre el procedimiento de inmatriculación en el que no se haya formulado impugnación alguna es de entre dos a cuatro años, sino es más.

Pero cuando se formulan impugnaciones la inmatriculación, independientemente de los diferentes procedimientos, puede durar en casos límite entre veinte y treinta años y a menudo debido a impugnaciones abusivas formuladas con un talante reivindicativo para vengarse del solicitante o para tratar de extorsionar una cantidad de dinero o cualquier ventaja contra una cancelación.

La mayoría de propietarios de bienes sin inmatricular y que desean vender su bien prefieren cederlo a precio bajo que arriesgarse a suscitar impugnaciones de este tipo.

La administración marroquí ha procedido en algunas regiones a la concentración de tierra y a la inmatriculación colectiva. En este caso los diferentes propietarios se ven obligados a jugar limpio y a formular sólo impugnaciones justificadas.

En definitiva, pese a las ventajas de la inmatriculación registral, las fincas cubiertas por dicho régimen sólo representan de hecho una muy escasa parte de las tierras del reino.

Para fomentar el desarrollo de dicho régimen ventajoso se deben cumplir los siguientes requisitos:

Entre otros:

- Y antes de todo decidir la gratuidad total del procedimiento de inmatriculación.
- Dotar a la administración del Registro de la Propiedad de los recursos humanos y materiales necesarios para el cumplimiento de la misión que se le asigna.

- Reducir al máximo la duración del procedimiento administrativo y judicial.
- Sancionar muy gravemente las impugnaciones abusivas.
- Confirmar la nueva jurisprudencia que ha colocado al fin al solicitante y al impugnante al mismo nivel de igualdad en vez de considerar el impugnante como demandante y el solicitante como demandado y eximir al primero de que sea el único que soporte la carga de la prueba.

RESUMEN

INMATRICULACIÓN MARRUECOS

El sistema registral en Marruecos, a pesar de lo que pudiera pensarse por razón del período colonial, no está basado en el Derecho francés, sino que es un sistema propio, cercano al «acta Torrens» de Australia, pero con unas circunstancias muy distintas, ya que las tierras marroquíes no son en absoluto terra nullius. En consecuencia, el Reino de Marruecos está realizando un esfuerzo muy importante en la inmatriculación ex novo de las fincas. La explicación de cómo se lleva a cabo este proceso de inmatriculación de fincas, dentro del sistema hipotecario marroquí, es el objeto de este trabajo.

ABSTRACT

FIRST REGISTRATION MOROCCO

Despite what the colonial period might lead one to think, Morocco's registration system is not based on French law, but is an original system close to Australia's Torrens Bill but with a number of very different circumstances, since Moroccan land is nothing like a terra nullius. Accordingly, the Kingdom of Morocco is making a terrific effort in the ex novo registration of properties. The explanation of how this first registration process is being carried out under the Moroccan mortgage system is the subject of this paper.

(Trabajo recibido el 16-09-06 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

Líneas generales del Derecho Registral portugués

por

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO
Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de Derecho Civil

SUMARIO

1. TÍTULOS QUE ACCEDEN AL REGISTRO:
 - a) LA REGLA GENERAL: ESCRITURA PÚBLICA.
 - b) SUPUESTOS EXCEPCIONALES.
2. LA CALIFICACIÓN.
3. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN:
 - a) LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS AL MARGEN DEL REGISTRO.
 - b) LA OponIBILIDAD DE LOS DERECHOS INSCRITOS:
 1. *El concepto de terceros.*
 2. *La oponibilidad y el efecto automático del Registro.*
 3. *La buena fe del tercero.*
 - c) LA FE PÚBLICA REGISTRAL:
 1. *El artículo 291 del Código Civil y el artículo 17.2 CRP.*
 2. *Propuestas exegéticas para la superación de las diferencias: el plazo de tres años y la buena fe del tercero.*
 3. *Valoración.*

El Derecho Registral portugués, originariamente entroncado en los planteamientos franceses, se ha ido desmarcando paulatinamente, sin embargo, de esta concepción en una evolución que lo aproxima al modelo español de Registro de la Propiedad a través de la progresiva introducción de reformas que no han llegado a cristalizar, con todo, en la identidad con nuestro modelo registral. Los avances en este acercamiento se han acometido principalmente

a través de la implantación de los principios de tracto sucesivo y de legitimación, así como el cada vez mayor alcance de la calificación del conservador, pero no existe todavía un claro reconocimiento del principio de fe pública registral en toda su dimensión, motivo en la actualidad de un amplio debate doctrinal que sucintamente expondremos en el presente estudio.

Sin embargo antes de proceder al análisis del sistema registral portugués, y con el fin de delimitar esta materia desde un punto de vista legislativo, precisaremos las normas que fundamentalmente inciden en este ámbito. Concretamente, la vigente regulación del sistema registral portugués viene configurada de manera esencial a partir de lo dispuesto en el Código del Registro Predial (CRP), aprobado por el Decreto-ley número 224/84, de 6 de julio, vuelto a publicar mediante el Decreto-ley número 533/99, de 11 de diciembre, y ampliado por el Decreto-ley número 237/2001, de 13 de octubre, si bien se complementa con otras disposiciones contenidas fundamentalmente en el Código de Procedimiento Civil de 1995 (parcialmente modificado, entre otros, por los Decretos-Ley número 180/1996, de 25 de septiembre, y 38/2003, de 8 de marzo), el Código Civil de 1966 (Código Civil) y en el Código del Notariado, aprobado por el Decreto-ley número 207/95, de 14 de agosto.

A través del contenido de las indicadas disposiciones, exponemos seguidamente los caracteres básicos del modelo registral que actualmente rige en Portugal a partir de un sencillo esquema estructurado a través de tres puntos fundamentales: los títulos que pueden tener acceso al Registro, el alcance de la actividad calificadora del Conservador y, finalmente, los efectos de la inscripción. Mediante la referencia a estas tres cuestiones trataremos de esbozar las líneas maestras sobre las que se asienta el Derecho Registral portugués.

1. TÍTULOS QUE ACCEDEN AL REGISTRO

Los actos a través de los cuales los particulares crean, transmiten, modifican o extinguen derechos reales deben ajustarse en el Derecho portugués a determinadas exigencias formales para poder acceder al Registro Predial. Pero con carácter general observamos que la formalización de los actos en el modo determinado en la ley no sólo es condición necesaria para practicar la inscripción, sino que también es una exigencia requerida para la validez sustantiva del acto. De este modo, si el acto no reviste la forma legalmente establecida, no sólo no se podrá inscribir en el Registro, sino que carecerá de efectos jurídicos materiales, siendo nulo *ab initio*. Esta exigencia, genéricamente requerida en los planos sustantivo y registral, se concreta en la formalización del acto en escritura pública.

A su vez, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 408 del Código Civil (1), los contratos relativos a la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales son de naturaleza real. Aunque esta derivación de los efectos reales por la sola celebración del contrato será objeto de un análisis más detallado al referirnos a los efectos de la inscripción, hacemos notar ya que esta circunstancia, unida a la indicada trascendencia del elemento formal, se traduce en que solamente el contrato celebrado con observancia de las formalidades requeridas da lugar al nacimiento de los efectos, que no son sólo obligacionales, sino también reales.

No obstante, junto a la genérica exigencia de ciertas formalidades, existe una serie de supuestos que, relajando el grado de solemnidad, constituyen una excepción a la indicada regla general, tanto en el ámbito sustantivo como registral, prescindiéndose entonces de la necesidad de escritura pública. Al supuesto normal y a estos casos especiales no referiremos a continuación de manera particularizada.

a) LA REGLA GENERAL: ESCRITURA PÚBLICA

Tanto la regulación de derecho sustantivo como las normas de carácter adjetivo o procedimental contienen referencias a la genérica necesidad de escritura pública en este ámbito. Indicaremos, seguidamente, las previsiones que en uno y otro ámbito se contienen al respecto.

En cuanto a las normas puramente sustantivas, se advierten varias alusiones concretas y lo que podemos considerar como una genérica remisión, de forma un tanto indirecta, a la exigencia de escritura pública para la validez intrínseca de los actos dispositivos sobre bienes. Son previsiones específicas en el sentido indicado en el artículo 875 del Código Civil, al exigir la escritura pública como requisito de validez de la compraventa de bienes inmuebles, y el artículo 947 del mismo Código, que contiene una previsión semejante respecto de la donación de inmuebles. También requiere la escritura pública el artículo 714 del Código Civil para la constitución y modificación de la hipoteca voluntaria.

Pero junto a estas disposiciones particulares, el artículo 939 del Código Civil extiende la aplicación de las normas sobre compraventa a otros contratos onerosos por los que se enajenen o graven los bienes en tanto sean conformes a su naturaleza y no estén en contradicción con las respectivas disposiciones legales. De esta remisión a las normas sobre compraventa, y

(1) Según el referido precepto, la constitución o transferencia de derechos reales sobre cosa determinada se produce por el mero efecto del contrato, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley.

entre ellas, al mencionado artículo 875 del Código Civil, se infiere la genérica exigencia de escritura pública a los referidos contratos.

En consonancia con estas previsiones, encontramos en el marco de la regulación adjetiva una genérica exigencia de escritura pública para la constitución, adquisición, modificación, división o extinción del derecho de propiedad y los derechos reales de goce sobre bienes inmuebles (usufructo, uso, habitación, superficie y servidumbres) en el artículo 80.1 del Código del Notariado. A continuación, y de manera específica, se relaciona en el apartado 2 del mismo artículo una serie de actos en los que la escritura pública se presenta como un requisito formal especialmente requerido. De entre ellos destacamos a los efectos que aquí interesan los siguientes:

1. Los actos relativos a prestaciones de alimentos que graven bienes inmuebles (art. 80.2.c).

2. Los actos referidos a la herencia o legado del que formen parte bienes inmuebles (art. 80.2.d).

3. Los actos de constitución, disolución y liquidación de sociedades comerciales, sociedades civiles con forma mercantil y sociedades civiles de las que formen parte bienes inmuebles, así como los actos de modificación de sus contratos sociales (art. 80.2.e).

4. Los actos de constitución, modificación y extinción de hipotecas, la cesión de éstas o de su rango en el Registro y la cesión o prenda de los créditos hipotecarios (art. 80.2.g).

5. La división y cesión de participaciones sociales en sociedades por cuotas y otras sociedades titulares de derechos reales sobre bienes inmuebles, con excepción de las anónimas (art. 80.2.h; según redacción del Decreto-ley 237/2001, de 30 de agosto).

6. El contrato-promesa de enajenación o gravamen de bienes inmuebles o muebles sujetos a inscripción o el pacto de preferencia respecto a bienes de la misma especie, cuando las partes les quieran atribuir eficacia real (art. 80.2.i) (2).

7. La división de la cosa común y la partición de patrimonios hereditarios, societarios u otros patrimonios comunes de los que sean parte bienes inmuebles (art. 80.2.j).

(2) Con relación al contrato-promesa debe precisarse, no obstante, que en el Código Civil portugués se contempla una dualidad de contratos de este tipo: el contrato-promesa con eficacia *inter partes*, regulado en el artículo 410, y el contrato-promesa dotado de eficacia real, contenido en el artículo 413 del referido Código. El primero no requiere escritura pública ni es susceptible de ser registrado, de forma lógica con sus limitados efectos subjetivos. El segundo, sin embargo, exige la escrituración que, a su vez, posibilita la inscripción registral del contrato-promesa. Es sólo a este último al que se refiere el artículo 80 número 2, i) del Código del Notariado.

Huelga decir que junto a la escritura pública, otros documentos públicos, como son las decisiones judiciales, se consideran también títulos registrables, incluso cuando se trate de acuerdos entre las partes homologados ante el juez.

b) SUPUESTOS EXCEPCIONALES

La genérica exigencia de escritura pública en orden a la inscripción —y como hemos visto, también a la propia validez sustantiva del acto— admite, como ya se ha dicho, ciertas excepciones. La primera de ellas la encontramos en el artículo 81 del Código del Notariado, que se remite, en cuanto a la formalización de determinados actos, a lo establecido en la legislación especial. De entre ellos interesa, al objeto de este estudio, la remisión que se hace al Decreto-ley 255/93, de 15 de julio, cuyo artículo 2 establece que los contratos de compraventa con préstamo, con o sin hipoteca, relativos a una finca urbana destinada a vivienda, o una parte autónoma de ésta con el mismo fin, pueden realizarse mediante documento privado con reconocimiento de las firmas, siguiendo el modelo establecido conjuntamente por los Ministros de Finanzas, Justicia y Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones. No obstante, para ello se exige que sea parte en el contrato una institución de crédito autorizada para conceder crédito a la vivienda (art. 1 del Decreto-ley). La misma forma se permite en el indicado artículo 2 para los contratos de préstamo con hipoteca en los que se titulen nuevos préstamos relativos a la misma finca o parte de ella celebrados por el propietario con la institución de crédito autorizada para conceder crédito a la vivienda. E igualmente, este documento privado es forma suficiente para la subrogación en los derechos y garantías del acreedor hipotecario cuando el crédito haya sido concedido para el mismo fin por otra institución de crédito autorizada para conceder crédito a la vivienda. Todos estos documentos privados son título ejecutivo, según dispone expresamente el artículo 2.4 del Decreto-ley, y de acuerdo con la indicada regla general de producción de los efectos reales por la sola celebración del contrato en la forma legalmente establecida y sin necesidad de inscripción registral, la transmisión de la propiedad opera por el propio contrato, si bien el artículo 3 del Decreto-ley precisa el carácter obligatorio —que no constitutivo— de la inscripción en el Registro. Con estas particulares medidas se persigue, según el preámbulo del Decreto-ley, facilitar el acceso a la vivienda mediante la simplificación del régimen de formalización de los contratos de compraventa de inmuebles destinados a vivienda con préstamo, con o sin hipoteca, en los que la entidad prestamista sea una institución de crédito autorizada para conceder crédito a la vivienda (3).

(3) En la misma línea, se facilita con el Decreto-ley la inscripción de la adquisición no sólo para estos supuestos, sino con carácter general, al modificar mediante su artículo 9 el

También se desmarcan de la regla general de formalización mediante escritura pública determinados supuestos contenidos en el Código del Registro Predial. En concreto, el artículo 47 permite practicar la inscripción provisional de adquisición de un derecho o constitución de hipoteca voluntaria antes de la celebración del contrato, mediante declaración del propietario o titular del derecho con firma reconocida por el declarante ante el encargado del registro o firmando la declaración en presencia de éste.

En otro plano, para la cancelación de las inscripciones provisionales de adquisición de un derecho y de constitución de una hipoteca voluntaria, así como para la cancelación de la inscripción provisional por dudas (4) basta, según el artículo 59 CRP, con la declaración del respectivo titular, cuya firma debe ser reconocida en presencia del funcionario de la conservaduría competente para la inscripción registral, salvo que se firme la declaración en presencia del mismo. Si hubiera inscripciones dependientes de éstas que se cancelan, será necesario también el consentimiento de sus titulares, que se prestará de idéntica manera.

Además de ello, el artículo 55 CRP determina para los contratos a favor de tercero a designar que la designación de éste se inscribe con base en el correspondiente instrumento de ratificación acompañado de la declaración del contratante originario de la que se derive que tal designación fue válidamente comunicada al otro contratante. Tal declaración debe ser reconocida presencialmente ante el encargado del Registro. Y si la designación del tercero no se llevara a cabo en los términos legales, se inscribirá tal circunstancia con base también en la declaración del contratante originario, reconocida en presencia del conservador.

Finalmente, la cancelación de hipoteca puede realizarse no sólo con base en un documento auténtico en el que conste el consentimiento del acreedor, sino también cuando el documento esté autenticado (art. 56 CRP), con lo que se permite que el documento privado acceda al Registro, si bien esto tendrá lugar tras la autenticación del mismo.

artículo 65 del Código del Registro Predial, en el sentido de permitir que la presentación del título pueda realizarse por correo. Con todo ello se trata de dar una respuesta adecuada a la celeridad de la vida moderna, tratando de conjugar el rigor y la seguridad jurídica de los actos realizados por los particulares con la necesidad de simplificar la formalización de los actos y los procedimientos administrativos. Estas previsiones se enmarcan, de este modo, en la línea tendente a la transformación y modernización de los Registros y del Notariado, potenciando su eficiencia y eficacia y mejorando la calidad de los servicios prestados.

(4) Según el artículo 70 del Código del Registro Predial, tal asiento es el que se practica cuando habiéndose solicitado la inscripción de un acto, exista algún motivo que no siendo fundamento suficiente para denegarla, obste a la inscripción del mismo. Frente a este tipo de asientos se encuentra la inscripción provisional por naturaleza, que se puede solicitar con relación a los actos que se enumeran extensamente en el artículo 92 del Código del Registro Predial, y que se refieren a derechos reales que aún no se encuentran perfectamente definidos por diversos motivos (vid. *infra*).

2. LA CALIFICACIÓN

Una vez que el título accede al Registro en la forma anteriormente expuesta para cada caso, deberá el conservador desarrollar una tarea calificadora a fin de concluir la práctica de la inscripción solicitada o denegarla en los términos previstos en la ley.

Con relación a esta calificación, el artículo 68 CRP reconoce el principio de legalidad en los siguientes términos: corresponde al conservador apreciar la viabilidad de la petición de inscripción, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, los documentos presentados y las inscripciones anteriores, verificando especialmente la identidad del predio, la legitimación de los interesados, la regularidad formal de los títulos y la validez de los actos positivos en ellos contenidos.

Lo primero que hace el precepto es aludir al principio de rogación, concretado en el artículo 41 CRP, al establecer que salvo en los casos especialmente previstos en la ley, el Registro no actuará de oficio, sino a requerimiento de los interesados realizado en impresos según el modelo aprobado. Tal previsión justifica una breve referencia a los aspectos puramente formales relacionados con la solicitud de inscripción, cuya observancia será comprobada por el conservador. La solicitud debe realizarse según el formulario establecido al efecto, que puede adquirirse en el propio Registro o a través de Internet, y se presentará personalmente o enviándose por correo al Registro correspondiente. Para que la solicitud así presentada sea tramitada, es imprescindible que se encuentre firmada por el solicitante, cuya legitimación concretaremos posteriormente. Esta persona debe demostrar su identidad mediante presentación del documento acreditativo de la misma o a través del envío de una copia certificada de éste. No obstante, en el caso de abogados y asesores jurídicos, bastará con la referencia al número de su carné profesional, y tratándose de profesiones oficiales, como es el caso de los Notarios, la acreditación se realizará mediante su sello. Indicamos además de manera un tanto superficial, debido al posterior examen de estas cuestiones, la necesidad de que la solicitud contenga una designación de las fincas afectadas y los hechos inscribibles, acompañándose a la misma los documentos necesarios para acreditar los referidos hechos cuya inscripción se pretende.

Teniendo en cuenta, por tanto, que el conservador actuará en principio a petición de parte, una vez constatado que la solicitud se ajusta a las prescripciones formales que acabamos de referir, su actividad calificadora se desarrollará atendiendo a lo establecido en las leyes, los documentos que se presenten y las inscripciones anteriores, referencia esta última que alude implícitamente a la necesidad de respetar el principio de tracto sucesivo, reconocido en el artículo 34 CRP, como seguidamente expondremos.

En concreto, la calificación que realiza el conservador se extiende a los siguientes extremos:

1. *La identidad del predio.* De acuerdo con el artículo 24 CRP, existe en cada conservaduría un fichero real y otro personal, y entre las menciones obligatorias de los actos sujetos a inscripción exige el artículo 44 CRP el número de descripción del predio o las menciones necesarias para su descripción. Es necesario, en este sentido, que el área y el número catastral que figuran en el Registro se corresponda con los contenidos en el título o, en su caso, que se compruebe que a pesar de la divergencia, existe identidad sobre el objeto, es decir, que ambos se refieren a una misma finca.

2. *La legitimación de las partes.* Procede realizar en este punto un doble análisis referido a la legitimación para solicitar la inscripción y la legitimación del disponente vinculada a la idea de tracto sucesivo:

a) En cuanto a la primera cuestión, el artículo 36 CRP reconoce como legitimados para solicitar la inscripción a los sujetos activos o pasivos de la respectiva relación jurídica y en general a todas las personas que tengan un interés en ella. También se encuentra legitimado el representante con poder especial, que será no sólo aquél a quien en su caso se otorgue tal poder, sino también los abogados y asesores jurídicos.

A los supuestos de representación se refiere el artículo 39 CRP, indicando que el conservador deberá comprobar que el poder es bastante para solicitar la inscripción. A tal efecto, el citado precepto establece una serie de reglas; concretamente, la inscripción puede ser pedida por el mandatario con poder especial para este acto, y en principio se presume que tienen poder suficiente quienes tengan poderes de representación para intervenir en el respectivo título, y los abogados y asesores jurídicos. Estos últimos, al presentar la solicitud, normalmente se identifican mediante una copia del documento identificativo de su condición profesional o manifestando el número que tengan asignado a efectos de esta identificación.

Por lo que se refiere a los requisitos que debe cumplir el poder de representación para entenderse válido, deberá contener como menciones obligatorias la referencia al representante y al representado. Cuando sean personas naturales habrá de precisarse su nombre, estado civil, en caso de ser soltero la indicación de su mayoría de edad y si estuviera casado su régimen económico-matrimonial y el nombre del cónyuge, el lugar de nacimiento y de residencia habitual. Con frecuencia se admite para acreditar la identidad de las partes, la referencia al número de identificación fiscal o al documento nacional de identidad. En caso de personas jurídicas, debe contenerse en el poder su carácter mercantil, el nombre completo de la empresa, el número de identificación fiscal, el capital social, el Registro Mercantil correspondiente y el número, así como la denominación del órgano de representación y sus facultades.

Finalmente indicamos que la forma del poder será, salvo que la ley establezca otra cosa, la forma exigida para el concreto negocio jurídico al que tal poder se refiera. Así, tratándose de la adquisición, enajenación o gravamen de inmuebles, se requerirá el documento notarial.

Fuera de los casos indicados de representación, como supuestos merecedores de una mención particular en orden a la legitimación distinguimos básicamente tres. En primer lugar, los casos de adjudicación en el marco de un procedimiento de testamento de un derecho sujeto a inscripción a un incapacitado o ausente, donde será el Ministerio Público, en cuanto representante de los intereses públicos, el legitimado para realizar la petición. Al margen de estos supuestos, tratándose de una donación, es el donante quien se encuentra obligado a formular esta solicitud. Y por último, en cuanto a la legitimación para poder alterar los elementos de descripción, el Código es más exigente, y así, el artículo 38 sólo permite que tenga lugar por el propietario o con su intervención.

b) Junto a la constatación de la legitimación del peticionario para formular la solicitud de inscripción, ya se trate del sujeto activo o pasivo de la relación jurídica, la calificación de las partes del negocio alcanza de modo particular al disponente en un doble sentido, ya que el artículo 9.1 CRP exige para la escrituración de los actos de transmisión y constitución de gravámenes sobre inmuebles la inscripción a favor del disponente, y el artículo 34 CRP impone el respeto al principio de tracto sucesivo.

Con relación a la genérica exigencia del artículo 9.1 CRP, existen, no obstante, determinadas zonas en las que antiguamente no tenía vigencia la inscripción obligatoria, de tal manera que se podía transmitir sin ser el titular registral. Sin embargo, la situación se trata de uniformar a partir del 1 de octubre de 1984 y así, dispone el artículo 9.3 CRP, que la primera transmisión posterior a esta fecha podrá realizarse sin someterse a lo dispuesto en el artículo 9.1, siempre que se exhiba documento acreditativo o se haga la justificación simultánea del derecho del transmitente. El adquirente podrá adquirir su derecho pese a la falta de inscripción del anterior titular, pero como el artículo 9.3 es únicamente una excepción al artículo 9.1 y no al artículo 34 CRP, para inscribir su derecho será necesaria la previa inscripción del disponente. Por esta vía se va reduciendo el número de titulares no inscritos, aunque, atendida la situación precedente a 1 de octubre de 1984, existen aún titularidades no inscritas, por referirse a predios que desde la indicada fecha no se han transmitido.

Por lo que se refiere al principio de tracto sucesivo, según el artículo 34 CRP, la inscripción definitiva dependerá de que previamente se hayan inscrito los bienes a nombre de quien los transmite o grava. Aunque, como hemos indicado de manera reiterada, la transmisión de los derechos reales sobre bienes inmuebles tiene lugar al margen del Registro, siendo válida si el acto

cumple los requisitos de validez establecidos por el ordenamiento jurídico y el derecho transmitido se corresponde con el derecho preexistente del anterior titular (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*), para que pueda acceder al Registro es necesaria la previa inscripción del transmitente, manteniéndose así la continuidad entre la titularidad sustantiva y registral. La presunción de exactitud registral del artículo 7 CRP y los efectos derivados de la inscripción, que veremos posteriormente, se vinculan con la necesidad de respetar el tracto (5). Pero además, la inobservancia de este principio determinará la nulidad de la inscripción (art. 16.e CRP), salvo que se haya practicado como provisional por dudas (6), consistiendo precisamente tales dudas en el incumplimiento del principio de tracto sucesivo.

3. *La regularidad formal de los títulos.* El título debe revestir la forma requerida para poder tener acceso al Registro, que genéricamente es la escritura pública, aunque como hemos visto, se admiten ciertas excepciones. Además de ello, el título debe incluir las menciones obligatorias que se enumeran en el artículo 44 CRP:

- a) Identidad de los sujetos: nombre, estado civil, en su caso nombre del cónyuge y régimen económico-matrimonial, y lugar de residencia.
- b) Número de descripción de los predios o las menciones necesarias para su descripción. En relación con esta descripción, el notario debe comprobar y reflejar en la escritura el respeto a las eventuales limitaciones urbanísticas, medioambientales y de la Ley de Patrimonio Cultural, y el conservador examinará la constancia de estos extremos, de tal forma que omitiéndose la referencia a los mismos, rechazará la escritura para que se vuelva a otorgar correctamente.
- c) Indicación de la inscripción previa o del modo en que fue comprobada la urgencia por peligro de vida de los otorgantes, pues esta circunstancia exime de tal exigencia según el artículo 9.2.c) CRP.
- d) Si el predio está situado en una zona en la que no tenga vigencia la inscripción obligatoria, y cuando la inscripción se refiera al primer acto de transmisión posterior a 1 de octubre de 1984, la expresa advertencia a los interesados de las consecuencias de no inscribir los derechos adquiridos. Teniendo en cuenta el particular régimen transitorio de estos inmuebles, someramente apuntado, es posible, en virtud del artículo 9.3 CRP, y como excepción al apartado 1 del precepto, que en estos inmuebles los actos de disposición se realicen sin que el titular del derecho figure inscrito. En consecuencia, se

(5) En este sentido, VIDEIRA HENRIQUES, P., «Terceiros para efeitos do Artigo 5.º do Código do Registo Predial», en *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, 2003, pág. 399 y sigs.

(6) Sobre las inscripciones provisionales, vid. *infra*.

puede escriturar el acto pese a la falta de inscripción registral. Sin embargo, el artículo 9.3 no constituye una excepción al artículo 34, y de este modo debe respetarse el principio de tracto sucesivo, de tal forma que el adquirente sólo podrá inscribir su derecho si previamente se inscribe el derecho del disponente, sin que en otro caso quede protegido, porque no adquiriría del titular registral. Es en este marco en el que debe entenderse la alusión que hace el artículo 44 a la expresa advertencia a los interesados de las consecuencias de la falta de inscripción del derecho adquirido.

- e) La manifestación de voluntad de los interesados que no quieran inscribir, cuando así sea, en los casos de representación.
- f) La obligatoriedad del representante legal del incapaz o ausente en parte incierta, que intervenga en la partición extrajudicial de requerir la inscripción de los derechos sobre inmuebles adjudicados.

4. *La validez de los actos dispositivos contenidos en los títulos.* Según el artículo 16.a) y b) CRP, será nula la inscripción cuando sea falsa o se haya practicado con base en títulos falsos, y cuando se haya realizado a partir de títulos insuficientes para la prueba legal del hecho inscrito. Vinculado a esta revisión legal, el artículo 69 CRP incluye entre las causas de denegación de la inscripción que sea manifiesto que el hecho no está titulado en los documentos presentados y cuando sea manifiesta la nulidad del acto. Existen además otros casos, referidos siempre a la validez sustantiva y no meramente formal del acto dispositivo, y que pueden producirse cualquiera que sea el documento que sirva de base para la inscripción, a excepción del judicial.

Junto a todo ello, el conservador debe comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, sin que pueda en ningún caso inscribir definitivamente un acto sin la prueba de este extremo (art. 72 CRP).

Una vez examinado el respeto a la legalidad de todas las circunstancias aquí mencionadas, deberá procederse a la práctica de la inscripción en el plazo de quince días desde la presentación de la solicitud. Pero no siempre se practicará directamente una inscripción definitiva, sino que es posible que tenga lugar inicialmente una inscripción provisional que puede o bien convertirse posteriormente en definitiva, con la fecha de la provisional, o cancelarse por no ser posible finalmente la inscripción definitiva del derecho.

La inscripción provisional puede ser de dos tipos: por dudas o por naturaleza. En el primer caso falta algún requisito formal que impide practicar la inscripción definitiva en tanto éste no se cumpla; por ejemplo, la falta de la firma, del tracto sucesivo, que requiere la previa inscripción del titular anterior, o del régimen económico-matrimonial en el caso de una persona casada. La inscripción provisional por naturaleza tiene lugar en los supuestos tasados del artículo 92 CRP, que pueden agruparse en tres tipos diferentes de causas:

- a) El hecho que se pretende inscribir aún no existe y depende de un evento ulterior (7).
- b) Ineficacia subsanable del acto que se pretende inscribir (8).
- c) Falta la inscripción anterior, sin la cual no se puede practicar la inscripción que se solicita, o bien aquélla es provisional (9).

(7) Son los siguientes supuestos:

Artículo 92.1.a): las acciones referidas en el artículo 3. Se refiere a los supuestos en que se ha interpuesto una acción que tenga por fin principal o accesorio el reconocimiento, constitución, modificación o extinción de un derecho inscribible o la reforma, nulidad o anulación de una inscripción o su cancelación. En tanto la cuestión no se dilucide en sede judicial, no podrá practicarse la inscripción definitiva, sino únicamente de manera provisional.

Artículo 92.1.b): la constitución del régimen de propiedad horizontal, en tanto no se haya concluido la construcción del edificio.

Artículo 92.1.g): la inscripción de la adquisición, antes de la escrituración del contrato. Si se acuerda transmitir un derecho, éste no se adquirirá hasta que no se formalice el contrato en escritura pública; sin embargo, es posible que con anterioridad a este momento se practique una inscripción provisional del derecho, que se convertirá, en definitiva, cuando se haya cumplido con la referida exigencia formal.

Artículo 92.1.h): la adquisición en proceso judicial, antes de que se formalice el título de transmisión.

Artículo 92.1.i): la hipoteca voluntaria, antes de que se haya realizado el título constitutivo.

Artículo 92.1.j): la adquisición por partición hereditaria, antes de que se haya dictado sentencia.

Artículo 92.1.l): la hipoteca judicial, antes de que se haya dictado sentencia

Artículo 92.1.m): la hipoteca del artículo 701 del Código Civil, antes de que se haya dictado la sentencia estimatoria.

Artículo 92.1.o): embargo y otras medidas cautelares, antes del despacho judicial.

(8) Concretamente:

Artículo 92.1.e): negocio jurídico anulable por falta de consentimiento de tercero o de autorización judicial, en tanto no se haya sanado la anulabilidad ni haya caducado el derecho a anular el negocio. Es necesario que transcurra el plazo para impugnar el negocio, y sólo cuando se demuestre que en ese plazo no se ha intentado la impugnación, presentando para ello un documento judicial, se convertirá en definitiva.

Artículo 92.1.f): negocio jurídico celebrado por gestor o procurador sin poderes suficientes, antes de la ratificación.

(9) Se trata de los siguientes casos:

Artículo 92.1.c): hechos jurídicos relativos a fracciones independientes, antes de la inscripción definitiva de la constitución del régimen de propiedad horizontal. Según el artículo 92.1.b), la inscripción de este último es provisional hasta la conclusión del edificio, por tanto, una eventual venta sobre plano de alguno de los elementos independientes del edificio dará lugar también a una inscripción provisional del derecho del adquirente.

Artículo 92.1.d): el gravamen de casas de renta limitada, antes de la concesión de la licencia de habitación y de cualquier hecho jurídico a ellas referido, antes de la inscripción definitiva del gravamen.

Artículo 92.2.a): el embargo de un bien, si éste se encuentra inscrito a favor de una persona distinta del deudor. En este caso, se realiza una inscripción provisional del embargo y si en el plazo de diez días el titular registral no se opone a la inscripción, ésta se convierte en definitiva. En estos casos se suscitan importantes problemas derivados de la brevedad del plazo establecido, y que suele resultar claramente insuficiente en supues-

La inscripción provisional por dudas sólo se convertirá en definitiva una vez que se hayan removido las dudas que motivaron su práctica, mientras que la inscripción provisional por naturaleza será definitiva cuando se verifique el nuevo hecho que haga desaparecer la causa de la provisionalidad. En cualquier caso, la inscripción provisional caduca si en un plazo de seis meses no se convierte en definitiva, o si tratándose de la inscripción provisional por naturaleza, se produce la renovación del asiento antes de que tenga lugar la caducidad. Es posible además, en algunos casos de provisionalidad por naturaleza, el alargamiento del plazo general de seis meses.

3. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN

Según el artículo 1 CRP, el Registro cumple la función de otorgar publicidad a los derechos inherentes a las cosas inmuebles; es decir, no se limita a una mera publicidad de los títulos, sino que publica la titularidad de los derechos, una vez que se ha llevado a cabo la calificación de los primeros en los términos que acabamos de expresar. Esta publicidad se establece en atención a la protección de los terceros, pero también conlleva la tutela de los titulares de los derechos inscritos.

Con carácter previo al examen de los concretos efectos derivados de la inscripción en el Registro, conviene apuntar brevemente el alcance que se otorga a la publicidad registral. Concretamente, la información sobre los datos relativos a la finca se proporcionan a cualquier persona, mientras que la información referente a los datos personales sólo trasciende a las autoridades estatales y a la Administración, así como a otros empleados públicos en los procedimientos en que sea preciso su conocimiento y pueda garantizarse la seguridad de esta información, y a los jueces.

La legitimación para solicitar una certificación registral sobre una finca se reconoce con carácter general, distinguiéndose entre la mera transcripción y el extracto verificado en el Registro. Además de ello, pueden obtenerse in-

tos como aquél en que la persona ha fallecido y corresponda esta oposición a sus herederos, o haya cambiado de domicilio o por otras circunstancias.

Artículo 92.2.b): las inscripciones dependientes de una inscripción provisional o con la que sean incompatibles. Se alude aquí a dos tipos de supuestos: puede ocurrir o bien que la conversión en definitiva de la primera inscripción provisional, de la que depende la segunda inscripción provisional convierta también en definitiva a esta última, o bien que se trate de un supuesto de incompatibilidad de inscripciones, de modo que si la primera se convierte en definitiva la segunda se cancela y viceversa.

Artículo 92.2.c): las inscripciones que, en reclamación contra la reforma de los libros del Registro, se alega haber sido omitidas.

Artículo 92.2.d): las inscripciones efectuadas estando pendiente el recurso jerárquico o contencioso contra la denegación de la inscripción o durante el plazo para su interposición.

formaciones orales o escritas sobre el contenido del Registro, pero en cualquier caso, el conocimiento de los libros, fichas y documentos está reservado al personal de la oficina registral. La solicitud de información puede realizarse directamente en la oficina del Registro en cuya circunscripción se encuentre la finca o dirigirse a la misma por correo postal o electrónico.

Centrándonos ya en los efectos de la inscripción, articularemos el análisis de la cuestión a través de tres ideas esenciales: la genérica adquisición de los derechos con independencia de la inscripción, la oponibilidad de los derechos inscritos y el discutido alcance de la fe pública registral.

a) LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS AL MARGEN DEL REGISTRO

Como ya hemos tenido ocasión de anunciar, no se requiere en principio, para adquirir la condición de titular de un derecho real sobre un bien inmueble, su inscripción en el Registro Predial, a partir de lo dispuesto en el artículo 408 del Código Civil (10), ya mencionado, el cual sirve de base para fundamentar la naturaleza real de los contratos. Esta idea se reitera en el artículo 1.316 del Código Civil al establecer como uno de los modos de adquisición de la propiedad el contrato. Y también se contienen alusiones en esta misma línea con relación al usufructo (art. 1.440 del Código Civil), los derechos de uso y habitación (art. 1.485), el derecho de superficie (art. 1.528 del Código Civil) y las servidumbres (art. 1.547 del Código Civil).

Existen, sin embargo, excepciones a este enunciado. En concreto, el artículo 687 del Código Civil y el artículo 4.2 CRP exigen la inscripción para la constitución de las hipotecas. Al margen de estos supuestos, entiende MOUTEIRA GUERREIRO (11), que indirectamente podría predicarse una situación similar con relación al derecho de superficie sobre bienes de dominio público, ya que según el artículo 5 de la Ley de Suelos, sólo puede concederse su utilización mediante registro. Y asimismo, respecto de la propiedad horizontal, el artículo 62.1 del Código del Notariado exige la exhibición de documento que acredite la inscripción del título constitutivo para transmitir derechos reales o impugnar cargas sobre elementos privativos, con lo que si bien la ley no reconoce la inscripción del título para la constitución del régimen de propiedad horizontal, se hace precisa en la práctica porque se configura como presupuesto necesario para la transmisión. Es decir, se trata de casos en que no se exige explícitamente la inscripción para la constitución del derecho, pero atendida su regulación, resulta ineludible en la práctica la ins-

(10) Según este precepto, la constitución o transmisión de derechos reales produce sus efectos por el solo contrato.

(11) *La posesión, el registro y sus efectos*, Centro Internacional de Derecho Registral, 2004.

cripción para el normal desenvolvimiento del derecho en el tráfico jurídico, de ahí que lo denomine «eficacia constitutiva indirecta o refleja».

En realidad, en estos supuestos no se precisa la inscripción para la existencia del derecho, sino que más bien el registro es, como en la generalidad de los supuestos, condición de oponibilidad. Así, el artículo 5 de la Ley de Suelos sólo permite la concesión a particulares de la utilización de bienes de dominio público mediante la atribución de un derecho de superficie, pero no condiciona el nacimiento de este derecho a su inscripción, por lo que se viene entendiendo que éste nace fuera del registro y que la posterior inscripción es únicamente condición de oponibilidad.

Por lo que se refiere al artículo 62.1 del Código del Notariado, la constitución del régimen de propiedad horizontal se produce con la celebración de un negocio jurídico unilateral que conste en escritura pública. Cosa distinta es que el dueño del edificio, sujeto ya a tal régimen, quiera enajenar o gravar alguno de los elementos privativos. Entonces tendrá que inscribir la propiedad horizontal, porque en el registro el edificio continúa inscrito como objeto de una propiedad individual única y en consecuencia, no es susceptible de ser objeto de varios derechos de propiedad simultáneos sobre diferentes partes del mismo. Una vez que se haya inscrito la división en régimen de propiedad horizontal, el edificio será susceptible, desde un punto de vista registral, de ser objeto de varios derechos de propiedad distintos, por lo que sólo entonces el propietario podrá enajenar o gravar de manera independiente alguno de sus elementos privativos.

En definitiva, como ya hemos apuntado, en el Derecho portugués la transmisión de la propiedad se produce en el momento de escrituración notarial del contrato, que junto a este efecto real comporta la obligación para el transmitente de entregar la cosa y el pago del precio para el adquirente. No se distingue, por tanto, entre el acto de disposición y la tradición real; la compraventa de inmuebles sólo es válida si se documenta en escritura pública, la cual, a su vez, provoca el efecto real de cambio de la titularidad dominical sin necesidad de *traditio* materializada a través de la inscripción registral u otro requisito ulterior a la celebración del contrato en documento auténtico.

Pero aunque con carácter general, y con el único caso excepcional de la hipoteca, no es necesaria la inscripción para adquirir el derecho, la importancia de ésta se refuerza a partir de lo dispuesto en el artículo 9 CRP. Conforme al referido precepto, es necesario para otorgar el título en el que se recoge la transmisión de derechos o constitución de gravámenes sobre inmuebles que los bienes se encuentren definitivamente inscritos a favor del otorgante, aunque se admiten ciertas excepciones tasadas (12). De este modo, se concreta

(12) Tales excepciones son, según el artículo 9.2 del Código del Registro Predial, la expropiación, venta ejecutiva, los actos de afección de bienes en un proceso de insolvencia

la obligatoriedad de la inscripción, si bien no tiene carácter constitutivo, al nacer los derechos reales al margen del Registro y en virtud únicamente de la celebración de un contrato cumpliendo las solemnidades legalmente requeridas —genéricamente la escrituración del acto.

No obstante lo dispuesto en el artículo 9, y en consonancia con los indicados efectos reales del contrato, el artículo 4 CRP determina la eficacia *inter partes* de los actos sujetos a inscripción aún cuando no se hayan inscrito, con la excepción de la hipoteca, en consonancia con el carácter constitutivo de su inscripción. En consecuencia, sería perfectamente válida la transmisión o constitución de un derecho real sobre un bien inmueble que no fuera seguida de la inscripción, provocando entonces una discrepancia entre la realidad registral y la realidad extrarregistral. Pero tal transmisión plantearía importantes restricciones en cuanto a sus efectos, limitados a las partes del contrato sin que resultara oponible frente a terceros. Esta noción de terceros a efectos de la oponibilidad se intuye desde este momento como una cuestión de indudable trascendencia cuya delimitación, adelantamos ya, no resulta pacífica en el Derecho portugués, desdibujando con ello además los contornos de la fe pública registral en los términos que seguidamente expondremos.

b) LA OponIBILIDAD DE LOS DERECHOS INSCRITOS

El efecto que genéricamente se deriva de la inscripción es la oponibilidad del acto frente a terceros, tal y como dispone el artículo 5.1 CRP. Según este precepto, los hechos sujetos a inscripción sólo producen efectos contra terceros después de la fecha de la indicada inscripción. Pero además del reconocimiento general de la oponibilidad en el artículo 5 CRP, advertimos que este principio encuentra manifestaciones concretas en el Código Civil, y así, cuando el artículo 409 permite en los contratos de enajenación la reserva de la propiedad por el enajenante hasta el cumplimiento total o parcial de la otra parte o hasta la verificación de cualquier otro evento, se condiciona su oponibilidad a terceros al hecho de la inscripción registral de esta cláusula. Igualmente, la promesa de transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles tendrá eficacia real si se hace constar mediante declaración expresa en escritura pública y se inscribe en el Registro (art. 413 del Código

y otras providencias que afecten a la libre disposición de los inmuebles, los actos de transmisión o gravamen otorgados por quien haya adquirido en instrumento otorgado el mismo día, los bienes transmitidos o gravados, y los casos de urgencia debidamente justificada por peligro de vida de los otorgantes. Añade además otra excepción el artículo 9.3 del referido Código, de tal manera que si el predio se encuentra en una zona donde no tenga vigencia el registro obligatorio, el primer acto de transmisión posterior a 1 de octubre de 1984 puede titularse mediante exhibición de documento acreditativo o con la justificación simultánea del derecho de la persona de quien se adquiere.

Civil). Y en términos parecidos, el derecho de adquisición preferente reconocido mediante pacto adquiere eficacia real si se observan los requisitos de forma y publicidad del indicado artículo 413 (art. 421 del Código Civil).

Frente a esta genérica regla de oponibilidad, conviene apuntar que el apartado 2 del artículo 5 hace algunas excepciones a este principio, de tal forma que tanto la adquisición por usucapión como las servidumbres aparentes y los actos relativos a bienes indeterminados, en cuanto no estén debidamente especificados o determinados, no condicionan su oponibilidad a la inscripción en el Registro.

Al margen de estas cuestiones, y centrándonos en el significado del principio de oponibilidad frente a terceros en el sistema registral portugués, advertiremos que no alcanza a cualquier persona ajena al negocio jurídico real no inscrito, y así, se excluyen, por ejemplo, los que se consideran terceros no interesados o extraños. De este modo, no se impide que el propietario que no haya inscrito su derecho pueda invocarlo, por ejemplo, en el ámbito de una acción de desahucio frente al arrendatario (13). La oponibilidad parece jugar más bien, únicamente, en el marco de las titularidades jurídico-reales y bajo ciertos condicionantes. Así entiende CARVALHO FERNÁNDEZ (14) que el hecho jurídico real no inscrito puede oponerse, sin embargo, a los siguientes terceros: el adquirente posterior que tampoco haya inscrito su derecho y el adquirente posterior que aun habiendo inscrito su derecho, actuara de mala fe. En definitiva, la inoponibilidad estaría limitada al ámbito de las adquisiciones de derechos reales por terceros que inscriben su derecho, incompatible con otro también inscribible pero no inscrito. No obstante, se hace necesario para el adecuado entendimiento de este principio formular además ciertas precisiones que seguidamente exponemos, vinculadas al alcance de la noción de terceros, a lo que se ha denominado «efecto automático del registro» y a la exigencia de buena fe en el tercero para que le resulte inoponible el derecho no inscrito.

1. *El concepto de terceros*

Como ya hemos anunciado, la noción de terceros a efectos de esta norma es una cuestión no exenta de polémica, particularmente a raíz de ciertos pronunciamientos vertidos en el plano jurisprudencial y legislativo en los últimos tiempos. Tradicionalmente en la doctrina se han venido defendiendo dos tesis contrapuestas (15) en torno al alcance del concepto de terceros a

(13) CARVALHO FERNÁNDEZ, L. A., *Lições de Direitos Reais*, 4.^a ed., Ed. Quid Juris?, Lisboa, 2004, págs. 129 y 130.

(14) *Lições*, cit., pág. 130.

(15) Particularmente interesante, en este sentido, es la detallada exposición de posturas doctrinales que se contiene en el Boletim dos Registos e do Notariado 8/2003, septiembre, II Caderno, Pareceres do Conselho Técnico, pág. 12 y sigs.

efectos de la oponibilidad de las inscripciones. Conforme a una de ellas, restrictiva, terceros son únicamente quienes hayan adquirido derechos incompatibles de un transmitente común, mientras que la postura contraria amplía la noción de terceros más allá de estos estrictos términos, incluyendo también, con variados matices y justificaciones, a cualquier tercero que adquiere un derecho incompatible con otro no inscrito y con independencia de que procedan o no del mismo transmitente. De este modo, por ejemplo, sólo conforme a la segunda interpretación quedarían protegidos los acreedores del titular registral que embargasen el predio para el cobro del crédito.

Ante esta dualidad interpretativa, se sucedieron dos Resoluciones del Supremo Tribunal de Justiça razonablemente cercanas en el tiempo que se pronunciaron, sin embargo, en sentido contrario: la sentencia de 20 de mayo de 1997, que se decanta por un concepto amplio de tercero, y la sentencia de 18 de mayo de 1999, defensora de una noción estricta. Esta última fue posteriormente confirmada por el legislador mediante Decreto-ley número 533/99, de 11 de diciembre, que añade un cuarto apartado al artículo 5 CRP, a través del cual se precisa que a efectos de registro, terceros son aquellos que hayan adquirido de un autor común derechos incompatibles entre sí. Aunque la cuestión ha quedado zanjada en estos términos, no dejan de levantarse, sin embargo, voces discrepantes con la solución finalmente adoptada (16).

Los restringidos términos en que se pronuncia el artículo 5.4 CRP cercenan sin ninguna duda el alcance de los efectos de la inscripción frente a lo que de otro modo pudiera haber sido. Tal mutilación frente a la potencial operatividad del Registro parece responder a ciertas cautelas que se tratan de adoptar con el fin de evitar la pérdida de derechos por parte del verdadero titular de los mismos. Cuando en un sistema registral hay fuertes garantías en torno a la coincidencia entre el titular sustantivo de un derecho y el titular registral, los efectos del Registro se configuran como un instrumento eficaz de protección de los derechos; pero cuando no es así, dotar de importantes efectos al Registro podría conducir al resultado contrario, favoreciendo una injusta expropiación de derechos a los verdaderos titulares de los mismos. Teniendo en cuenta esta premisa general, exponemos lo que concretamente ocurre en el caso luso.

2. *La oponibilidad y el efecto automático del Registro*

Según el artículo 4 CRP, con la salvedad de los hechos constitutivos de hipoteca, los hechos sujetos a inscripción, aunque no estén inscritos, pueden

(16) Particularmente crítica se manifiesta PEREIRA MENDES, I., *Estudos sobre Registo Predial*, Ed. Almedina, Coimbra, 1999, pág. 167 y sigs.

ser invocados entre las partes o sus herederos, pero para que el hecho sea oponible a terceros, el artículo 5 CRP exige su inscripción en el Registro. Puesto que la transmisión de derechos reales se produce, a excepción del caso de la hipoteca, al margen del Registro, puede ocurrir entonces que un mismo sujeto, titular inscrito del derecho real, realice dos o más transmisiones de un mismo derecho aprovechándose de la falta de inscripción del primer adquirente, que le mantiene a aquél como titular registral pese a que sustantivamente ya no detenta la titularidad del derecho. Al no inscribir su derecho el primer adquirente, resulta inoponible frente a terceros, particularmente frente al segundo adquirente ya que, como hemos dicho, la oponibilidad juega, según el artículo 5.4 CRP, entre quienes hayan adquirido del mismo sujeto derechos incompatibles entre sí, aplicándose tanto a los supuestos de doble venta como a los casos de constitución de derechos reales incompatibles hecha por la misma persona. Y si el segundo adquirente inscribe el derecho, pese a no ser el verdadero titular, se producirá lo que se ha venido denominando «efecto automático del registro» o «efecto central del registro» (17), a través del cual el principio de oponibilidad despliega en el Derecho portugués toda su virtualidad.

En este supuesto de doble venta sería verdadero propietario desde un punto de vista puramente sustantivo quien primero adquiera del titular registral, con independencia de que posteriormente inscriba su derecho. Los ulteriores actos de disposición que pueda realizar el titular inscrito, que ya no es el titular sustantivo del derecho, no son en principio válidos, de acuerdo con lo que se dispone en los artículos 892, 939 y 956 (18) del Código Civil.

Pese a ello, si fuera el segundo adquirente quien solicitara en primer lugar (19) la inscripción de su derecho de propiedad, entrará en juego el efecto automático del Registro en beneficio de este segundo adquirente. El primero

(17) VIDEIRA HENRIQUES, P., *Terceiros*, cit., pág. 399 y sigs.

(18) Conforme al artículo 892 del Código Civil, es nula la venta de bienes ajenos siempre que el vendedor carezca de legitimación para realizarla, pero el vendedor no puede oponer la nulidad al comprador de buena fe, como no puede oponerla al vendedor de buena fe el comprador doloso. El artículo 939 del Código Civil dispone que las normas de compra y venta son aplicables a los demás contratos onerosos por los cuales se enajenen bienes o se establezcan encargos sobre ellos, en la medida en que sean conformes a su naturaleza y no estén en contradicción con las respectivas disposiciones legales. Teniendo en cuenta estos dos preceptos, el artículo 956 del Código Civil determina que es nula la donación de bienes ajenos, pero el donante no puede oponer la nulidad al donatario de buena fe.

(19) Aunque posteriormente el primer adquirente solicitara la inscripción, se reconoce prioridad registral a la petición formulada en primer lugar. Incluso si ambas solicitudes se presentaran el mismo día, se ordenarán por el número asignado a cada una según su llegada al Registro, con la excepción de las hipotecas, en las que, solicitándose el mismo día la inscripción de dos o más, se les reconocerá igual rango a todas ellas con un aseguramiento proporcional al importe del crédito correspondiente.

no podrá invocar en juicio su propia adquisición para probar la invalidez de la segunda porque no inscribió su derecho y no lo puede oponer por tanto a los demás adquirentes del causante común. Recordemos que el artículo 5.1 CRP prescribe que los hechos sujetos a inscripción sólo producen efectos frente a terceros después de la fecha de la correspondiente inscripción. En consecuencia, la adquisición inscrita, que en principio sería inválida, no se puede declarar como tal y subsiste, pese a que el derecho se adquirió de quien ya no era titular del derecho (adquisición *a non domino*). Sólo lograría el primer adquirente eludir tales consecuencias si inscribiera su derecho antes que el segundo adquirente, de ahí que en tal caso se hable de registro «consolidativo» y siendo el segundo adquirente quien inscriba, de registro «adquisitivo» (20).

En realidad, la opción del legislador portugués al acotar en términos tan exigüos el concepto de terceros a efectos de la oponibilidad acaso pudiera responder a una cierta prudencia anudada al efecto automático del registro y el recelo que ocasionalmente se suscita en torno a la admisión en el Registro de ciertos documentos que no parecen ofrecer las suficientes garantías sobre su validez y que dan lugar, sin embargo, a la práctica de una inscripción a favor de quien puede no resultar el verdadero titular del derecho. Como reconoce PEREIRA MENDES, las justificaciones notariales y judiciales y las escrituras de habilitación de herederos que, complementadas por una declaración identificativa de los bienes, sirve para practicar inscripciones aun cuando el predio no esté inscrito a favor del causante (21), son muestra de una cierta ligereza en el sistema registral que debería erradicarse permitiendo únicamente la primera inscripción de bienes basada en escritura de habilitación de herederos cuando ésta se complete con documento acreditativo de que esos bienes pertenecían al causante. Teniendo la confianza de que la exactitud registral va más allá de una presunción *iuris tantum* consagrada en el artículo 7 CRP, siendo además una realidad que la titularidad sustantiva y registral solo excepcionalmente se muestran discordantes, no existirían tal vez reticencias a un mayor despliegue del principio de oponibilidad, superando el condicionante del transmitente común para operar también en otros ámbitos. Pero no siendo así en la actualidad, el radicalismo en relación a los efectos de la oponibilidad frente a terceros se contrarresta con el alcance que

(20) En este sentido, CARVALHO FERNÁNDEZ, L. A., *Lições*, cit., pág. 137.

(21) Cuando se abre la sucesión hereditaria, el heredero presenta un inventario con los bienes del causante ante los Servicios Fiscales y podrá incluir un bien que no le perteneciera ni se encuentre inscrito. Posteriormente acudirá al Notario manifestando haber entregado la relación de bienes ante el referido organismo fiscal y aquél expedirá la escritura de habilitación de herederos sin necesidad de testigos. El heredero puede entonces solicitar la inscripción de los inmuebles a su favor presentando esta escritura y el inventario en el Registro. Resultaría de este modo inscrito como propietario de un inmueble que no pertenecía al causante, y ello con base en un título falso y sin que se establezca un plazo para posibles impugnaciones de la inmatriculación.

se da a esta noción, que como vemos, se restringe más allá de las genéricas adquisiciones de derechos inscribibles e incompatibles con el derecho no inscrito. Las consecuencias de la oponibilidad tratan de mitigarse así mediante la drástica rectificación que se produce con la inclusión de un cuarto apartado en el artículo 5 CRP, provocando una auténtica ablación en el alcance de la oponibilidad frente a terceros en los términos ya expuestos.

En cualquier caso, lo que verdaderamente llama la atención es el hecho de que los supuestos de doble venta suelen resolverse en el Derecho portugués a través del principio de oponibilidad, negando que el artículo 17.2 CRP, en el que se consagra el principio de fe pública registral (22), alcance también a este tipo de supuestos, que en todo caso sólo podrían resolverse del mismo modo mediante una aplicación analógica de la norma. Sin embargo, existe alguna opinión aislada que contradice la indicada tendencia general (23).

Este particular entendimiento que genéricamente se mantiene en el Derecho portugués parece responder a la especial configuración de la eficacia de los derechos a partir de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 CRP. Como hemos dicho, no es necesaria la inscripción para la eficacia *inter partes* de los derechos reales, pero sí para que resulten oponibles frente a terceros (los hechos sujetos a inscripción «sólo» producen efectos contra terceros después de la fecha de la correspondiente inscripción). Teniendo en cuenta esta particularidad en la oponibilidad del Derecho portugués, los supuestos de adquisición de un derecho incompatible con otro no inscrito son radicalmente distintos de aquellos otros en que lo que hay no es propiamente la falta de inscripción de un derecho, impidiendo el juego de la oponibilidad, sino más bien un vicio en el título que dio lugar a la inscripción. El adquirente del derecho así inscrito merece una protección que se articula a través de la fe pública registral, como veremos posteriormente.

3. *La buena fe del tercero*

Existe, por otra parte, una cuestión no exenta de polémica en torno a esta oponibilidad y las consecuencias que de ella se derivan, y que se concreta en determinar si es necesaria o no la concurrencia de buena fe en el tercero para que opere este efecto automático del registro. El artículo 5 no exige de manera expresa que el segundo adquirente actúe de buena fe, y la doctrina (24) se

(22) Entre otros, PEREIRA MENDES, I., *Estudos*, cit., págs. 177 y 178.

(23) Concretamente, CARVALHO FERNÁNDEZ, L. A., *Lições*, cit., pág. 134, niega que el artículo 17.2 CRP, que consagra el principio de fe pública registral, se aplique analógicamente, en los casos de doble venta, entendiendo que más bien el propio precepto comprende también este tipo de situaciones.

(24) Sobre esta cuestión, CARVALHO FERNÁNDEZ, L. A., *Lições*, cit., pág. 134.

muestra dividida en este punto, encontrando así a defensores y detractores de tal exigencia.

Podría entenderse que siendo la buena fe un principio inherente al ordenamiento, la falta de una referencia expresa a la misma en el precepto no debería ser motivo suficiente para extender la protección a los supuestos en que este segundo adquirente conocía la primera transmisión y la falta de inscripción del derecho por el nuevo titular. Tal supuesto no debería dar lugar, por lo tanto, a la adquisición del derecho por el segundo adquirente, que inscribe. Sin embargo, el hecho de que la norma no mencione la buena fe del tercero y se refiera a la oponibilidad, que pretendidamente se dirige a la protección del titular del derecho y no a la tutela de los terceros, permitiría avalar la tesis contraria. El principio de oponibilidad se reconoce en el Derecho Registral portugués desde sus inicios —que como ya hemos dicho, se conectan con el sistema registral francés—, ligado a la idea de protección a los titulares inscritos como medio para fomentar el registro de los derechos sobre inmuebles. Siendo éste su origen, podría argüirse que la norma no se dirige a la tutela de los terceros que confían en lo publicado en el Registro, con la consiguiente exclusión del tercero de mala fe —lo que más bien se identificaría con la fe pública registral y no con la oponibilidad—, sino que en realidad cumpliría una finalidad tuitiva de los titulares inscritos, sancionando de algún modo a quien no inscriba su derecho mediante la negación de los efectos frente a terceros en tanto no tenga lugar la inscripción. Así entendido el artículo 5, la buena fe del tercero resultaría indiferente.

Parece que la raíz de estos problemas e incertidumbres se conecta con la línea evolutiva del Derecho Registral portugués, desde sus inicios anudados al esquema francés y que tratan de aproximarse posteriormente al modelo germánico aunque recientemente se ha rectificado esta dirección mediante el drástico recorte en la noción de terceros del artículo 5 CRP. La híbrida configuración a la que así se llega, tal vez sea el origen de la confusión generada. Lo que a nuestro juicio sería un adecuado entendimiento de las cosas pasaría por resolver los supuestos de doble venta mediante la fe pública registral, con indudable exigencia de buena fe en el tercero, porque sólo entonces podría justificarse la pérdida del derecho por el verdadero titular del mismo. La oponibilidad, sin embargo, habría de tener un mayor alcance y unos efectos más limitados, sin llegar a fundamentar las adquisiciones *a non domino*, y resultando indiferente la buena o mala fe del tercero. Siendo así, no parece que se suscitara problemas para admitir una amplia noción de terceros a efectos de la oponibilidad, desapareciendo el temor de que éstos frecuentemente pudieran adquirir de quien no es el titular sustantivo del derecho al amparo de este principio, y al mismo tiempo se conseguiría desplegar una mayor eficacia del Registro, acorde con la función que está llamado a cumplir.

En definitiva, los términos en que, según acabamos de exponer, se configura el principio de oponibilidad en el Derecho portugués y particularmente el efecto central o automático del Registro anudado al mismo, circunscrito todo ello a la estricta noción de terceros que delimita el artículo 5.4 CRP, aproximan casi confusamente el terreno de la oponibilidad (art. 5) y el de la fe pública registral (art. 17.2), particularmente por el hecho de que el artículo 9 CRP exige, salvo contadas excepciones, la previa inscripción del derecho a favor del transmitente para realizar el acto de disposición (25).

c) LA FE PÚBLICA REGISTRAL

Tampoco es una cuestión pacífica en la actualidad la relativa al alcance y configuración del principio de fe pública registral en el Derecho portugués, a la vista de la confusa normativa vigente, concretamente el artículo 291 del Código Civil y el artículo 17 CRP. A continuación esbozaremos las líneas básicas de cada uno de estos preceptos y los intentos de conciliación principalmente formulados entre ambas normas, que en principio conducirían a resultados contradictorios, realizando finalmente una valoración de la solución que se viene defendiendo de forma predominante.

1. *El artículo 291 del Código Civil y el artículo 17.2 CRP*

Conforme al artículo 291 del Código Civil, la declaración de nulidad o la anulación del negocio jurídico que afecte a bienes inmuebles o a bienes muebles sujetos a inscripción no perjudica los derechos adquiridos sobre los mismos bienes, a título oneroso, por tercero de buena fe, si la inscripción de la adquisición fuera anterior a la inscripción de la acción de nulidad o anulación o a la inscripción del acuerdo de las partes acerca de la invalidez del negocio. Sin embargo, se niega tal protección al tercero cuando la acción se interponga e inscriba en los tres años siguientes a la conclusión del negocio.

La norma se está refiriendo a los casos en que existiendo un negocio nulo o anulable, el adquirente transmite, a su vez, este derecho a un tercero. En realidad, este último no habrá adquirido tal derecho, toda vez que su transmitente no era el verdadero titular, como consecuencia de la nulidad del primer negocio, que se extiende al segundo. Sin embargo, el artículo 291 del Código Civil convierte a tal tercero en titular del derecho si se cumplen los presupuestos del precepto, es decir, que haya adquirido a título oneroso y de buena fe, y que en los tres años siguientes a la celebración del primer negocio

(25) PEREIRA MENDES, I., *Estudos*, cit., pág. 181.

nulo no se haya interpuesto e inscrito la acción para impugnarlo. Si habiendo inscrito su adquisición el tercero se interpone e inscribe la referida acción, dentro siempre del plazo de tres años desde la celebración del negocio, no llegará a considerarse titular del derecho a este sujeto.

El precepto se desenvuelve, por tanto, en el plano puramente sustantivo, convirtiendo en titular a quien en principio no lo es, como consecuencia de la falta de la condición de titular de su transmitente. Y se requiere para ello, entre otras exigencias, la inscripción registral por parte del tercero, pero no, curiosamente, que haya adquirido de quien en el Registro figure inscrito como titular. Recordemos que si bien el artículo 9 CRP exige la inscripción definitiva del disponente para la transmisión de derechos y constitución de gravámenes sobre bienes inmuebles, en la misma norma se contempla una serie de excepciones que posibilitan la adquisición de quien no figure inscrito como titular, supuestos en los que parece que el artículo 291 del Código Civil estaría llamado a desplegar su eficacia. A la vista de tales circunstancias, parece difícil argüir que el artículo 291 del Código Civil haya introducido en el sistema registral portugués el principio de fe pública, siendo quizá más bien su pretensión el fomento de la utilización del Registro, al permitir mediante la inscripción, y cumpliéndose las demás exigencias de la norma que quien en realidad no ha adquirido un derecho pueda convertirse en titular del mismo.

Por su parte, el artículo 17.2 CRP otorga una tutela diferente, aunque vinculada también a la inscripción registral. Según este precepto, la declaración de nulidad de la inscripción no perjudica a los derechos adquiridos a título oneroso por tercero de buena fe, si la inscripción de los hechos correspondientes fuera anterior al registro de la acción de nulidad. En este caso no se exige el transcurso del plazo de tres años, por contraposición al artículo 291, y se alude únicamente a la nulidad de la inscripción y no a la nulidad del negocio, circunstancias que han llevado a un sector de la doctrina (26) a mantener que el artículo 17 se refiere únicamente a los vicios del registro y no a la nulidad sustantiva.

2. *Propuestas exegéticas para la superación de las diferencias: el plazo de tres años y la buena fe del tercero*

En principio, según el tenor literal del artículo 17.2 CRP, el tercero que adquiere de buena fe a título oneroso del titular registral recibirá una protección superior a la otorgada cuando falta la previa inscripción del transmitente

(26) En este sentido, cfr. PEREIRA MENDES, I., *Estudos*, cit., pág. 34 y sigs.; *Boletín dos Registos e do Notariado*, cit., pág. 19 y sigs.

—supuesto del art. 291 del Código Civil—, por cuanto en este caso se condiciona la adquisición *a non domino* al transcurso de un plazo de tres años sin que se interponga ni inscriba la acción de impugnación del primer negocio nulo. Y ocurre al mismo tiempo en la actualidad que el ámbito de aplicación del artículo 291 del Código Civil queda notablemente reducido en la práctica, teniendo en cuenta el principio de legitimación que consagra el artículo 9 CRP, con lo que el indicado plazo de tres años apenas encontraría operatividad, al reconducirse la mayor parte de los supuestos al artículo 17.2 CRP. Dado que las inscripciones gozan en el Derecho portugués de una presunción *iuris tantum* de exactitud registral (art. 7 CRP) y no una presunción *iuris et de iure*, sería posible que al amparo del artículo 17 CRP se impusiera la titularidad registral sobre la titularidad sustantiva. Existen, no obstante, serias reticencias a que así suceda, y entendiendo que la titularidad sustantiva debiera prevalecer sobre los intereses del tráfico, se postula desde un sector doctrinal e incluso desde la Dirección General de los Registros y del Notariado (27) la aplicación analógica del plazo de tres años a los supuestos regulados en el artículo 17.2 CRP. Se considera además que, pudiendo el adquirente que inscribe su derecho, beneficiarse a efectos de la usucapión del tiempo de posesión de su transmitente cuando hubiera inscrito también su derecho, goza ya de cierta protección y para que ésta no resulte excesiva frente al verdadero propietario, resulta más conveniente aplicar analógicamente el plazo de tres años, mitigando con ello el impacto de las adquisiciones *a non domino*.

En definitiva, quizá lo que subyace en estos planteamientos es una cierta desconfianza en lo publicado en el Registro de la Propiedad o, si se quiere, falta de madurez en el desarrollo del sistema que se hace manifiestamente palpable cuando se trata de sopesar el valor de las inscripciones frente a la titularidad sustantiva de los derechos. En la misma línea se desarrolla el entendimiento acerca de la buena fe que resulta exigible al tercero para estimar procedente la adquisición frente al verdadero propietario.

En principio, la buena fe del tercero no debería entenderse de la misma manera en ambos casos si se estimase que la función registral reviste en el marco del ordenamiento portugués suficiente entidad. En el artículo 291 del Código Civil no se presume y se vincula a la idea de la diligencia de un buen padre de familia. No basta con que el tercero no conociera la nulidad del negocio anterior, sino que además no lo hubiera podido conocer aun habiendo tratado de cerciorarse de este extremo. Sin embargo, para que concurriera la buena fe del artículo 17 debería entenderse suficiente que el tercero haya confiado en lo publicado en el Registro, resultando excesivo exigir además al tercero

(27) Tanto las opiniones doctrinales como el parecer de la Dirección General se exponen con detalle en el *Boletín dos Registos e do Notariado*, cit., pág. 20 y sigs.

una actuación ulterior dirigida a comprobar la validez sustantiva del negocio, exigencia que diluiría la eficacia de la inscripción registral y por tanto el valor del Registro. Pero frente a este planteamiento, la Dirección General de los Registros y del Notariado (28) ha optado por extender a este ámbito la noción de buena fe del artículo 291 del Código Civil, minorando una vez más el valor de las inscripciones frente a la realidad jurídica sustantiva.

3. Valoración

A la vista del modo en que se resuelve la colisión entre el artículo 291 del Código Civil y el artículo 17.2 CRP, podemos concluir que si bien este último se introdujo con posterioridad al artículo 291 con el fin de reforzar el valor de las inscripciones registrales, este loable fin queda en gran medida truncado, sin embargo, por la interpretación que del mismo se viene defendiendo desde ciertos sectores. Al defenderse una preeminencia del artículo 291 del Código Civil sobre el artículo 17 CRP, se recorta la tutela dispensada en el plano registral imponiéndose la titularidad sustantiva sobre los intereses de protección a los adquirentes en el tráfico jurídico. Este enfoque de la cuestión quizá se encuentre enraizado en la desconfianza que se suscita en torno a que el titular registral coincida con el titular sustantivo y que tal vez se anude particularmente al modo en que se lleva a cabo la inmatriculación, particularmente a partir de la sucesión hereditaria, como ya hemos indicado. Si la adquisición *a non domino*, fundada en la fe pública registral, fuera el supuesto excepcional en un modelo donde las titularidades registrales ofrecieran fuertes garantías de ajustarse a la realidad sustantiva, no parece que se justificaran las reticencias a imponer el valor de las inscripciones en términos que fortaleciesen la seguridad del tráfico jurídico. Por ello parece que la superación de la actual situación del sistema registral portugués habría de pasar por una revisión de la normativa relativa a la práctica de las inscripciones, permitiendo entonces que los preceptos reguladores de los efectos del Registro desplegaran toda su virtualidad.

RESUMEN

PORTUGAL. REGISTRO

El presente trabajo constituye una sucinta exposición de las líneas generales a través de las cuales se dibuja el

ABSTRACT

PORTUGAL. REGISTRY

This paper is a succinct overview of the general lines along which the Portuguese registration system is drawn. The

(28) *Boletín dos Registos e do Notariado*, cit., pág. 23.

sistema registral portugués. El punto de partida es una exposición descriptiva de los requisitos formales que han de revestir los títulos que tienen acceso al Registro, genéricamente documentos públicos, aunque esta regla se quiebra en ocasiones con el fin de facilitar el tráfico frente a las mayores exigencias de la escritura pública en términos de tiempo y costes. Una vez presentado el título, se someterá a la calificación registral como paso previo a la inscripción solicitada. El alcance de esta calificación se determina conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del Código del Registro Predial en conexión con otras normas cuyo análisis conjunto permite definir de manera precisa los términos en los que se centra esta actuación registral. El último aspecto de este estudio se proyecta en el marco de los efectos de la inscripción practicada, cuestión un tanto polémica en la medida en que no existe unanimidad en torno a la existencia de una verdadera fe pública registral, sino más bien, quizá, una oponibilidad que trata de acercarse a aquella sin llegar a materializarse como tal, siendo estos contornos difusos el reflejo de la actual situación del Registro portugués, en transición desde los esquemas franceses a otros más próximos al modelo registral español.

starting point is a descriptive exposition of the requirements of form applied to registrable titles, which generically are public documents, although this rule is sometimes bent to facilitate transactions inasmuch as public deeds present greater exigencies in terms of time and costs. Once a title has been filed for registration, it undergoes examination for due form as a step prior to registration as requested. The scope of this examination is determined pursuant to the provisions of article 68 of the Praedial Registry Code in connection with other rules, a joint analysis of which renders a precise definition of the terms in which the registrar's examining action is centred. The last point of this study falls within the framework of the effects of registration. This issue is rather a thorny one, because there is no unanimity as to the existence of true conclusive title; rather, what there is may be more in the nature of third-party enforceability which endeavours to resemble conclusive title without actually realizing that ideal. These fuzzy contours are a reflection of the current situation of the Portuguese registration system, which is involved in a transition from French schemes to other guidelines more like those of the Spanish model of registration.

(Trabajo recibido el 25-07-06 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 5-7-2006
(BOE 1-9-2006)
Registro de la Propiedad de Úbeda

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. ANOTACIONES PREVENTIVAS. FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Para poder cancelar una inscripción hecha en virtud de escritura pública es necesario, a falta del consentimiento del titular del derecho inscrito, resolución judicial firme. El principio de legitimación registral y la salvaguardia judicial de los asientos así lo imponen. El hecho de que la sentencia obtenida sea susceptible de ejecución provisional, no constituye una excepción a esta regla, y sólo permite pedir la anotación preventiva de la citada sentencia hasta que devenga firme.

Resolución de 29-7-2006
(BOE 13-9-2006)
Registro de la Propiedad de Granada, número 3

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES. ESCRITURA PÚBLICA.

En ejecución de una sentencia que condenaba al demandado a elevar a escritura pública un contrato privado de compra-venta, se libra por el Juzgado testimonio de un Auto por el que se ordena al Registrador la inscripción de dicha venta. Entiende la Dirección General que, en congruencia con el fallo de la sentencia ejecutada, y de conformidad a las normas civiles e hipotecarias (arts. 1.279 y 1.280 del Código Civil, y 3 de la Ley Hipotecaria) que en son de aplicación en los términos previstos en el apartado segundo del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es título formal hábil para practicar la

inscripción el referido testimonio del Auto Judicial, sino que es preciso el otorgamiento de la correspondiente escritura notarial.

Resolución de 1-8-2006

(BOE 5-9-2006)

Registro de la Propiedad de Pravia

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE DEMANDA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No cabe practicar anotación preventiva de una demanda cuyo objeto es la reclamación de una cantidad de dinero si la finca está inscrita a nombre de persona distinta de aquélla contra la que se sigue el procedimiento. Procede la denegación por imperativo de los principios de legitimación y tracto sucesivo, siendo un claro obstáculo derivado del Registro que es susceptible de calificación por el Registrador.

Resolución de 2-8-2006

(BOE 5-9-2006)

Registro de la Propiedad de Palamós

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: ÁMBITO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Reitera el Centro Directivo su ya consolidada doctrina en relación con el ámbito del recurso gubernativo. Sólo cabe su tramitación para discutir la procedencia o improcedencia de la calificación suspensiva o denegatoria realizada por el Registrador, pero en ningún caso puede dilucidarse por este cauce la validez o nulidad de asientos ya practicados, dado que los mismos se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resoluciones de 3 y 7-8-2006

(BOE 5-9-2006)

Registro de la Propiedad de Jávea

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Apareciendo la finca inscrita a nombre de dos cónyuges en proindiviso, sin especificación de cuota, casados en régimen de comunidad de un Derecho extranjero, a menos que se acredite que tal ordenamiento prevé otra cosa al respecto, no cabe anotar un embargo trabado sobre la mitad indivisa de la finca en un procedimiento dirigido sólo contra uno de los esposos y en el que se ha notificado al otro. Es imprescindible que dicho procedimiento se entable contra ambos.

Resolución de 4-8-2006
(BOE 5-9-2006)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

SERVIDUMBRE. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Aún afirmando el criterio tradicionalmente sostenido por el Centro Directivo de que la inscripción de una servidumbre exige, por imperativo del principio de especialidad, la más perfecta determinación posible de todas sus características físicas, especificando en su caso la parte de finca afectada por la misma, en el caso concreto analizado se concluye que el tipo de servidumbre pactada queda suficientemente delimitada con la descripción contenida en el título.

Resolución de 5-8-2006
(BOE 5-9-2006)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.

Para la inscripción de auto recaído en un expediente de dominio tramitado para la reanudación del tracto interrumpido de una finca cuya última inscripción de dominio tiene menos de treinta años, es imprescindible acreditar que el titular registral o sus causahabientes han sido citados tres veces, una de ellas al menos personalmente. No pueden ser tenidos en consideración, para la resolución del recurso, documentos aportados con posterioridad al momento en que se verificó la calificación impugnada.

Resolución de 7-8-2006
(BOE 5-9-2006)

Registro de la Propiedad de Reinosa

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MEDIOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL: PLAZOS. REFERENCIA CATASTRAL.

De conformidad con lo establecido en la Ley Hipotecaria y en la de Procedimiento Administrativo, el Registrador ha de calificar el título presentado en el plazo de quince días hábiles desde la fecha de su presentación, disponiendo, en caso de calificación negativa, de diez días también hábiles para notificarla al Notario y al presentante. La calificación ha de realizarse considerando exclusivamente el título analizado, y no otros presentados con posterioridad. Las eventuales dudas respecto a la identidad entre la finca descrita en el documento y los datos que consten en la certificación catastral podrá llevar consigo la no constancia de la referencia catastral, pero no la negativa a practicar los asientos registrales.

Resolución de 10-8-2006

(BOE 5-9-2006)

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 2

HIPOTECA: NOVACIÓN. HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA.

Constituida en su día una hipoteca sobre dos fincas, una de las cuales pertenece a otro matrimonio que actúa en calidad de hipotecantes no deudores, es inscribible una escritura de novación de la hipoteca otorgada ahora por los deudores titulares de una de las fincas, en la que comparecen los hipotecantes no deudores avalando solidariamente la operación efectuada, sin necesidad de una ratificación *ad hoc* respecto del acto novatorio de la hipoteca.

Resolución de 10-8-2006

(BOE 5-9-2006)

Registro de la Propiedad de Manzanares

PROPIEDAD HORIZONTAL: AFECCIÓN REAL POR CUOTAS DE GASTOS COMUNITARIOS. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO.

Sin perjuicio de reconocer el carácter de crédito privilegiado y la afección real que sobre la titularidad de cada piso o local en régimen de propiedad horizontal se establece en relación con las cuotas de gastos de la comunidad, en el artículo 9.5 de la LPH, para hacer constar en el Registro dicha afección real en relación con una anotación de embargo practicada a favor de la Comunidad de Propietarios, existiendo cargas inscritas o anotadas con anterioridad, es necesario, por exigirlo así el principio de tracto sucesivo, que los titulares de dichas cargas anteriores hayan sido demandados en el procedimiento en el que se pretende hacer valer tal preferencia jurídico real.

Resolución de 9-9-2006

(BOE 6-10-2006)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 7

HERENCIA: EN BENEFICIO DEL ALMA DEL TESTADOR. ALBACEAS: FACULTADES. CONTADOR-PARTIDOR. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN.

Habiendo previsto el testamento amplias facultades del albacea contador-partidor para la ejecución de un legado para obras pías y en beneficio del alma de la testadora, no cabe entender aplicable las limitaciones de actuación que establece el artículo 747 del Código Civil. La letra del testamento, siendo clara, es el elemento esencial para interpretación del mismo.

Resolución de 11-9-2006

(BOE 6-10-2006)

Registro de la Propiedad de Solsona

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS. SUBROGACIÓN DE CRÉDITOS.

Si del título presentado resulta la finalización del procedimiento en que se ordenó la práctica de una anotación de embargo, no cabe pretender que se haga constar la subrogación de un nuevo acreedor en el crédito que motivó el referido procedimiento, puesto que lo que se refleja en el Registro por medio de la anotación es el embargo y no el crédito objeto de ejecución.

Resoluciones de 12 y 13-9, 3 y 4-10-2006

(BOE 6, 6 y 27, 27-10-2006)

Registro de la Propiedad de Rota, Vélez-Málaga, número 2,
y Granadilla de Abona

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

En aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se estima imprescindible la realización por el Notario autorizante del título calificado el pertinente juicio de suficiencia de las facultades del apoderado que resultan del poder que al mismo Notario se le exhibe, sin que resulte ya admisible la fórmula consistente en la transcripción parcial de las facultades consignadas en el poder, y dación de fe de que concuerdan con su original y que en lo omitido no hay nada que altere, condicione, restrinja, modifique o desvirtúe lo copiado.

Resolución de 14-9-2006

(BOE 27-10-2006)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUPTIDO. DUDAS ACERCA DE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Hallándose una finca inscrita, aunque la última inscripción sea muy antigua, no cabe que el Registrador alegue a la hora de practicar la inscripción de un expediente de dominio para la reanudación del tracto dudas acerca de la identidad de la misma. El principio de legitimación implica que los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, y el Registrador ha de atenerse a ellos al verificar la calificación de los títulos presentados con posterioridad.

Resolución de 15-9-2006

(BOE 25-10-2006)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 2

EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE CARGAS Y GRAVÁMENES. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

A través de un expediente judicial de liberación de cargas y gravámenes no puede acordarse la cancelación de una inscripción de hipoteca sobre la base de que la obligación asegurada con la misma ha sido satisfecha, y hallándose todavía no prescrito el derecho real de hipoteca. El Registrador puede, al calificar los documentos judiciales, apreciar aquellos defectos que consistan en la incongruencia de la resolución dictada con el tipo de procedimiento del que resulta. El expediente judicial de liberación de cargas y gravámenes sólo puede decretar la cancelación de asientos referidos a cargas que se hallen prescritas conforme a la legislación civil.

Resolución de 19-9-2006

(BOE 27-10-2006)

Registro de la Propiedad de Martos

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERRELLA: REQUISITOS PARA SU PRÁCTICA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Sólo podrá anotarse en el Registro la interposición de la querella cuando, ejercitándose conjuntamente la acción civil con la penal, se ejercitara una acción de trascendencia real inmobiliaria (cfr. art. 42.1 de la Ley Hipotecaria) y siempre que: *a)* del ejercicio de la acción pudiera resultar la nulidad del título en virtud del cual se ha practicado la inscripción, y *b)* que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjuntara el texto de la querella del que se derivase la nulidad anteriormente dicha.

No cabe la práctica de la anotación solicitada por constar inscrita la finca a nombre de persona distinta del demandado, y no contener el mandamiento la manifestación expresa por la autoridad judicial relativa a la apreciación de la existencia de indicios racionales de que el verdadero titular registral es el imputado, y no acreditarse, además, el ejercicio de una acción con trascendencia real en el procedimiento entablado.

Resolución de 21-9-2006

(BOE 27-10-2006)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 11

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. ACCIÓN DE DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS. PRINCIPIO DE AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN.

La Agencia Tributaria ha acordado en un expediente administrativo de derivación de responsabilidad por deudas a la Hacienda, que se ha seguido con intervención del titular registral, que éste, cónyuge del deudor tributario que había inscrito con anterioridad la finca a su nombre por liquidación de la sociedad de gananciales, tiene la consideración de responsable solidario de la deuda tributaria por haber colaborado en un acto de ocultación maliciosa de bienes. En dicho expediente se ordena la anotación de embargo preventivo sobre la finca. La Dirección General recuerda que el principio de autotutela administrativa, así como la imposibilidad de que el Registrador entre a

calificar el fondo de la decisión de la Administración, imponen la práctica del asiento, y en tanto queda claro que no se trata de un expediente que declare la nulidad de la liquidación de gananciales en sí mismo considerada, sino que se limita a hacer efectivas las facultades administrativas previstas en la LGT al efecto y, además, se ha dado la debida intervención al titular registral.

Resolución de 26-9-2006

(BOE 19-10-2006)

Registro de la Propiedad de Elche, número 1

HIPOTECA CAMBIARIA: GARANTÍA DE LOS INTERESES DE DEMORA. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O DETERMINACIÓN. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Esta Resolución, idéntica a la de 1 de junio de 2006, supone que nuevamente se ha visto obligada la Dirección General a rectificar el criterio que había mantenido en una Resolución dictada hace apenas un año, dando un giro de ciento ochenta grados y volviendo a la postura que sostuvo en sendos fallos dictados en el año 2002. Nos dice ahora en esta Resolución que, para zanjar definitivamente la cuestión —*sic*—, ha de entenderse posible garantizar con una misma cifra de responsabilidad hipotecaria los intereses de demora que pudieran generarse como consecuencia del impago de una letra de cambio, aunque el importe de esos intereses supere, de acuerdo con lo estipulado en la escritura de constitución de la hipoteca, el límite máximo que prevé el artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Sostiene en este nuevo fallo el Centro Directivo, que con una hipoteca cambiaria cabe también garantizar obligaciones extracambiarias, siempre que mantengan la debida conexión con la obligación propiamente cartular. Para ello defiende que ha de hacerse una interpretación flexible del principio de especialidad, en atención a las particularidades de este tipo de hipotecas, hasta el punto de considerar que no es preciso separar como cifras de responsabilidad distintas las cantidades que garantizan los citados intereses de demora, una para los que están dentro de los límites del mencionado artículo 58, y otra para los que excedan de tal frontera, dado que la simple aplicación de este precepto y las normas que imponen la interpretación de las cláusulas contractuales en los términos más favorables para que produzcan efecto hacen innecesario tal determinación separada.

Resolución de 27-9-2006

(BOE 19-10-2006)

Registro de la Propiedad de Arona

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: FORMA DE ACREDITARLA EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

Considerando que es aplicable al ámbito de la representación orgánica, entiende la Dirección General que conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se estima imprescindible la realización por el Notario autorizante del título calificado del pertinente juicio de suficiencia de las facul-

tades del representante en relación con el concreto acto realizado, facultades que resultan del documento que al mismo Notario se le exhibe, sin que resulte admisible la mera reseña identificativa del citado documento.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 24-7-2006

(BOE 15-9-2006)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

ACUERDOS SOCIALES. CERTIFICACIÓN DE LAS ACTAS. CALIFICACIÓN. REGISTROS EN DIVISIÓN PERSONAL. NOTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN.

En la certificación debe expresarse la fecha y el sistema de aprobación del acta, salvo que sea notarial. Si en la elevación a público de los acuerdos se toma como base el acta original, el Libro de actas o testimonio notarial de los mismos, la escritura debe recoger todas las circunstancias del acta necesarias para calificar la validez de aquéllos y, entre otras, las relativas a la aprobación del acta al ser ésta presupuesto de la ejecutividad de los acuerdos.

La DG parece no considerar suficiente para entender cumplido el artículo 18 del Código de Comercio, la mera referencia al cumplimiento del mismo que hace el Registrador en su nota.

No cabe efectuar la notificación de la calificación negativa al Notario por vía telemática, sino cuando conste fehacientemente que éste acepta este sistema.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

*LA PRIORIDAD DEL NACIMIENTO. DERECHOS DE PRIMOGENITURA. SU-
CESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS.*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada
Doctora Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

La actual sociedad democrática está regida por el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. No obstante, la larga tradición histórica de la que nuestra sociedad es partícipe, posibilita la existencia de títulos nobiliarios que no otorgan ningún estatuto de privilegio (incompatible con el principio de igualdad), tratándose únicamente de una distinción meramente honorífica y cuyo contenido se agota en el derecho a usarlo y a protegerlo frente a terceros. Sin olvidar su finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento. Por último debemos tener en cuenta que la sucesión en el título queda vinculada a las personas que pertenezcan al linaje del beneficiario de la merced.

En conexión con el simbolismo histórico consustancial a dichos títulos, las normas que regulan la sucesión de los mismos proceden de época histórica en que la nobleza titulada se consolidó como un elemento social privilegiado, y contienen reglas como el principio de masculinidad o preferencia del varón.

Estas ideas de masculinidad y preferencia del varón, sin duda ajustadas a los valores del antiguo régimen, resultan totalmente incompatibles con la sociedad actual.

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones en relación con el tema de la sucesión en el título nobiliario, generalmente abocando por el mantenimiento de los principios objetivos de primogenitura

y representación. Aunque es conveniente analizar la evolución de la misma y estudiar todas las perspectivas.

a) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC, en sentencia de 24 de mayo de 1982, proclamó que las mercedes nobiliarias quedan al margen del texto constitucional y se siguen rigiendo por sus normas peculiares y exclusivas y ello lo acordó a propósito de la exigencia de un título de constitución de la merced, que contenía cláusula obligando a los aspirantes a casar con persona noble. Cualquier diferencia de trato que sirva como criterio preferencial, constituye una desigualdad admisible y no una discriminación relevante.

b) LA JURISPRUDENCIA Y LA *DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER*

La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1989, declaró de forma tajante que la antigua preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones de títulos nobiliarios había de entenderse discriminatoria y contraria a la Constitución, en base al artículo 14, y a la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, que obliga y vincula, en cuanto a pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno, al ser ratificado por España el 16 de diciembre de 1983 (*BOE* de 21 de mayo de 1984) (1).

El mismo fallo de la sentencia establece que la antigua preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones en Títulos nobiliarios ha de entenderse actualmente discriminatoria y en consecuencia, abrogada por inconstitucional sobrevenida con referencia a las sucesiones producidas a partir de la promulgación y vigencia de la CE.

c) LA JURISPRUDENCIA Y EL *PRINCIPIO DE MASCULINIDAD*, COMO RECTOR DE LA SUCESIÓN NOBILIARIA

Se ha venido manteniendo por la jurisprudencia que la sucesión de los títulos nobiliarios es de carácter excepcional y especial, constituyendo el acto constitutivo o de concesión del título la ley y norma fundamental de su cesión,

(1) Su artículo 1 es terminante al señalar que: «a los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera».

El hecho de que España ratificase la tan repetida Convención con la sola reserva de que *no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona Española*, evidencia que la prohibición de discriminar a la mujer rige en todas aquellas materias cometidas a una regulación legal, y no se refiere tan sólo al nacimiento y ejercicio de derechos fundamentales.

no suponiendo la adopción del principio de la masculinidad, un trato discriminatorio para la mujer, pues tan objetivo puede ser el de la primogenitura como el de la varonía, habiendo optado incluso la Constitución Española de 1978, por el mismo criterio de la masculinidad al regular el orden de suceder en la Corona.

El fundamento de la masculinidad es uno de los tres factores que tradicionalmente han condicionado el mejor derecho a una dignidad nobiliaria, junto con el de primogenitura y representación. Según la STS de 18 de abril de 1995, sólo el de masculinidad carece de objetividad (sinónimo de imparcial o justo). Pues su fundamento no es otro que la desigualdad jurídica de sexos sancionada como principio general en las Partidas (2), principio que se mantuvo y consolidó a lo largo de los siglos con generalizada aceptación social, tan distinta y contraria a la propia y actual del tiempo presente, y que pasó a la redacción originaria de del Código Civil.

La desigualdad que implica el principio de masculinidad no deriva de una relación jurídico-privada, sino directamente de la Ley, por lo que no se trata de una simple desigualdad de hecho sino de derecho ante la ley.

d) LA JURISPRUDENCIA Y LOS PRINCIPIOS OBJETIVOS DE PRIMOGENITURA Y DE REPRESENTACIÓN

La Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia de 9 de febrero de 1994, entendió y mantuvo como criterios o principios objetivos el de primogenitura y el de representación, los cuales se asientan en un orden lógico y necesario derivado de la propia naturaleza de las cosas, en la realidad jurídico-social y en la máxima jurídica *prior tempore potior iure*, que consagra en nuestro ordenamiento el artículo 31 del Código Civil, al señalar la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles, dé al primer nacido los derechos que la ley reconoce al primogénito.

La misma STS de 18 de abril de 1995, sí precisó la justificación objetiva y razonable de este criterio de primogenitura, en base a la preferencia de edad en cuanto que, partiendo del carácter indivisible del Título Nobiliario, el criterio de que quien primero nace o llega al mundo resulta justificado por:

- Asentar un orden lógico, elemental y necesario para la seguridad jurídica y viene a ser un criterio preferencial que deriva de la propia naturaleza de las cosas.
- Es puntual expresión del principio o máxima jurídica *prior tempore potior iure*, que rige y se aplica en numerosos campos del Derecho.
- Es un criterio objetivo que además aparece avalado por la propia realidad jurídico-social en numerosas manifestaciones de la vida cotidiana.
- El citado principio, sin ninguna matización excluyente o postergadora (discriminatoria) es un principio indiscutible de vigencia y reconocimiento tanto en tiempo pasado como en el Derecho vigente postconstitucional (3). El artículo 31 del Código Civil sigue este criterio en el caso

(2) Ley 2-23-4.º De mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas o en muchas maneras, así como se muestra abiertamente en las leyes de los títulos de este nuestro título...

(3) El orden de primogenitura fue precisamente el que configuraba el derecho sucesorio general de mayorazgo, que por ello así se denominaba (*maior natu*) y cuenta

de partos dobles, pues el primogénito es el primer nacido, sea hombre o mujer.

III. LEY SOBRE IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN DE SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

El pasado 31 de octubre de 2006 se publicó en el *BOE* la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, en cuya exposición de motivos se recogen los planteamientos introducidos y analizados por la jurisprudencia, a fin de adoptar la plena igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales, como se reconocen en la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España en 1984.

En esa línea se mantiene que el principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de nuestro pasado histórico.

Por ello la ley reconoce que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquél de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey.

En dos artículos, la citada Ley establece que el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y los títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos (art. 1).

En conexión con este nuevo reconocimiento se establece que dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y de grado o sólo de grado en ausencia de preferencia de línea o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer (art. 2-1.º).

IV. EL DERECHO DE PRIMOGENITURA Y LA CORONA

No podíamos terminar este ínfimo estudio sin señalar que la materia relativa a las sucesiones nobiliarias no puede confundirse con la relativa a la sucesión de la Corona, ya que su carácter de Derecho público constitucional aparece específicamente regulada y diseñada en el artículo 57 CE, que no puede hacerse extensiva a las sucesiones civiles o privadas en Títulos Nobiliarios, expresivos estos de meras distinciones u honores (4).

hoy día con reconocimiento legal expreso tanto en el Código Civil vigente como, por ejemplo, en el Derecho Sucesorio de Cataluña.

(4) Vid. STC de 24 de mayo de 1982.

RESUMEN

PRIMOGENITURA Y TÍTULOS
NOBILIARIOS

La sociedad democrática actual se rige por el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley. En relación con la sucesión de títulos nobiliarios, la jurisprudencia, adelantándose a la ley, ha evolucionado del principio de masculinidad —en donde se percibía un trato discriminatorio de la mujer— al principio de primogenitura, criterio objetivo en línea con el principio de igualdad del hombre y de la mujer, y recogido por la reciente Ley de 31 de octubre de 2006.

ABSTRACT

PRIMOGENITURE AND TITLES
OF NOBILITY

Current democratic society is governed by the principle that all citizens are equal in the eyes of the law. In connection with succession to titles of nobility, jurisprudence, stealing a march on the law, has evolved from the principle of masculinity (under which women receive discriminatory treatment) to the principle of primogeniture, an objective criterion that is in line with the principle of the equality of men and women and was stated in the recent law of 31 October 2006.

1.2. Derecho de familia

LA IGUALDAD CONYUGAL EN LA ACTUALIDAD.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el matrimonio genera efectos personales pero también *patrimoniales*. Los cónyuges establecen con el matrimonio una comunidad de vida que genera intereses de carácter patrimonial. Intereses que pueden regularse de diferente manera dependiendo de los cónyuges y/o de las familias de origen.

El legislador ha previsto la libertad de los cónyuges para decidir las reglas patrimoniales y, a la vez, ha establecido normativamente con carácter general uno o varios regímenes económicos del matrimonio a fin de solventar problemas existentes durante la vida matrimonial o cuando la pareja se disuelva.

II. IGUALDAD CONYUGAL

El artículo 1.315 del Código Civil parte del principio de que la libertad de configuración del régimen económico-matrimonial es plena sin otras limitaciones que las establecidas por el propio Código Civil (1).

(1) Artículo 1.315: El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.

Precepto que se desarrolla por el artículo 1.328 del Código Civil, que insiste en la nulidad de cualquier estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge (2).

La Constitución de 1978 también ha querido establecer como principio básico la igualdad interconyugal, y así lo pone de manifiesto en el artículo 32.1 (3).

III. LÍMITES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONYUGAL

La igualdad conyugal establecida por los artículos 1.328 y 66 del Código Civil implica el reconocimiento legal al marido y mujer, o a los cónyuges en general, de los mismos derechos indistintamente en todos los sectores de la vida familiar. La igualdad garantiza a ambos cónyuges a participar igualmente en la dirección familiar.

Desde esta perspectiva hay que leer el artículo: prohibiendo todas las estipulaciones que integren el contenido escrito o propiamente estatutario de las capitulaciones que no respeten la plena igualdad de derechos entre cónyuges. De esta forma hay cuatro vías sobre las que se discute la posibilidad o no, de los pactos por no respetar «en cierta medida» la igualdad» (4):

1. Constitución de un régimen dotal. En principio no es compatible con el artículo 1.328, pues implica la dejación por un cónyuge de todos los poderes económicos en manos del otro. Pero sí es válido el pacto por el que se confiere una libertad individualizada de carácter dotal.

2. Administración de los bienes comunes o parte de ellos por uno sólo de los cónyuges. Aunque la doctrina mantiene puntos contrapuestos al respecto, pues podría considerarse que estaría en contra de la igualdad de derechos entre los cónyuges al no haber reciprocidad, en todo caso este argumento podría descartarse manteniendo la validez del pacto de concesión de un poder revocable para administrar dichos bienes.

3. Disposición de bienes comunes por uno sólo de los cónyuges. A diferencia del punto anterior, entendemos la disposición como aspecto «más serio» que la simple administración de bienes por uno sólo de los cónyuges. Sería válido el pacto que suprimiera la necesidad del consentimiento del otro (tanto hombre como mujer) en los casos legalmente exigidos, siempre que dicha dispensa operase en términos de reciprocidad. Aunque desde luego se puede pactar dicha disposición de bienes en un poder revocable.

4. Administración y disposición por un cónyuge de los bienes privativos del otro. Éste si es un pacto limitativo de la igualdad conyugal. Aunque cabe su concesión en un poder revocable.

(2) Artículo 1.328: Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

(3) Artículo 32: 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Precepto encuadrado dentro de la Sección 2.ª de los *derechos y deberes de los ciudadanos*, del Capítulo segundo *Derechos y Libertades*, del Título I dedicado a los *Derechos y Deberes fundamentales*.

(4) MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, *Artículo 1.328 del Código Civil. Comentario del Código Civil*, T. 7, Bosch, Barcelona, 2006.

El artículo 1.328 del Código Civil establece la nulidad absoluta que contraviniera los tres primeros límites señalados. Y la nulidad sería parcial al mantenerse la validez del resto de los pactos contenidos en las capitulaciones matrimoniales.

La jurisprudencia no se detiene en concretar esta igualdad conyugal, pero sí la pone de manifiesto para resolver otras cuestiones conexas.

Uno de los supuestos más utilizados se encuentra en el cambio de régimen económico-matrimonial que supone la disolución del sistema de gananciales por el de separación de bienes que no puede perjudicar a terceros. Lo cual es lógico en base al principio de seguridad jurídica y para evitar actuaciones torticeras (5). Y también en otros supuestos en los que se denuncia la disposición de bienes bajo los efectos invalidatorios de la intimidación (6).

IV. IGUALDAD CONYUGAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia 39/2002, de 14 de febrero de 2002, del Pleno del Tribunal Constitucional (Ponente: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo) entendió vulnerado el principio de igualdad conyugal, y consiguientemente derogó por inconstitucional, la norma que designaba la ley personal del marido como punto de conexión residual para la determinación de los efectos del matrimonio, incluidos los económicos, cuando los cónyuges no habían otorgado capitulaciones.

El Tribunal realizó el juicio sobre la vulneración del *principio de igualdad*, exigiendo en primer lugar que la norma introdujese una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, y, además, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso.

En base a estos dos parámetros, el Tribunal entendió que no cabía duda de que el artículo 9.2 del Código Civil, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual para la determinación de la ley aplicable, introducía una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica.

(5) Una de las sentencias que pone de manifiesto lo señalado es la STS de 21 de diciembre de 2001, que estudiaba el supuesto en el que el esposo recurrente, en un acto de administración de la sociedad de gananciales afectó determinada suma de dinero ganancial para cumplimentar una fianza judicial: lo que debe producir todas sus consecuencias en el sentido de mantener dicho depósito afecto a unas presuntas responsabilidades, sean personales o patrimoniales, ya que suponía una afección de la sociedad de gananciales a una concreta deuda.

(6) STS de 15 de enero de 2004: «La Sala *a quo* declaró la nulidad de las escrituras (se refiere a dos escrituras de capitulaciones matrimoniales)... cuya causa no es otra que haber concurrido en aquel otorgamiento el vicio invalidatorio de la intimidación sufrida por la esposa a causa de la conducta del marido denunciado..., el demandado tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de la esposa, a la que amenazaba constantemente, o que el dicente veía acobardada a su hermana e influenciada por su marido, que la amenazaba continuamente con matar a su familia y suicidarse..., etc. Del carácter violento del demandado no deja margen alguno de duda la sentencia del Juzgado de lo Penal de Orense, que lo condena por agredir a su hijo dándole un golpe en la cabeza con un hacha al levantarse de la mesa tras el almuerzo familiar...».

El precepto cuestionado se oponía, no sólo al artículo 14 CE, sino también al más específico artículo 32 CE, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón.

Este Tribunal, partiendo de la Constitución y de los textos comunitarios e internacionales sobre la igualdad, ha reaccionado siempre frente a toda norma o acto aplicativo que supusiese la discriminación de la mujer, alineándose así tanto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 22 de febrero de 1994, caso Burghartz, en relación con la determinación del apellido familiar) como con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otros Tribunales Constitucionales. En este mismo sentido, la sentencia de 22 de febrero de 1983 del Tribunal Constitucional Federal alemán, con relación a un supuesto que guarda esencial identidad al que es objeto de nuestro estudio, declaró inconstitucional el artículo 15, apartados 1 y 2, primer párrafo, de la Ley de Introducción del Código Civil Federal en cuanto establecía la ley personal del marido como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, afirmando que tal preferencia resulta contraria al principio de igualdad, con independencia de que el resultado de la aplicación de la norma sea o no más beneficioso para la mujer, pues basta con la preterición de ésta para que haya de entenderse lesionado el artículo 3.2 de la Ley Fundamental, y sin que pueda considerarse que constituya una justificación constitucionalmente legítima del otorgamiento de preferencia a la ley personal del marido a los indicados efectos que el establecimiento de tal punto de conexión confiera una mayor certeza a la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

Con idéntica orientación y sentido, la Corte Constitucional italiana sostuvo en su sentencia de 26 de febrero de 1987, que la preferencia por la ley nacional del marido como punto de conexión en una norma de Derecho Internacional Privado semejante a la aquí estudiada, es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo y, con carácter específico, al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Como ya se ha anticipado, el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable, pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad.

RESUMEN

IGUALDAD CONYUGAL

La igualdad conyugal es uno de los principios matrimoniales que genera efectos personales y patrimoniales. La

ABSTRACT

CONJUGAL EQUALITY

Conjugal equality is one of the matrimonial principles that have personal and asset-related effects. Conju-

igualdad conyugal en el ámbito patrimonial garantiza a ambos cónyuges a participar igualmente en la dirección familiar. El Código Civil establece la nulidad de cualquier pacto que no respete dicha libertad.

gal equality in the asset-related sphere guarantees that both spouses participate equally in family management. The Civil Code establishes that any accord failing to respect this freedom is null.

1.3. Derechos reales

LA IDENTIDAD INDUBITADA DE LA FINCA COMO PRESUPUESTO NECESARIO PARA PRACTICAR UN EXCESO DE CABIDA, Y SU CARÁCTER RECTIFICADOR DE DATOS ERRÓNEOS.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. EXCESO DE CABIDA: CONCEPTO Y NATURALEZA

El exceso de cabida es aquella operación registral en virtud de la cual se pretende hacer coincidir la realidad registral con la extrarregistral cuando la finca inscrita en el Registro tiene una menor cabida registrada que la que tiene en la realidad. Es decir, se pretende con la misma modificar la cabida registral de la finca cuando en la realidad es mayor que la que aparece reflejada en el folio registral.

El fundamento de esta operación, como ya hemos dicho, se encuentra en la necesidad de que los datos registrales coincidan con los de la realidad extrarregistral, en aras de favorecer o sostener la presunción de exactitud registral.

Además, si no se aumenta la cabida registral —errónea— puede, por ejemplo, impedirse alguna segregación o división de la finca por falta de cabida para llevarlas a cabo.

Es una importante operación, cuya naturaleza ha sido discutida, pues se ha podido insinuar que se trata de una operación de tipo inmatriculatorio, ya que en definitiva, lo que hace es incorporar un nuevo «trozo» de finca al Registro, pero esta idea ha sido superada por la doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que no tiene carácter inmatriculatorio, sino que se trata más bien de un supuesto de rectificación de errores.

Confirma esta tesis la RDGRN de 19 noviembre de 1998, donde estableció la siguiente doctrina: «La registración de excesos de cabida sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie a que ahora se pretende constar es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos registrados originariamente».

La doctrina establecida en esta resolución ha sido repetida con posterioridad en multitud de resoluciones, entre ellas, a modo de ejemplo: RRDGRN de 3 de noviembre de 1999, 3 de febrero y 8 de abril de 2000, 17 de junio y 5 de noviembre de 2002, 3 de febrero, 17 de mayo, 12 de julio y 20 de noviembre de 2003, 6 de octubre de 2004, 3 de enero, 17 y 18 de febrero de 2005, 29 de abril y 1 de julio de 2006.

Se trata, por tanto, de un simple procedimiento de rectificación de errores: errores en la cabida de la finca, pues hay que adaptar la mayor cabida que tiene en la realidad a la menor publicada; pero, en ningún caso, a través del exceso de cabida puede pretenderse «incorporar» o «añadir» un nuevo trozo o espacio a la finca. No puede confundirse con un procedimiento inmatriculador.

Si por el contrario, lo que se pretende es, precisamente, incorporar una nueva superficie, o sea, ampliar la cabida y la superficie material de la finca, normalmente «añadiendo» la superficie de una finca colindante, nos encontramos ante una inmatriculación, encubierta o no, de una finca y entonces, debe seguirse un procedimiento inmatriculador de esa nueva finca (o parte), seguido, si fuera necesario, de una agrupación posterior. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la RDGRN de 3 de noviembre de 1999: «Fuera de esta hipótesis (la de rectificación de errores), la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente» (1). Esta Resolución, como muchas otras en el mismo sentido, se produce cuando se pretende, a través de un exceso de cabida, modificar la superficie de la finca inscrita a una cabida muchísimo mayor que la ya registrada. La anormal desproporción entre ambas cifras lleva a sospechar que lo que se pretende es la incorporación de una nueva finca, y no la rectificación de datos erróneos. Para ello, como ya hemos señalado, será procedente la inmatriculación más agrupación.

Parece que la naturaleza del exceso de cabida es la de una mera operación rectificatoria, y que sobre la misma no queda duda alguna tras la insistente doctrina, ya expuesta, del Centro Directivo. Sin embargo, la duda o idea que existía sobre esta operación registral, como inmatriculación, puede provenir del propio texto normativo, pues el RH, en su artículo 298.3 RH, habla de «inmatricular el exceso» (2), sin olvidarnos de que la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 llegó a imponer a las inscripciones de los excesos de cabida la limitación del artículo 207 LH, de suspensión de efectos de la fe pública frente a terceros durante dos años, lo que agravó su semejanza con

(1) Véase, en el mismo sentido, las siguientes Resoluciones: 31 de mayo de 1999; 2 de febrero y 8 de abril de 2000; 17 de junio de 2002; 24 de junio y 6 de agosto de 2005, entre otras.

(2) Artículo 298.3.1.º RH: «Asimismo, podrán inmatricularse los excesos de cabida de las fincas ya inscritas, que resulten de los títulos públicos de adquisición, siempre que se acredite en la forma prevista en el apartado 1 la previa adquisición de la finca por el transmitente con la mayor cabida resultante, se exprese la referencia catastral y se incorpore o acompañe certificación catastral descriptiva y gráfica, que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida y de la que resulte que la finca se encuentra catastrada a favor del titular inscrito o del adquirente...».

una verdadera inmatriculación (afortunadamente la STS de 31 de enero de 2001 declaró nulo el párrafo que contenía dicha apreciación). Ésta, a mi modo de ver, inadecuada redacción del reglamento, puede originar diversas interpretaciones; una favorable a su naturaleza inmatriculatoria, y otra que la rechaza. Recoge bien esta dualidad, Juan BARRIOS ÁLVAREZ (3), que afirma que:

- a) Si se pone el acento en la palabra inmatricular, puede pensarse que se está habilitando otro procedimiento inmatriculador a través del exceso de cabida, semejante al previsto en el artículo 298.1 RH, pero limitado a aquellos supuestos en los que la porción de terreno que se pretende inmatricular aparezca previamente confundida en la descripción catastral con la ya registrada, a la que se pretende unir. Argumentos a favor de esta tesis son, según este autor:
 - Que ya está previsto aplicar medios inmatriculadores al exceso de cabida en el artículo 200 LH, que remite al 205 y 53-dos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del Orden Social (4).
 - De este modo se podría concluir que si se aplica el procedimiento del artículo 298-3.1.º RH, será necesaria la publicación de edictos y la suspensión de efectos de la fe pública durante dos años. Y así se dan garantías suficientes sin necesidad de describir la finca que accede con sus linderos, tal como exige el artículo 51 RH.
- b) Si se le da preferencia a la palabra exceso de cabida, continúa BARRIOS, parece que el artículo 298 RH se limita a «establecer un medio más para rectificar una superficie de una finca ya existente, y sólo se emplea la palabra inmatriculación porque el medio previsto para acreditar el exceso es uno de los medios que también pueden ser utilizados con fines inmatriculadores; en este caso no podrá acudir a este artículo si previamente se reconoce la existencia de una superficie no inmatriculada».

Coincido con este autor y su segunda interpretación, que es la que acoge la RDGRN de 6 de agosto de 2005, destacando que no puede confundirse el que se utilice un medio inmatriculador para dar seguridad y acreditar un dato de hecho, con el que se trate de una inmatriculación propiamente dicha.

(3) Véase BARRIOS ÁLVAREZ, J., «Comentario a la RDGRN de 6 de agosto de 2005», en *La Notaria*, núm. 19-20, julio de 2005.

(4) Artículo 53 de la Ley 13/1996. Constancia registral de la referencia catastral: Dos. Cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título no se corresponda con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado, o cuando éste no refleje dichos datos o lo haga en términos que no permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título, sólo podrá reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca. En todo caso, habrán de publicarse los edictos prevenidos en dichos artículos, en los que se exprese que a la finca registral que se describe se le atribuye la referencia catastral reseñada en el documento. La consignación registral de la referencia catastral no producirá efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo.

Dicho lo cual, creo que hoy no puede ponerse en duda la naturaleza de procedimiento de rectificación del exceso de cabida, lejos de cualquier carácter inmatriculador, tal y como es aceptado, hoy, unánimemente por la doctrina (5).

II. REQUISITOS DEL EXCESO DE CABIDA

Para la correcta y posible inscripción registral del exceso de cabida es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que sea realizado por el propietario: siempre debe ser el propietario de la finca inscrita quien solicite la inscripción del exceso de cabida al Registrador. De otra forma, si el que solicita la práctica del exceso fuera persona distinta de quien aparece como titular registral de la finca con cabida erróneamente expresada en el registro, ha de rechazarse la inscripción solicitada. De este modo, no sería, por ejemplo, posible practicar una inscripción de exceso de cabida, cuando, dividida una finca en tres, y adquirida cada parte resultante por una persona distinta, inscritas dos de las mismas en el registro y denegada la inscripción de la tercera por falta de cabida, el nuevo adquirente solicita, entonces, el exceso. En este caso, debe rechazarse, pues debía de haber sido el propietario de toda la finca matriz quien solicitara el exceso antes de la división, ya que ahora, el propietario de la nueva finca (parte solamente de aquélla con cabida inscrita errónea y menor de la real) no puede hacerlo.
2. No puede hacerse el exceso de cabida si la finca aparece inscrita sin medida superficial alguna.
Bien porque no se expresó, en contra de todo lo establecido en el artículo 9 LH y 51 RH; o bien porque tras sucesivas divisiones o segregaciones, la finca se haya quedado sin cabida registral, aunque en la realidad si exista finca (6).
3. En tercer lugar, es absolutamente necesario que no existan dudas sobre la identidad de la finca.
El Registrador deberá rechazar la inscripción del exceso de cabida cuando tenga o existan dudas razonables sobre la identidad de la finca.
¿Cuándo existen dudas razonables de identidad? Tanto la Ley como la Jurisprudencia han ido delimitando esos supuestos de dudosa identidad, que desarrollamos en el siguiente epígrafe propio.

(5) Véase, entre otros, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 3.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 519; CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 218-220; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHEZ REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil, III-bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 68.

(6) Es, por ejemplo, lo que ocurre en el supuesto explicado en el requisito 1.

III. IDENTIDAD DE LA FINCA COMO REQUISITO NECESARIO

Es presupuesto necesario para practicar un exceso de cabida que la finca permanezca idéntica, que no haya sufrido alteración alguna en su cabida registral; pues sólo así el Registrador tendrá la seguridad de que la finca sobre la que se pretende el exceso es exactamente la misma que aparece inscrita en el Registro. Esta exigencia viene perfectamente recogida en el artículo 298.3 RH al decir que: «En todos los casos será indispensable que no tenga el Registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca...».

¿Qué hemos de entender por dudas fundadas? ¿Cuándo se puede dudar de la identidad de la finca? El RH en el mismo artículo afirma que son dudas fundadas «aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca, o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie». El reglamento, entonces, establece dos supuestos en los que no se cumple el presupuesto de identidad de la finca: a) haberse practicado otro exceso, o b) proceder la finca de otra operación formal registral.

CURIEL LORENTE, razonablemente, afirma que esos supuestos más que generar dudas razonables sobre la identidad de la finca, «pueden sembrarlas sobre el exceso que retrata de inscribir», y que lo que se pretende con estos dos supuestos es controlar no tanto la identidad de la finca como la realidad de la superficie que se pretende inscribir y, sobre todo, que esa superficie forma parte de la finca inmatriculada y no procede de otras fincas» (7).

La jurisprudencia registral ha insistido en varias ocasiones en esta idea, y mantiene la imposibilidad de inscribir un exceso de cabida cuando la finca procede de una segregación, agrupación, división o agregación. Tal es el caso de las RRDGRN: de 19 de noviembre de 1998, de 17 de junio de 2002 y de 1 de julio de 2006.

Pero, además de estos supuestos establecidos en el RH que siembran «dudas fundadas» en el Registrador, la jurisprudencia ha detectado otros:

- a) Existe duda fundada cuando la diferencia de superficies entre la finca inscrita y la que se pretende rectificar como exceso es desproporcionada. Es decir, la cabida que se pretende introducir en el Registro es muchísimo mayor que la que tiene inscrita, lo que hace sospechar que no es tanto una rectificación de la misma como una inmatriculación encubierta: la incorporación de parte o toda una finca colindante. En este sentido encontramos las RRDGRN de 9 de mayo de 1961 y 2 de febrero de 2000. En esta última, después de repetir la famosa doctrina de la DGRN de que el exceso de cabida es un procedimiento de rectificación de datos erróneos registrales, lo cual exige que con tal rectificación no se altere la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, haciendo entonces imprescindible que no existan dudas sobre la identidad de la finca, concluye que sí existen dudas fundadas sobre la misma cuando «la desproporción entre la cabida inscrita y la que ahora se pretende reflejar ha de concluirse la imposibilidad de acceder ahora a la registración de la cabida pretendida al margen de los medios previstos en el 199 LH».

(7) Véase CURIEL LORENTE, F., «Inmatriculación. Reanudación...», *ob. cit.*, págs. 221-222.

Sin embargo, en la RDGRN de 8 de octubre de 2005, también se describe en los hechos una desproporción exagerada entre la cabida de la finca inscrita y la que se pretende inscribir (que es el doble), pero aquí el Registrador no tiene dudas fundadas sobre la identidad de la finca, sino que suspende la inscripción de exceso por no aportarse «título jurídico que lo justifique», únicamente se aporta certificación catastral que recoge ese exceso. Añade el Registrador que el defecto puede subsanarse por expediente de dominio o acta de notoriedad. La Dirección General estima el recurso afirmando que si no hay dudas fundadas en el Registrador, el exceso debe inscribir, y que debe considerarse acreditado la previa adquisición del exceso, cuando en la escritura que se presenta ha sido mencionada y está reflejada bajo la fe del Notario. Es decir, a la luz de esta Resolución, se nos plantea la duda de si la diferencia desproporcionada de cabidas puede o no constituir «duda fundada» según el criterio del Registrador; lo cual nos lleva a pensar que esas «dudas fundadas» fuera de los casos previstos por el 298.3 RH, pueden ser un concepto jurídico indeterminado, tal y como afirma Miguel Ángel MARTÍNEZ, quedando «a la consideración, por no decir al arbitrio del Registrador» (8).

- b) Hay duda fundada cuando se modifican o alteran los linderos de la finca. Varias Resoluciones han mantenido esta postura, entre ellas, RRDGRN de 24 de junio de 2005 y 10 de mayo de 2005, que afirman que «este Centro Directivo ha reiterado que para la inscripción de un exceso de cabida es necesario que no existan dudas sobre la identidad de la finca. Y en el presente caso, dichas dudas están fundadas en que, según las descripciones registrales, las fincas no colindan entre sí, sino que parecen lindar —una por la izquierda y otra por la derecha— con una tercera, supuesto este que incide sobre los dos defectos observados por el Registrador porque, mientras dicha duda no se aclare, ni se puede inscribir la agrupación por colindancia, ni puede inscribirse el exceso de cabida, pues podría tratarse de encubrir la aplicación del folio de la finca agrupada a una nueva realidad física, lo cual excede del ámbito de dicha figura».

Considero, al igual que CURIEL LORENTE (9), que la confusión de linderos no debería ser, sin más, un supuesto de identidad dudosa de la finca. Es decir, como dice este autor, que «lo que no cabe es condicionar la inscripción del exceso a que no se modifiquen al mismo tiempo los linderos de la finca», pues es normal que al rectificar la extensión superficial, se pueda aprovechar para rectificar las lindes, tantas veces tan mal trazadas y mal referenciadas en nuestro sistema. Sobre todo, no cabría duda de la identidad de la finca, cuando dicha rectificación de linderos más el exceso se haya llevado a cabo por alguno de los procedimientos inmatriculadores (expediente de dominio, título público o acta de notoriedad), en los que no cabe duda de la identidad de la finca. Aunque probablemente, lo correcto ante una rectificación de

(8) Véase MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario a la Resolución de 17 de junio de 2002», en *La Notaria*, núm. 7-8, julio de 2002.

(9) Véase CURIEL LORENTE, F., «Inmatriculación. Reanudación...», *ob. cit.*, pág. 223.

linderos de este tipo sea hacer previamente un deslinde, y no aprovechar el exceso de cabida con tal menester (10).

Pero eso no quita para que si la confusión de linderos es total, y con los nuevos linderos se observa, por ejemplo, un aumento desmesurado de cabida, o una nueva descripción geográfica absolutamente dispar a la anterior recogida, considero que sí podría tener entonces el Registrador dudas fundadas para rechazar la inscripción del exceso.

- c) Las dudas sobre la identidad de la finca provienen del título utilizado para acreditar la titularidad y el exceso. En este caso, no estamos tanto ante un supuesto de dudosa identidad de la realidad física de la finca, como ante la insuficiencia del medio de acreditar la misma. Es decir, se duda de la identidad, muchas veces por el propio título o medio de solicitar el exceso de cabida.

La RDGRN, de 24 de junio de 2005, debate sobre la inscripción de unas escrituras de compraventa de fincas y posterior agrupación de las mismas en las que se declara un exceso de cabida. Se rechaza la inscripción del exceso por no quedar acreditado por la documentación presentada (certificado técnico), y aunque luego se justifica mediante certificación catastral gráfica y descriptiva de la finca agrupada, la Registradora, a la vista de otra documentación presentada y las alegaciones particulares, tiene dudas fundadas sobre la identidad de la finca y rechaza la inscripción del exceso solicitado. El Centro Directivo, basándose en la existencia de esas dudas fundadas de la Registradora, confirma la nota de calificación, y simplemente admite que, por el hecho de existir dudas fundadas, ya no debe practicarse el exceso, sin entrar a valorar si estaban o no justificadas dichas dudas (simplemente admite que se ha aportado documentación que permite cuestionarse el exceso, pero nada más) (11). Es decir, da igual que se presente título público con certificación catastral que justifique el exceso (es uno de los medios para practicar el exceso); como la Registradora tiene dudas procedentes de otros documentos y testimonios, no se practica la inscripción. Por lo tanto, en este caso, aún existiendo título que acredita el exceso, se rechaza la inscripción, y se deriva a un procedimiento previsto para las dobles inmatriculaciones (art. 306 RH). O sea, el título aportado para la inscripción del exceso de cabida no parece suficiente para practicarlo, y las dudas provienen de hechos externos de los cuales tiene conocimiento la Registradora, que parece no fiarse del propio título presentado, y da mayor credibilidad a la documentación presentada al margen de la propia escritura más la certificación catastral o a las alegaciones. ¿Y si el exceso se hubiera llevado a cabo

(10) En este sentido se manifiesta GÓMEZ TABOADA, J., «Comentario a la Resolución de 10 de mayo de 2005», en *La Notaria*, núm. 19-20, julio de 2005.

(11) RDGRN de 24 de junio de 2005: «En este caso, las dudas son fundadas por haberse aportado al expediente documentación que permite cuestionarse si tal exceso de cabida responde o no a un error de medida o a la inclusión de terrenos de titularidad discutida. En su caso, cabría acudir al procedimiento previsto en el artículo 306 RH.

De este modo, y dado que la inexistencia de las dudas señaladas es presupuesto para la constatación del exceso de cabida en el Registro, como se desprende de los artículos señalados y de la propia naturaleza de aquéllos, antes mencionada, no cabe sino mantener la calificación y defectos señalados por la Registradora».

a través de alguno de los procedimientos inmatriculadores? ¿Lo habría obviado igualmente la Registradora? Es cierto que el título público que debe acompañar a una certificación catastral para practicar el exceso de cabida no tiene que ser acreditativo de la transmisión o adquisición del dominio (y por eso es más débil que un medio inmatriculatorio), pero sí debería acreditar suficientemente la identidad de las fincas.

En la RDGRN de 17 de junio de 2002, de nuevo, a pesar de presentarse certificación catastral que constata el exceso de cabida, el Registrador suspende su inscripción porque entiende que del mismo no se deduce la perfecta identificación de la finca con la registral, a pesar de que el Registrador había mencionado en la inscripción de la finca, la referencia catastral que luego no reconoce como suficientemente identificatoria. La Dirección General confirma la calificación, otra vez, al entender que si existen dudas fundadas en el Registrador no debe practicarse el exceso. ¿Por qué un título público más certificación catastral y la referencia catastral de la cual se toma nota en el propio Registro no bastan para probar la identidad de la finca? ¿Por qué se admiten esas dudas fundadas? ¿Es que no ha quedado acreditada dicha identidad? ¿No es la certificación catastral (acompañando siempre al título público) un medio suficientemente válido para practicar el exceso de cabida?

El caso de la Resolución de 8 de octubre de 2005, que ya hemos comentado antes, es distinto a estos otros dos, sin embargo, también relacionado con el título que acredita la adquisición del exceso. En esta Resolución, el Registrador suspende la inscripción del exceso, no con base a sus dudas sobre la identidad de la finca, sino porque no se «aporta título jurídico que lo justifique». En este caso se aportó una certificación catastral que dejaba constancia de la mayor cabida de la finca, y posteriormente una nueva escritura en la que ya se recogía la nueva cabida reflejada en la anterior certificación catastral, y aseverada por el notario autorizante de que es así. En este caso, la Dirección General considera que sí está acreditada suficientemente la mayor cabida, pues queda mencionada en la escritura autorizada por el Notario; parece que la certificación catastral, aseverada posteriormente por el Notario, entonces sí es título suficiente que acredite el exceso. ¿Por qué entonces se permite por la Ley realizar excesos a través de títulos públicos (en este caso una escritura) acompañados de certificaciones catastrales, si luego les negamos eficacia acreditativa de los datos físicos?

IV. CONCLUSIONES

De las distintas Resoluciones que acabamos de examinar sobre el requisito de la identidad de la finca, podemos extraer varias conclusiones:

- a) La apreciación de dudas fundadas sobre la identidad de la finca, fuera de los casos recogidos expresamente por el legislador en el artículo 298.3 RH, a veces pueden quedar al «arbitrio» del Registrador, y justificarlas en datos que no se deducen de los propios títulos pre-

sentados, con la inseguridad jurídica que eso produce, ya que mientras existan dudas fundadas, no se va a practicar la inscripción del exceso, pues es la doctrina establecida y ya consolidada de la Dirección General.

- b) Si el procedimiento por el que se solicita el exceso de cabida es uno de los medios inmatriculadores, la posibilidad de existencia de dudas fundadas sobre la identidad de la finca se reduce enormemente. Mientras que si el medio de practicar un exceso es un título público con certificación catastral, o con informe técnico competente, las dudas sobre la identidad de la finca parecen multiplicarse, pues a juicio de los Registradores (que confirma el Centro Directivo) no queda acreditada suficientemente dicha identidad, no tanto por falta de datos, sino por insuficiencia del título que lo acredita.
- c) Por lo tanto, ¿qué es realmente lo que debe acreditarse en el exceso de cabida —mera rectificación de datos erróneos, según repetida doctrina registral—, la titularidad de la finca, o sea, la previa adquisición o transmisión del dominio, o sólo la constatación de la diferente cabida? Si mantenemos que se trata de un procedimiento de rectificación de errores, considero que bastaría acreditar el error; es decir, la diferente medida superficial de la finca. Y, sólo si fuera una inmatriculación, deberíamos acreditar la adquisición del dominio. ¿Es que los excesos que se llevan a cabo por procedimientos inmatriculadores no son realmente excesos de cabida sino que son verdaderas inmatriculaciones? Como no lo creo, tal y como se ha repetido incesantemente por la jurisprudencia registral, sólo puedo considerar criticables todas las resoluciones que admiten dudas fundadas sobre la identidad de la finca cuando realmente de lo que se tiene dudas es del medio que se utiliza para acreditarlo. Debería bastar, y no originar tantas dudas los excesos que se practican a través de un título público acompañado de informe técnico o certificación registral. Porque de lo que se trata es de rectificar datos de hecho que a través del Catastro considero que deben darse por acreditados. Es cierto que si se lleva a cabo por un procedimiento inmatriculador, la identidad y la titularidad es indubitada, pero no puede primarse estos medios inmatriculadores en detrimento de la certificación catastral, cuando la Ley lo admite con total normalidad, y cuando, en definitiva, sólo hay que modificar la expresión de una superficie errónea.

RESUMEN

EXCESO DE CABIDA

La constancia registral de un exceso de cabida implica que se cumplan una serie de requisitos absolutamente necesarios para su práctica. Entre ellos es imprescindible que el Registrador no albergue ninguna duda acerca de la identidad de la finca sobre la que se practica el exceso de cabida. Analiza-

ABSTRACT

BOUNDARY CORRECTION

Registration of boundary corrections involves fulfilment of a series of requirements that are absolutely necessary in order for registration to occur. Among other things, it is vital for the registrar to have no doubt whatsoever about the identity of the property whose boundary correction is being regis-

mos en estas líneas el porqué de este requisito y qué hemos de entender por «dudas fundadas» del Registrador, a la hora de rechazar la inscripción del exceso de cabida, así como la especial naturaleza de esta operación.

tered. We analyse why this requirement is set, what we should understand as «grounded doubt» when the registrar refuses to register a boundary correction and the special nature of this operation.

1.4. Sucesiones

SUCESIÓN HEREDITARIA. LEGÍTIMA: MEJORA, REQUISITOS, VOLUNTAD INEQUÍVOCA DE OTORGARLA.

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

Este estudio tiene como objeto analizar algunas sentencias que tratan de la mejora y, de forma particular, qué requisitos debe reunir para que sea considerada como tal, con especial relevancia la necesidad de que haya una voluntad inequívoca de mejorar. Asimismo, se estudia qué ocurre en el caso de donación *inter vivos* que excede del tercio de legítima y del de libre disposición hecha por el causante a una hija legitimaria, sin que haya dispuesto de la mejora a su favor.

La mejora ocupa un lugar intermedio entre las legítimas y la parte de libre disposición. Constituye una mezcla entre la sucesión forzosa y la voluntaria, de modo que la ley concede libertad de testar de manera total en cuanto al tercio de libre disposición y de manera restringida en cuanto al tercio de mejora (1).

La mejora constituye un acto de voluntad que tiene como objetivo beneficiar al mejorado con una ventaja de carácter económico. Puede atribuirse tanto a título universal como institución de heredero, o a título particular como legado o prelegado, si el mejorado es un heredero. Puede, también, hacerse por medio de donación.

La mejora efectiva es el producto de dos designaciones: una legal, de carácter abstracto, que enuncia las personas que pueden recibir esa merced, y otra de carácter concreto, hecha por el causante cuando determina el descendiente favorecido (2).

La mejora efectiva supone un verdadero acto de disposición del testador cuando hay varios descendientes legítimos, de modo que provoca una desigualdad entre ellos (3).

Como recoge la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1982, a la luz de los artículos 808 y 823 se deduce que la parte disponible a favor

(1) José PUIG BRUTAU, pág. 248, voz «Mejora», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVI, dirigida por Buenaventura PELLISÉ PRATS, Barcelona: Francisco Seix, 1978.

(2) FUENMAYOR CHAMPÍN, «La mejora en el sistema sucesorio español», en *IUS*, 1945.

(3) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo V, vol. 2, pág. 449.

de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítimo frente a extraños, pero no frente a los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre ellos con tales dos tercios: el libre y el de mejora, si bien este último está afecto a las limitaciones de los artículos 825 y 828.

II. LA VOLUNTAD EXPRESA DE MEJORAR

En principio sólo hay mejora cuando el testador así lo ha dispuesto en su testamento, es decir, es necesaria una declaración expresa en consonancia con el artículo 825 del Código, que señala que ninguna donación *inter vivos* a favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1982, pone de manifiesto que el tercio de mejora está sujeto a las limitaciones de los artículos 825 y 828, que establecen que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que esto deba entenderse en el rígido sentido de que deba emplear tal palabra, sino que habrá de ser el contenido del testamento el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar. Insiste en que es necesario que aparezca una voluntad expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar y que no pierda tal condición porque no se haya empleado la palabra mejora.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2006, contempla un caso de donación *inter vivos*. La madre hizo escritura pública de cesión de bienes a cambio de precio, que confesó haber recibido con anterioridad, a favor de una hija. El Supremo no admitió el carácter de mejora de la donación defendido por la mencionada hija porque le faltaba el carácter de expresa, como ordena el artículo 825 del Código Civil. En la escritura de donación no había dato alguno en qué basar la voluntad inequívoca de mejorar a la donataria provocando una desigualdad con respecto a su otra hija, cita en su apoyo la sentencia de la misma Sala de 18 de junio de 1982, a la que antes se ha hecho referencia. Considera que es una donación colacionable que supera la legítima estricta del donatario y cuyo exceso deberá imputarse al tercio de libre disposición de la donante. Así dice que: «considerar que la donante mejoró a su hija por el solo hecho exclusivo de la donación, no es admisible de acuerdo con el citado precepto, que exige no sólo voluntad de donar en el donante sino algo más, y es la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora».

A pesar de que en este caso se solicitaba la reducción de la donación al tercio de libre disposición de los bienes de la madre donante, sin embargo, no la admite el Alto Tribunal sino que considera que antes de su reducción, debe imputarse el exceso sobre la legítima a la parte de libre disposición de la herencia.

III. LA MEJORA TÁCITA

A pesar de que el principio general en esta materia es que el testador ha de manifestar de forma expresa su voluntad favorable a la mejora, el artículo

lo 828 establece que hay mejora «cuando la manda o legado no quepa en la parte libre», en consecuencia admite este precepto la mejora tácita.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1951, dice que constituye mejora la disposición testamentaria en que se llama al heredero hijo mejorado, encajando perfectamente en el artículo 808 al estar suficientemente concretada por mencionar todos los bienes raíces y no caber en el tercio libre el objeto de ese legado, tiene que ser imputado en lo que excede del tercio libre en el de mejora. Aunque el Supremo y la doctrina se refieren a esta sentencia como un caso de mejora tácita, sin embargo, parece más bien que se trata de una mejora expresa porque, aunque no emplea el término *mejora*, hace referencia al *hijo mejorado*.

José Luis ALBÁCAR y Jaime DE CASTRO GARCÍA ponen de manifiesto que se puede producir la mejora tácita por la vía de la donación cuando se dispensa de la colación y lo donado excede de la legítima del donatario y no cabe en la parte libre; la donación colacionable, cuando el donatario renuncie a la herencia, en cuanto lo donado exceda de su legítima y no quepa en el tercio de libre disposición y las donaciones a descendientes que no sean herederos forzosos después de agotada la parte de libre disposición (4).

IV. CONCLUSIÓN

El tercio de mejora opera como límite de lo que el causante puede atribuir como mejora a un descendiente. Si no utiliza tal poder queda englobada dentro de la legítima, denominándose *legítima larga*.

Salvo lo expuesto sobre la mejora tácita, para que exista la mejora es necesario que conste expresamente la voluntad del causante favorable a la reserva, ya que conlleva una distribución desigual del caudal hereditario.

RESUMEN

MEJORA

Análisis crítico de jurisprudencia sobre la mejora. Necesidad de la existencia de voluntad inequívoca de otorgarla, aunque no se emplee la expresión legal. Imputación de la donación hecha a una hija legitimaria que excede del tercio de legítima y del de libre disposición, sin que el causante haya dispuesto de la mejora a su favor.

ABSTRACT

PORTION OF INHERITANCE APPORTIONABLE TO ANY OR ALL HEIRS

Critical analysis of case law on the mejora, that portion of an inheritance under Spanish law that may, at will, be apportioned to any or all of the lawful heirs. Need for there to be an unequivocal wish to award it, even if the legal expression is not employed. Apportionment of the gift made to a daughter (recipient of a legitim) in excess of the legitim and the disposable portion, without the testator's having instructed that the mejora was to go to her.

(4) *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, artículos 609 a 1087, Madrid, Trivium, pág. 744.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA FALTA DE PAGO DE LA DEUDA EN EL PLAZO CONVENIDO CONCEDE AL ACREEDOR ANTICRÉTICO LA FACULTAD DE PEDIR EL PAGO DE LA MISMA O LA VENTA DEL INMUEBLE.

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, DE 7 DE ENERO DE 2000

La anticresis en el *Derecho romano* no tuvo la consideración de contrato o institución autónomos, sino que se trataba como un simple pacto que, en ocasiones, aparecía agregado al *pignus* y probablemente sólo al que tenía carácter inmobiliario, y es que tal pacto tenía, como efecto general, facultar al acreedor para compensar los intereses devengados por su crédito con los frutos producidos por la cosa gravada, sin que su percepción dejara un remanente aplicable al pago del capital garantizado. La anticresis tuvo escasa difusión en Roma, sin que tampoco posteriormente llegara a adquirir importancia, lo que se explica, de una parte, porque fue considerada o, al menos, considerada con hostilidad por el Derecho canónico, inclinado a ver en el pacto anticrético el encubrimiento de un acuerdo usurario, y de otra, por la existencia de instituciones de mayor utilización para obtener la misma finalidad, como la venta con pacto de retro. *Nuestro Derecho histórico*, y concretamente, las Partidas, siguen el criterio del Derecho canónico, si bien existió un supuesto en que el pacto anticrético fue considerado válido, como el que acompañaba al *pignus* de la dote, admitido por estimarse que, en definitiva, redundaba en beneficio de la familia. Cuando se comienzan a considerar válidos los préstamos con interés, siempre que éste no exceda de ciertos límites, se inicia, asimismo, una cierta generalización del pacto de anticresis, si bien se sigue manifestando recelo al que consistía en facultar al acreedor para compensar los intereses con los frutos y, en cualquier caso, no es dudoso que el Derecho inmediatamente anterior al Código Civil, sobre todo, a partir de la Ley de 1856, abolicionista de la tasa de interés, estimó válida la anticresis, considerándola como uno de los pactos lícitos que se podían incorporar a la prenda o la hipoteca. El *Proyecto de 1851* se limitó a establecer que si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que percibiere con los que se le deban, o se le imputarán sobre el capital si no se deben, o en cuanto al exceso de los que le sean debidos, y es que todos los preceptos de los Códigos donde se sanciona la misma regla hablan de crédito que produce interés y se da en prenda. El *Código Civil*, apartándose del Proyecto de 1851 y de nuestro Derecho histórico, termina por seguir la pauta marcada por el Código francés, cuyos redactores inicialmente no sancionaron la autonomía de la anticresis y regula ésta como derecho de garantía con sustantividad propia, referido a inmuebles, en los artículos 1.881 a 1.886, integrados en el Capítulo IV del Título XV. La reglamentación dispensada a la institución, claramente insufi-

ciente en algunos aspectos, plantea ciertas cuestiones y dudas respecto de su propia naturaleza y en relación con otros extremos. En general, la regulación legal de la anticresis, siguiendo al Código francés, se caracteriza por su consideración como contrato independiente aunque, sería mejor decir, institución independiente con sustantividad propia y peculiares efectos de aplicación exclusiva a inmuebles. En nuestro Código, como en el francés, el tratamiento de la institución se resiente de ciertas deficiencias y parece presuponer y dar por resueltas algunas cuestiones que debiera haber contemplado explícitamente con lo que se hubiera ganado en claridad, pero, respecto de aquél, introduce algunas variantes útiles, sobre todo para perfilar algunos aspectos de los caracteres y naturaleza de la figura, así, por una parte, al no englobar prenda y anticresis en el mismo capítulo y no someterlas a la misma definición, resulta que no es requisito de la segunda el traspaso de la posesión al acreedor, no siendo aplicable a la anticresis la concepción como prenda de inmuebles, y de otra, la supresión del artículo 2.091 del Código francés, que limitaba la eficacia de la anticresis al acreedor y al deudor y a sus herederos, deja sin efecto uno de los argumentos básicamente esgrimidos contra la naturaleza real de la misma. En el análisis de nuestra figura partimos, pues, de la premisa que a continuación indicamos: El *Código Civil* ha regulado la anticresis como figura jurídica autónoma de la prenda o de la hipoteca, en contraste con sus antecedentes legislativos —el nombrado Proyecto de 1851 y además el Anteproyecto 1882-1888, que aún no habíamos mencionado— que no se ocupaban de ella. No obstante, no deja de reflejar la normativa legal la inseguridad en cuanto a su conceptualización como derecho real. En la definición que proporciona el artículo 1.881 aparece como un puro convenio para la extinción de la deuda entre acreedor y deudor, por el que el primero adquiere el derecho a percibir los frutos de un inmueble del segundo con la obligación de aplicarlos al pago de intereses y/o capital, nada garantiza la anticresis, pues la satisfacción del acreedor no se logra ejercitando un derecho como el del acreedor pignoraticio o hipotecario sobre el bien dado en garantía con el fin de realizar el valor del mismo para obtener el cobro de la deuda. Del artículo 1.881 parece deducirse que la anticresis se sustancia en la constitución de un derecho de goce amplísimo al acreedor, muy análogo al usufructo, si bien los frutos han de imputarse necesariamente al pago de la deuda del constituyente que tendrá naturaleza real si su constitución va acompañada de la posesión del inmueble por el acreedor anticrético. No tiene su inscripción en el Registro de la Propiedad eficacia constitutiva, ninguna norma lo impone, sólo será requisito de publicidad y de eficacia frente a terceros, tal y como ya anunciábamos al comienzo de nuestro análisis. El artículo 1.884, por su parte, alude a la falta de pago de la deuda en el plazo convenido —como si ésta fuera una circunstancia que se diese normalmente en la anticresis— concediendo entonces al acreedor anticrético la facultad de pedir el pago de la misma o la venta del inmueble, es decir, parece concederle un derecho propio de un derecho real de garantía, y, si así fuese, se configuraría una prenda sobre el inmueble, similar a la mobiliaria, salvo que la imputación de los frutos en ésta sería impuesta por la ley mientras que en aquélla sería fruto de un convenio.

No obstante, la conceptualización de la anticresis como derecho real de garantía exigiría que la misma tuviese necesariamente una duración, lo que no dice el artículo 1.881 y una subordinación del artículo 1.881 a la hipótesis en que la deuda no se hubiese extinguido por la imputación de frutos dentro de aquel plazo, quedando un remanente, y exigiría que al acreedor se le atribu-

yese un *ius distrahendi* sobre el objeto y ello no es claro en el artículo 1.884, tal y como veremos más adelante, además, atendiendo a los términos en que se expresa el artículo 1.881 al definir la anticresis, cabe su constitución por el tiempo que medie entre ella y la imputación de los frutos, y no sería más que un derecho de goce, pero cabe también que se haya pactado, por no prohibirlo la ley, un término dentro del cual se prevé la extinción de la deuda por imputación de frutos, de acuerdo con el artículo 1.884, pues si no se produce su extinción, el resto habrá de satisfacerse a su vencimiento.

II. CONCEPTO. OPINIÓN DOCTRINAL

El acreedor adquiere los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital del crédito —cita literal del art. 1.881 del Código Civil—. Destacamos las siguientes opiniones doctrinales: para ROCA SASTRE, la anticresis es un derecho real de disfrute y a la vez de realización de valor, en funciones de garantía y de pago de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio, indivisible y que recae directa e inmediatamente sobre los inmuebles, fructíferos, ajenos y enajenables que pueden quedar en poder del propietario. Para ALBALADEJO es un derecho real que puede tener el acreedor de una obligación principal, sobre un inmueble ajeno, en cuya virtud, para garantizar el cobro de aquélla y el cobro de intereses que devengue, está facultado para poseerlo, percibir sus frutos y promover su enajenación si es incumplida, y que le sea hecho preferentemente pago con el precio. Para BATLLE es un derecho real accesorio constituido en garantía de un crédito valorado en dinero, que concede a su titular el percibo de los frutos de un inmueble para aplicarlo al pago de los intereses y, cuando no se deban o en el exceso de lo debido, al del capital, con facultad, transcurrido el término prefijado, de promover la venta del inmueble para resarcirse con el precio del resto de lo que se le adeude. Para GARCÍA-GRANERO la anticresis es un complejo derecho real de garantía que asegura el cumplimiento de una obligación dineraria y que atribuye a su titular un derecho de preferencia sobre el valor de un inmueble, y la facultad de percibir los frutos del mismo, bien sea para aplicarlos a los intereses, y el exceso al capital —anticresis extintiva— bien sea para compensarlos totalmente con los intereses —anticresis compensativa—, pudiendo el inmueble permanecer en poder del propietario o pasar a manos del acreedor o de un tercero.

III. NATURALEZA

La anticresis como derecho real pleno y perfecto no puede ser puesta en duda en nuestro ordenamiento, surge, inequívocamente, de la apreciación conjunta del régimen que nuestro Código Civil destina a regularla directamente y mediante la remisión a otras normas que revela de una parte su equiparación a las típicas garantías reales representadas por prenda e hipoteca, y de otra, la concurrencia en la figura de las notas que caracterizan a un derecho como perteneciente a tal categoría real. Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha reconocido el carácter real en distintas Resoluciones citando, a este respecto, las del 15 de marzo de 1909, 30 de junio de 1913, 31 de julio de 1915 y 11 de marzo de 1932, y proclamando su carácter real se

discute si ha de ser considerada como un derecho de goce, de realización de valor o mixto de disfrute y garantía, a lo que hemos de decir que la anticresis es un derecho real de garantía sin que pueda verse un derecho de goce en la facultad que concede a su titular de percibir los frutos del inmueble gravado, percepción ésta que se justifica sólo en cuanto se destina forzosamente al pago de los intereses y del capital adeudados.

IV. SU ANALOGÍA CON OTRAS INSTITUCIONES

La analogía de la anticresis con otras instituciones ha sido puesta de manifiesto por la doctrina. Se la ha asemejado, así, con el derecho de *usufructo* por la apuntada consideración de la facultad de percepción de los frutos, como expresión del goce de la cosa, pero tal analogía, sin embargo, es inexistente, pues la atribución de los frutos en la anticresis, a diferencia de cuanto ocurre en el usufructo, aparece condicionado a una finalidad de pago de unos concretos descubiertos. Por otro lado, son obvias las semejanzas de la anticresis con las otras figuras típicas de garantía, derivadas, en principio, de su función y de su común naturaleza real, pero, asimismo, las diferencias resultan evidentes. En la regulación del Código Civil se distingue de la *prenda* en que, a diferencia de ésta, recae sobre inmuebles y de la *hipoteca* en que el acreedor hipotecario, de no haberse pactado, carece de la facultad de percepción de los frutos y de la de poseer la finca.

V. ESTUDIO PORMENORIZADO DE CADA UNO DE LOS ARTÍCULOS QUE ANALIZAN LA FIGURA EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

En su estudio y tratamiento por el Código Civil y habiendo ya mencionado al artículo 1.881, destacamos que en el 1.882 se dispone que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa, luego ha de soportar las cargas que ello conlleva aunque en última instancia lo haga el deudor, pues su deuda no disminuirá. Además, partiendo del supuesto normal de que la posesión del inmueble se haya desplazado al acreedor, éste tiene la obligación de administrarlo con la diligencia de un buen padre de familia haciendo de él lo necesario para conservarlo ya que ha de devolverlo. Los daños que por su culpa o negligencia se ocasionen deben considerarse deuda del acreedor, pero que disminuya su importe la obligación del deudor es muy dudoso en ausencia de precepto que así lo disponga, pues las imputaciones propias de la anticresis son las que se hacen con la percepción de los frutos por lo que sólo aquellos daños que den lugar a una menor percepción de los mismos podrían originar minoración de la obligación principal, pues se imputarían a ello los frutos que se hubieran percibido de no mediar el daño. El acreedor puede hacer mejoras en el inmueble pero el deudor no tiene la obligación de satisfacerlas. Además, el acreedor ha de rendir cuentas al acreedor de la administración que lleve para que éste pueda controlar la veracidad de las aplicaciones de los frutos que se perciban al pago de sus deudas, y, con carácter general, añadimos que también se puede acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, que regula la figura de la administración para pago de la deuda en el procedimiento de apremio que es sustancialmente una anticresis.

Paralelamente decir que, por su parte el artículo 1.883 establece dos reglas relativas a la readquisición del goce del inmueble por el deudor. Según el párrafo primero puede pretenderlo pagando antes al acreedor lo que deba. Es, éste, un claro supuesto de extinción de la anticresis por extinción de la deuda garantizada. Por su parte, el párrafo segundo otorga al acreedor la pretensión de que el deudor vuelva a readquirir el goce de la finca para liberarse de las cargas que le impone exclusivamente salvo pacto en contrario, por ello, es más dudoso que la anticresis se extinga, ninguna disposición lo determina, tanto más cuanto que otorga el derecho a percibir los frutos. El derecho a los frutos se puede tener aun cuando la posesión de finca sea del deudor o de un tercero. Además, tampoco existe precepto que señale como requisito constitutivo de la anticresis el desplazamiento de la posesión del inmueble al acreedor.

El artículo 1.883 lo presupone porque lo normal es que la percepción de frutos por el acreedor sea directa. Por su parte, el artículo 1.884 señala la nulidad del pacto comisorio, no de la constitución de la anticresis y le da al acreedor la facultad de pedir el pago de la deuda o la venta del inmueble, sin embargo, se defiende que la redacción en sí de tal precepto no es afortunada por las siguientes razones:

- es un derecho del acreedor exigir la condena judicial del deudor al pago de la deuda con la ejecución de la sentencia sobre sus bienes;
- no se deja a la existencia de que haya pacto comisorio prohibido la existencia de la garantía misma;
- destaca la preferencia del acreedor anticrético sobre otros acreedores del deudor para cobrarse sobre el precio obtenido en la realización de la venta forzosa.

Y es que en el elenco de créditos especialmente privilegiados sobre inmuebles no se menciona al acreedor anticrético —art. 1.923—, y la hipotética analogía —con una prenda pero sobre inmuebles impide otorgarle preferencia, pues legalmente no existen más privilegios que los contenidos en los arts. 1.922, 1.923 y 1.924 del Código Civil.

Posteriormente, en el artículo 1.885 se acoge una modalidad de anticresis que podría denominarse «frutos por intereses». A dicha modalidad debemos darle el calificativo de peligrosa pues consiste, frente al concepto general de la anticresis, tal y como dispone el tantas veces repetido artículo 1.881, en que mediante ella se compensan los intereses debidos por el capital prestado al anticresista con los frutos de la finca permaneciendo inalterado el capital, pues a él no se le imputan frutos y ha de devolverse a su vencimiento. En la anticresis compensativa:

- no hay imputación de frutos a una concreta deuda de intereses, sino un cambio alzado de utilidades que son las del capital prestado por los de la finca;
- no ha de dar cuenta el acreedor de su administración al deudor, pues todos los frutos son suyos y nada debe el deudor por intereses;
- y los gastos de reparación y conservación de la finca los debe soportar él, debido a que el acreedor no los puede deducir de los frutos como en la anticresis típica.

Por último decir que, en el tratamiento de la anticresis, siendo aplicables el último párrafo del artículo 1.857, el párrafo segundo del artículo 1.866 y los

artículos 1.860 y 1.861, el artículo 1.886 es una norma de remisión estricta a los preceptos que cita, comunes a la prenda e hipoteca, y muestra la inseguridad del Código Civil al regular la anticresis, pues aplica unos preceptos de aquellas figuras y no todos. Así, el artículo 1.857 sólo es aplicable en su último párrafo —de ahí la cita que hemos hecho—, y ello es poco significativo para calificar la anticresis como un derecho real porque pueda constituirse en garantía de deuda ajena. El problema radica en si ella es en sí misma una garantía real, y a este respecto es de destacar, pero en un sentido negativo, que el artículo 1.886 no se remite a las demás reglas del artículo 1.857 que hubiera sido obligado si la anticresis dotase al acreedor de un auténtico *ius distrahendi*; por otra parte, al no exigirse que el deudor sea dueño de la cosa permite la constitución de la anticresis a quienes tienen sobre el inmueble un derecho que le otorga el de percibir los frutos teniendo el artículo 1.884 aplicación sólo si circunscribe al derecho que ostenta el deudor anticresista. Por su parte, la aplicación del párrafo segundo del artículo 1.866 a la anticresis concede al anticresista la facultad de retener la cosa gravada si contrae una nueva deuda con el deudor en las restantes condiciones fijadas por el precepto para la prenda. La remisión al artículo 1.860 y, consecuentemente, la aplicación de la indivisibilidad que sanciona a la anticresis resulta acertada, ya que la esencia de esta garantía y la forma de pago de la deuda que contiene impone la variabilidad del crédito. Quiere ello decir que, con independencia de los supuestos de indivisibilidad recogidos en el precepto, aplicables también a la anticresis, ésta se mantendrá objetivamente inalterada, no obstante la disminución que el crédito garantizado experimente como consecuencia de la amortización gradual, representada por la imputación del valor de los frutos.

Finalmente, la aplicación del artículo 1.861 impone como conclusión estimar que la anticresis es susceptible de garantizar cualquier tipo de obligación. Sin embargo, no deja de ofrecer dificultades su utilización para asegurar obligaciones de determinada naturaleza y resultando obvio que se ajusta con más propiedad a la garantía de deudas dinerarias.

VI. CONCLUSIONES

La regulación de la anticresis en nuestro Código Civil muestra la inseguridad del legislador, pues no le aplica las disposiciones comunes a la prenda e hipoteca, sino en una parte no muy significativa. La jurisprudencia, por su parte, considera que la anticresis es un derecho real distinto de la prenda e hipoteca, citamos en este sentido la STS de 15 de marzo de 1901, o análogo a la hipoteca, tal como dispone la STS de 31 de julio de 1915, o simplemente de garantía, STS de 10 de mayo de 1990. Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, reconoce y regula —arts. 676 a 680— el derecho de todo acreedor ejecutante a solicitar del tribunal la administración de todos o parte de los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución, que es pura y simplemente una anticresis de constitución judicial. Finalmente decir que también puede constituirse de ese modo a solicitud del acreedor en el procedimiento de ejecución de hipoteca sin requerirse que se haya pactado esta concesión en la escritura de constitución de hipoteca. A continuación destacamos del estudio realizado los siguientes puntos de interés: 1) Los artículos 1.881 a 1.886 del Código Civil no exigen para la validez del contrato de anticresis que se ponga en posesión del

inmueble afecto a acreedor, y si se reconoce como su principal efecto la creación de un derecho real resulta que respecto de tercero se considerará constituido cuando se inscriba en el Registro de la Propiedad —así se pronuncia la STS de 15 de marzo de 1909—; 2) la anticresis es un derecho real y presenta algunos puntos de semejanza con la hipoteca, pero se regula de forma propia en el Código Civil, en el cual se establece que cuando son varias las fincas a las que afecta la anticresis haya de determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder —así lo dispone la STS de 31 de julio de 1915—; y 3) el contenido de la anticresis puede ser pactado respetando la prohibición del artículo 1.884, pues tal precepto no declara nulo más que el pacto comisorio, no la nulidad de la obligación principal, así lo trasluce la STS de 19 de noviembre de 1891, pues opera en las anticresis por el tiempo de aplazamiento de la deuda principal y cuando dentro del mismo no se haya extinguido por la aplicación de los frutos, debe entonces el deudor pagar el saldo y no puede el acreedor hacerse propietario del inmueble justificando su adquisición en el impago a modo de precio.

RESUMEN

ANTICRESIS

Nos encontramos ante una figura que se sustancia en la constitución de un derecho de goce amplísimo al acreedor, en el que los frutos han de imputarse necesariamente el pago de la deuda del constituyente, que tendrá naturaleza real si su constitución va acompañada de la posesión del inmueble por el acreedor anticrético. Su inscripción no tiene en el Registro de la Propiedad eficacia constitutiva, sólo será requisito de publicidad y de eficacia frente a terceros. Es un Derecho real de disfrute y a la vez de realización de valor en funciones de garantía y de pago de una obligación pecuniaria, indivisible y que recae directamente sobre bienes inmuebles, fructíferos, ajenos y enajenables que pueden quedar en poder del propietario.

ABSTRACT

ANTICHRESIS

The antichresis is substantiated in the creation of a creditor's very broad right of enjoyment, where any fruit must necessarily be put toward payment of the debtor's debt, which will be real in nature if its creation is accompanied by the possession of the real property by the antichretic creditor. Registration of an antichresis in the property registration system does not have constitutive efficacy; registration is only a requirement of publicity and third-party enforceability. The antichresis is a real right of enjoyment and at the same time a right of realization of value acting as a guarantee and in payment of a pecuniary obligation; it is indivisible, and it pertains directly to fruitful, uninvolved, disposable real property that can remain in the owner's power.

EL DESISTIMIENTO O NO RENOVACIÓN DE VIVIENDA ARRENDADA POR EL ARRENDATARIO, EX ARTÍCULO 12 LAU, COMO MANIFESTACIÓN DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

El problema relativo a la protección de la vivienda familiar en relación con la titularidad arrendaticia ha preocupado desde antaño al legislador, siendo manifestaciones de ello tanto el artículo 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, donde se regula la facultad de desistimiento, abandono y renuncia del arrendatario como el artículo 15 de la misma Ley, que recoge los supuestos de separación, divorcio o nulidad del arrendatario.

Con la finalidad de evitar las consecuencias perjudiciales que para la familia del arrendatario conllevaría el desistimiento de éste, su no renovación o el abandono de la vivienda, el artículo 12 LAU concede un derecho de subrogación en el contrato a favor de su cónyuge o pareja de hecho. Ello impone una forma de defensa alternativa a la que le brinda el artículo 1.322 del Código Civil en relación con el artículo 1.320 del mismo Código.

A pesar de tener distinta naturaleza, todos estos actos influyen en la duración del contrato de arrendamiento, pudiendo provocar los primeros su extinción por voluntad del titular, y el abandono la posibilidad del arrendador de resolver el contrato en base al artículo 27.2 LAU.

Para evitar el perjuicio que ello supondría para el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, se le concede un derecho de subrogación en la relación arrendaticia, que opera sobre dos presupuestos fundamentales:

1. En primer lugar, se exige que el cónyuge conviva (1) con el arrendatario, lo cual es coherente con la finalidad de la norma tendente a salvaguardar la vivienda familiar.

2. Se extiende la posibilidad de subrogación a la pareja de hecho, que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la conyugal con independencia de su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia (art. 12.4 LAU).

Se origina así una equiparación a estos efectos entre matrimonio y unión de hecho, que es consecuencia del amplio concepto de familia seguido en nuestro ordenamiento jurídico tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial. Así la STC 184/90, de 15 de noviembre, elabora una doctrina sobre las uniones de hecho a partir de los artículos 10, 14 y 39 CE, conside-

(1) Para que se dé el requisito de convivencia, basta con que los cónyuges conserven el *animus* de estar juntos, entendiéndose que falta en el caso de cese efectivo de la misma en el sentido del artículo 102 del Código Civil.

rando que la familia a que se refiere la CE comprende también la derivada de las uniones de hecho, aunque no haya equivalencia respecto de los derechos y deberes entre ambas figuras jurídicas.

II. FACULTAD DE SUBROGACIÓN EN CASO DE DESISTIMIENTO O NO RENOVACIÓN POR EL ARRENDATARIO

Su análisis nos lleva a tomar como punto de partida el artículo 1.320 del Código Civil (norma de régimen económico-matrimonial primario), el cual tiene como finalidad evitar que la arbitrariedad o mala fe de uno de los cónyuges pueda privar al otro de la vivienda habitual de la familia. Para ello el artículo mencionado exige para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y de los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, el consentimiento de ambos esposos o en su caso autorización judicial (2).

Como presupuesto básico de aplicación del artículo 12 LAU se REQUIERE que el arrendatario manifieste su voluntad de no renovar el contrato o desistir de él, sin consentimiento del cónyuge o pareja de hecho con quien conviva.

Su aplicabilidad se da tanto en los casos de manifestación de voluntad de no renovación por expiración de plazo o de no continuación con ocasión de alguna prórroga del contrato, como en los casos de desistimiento, tanto el regulado en el artículo 11 LAU (3) como el desistimiento unilateral que conlleva incumplimiento del arrendatario.

Cumplido este presupuesto, podrá el arrendamiento continuar en beneficio del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario (4). Para ello se necesita la concurrencia de los siguientes REQUISITOS:

1. Que el arrendador requiera al cónyuge o pareja de hecho para que manifieste su voluntad al respecto.

La primera cuestión a plantear es si el requerimiento es potestativo u obligatorio para el arrendador. Existen argumentos a favor de una u otra postura:

— A favor del carácter potestativo destacamos los siguientes:

- El tenor literal del artículo 12.2 LAU: «podrá el arrendador requerir».
- El hecho de que el cambio en la persona del arrendatario exige consentimiento del arrendador ex artículo 1.205 del Código Civil, ya que al arrendador no le da igual quién sea el arrendatario con quien contrata.

(2) La sentencia del TS de 31-12-1994, refiriéndose al artículo 1.320 del Código Civil, dice: «Los derechos de disposición sobre la vivienda habitual pueden ser tanto de carácter real como personal y por tanto los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho en virtud del cual se habite la finca».

(3) El desistimiento regulado en el artículo 11 LAU es un derecho puramente potestativo, que no requiere justificación en su ejercicio ni se condiciona a la existencia de justa causa.

(4) Recordemos que el artículo 1322.1 del Código Civil también regula otra consecuencia derivada de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges: la anulabilidad de los actos de disposición sobre la vivienda familiar llevados a cabo por un cónyuge sin consentimiento del otro, puede operar aquí como medida alternativa.

A diferencia del abandono, en el que la iniciativa para la continuación del arrendamiento corresponde al cónyuge o convivente, aquí se otorga al arrendador; además hay que tener en cuenta que la decisión de no continuación es más gravosa para el cónyuge en caso de desistimiento que en el de abandono, ya que en el primero el cónyuge tiene que pagar las rentas pendientes hasta la extinción del contrato, si no estuviesen abonadas, mientras que en caso de abandono sólo debe abonar la renta correspondiente al mes.

- Su consideración como obligatorio para el arrendador viene avalada por los siguientes argumentos:
 - La finalidad de protección de la familia que se quiere conseguir con dicha norma.
 - Su consideración como norma especial, entendida como excepción a la regla general del artículo 1.205 del Código Civil.

Posición que comparto, ya que la finalidad de la norma es proteger los intereses del cónyuge del arrendatario que desiste sin su consentimiento, dándole la posibilidad de continuar en el arrendamiento.

En cuanto a la forma del requerimiento, parece que será necesaria la forma notarial, dado el plazo tan breve que el cónyuge del arrendatario (o convivente) tiene para contestar y las consecuencias que se derivan de la falta de contestación dentro del plazo señalado en la ley (5).

2. Que el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario manifieste su voluntad de continuar en el arrendamiento. En este punto no se admiten presunciones, exigiéndose que la manifestación de voluntad sea expresa.

El cónyuge ha de contestar en un plazo de quince días a contar desde el requerimiento. Si contesta afirmativamente, el arrendamiento continúa a su favor, subrogándose en la posición jurídica del arrendatario.

Si no contesta o si contesta negativamente, se extingue el arrendamiento, quedando obligado a abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviese ya abonada (art. 12.2 *in fine* LAU).

Dicha obligación de pago de renta hasta la extinción del contrato considero que es compatible con la obligación de indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de renta en vigor por cada año del contrato que falte por cumplir que corresponda pagar al arrendatario, si así se hubiese pactado en base al artículo 11.2 LAU. Ambas tienen su justificación en la distinta causa que las motiva, la primera en base a la posibilidad de continuación o no en el arrendamiento y la segunda en el pacto expreso que se estipuló.

(5) La LAU no exige que el requerimiento y su contestación se hagan de forma fehaciente, pero la doctrina y la jurisprudencia señalan la conveniencia de que así se haga, teniendo en cuenta las consecuencias que de ello se derivan. El TS en sentencias de 14-10-1991 y de 15-10-1993 ha entendido que para que exista fehaciencia no es precisa la constancia por escrito, bastando la forma verbal siempre que pueda probarse plenamente la declaración de voluntad y ésta sea expresa y no tácita o presunta.

III. FACULTAD DEL CÓNYUGE DEL ARRENDATARIO QUE ABANDONO LA VIVIENDA ARRENDADA

Otra manifestación de protección de la vivienda familiar es el artículo 12.3 LAU: «Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél, siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario.

Si el contrato se extinguiere por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes».

Se trata de impedir la resolución del contrato de arrendamiento cuando su titular haya abandonado la vivienda, desapareciendo la unidad familiar a causa de una crisis matrimonial que suponga separación de hecho de los cónyuges. Para evitar dicha situación se da la posibilidad al cónyuge que permaneció en la vivienda abandonada de subrogarse en el contrato de arrendamiento.

REQUISITOS

1. Que el cónyuge titular del arrendamiento de vivienda familiar abandone ésta, sin manifestar nada acerca de su voluntad de no renovar o desistir. Entendiendo la doctrina que es necesaria una situación de crisis matrimonial que haya provocado la separación de hecho de los esposos (6).

2. Que el cónyuge o pareja convivente notifique por escrito al arrendador su voluntad de ser arrendatario. En este caso y a diferencia del supuesto anterior de desistimiento o no renovación, la iniciativa para la continuación en el arrendamiento corresponde al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario.

Nos tenemos que plantear si ello implica un auténtico derecho para el cónyuge o si por el contrario cabe la oposición del arrendador.

A favor de la posibilidad de oposición por parte del arrendador destacamos: la literalidad del artículo 12.3 —«podrá continuar»— y que al arrendador no se le puede imponer un cambio de arrendatario sin contar con su voluntad ex artículo 1.205 del Código Civil. En contra de ello, cabría argumentar que así se enervaría la finalidad de protección de la familia del arrendatario que persigue la norma.

Considero que si la vivienda abandonada es la habitual de la familia —como parece que es en base al art. 2 LAU—, el arrendamiento ha de continuar en beneficio del cónyuge sin posibilidad de oposición por parte del arrendador, para atender a la finalidad que constituye la *ratio legis* de la norma.

3. Que el arrendador reciba la notificación por escrito del cónyuge, manifestando su voluntad de ser arrendatario en el plazo de un mes desde el abandono. Por el contrario, si transcurre dicho plazo sin que esto se cumpla o manifestada la oposición por parte del arrendador, el arrendamiento se extinguirá *ipso iure*.

El artículo 12.3 también se refiere a la obligación del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario de pagar la renta correspondiente al mes que se le concede para notificar su decisión al arrendador, si el contrato se extingue por

(6) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, Ed. Bosch, 1990, pág. 199 y sigs.

falta de la misma. Esta obligación constituye una contraprestación por la utilización o disponibilidad de la vivienda arrendada durante dicho mes.

Llama la atención que no se conceda este derecho a continuar en el arrendamiento a favor de otras personas integrantes del núcleo familiar, sobre todo de los hijos, a los cuales sí se les concede el derecho a la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento, teniendo en cuenta la finalidad de protección de la familia inspiradora de la norma.

IV. DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA ARRENDADA EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO DEL ARRENDATARIO

Esta materia está regulada en el artículo 15.1 LAU: «En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con los artículos 90 y 96 del Código Civil», es decir, en el convenio regulador de la separación judicial o divorcio o por decisión judicial.

Se plantea si cabe la atribución de dicho uso con ocasión de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103.2 del Código Civil, la norma no se refiere a ellas, ya que sólo conllevan una situación transitoria de ruptura de la convivencia conyugal, que no afectaría a las relaciones externas entre arrendador y arrendatario, sino sólo a las relaciones internas entre el arrendatario y su cónyuge.

Hay autores (7) que las entienden comprendidas dentro del artículo 15, dada la analogía de los preceptos y el sentido teleológico de la norma.

El cónyuge no arrendatario tiene que comunicar al arrendador su voluntad de continuar en el uso de la vivienda en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de parte de la misma que afecte al uso de la vivienda —art. 15.2 LAU.

La finalidad de la comunicación es dar a conocer al arrendador que el uso de la vivienda corresponde a persona distinta del arrendatario.

Los efectos que se derivan de la falta de notificación han sido entendidos de manera diferente por la doctrina:

RUEDA ESTEBAN considera que su falta no implica extinción del derecho en base a que lo importante es proteger el interés familiar más que el interés económico del arrendador —posición que comparto.

LOSCERTALES entiende que la falta de notificación en el plazo legal es causa de resolución del contrato en base a los artículos 1.124 del Código Civil y 27.2.c) LAU.

Aunque no se exige forma determinada para la notificación, se impone por razones de seguridad jurídica que la que se adopte permita acreditar su realización, contenido y fecha. Además debe acompañarse copia de la resolución judicial o parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.

(7) Véase FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *LAU: Comentarios a su articulado*, Ed. Comares, Granada, 2004, pág. 115.

EFFECTOS

La ley no señala taxativamente quién es el titular arrendaticio, titularidad que será determinada por los medios que proceda en derecho. Podemos indicar lo siguiente:

El cónyuge no adquiere la posición jurídica de arrendatario, sólo es titular de un derecho de uso sobre la vivienda arrendada, pero no hay subrogación en la posición de arrendatario (a diferencia del supuesto contemplado en el art. 16 LAU) (8).

El cónyuge arrendatario sigue conservando su posición jurídica, sin perjuicio de que deba respetar el derecho de uso atribuido al no arrendatario.

El arrendador no se puede oponer al uso concedido de la vivienda arrendada, ya que se deriva de resolución judicial y no se produce una novación subjetiva en el arrendamiento.

V. NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CONCERTADO POR UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES

Se ha discutido desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial la naturaleza del arrendamiento de la vivienda familiar cuando el contrato se celebre por uno sólo de los cónyuges.

Si el régimen económico-matrimonial es de gananciales, la doctrina mayoritaria (9) considera que el derecho de arrendamiento en estos casos tiene carácter ganancial, de manera que aunque uno sólo de los esposos haya celebrado el contrato, los dos deben ser considerados titulares materiales del arrendamiento (10). Es el criterio que sigue también la sentencia del TC de 31-10-1986.

Existen opiniones en sentido contrario que entienden que el arrendamiento en los supuestos mencionados tiene carácter privativo, en base a que «el arrendamiento cumple una función dirigida a cubrir una necesidad familiar más que a la creación de un derecho inventariable considerado como ganancia o beneficio» (11), y así entendido quedaría incluido en el artículo 1346.5 del Código Civil entre los derechos patrimoniales no transmisibles *inter vivos*, considerándose como titular del arrendamiento al que haya celebrado el contrato.

(8) Existen opiniones discrepantes que entienden que el cónyuge que adquiere el uso se convierte en arrendatario, subrogándose en la posición del arrendatario original y jugando en su beneficio los derechos de adquisición preferente que procedan. Así, GARCÍA GARCÍA, J. M., entiende que el titular del derecho de uso de la vivienda arrendada sustituye al arrendatario en el contrato, en sus derechos y obligaciones, pero por el tiempo que dure el derecho de uso (subrogación temporal en el contrato).

(9) Así, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 140; FUENTES LOJO, J. V., *Artículo 12: Comentarios a la nueva LAU*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 62.

(10) La dicotomía entre titularidad formal y material ha sido utilizada frecuentemente por la doctrina, entre otros: MARTÍNEZ AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Inquilino formal e inquilino real: notas sobre una solución jurisprudencial (comentario a la sentencia de 7-5-1985)», en *ADC*, 1986, pág. 687.

(11) Vid. FONSECA GONZÁLEZ, R., «La vivienda familiar habitual en el arrendamiento y la sociedad de gananciales», en *RDP*, 1983, pág. 265.

Me inclino por el carácter ganancial del derecho de arrendamiento en estos casos en base a la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil y al carácter ganancial de la contraprestación empleada, ya que se han pagado las rentas con fondos comunes ex artículo 1347.3 del Código Civil.

La solución podría ser distinta si el contrato se celebra bajo la vigencia del régimen de separación o participación, ya que ante la ausencia de normas de derecho positivo en las que basarnos, podemos entender que la titularidad correspondería al cónyuge contratante.

GUILARTE GUTIÉRREZ (12), después de afirmar que la conclusión del contrato de arrendamiento celebrado por un cónyuge vigente el régimen de separación será de su exclusiva titularidad, considera que ello puede quedar desvirtuado por el artículo 1.319 del Código Civil, que como norma de régimen matrimonial primario es aplicable a todo régimen económico-matrimonial, en cuyo caso sería posible entender que la actuación individual repercute sobre ambos cónyuges, «creando una titularidad arrendaticia que no se disciplinará desde la óptica de la ganancialidad, sino de la proindivisión que el artículo 1.441 prevé».

RESUMEN

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Se pretende analizar los supuestos de desistimiento, no renovación o abandono de la vivienda arrendada por el arrendatario que dan lugar al derecho de subrogación a favor de su cónyuge o pareja convivente, así como el derecho de uso sobre la misma en caso de nulidad, separación o divorcio del arrendatario, en base a los artículos 12 y 15 LAU como manifestaciones de protección de la vivienda familiar.

ABSTRACT

URBAN LEASES

The object is to analyse those events where abandonment, failure to renew and desertion of a home leased by a lessee give rise to a subrogation right for the lessee's spouse or live-in partner, likewise the right to use the home in the case of annulment, separation or divorce from the lessee, on the basis of articles 12 and 15 of the Urban Lease Act, as manifestations of protection of the family home.

(12) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *ob. cit.*, pág. 141.

1.6. Responsabilidad Civil

LA INCIDENCIA DE LA PUBLICIDAD EN LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

Estas notas nos sirven para reflexionar sobre la integración del contrato con la publicidad en el caso concreto de la adquisición de viviendas (1).

Todos estaremos de acuerdo en la importancia de la vivienda en la sociedad actual. Por otra parte, el derecho a una vivienda digna y adecuada es una condición necesaria para que una persona, o una familia, puedan desarrollar plenamente su vida. Se trata de un derecho que la Constitución de 1978 reconoce a todos los españoles en su artículo 47.

Y, también, todos estamos de acuerdo en que la adquisición de una vivienda es uno de los asuntos que más preocupa a los ciudadanos españoles, y, es que, sin duda, supone uno de los mayores esfuerzos económicos que debemos afrontar los ciudadanos, no en vano, se calcula que un tercio de la renta familiar se destina como media a la adquisición de viviendas.

Y ello sólo atendiendo a datos objetivos, sin tener en cuenta la ilusión, los proyectos y las expectativas que todos ponemos en la compra de nuestra vivienda, que la mayoría de las veces se convertirá en nuestro hogar (vivienda familiar) y en el mayor bien de nuestro patrimonio.

Sin embargo, muchas veces el esfuerzo económico no es proporcional a la calidad de las viviendas que se compran (2). Y lo que es peor, la vivienda comprada no se ajusta a las expectativas que se habían creado con la publicidad y la información dirigida a su venta. Además, la dificultad que entraña el acto mismo de la compra de una vivienda, y el hecho de que el consumidor suele actuar (en este acto) frente a un profesional del ramo (promotor, constructor, agente de la propiedad inmobiliaria, que actúan dentro del marco de su actividad profesional), ha venido generado no pocos problemas y reclamaciones, convirtiéndose en una fuente de producción de litigios. En consecuencia, es indudable la necesidad de proteger al adquirente de inmuebles frente a los profesionales del tráfico inmobiliario. Dotando al consumidor de los cauces pertinentes para que adquiera la vivienda con todas las garantías y en las condiciones que se la habían ofertado públicamente.

(1) La cuestión de fondo tiene como base la conferencia *Política de la vivienda y protección al consumidor*, impartida en el curso XI de verano de la UNED, «La construcción y los Derechos de los consumidores: La Ley de ordenación de la edificación», dirigido por el Doctor Carlos LASARTE ÁLVAREZ y coordinado por la Doctora Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, celebrado en Ávila del 3 al 7 de julio de 2000, en la Fundación Santa Teresa-UNED.

(2) Sobre las dificultades y desigualdades existentes entre las partes contratantes puede verse: MORRONDO MARTÍN, M.^ª L., «La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas», en *Actualidad Inmobiliaria*, núm. 12, diciembre de 1999, pág. 44 y sigs.

De todos los aspectos que presenta esta complicada panorámica, nosotros nos vamos a limitar a la problemática que encierra la integración del contrato con la oferta, promoción y publicidad, en la que el consumidor ha confiado para llevar a cabo la compraventa de la vivienda. Es decir, la integración del contrato mediante lo ofertado en los folletos de publicidad, ya que el comprador de una vivienda tiene derecho a que la vivienda se le entregue con todas las características convenidas (3).

II. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE

Es necesario detenerse en el marco normativo sobre el que ha apoyado la doctrina y la jurisprudencia para estudiar la incidencia de la publicidad en el contrato en relación a la vivienda.

A grandes trazos, podemos señalar la siguiente normativa:

A) El Código Civil, tradicionalmente había considerado de aplicación a esta materia, todas las normas generales de los contratos, si bien, resulta de gran trascendencia para este tema, el principio de buena fe que proclama el artículo 1.258 (4) del Código Civil, que ha sido desarrollado profusamente en la jurisprudencia, y que impone a cada contratante que cumpla lo pactado, y por supuesto, también, resultan aplicables al caso concreto todas las normas del contrato de compraventa.

B) La veterana Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (*BOE* núm. 181, de 29 de julio de 1968). Como señala su Exposición de Motivos: «es frecuente, en los contratos de cesión de viviendas, que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios, por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran, a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella». Para evitar abusos, era necesario establecer normas preventivas, así esta ley pretende establecer un sistema de garantías para asegurar que esas cantidades, anticipadas por los futuros adquirentes y usuarios, se destinen a la construcción de la vivienda, adoptando medidas tales como la exigencia de ingresar estas cantidades en cuentas bancarias especiales de depósito las que no se puede disponer sino para hacer frente a los gastos de construcción, así como otras exigencias dedicadas a garantizar su devolución en caso de que la vivienda no se llegue a construir. Como desarrollo de la ley de percepción de cantidades anticipadas se dictaron dos órdenes que venían a completarla:

(3) Sobre el tema puede verse: LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación», en *Revista de Derecho Privado*, 1980, 51, y «Contenido contractual e integración de la publicidad» (capítulo 6), «Compraventa y arrendamiento de viviendas» (capítulo 8), en *Manual sobre los consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 156 y sigs. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Publicidad y adquisición de vivienda. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1999», en *Aranzadi Civil*, Vol. II, Parte Tribuna, págs. 1758-1759 (1999). PERALES LÓPEZ, E., «La publicidad en la venta de viviendas. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales», en *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 5/2004 (2004).

(4) Cuyo tenor literal es el siguiente: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

- La Orden del Ministerio de la Vivienda, de 5 de octubre de 1968 (*BOE* de 18 de octubre de 1968, núm. 251), que regula las normas sobre propaganda y publicidad de venta de viviendas.
- La Orden del Ministerio de Hacienda, de 29 de noviembre de 1968 (*BOE* de 5 de diciembre de 1968, núm. 292), que imponía un seguro de afianzamiento a fin de asegurar las cantidades anticipadas para la construcción.

Respecto a la Ley 57/1968, de 27 de julio, hay que señalar, como dice el profesor LASARTE (5), que la aprobación de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre, ha supuesto «la definitiva y radical resurrección de la misma».

C) La Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, dedica varios artículos a la materia de vivienda, cabe destacar, el artículo 47 dispone que: «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», al que ya hemos hecho referencia. Además, en su artículo 51 establece que: «los poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procesos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos, así como promoviendo la información y la educación». Y, como sabemos, de acuerdo con el artículo 53.3: «estos derechos tienen el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico». La inclusión en la Constitución del derecho a la *protección de los consumidores* hizo que este principio se consagre como principio general del Derecho.

Distinta normativa ha desarrollado, posteriormente, el citado mandato constitucional de protección de los consumidores:

D) La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (*BOE* de 24 de julio de 1984, núm. 176), en adelante (LGDCU), que recoge y configura los derechos de los consumidores. Entre ellos, consagra como derecho básico de los consumidores y usuarios: «la información correcta sobre los diferentes productos o servicios», y contiene algunos preceptos claves en esta materia, así el artículo 8 considera que la publicidad tiene carácter de obligación contractual exigible y que no puede ser engañosa y llevar a error al particular, y el artículo 13 preceptúa que la información debe realizarse de forma veraz, eficaz y suficiente y, en su apartado segundo, señala la información que hay que facilitar a quienes adquieren una vivienda.

E) Con el fin de dar cumplimiento a algunos artículos de la LGDCU, en relación con el ámbito inmobiliario, se dicta el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril (6) (*BOE* de 17 de mayo de 1989, núm. 117), que regula la protección

(5) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Manual sobre los...», *op. cit.*, pág. 173.

(6) Vid., el artículo 2, que establece que: «sin perjuicio del cumplimiento de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido, y el artículo 3 dispone que: «La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma.

Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan

de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y en el arrendamiento. Se aplica expresamente a la publicidad por ser la información un aspecto de especial trascendencia para el consumidor o usuario en la adquisición de viviendas. Básicamente, señala que los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado, siendo en la actualidad la vivienda uno de estos productos de uso ordinario y generalizado.

F) La Ley 34/88, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad (*BOE* de 15 de noviembre de 1988, núm. 274), en adelante (LGP). Según la cual, debe entenderse por publicidad (7): «Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal, o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (art. 2 de la LGP).

Se considera engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar, o ser capaz de perjudicar a un competidor (art. 4 párrafo 1 de la LGP).

Es comúnmente aceptado por la doctrina, que es engañosa la publicidad susceptible de inducir a error, sin necesidad de que realmente lo produzca, bastando por tanto que sea potencialmente engañosa. Siendo tan engañosa la publicidad que contiene afirmaciones publicitarias falsas o inexactas, como la que pese a ser verdadera puede inducir a error. Por otro lado, cabe destacar que la publicidad engañosa puede presentarse «de cualquier manera», directamente, por error, por omisión, siendo indiferente el medio por el que se lleve a cabo y puede afectar tanto a su contenido, como a su presentación (8).

G) El Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre (9) (*BOE* de 12 de septiembre de 2000, núm. 219) actualiza los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto en los artículos 2.2, 11.2 y 11.5 de la LGDCU y normas concordantes. En sus anexos aparece expresamente mencionada la vivienda.

H) La Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998 (*BOE* de 14 de abril de 1998, núm. 89). Es importante en materia de protección de vivienda, ya que hay que tener en cuenta que en muchos casos las operaciones que giran en torno a la compra de una vivienda (por ejemplo, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta

en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado». También son de gran interés los artículos 4 a 8 sobre la información que debe facilitarse a los consumidores en todo caso.

(7) Sobre el tema de la publicidad, puede verse: TEJEDOR MUÑOZ, L., «Publicidad engañosa, comparativa, y prácticas comerciales desleales», en *Derecho Civil Comunitario*, obra dirigida por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Colex, 3.ª ed., 2006, Madrid.

(8) Un tema íntimamente relacionado es el del etiquetado y el embalaje de los productos, pues junto con la información que se exige que se le dé al consumidor se pueden mezclar técnicas publicitarias y éstas pueden ser engañosas.

(9) Deroga el Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprobó el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

o promoción), pueden estar en contratos con cláusulas generales y algunas de ellas pueden ser abusivas. Además, dedica alguno de sus artículos a la información.

1) La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE de 6 de noviembre de 1999, núm. 2666), que establece el marco general en el que puede fomentarse la calidad de los edificios, y el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños.

III. INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD VINCULANTES

La determinación exacta del contenido del contrato, como señala el profesor LASARTE y, «por tanto, la efectiva ejecución del mismo, no habría de derivarse sólo de la actividad interpretativa y calificadora de forma exclusiva, sino que —con base en la naturaleza del contrato— sería necesario extraer consecuencias complementarias acordes con el conjunto del sistema normativo. A dicha operación se le conoce técnicamente con el nombre de integración del contrato, en cuanto su resultado puede suponer la agregación de derechos y obligaciones no contemplados por las partes ni por las normas de carácter dispositivo aplicables al contrato en cuestión».

Dicha integración se encuentra consagrada en nuestro Código Civil en el artículo 1.258, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Ha discutido la doctrina y ha existido una jurisprudencia oscilante sobre la eficacia normativa de este precepto respecto de la integración del contrato, para unos tiene un carácter meramente interpretativo y para otros autores un carácter imperativo.

Uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el supuesto de interacción del contrato con la publicidad en el supuesto de adquisición de vivienda, fue la sentencia de 27 de enero de 1977, que imponía a una constructora cumplir con las obligaciones dimanantes de la actividad publicitaria relativa a la venta de unos inmuebles, aunque el contrato celebrado no recogía tales especificaciones (10).

Por fin se consolida la vinculación de las promesas publicitarias expresamente en el artículo 8 de la LGDCU (11). Dicha norma establece que «la oferta, promoción y publicidad de los productos (12)...» y «su contenido» son exigibles por los consumidores o usuarios, «aun cuando no figuren expresamente en el contrato». Por tanto, existe una sólida base normativa en la que apoyar la integración del contrato con la publicidad.

(10) Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 125, donde se citan un gran número de sentencias sobre el particular tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, pág. 127 y sigs.

(11) Resulta muy interesante el estudio de este artículo realizado por CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A., vid., «El artículo 8 de la LCU en la Jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, Vol. II, Estudio, pág. 129 y sigs., 1996.

(12) Sobre la diferencia existente entre los términos oferta, promoción y publicidad, resulta de gran interés la reflexión de MORRONGO MARTÍN, M.^a L., *loc. cit.*, pág. 51 y sigs.

El consumidor tiene derecho a comprar en las mismas condiciones que se le habían ofertado en la publicidad. A menudo, el primer desengaño que padecen muchos consumidores es que la vivienda adquirida no se corresponde con la información facilitada y con la publicidad realizada precisamente para atraer al cliente, lo que sin duda ocasiona un perjuicio al comprador.

Es necesario que el consumidor esté bien informado sobre el producto que adquiere. Conviene recordar que el derecho a la información se eleva a categoría de derecho básico y, como hemos dicho, está recogido con carácter general en la LGDCU, artículos 8 (13) y 13, párrafo primero (14). Derecho que, aplicado a la venta de viviendas, se contempla expresamente en el artículo 13, párrafo 2.º de la LGCU, que establece que: «en el caso de viviendas cuya primera transmisión (15) se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo».

(13) Establece en su apartado primero que «la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido».

(14) Según el cual: «Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y al menos sobre las siguientes:

a) Origen, naturaleza, composición y finalidad. *b)* Aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados. *c)* Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen. *d)* Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares. *e)* Fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad. *f)* Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

2. Las exigencias concretas en esta materia se determinarán en los reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios, en las reglamentaciones o normativas especiales aplicables en cada caso, para garantizar siempre el derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva. En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo».

(15) Como acertadamente afirma REYES LÓPEZ, M. J.: «Este precepto no justifica la razón de exigir que se facilite solamente la información necesaria al adquirente de una vivienda cuando se trate de una primera transmisión, dejando casos excluidos. En estos supuestos habría que realizar una interpretación correctora y entender que la primera transmisión debe ser equivalente a transmisión de empresario a particular que adquiere para destinar la vivienda a mera residencia y no para especular con ella». «El derecho a la información», en coord., REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de Consumo*, 2.ª ed., 2002, págs. 281 y 282.

La oferta, promoción y publicidad se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error (ni en los datos, características y condiciones de construcción, ubicación, servicios e instalaciones de la vivienda, condiciones de adquisición y pago de la misma), deben hacerse con concreción, claridad y sencillez (art. 10 de la LGCU) y además, el derecho del consumidor a ser informado cuando adquiere una vivienda es desarrollado del Real Decreto 15/1989, de 21 de abril, que señala la información que hay que suministrar al comprador de la vivienda y que se exigirá por el vendedor, y esto es un dato que es importante destacar, aun cuando luego no figuren posteriormente en el contrato celebrado (art. 3 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril) (16).

En consecuencia, el vendedor no sólo está obligado, a la hora de hacer la oferta, a incluir unos datos esenciales, sino que los incluidos en la oferta, promoción y publicidad no podrán retirarse, siendo exigibles a pesar de omitirse posteriormente en la redacción contractual. O lo que es lo mismo, el contrato queda complementado o, si se prefiere, integrado con lo que el consumidor ha confiado (17) por razón de la oferta, promoción y publicidad.

Efectivamente, se pretende evitar que el consumidor celebre contratos y adquiera viviendas que no se correspondan con las verdaderas características ofertadas y publicitadas, a fin de evitar que la publicidad sea engañosa, dada la influencia que la actividad publicitaria tiene en las decisiones de compra de los consumidores.

IV. JURISPRUDENCIA SOBRE LA CUESTIÓN

El Tribunal Supremo se ha pronunciado con reiteración sobre los efectos de la publicidad en la determinación del contenido obligacional de los contratos y la responsabilidad del oferente, al principio con base al artículo 1.258 del Código Civil, más tarde con base en el artículo 8 de la Ley 26/1984, General de Consumidores y Usuarios, otras veces en base a ambos artículos.

Sucintamente expuesta trayectoria es la siguiente:

Sentencia de 27 de enero de 1977 (*RJ* 1977, 121), ampara al comprador o adquirente de piso que «al prestar su conformidad en la adquisición se atenía a los folletos impresos de propaganda difundidos por la empresa constructora, pues siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa, a más de que los planos respondían a la línea pública de promesas, según exigencias de urbanismo». Dio lugar a la responsabilidad del oferente.

(16) Sobre la configuración del derecho a la información en la primera transmisión de la vivienda, puede verse: MORRONGO MARTÍN, M.^a L., *loc. cit.*, pág. 49 y sigs., y REYES LÓPEZ, M. J., *op. cit.*, pág. 280 y sigs.

(17) Como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Legislación y jurisprudencia insisten, pues, en reforzar la confianza depositada por el adquirente de una vivienda en el contenido de la publicidad utilizada por el promotor para su comercialización, respondiendo así a la sensibilidad social derivada de los conflictos que surgen continuamente en el sector del mercado», *op. cit.*, pág. 2.

Sentencia de 9 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 533), entendió incluidas en el contrato la zona deportiva y piscina porque «la pública oferta de venta lo comprendía» y «lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido con base a esa oferta, y por tanto en manera alguna supone interpretación errónea del artículo 1.253 en relación con el 1.283, ambos del Código Civil».

Sentencia de 7 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988, 8419), que establece que «la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y origina responsabilidad del oferente».

Sentencia de 21 de julio de 1993 (18) (*RJ* 1993, 6176), que señala que «la obligación exclusiva de la promotora de finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo que establecen los artículos 1.096, 1.101, 1.256 y 1.258 del Código Civil y artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

Sentencia de 8 de noviembre de 1996 (19) (*RJ* 1996, 8260), que después de citar las dos anteriores además de otras varias, concluye: «Quiere decirse... que, bien por la vinculación a la oferta, ya por la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos que se han ido citando, la Audiencia no podía prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda aportados a los autos; y al tenerlos en cuenta, su valoración de la prueba se muestra, cuando menos, ilógica, ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria con intención de atraer a los clientes (art. 2 del Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964, de 11 de junio), constituyendo una clara oferta, de forma que al no entenderlo así se infringen los artículos 57 del Código de Comercio, el principio de la buena fe y el artículo 1.283, a que alude el motivo tercero, debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuera necesario apreciar engaño o fraude, extremo que no requiere el artículo 8 de la Ley de Consumidores (sobre sus principios y compatibilidad con las normas de derecho sustantivo, civil y mercantil, ver sentencia de 22 de julio de 1994 [*RJ* 1994, 6581]), que también ha de considerarse infringido (motivos 4.º y 5.º, en relación con la jurisprudencia acotada), máxime si la interpretación se relaciona con el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril (*RCL* 1989, 1091)».

Doctrina que igualmente mantiene la sentencia de 30 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5406), que alude expresamente al artículo 8 de la Ley 26/1984. En este último caso se trata de un supuesto en el que se promete una calefacción

(18) Sentencia comentada por ORTÍ VALLEJO, A., en «Sobre los vicios en la compraventa y su diferencia con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente», en *Aranzadi Civil*, Vol. I. Parte Estudio, pág. 41 (1996).

(19) Vid. CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A., «Comentario a la STS de 8 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996, 8260). Publicidad engañosa utilizada para la venta de unas viviendas», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 24, págs. 279-294 (noviembre de 1998). Vid. también en relación con el tema del mismo autor: «El artículo 8 LCU en la jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, Vol. II. Parte Estudio, pág. 129 (1996), y «La publicidad engañosa en la doctrina de los tribunales», en *Aranzadi Civil*, Vol. III. Parte Estudio, pág. 139 (1996).

central en los folletos publicitarios que no existía en la realidad, por lo que el promotor de las viviendas tiene que indemnizar por daños y perjuicios.

Sentencia de 26 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4562) (20), estima que no se entregó la vivienda comprada con las calidades especificadas y recogidas en los folletos publicitarios. Además, faltaba la construcción de la piscina ofertada en el complejo urbanístico en que se emplazaba la vivienda.

Sentencia de 15 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 4418), declara «la decisiva influencia de la publicidad sobre los compradores a la hora de contratar, por lo que no puede prescindirse de lo ofertado públicamente, y que la publicidad ha de reputarse integrada en los contratos». Trataba de un supuesto de publicidad engañosa en la que el comprador fue inducido a error en su compra en un elemento tan importante cual es, dado el clima de Sevilla, la existencia de una piscina en la segunda fase de la urbanización, que no se llegó a construir.

Sentencia de 18 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 2848), se refiere a la obligación del promotor de aportar al adquirente de viviendas los planos, proyectos básicos y de ejecución y memoria de calidades de la edificación transmitida, ya que en la oferta publicitaria se integran en el contrato y puede exigirse, aunque no figure expresamente incorporada al mismo».

Sentencia de 23 de mayo de 2003 (*RJ* 2003, 5215), en este caso en el folleto publicitario se habían ofertado tres pistas de tenis, pero faltaba la tercera, siendo un caso claro de falta de correspondencia de la construcción con la publicidad dirigida a la venta.

Sentencia de 29 de septiembre de 2004 (*RJ* 2004, 2688), no existe correspondencia entre la construcción de las viviendas sitas en Torrevieja y la publicidad que se hizo de las mismas, considerando los compradores que la publicidad era falsa, existiendo responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato que ocasionó daños a los compradores por empleo de publicidad inveraz y engañosa, susceptibles de ser indemnizados. La doctrina de esta sentencia recoge diversos pronunciamientos sobre esta materia de los que se han dado cuenta ya en este apartado.

V. INCUMPLIMIENTO

Si el incumplimiento (21) es de tal gravedad que no satisface la expectativa del comprador, puede optar por el cumplimiento forzoso de la prestación

(20) Como afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «el contrato de vivienda carecía de especificaciones sobre las características de la vivienda, de manera que el comprador entendió lógicamente que las mismas se corresponderían con lo dicho en la publicidad, a través de la cual tuvo conocimiento del correspondiente complejo residencial en construcción. Posteriormente resultó que la vivienda entregada no respetaba en absoluto las calidades recogidas en esa publicitados. ...de ahí que el Tribunal Supremo... considere que se ha producido un incumplimiento de contrato por parte de la inmobiliaria promotora. ...Resulta, pues, que esta sentencia constituye un fiel reflejo de lo que han querido nuestros legisladores, con el fin de proteger en términos concretos un derecho tan importante como es el derecho a la vivienda», *op. cit.*, págs. 1 y 2. Vid., también, BLANDINO GARRIDO, M. A., «El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución del contrato derivada de su incumplimiento. Comentario a la sentencia del TS de 26 de junio de 1999», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4/2000, págs. 215-220 (2000).

(21) Vid., sobre el tema, REBOLLEDO VARELA, A., «Sobre la compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado», en *Aranzadi Civil*, núm. 6/2005, págs. 1 a 60.

pactada. O la resolución del contrato (22), si el cumplimiento recae sobre elementos sustanciales y trascendentes, de tal forma que se frustre el fin contractual del artículo 1.124 del Código Civil, en todo caso con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101) (23).

Aquí tan sólo nos hemos detenido en los supuestos en los que la publicidad hecha al consumidor no se corresponde luego con los términos del contrato, es decir, no hay correspondencia entre la construcción entregada y la publicidad dirigida a la venta, casos en los que, como hemos visto, puede pedir la integración de contrato exigiendo la publicidad (o lo que es lo mismo, puede exigir que se cumpla lo que se ha publicitado), salvo que el contrato suscrito sea más beneficioso para el consumidor.

Además, el incumplimiento de cualquiera de los deberes contemplados en la Ley de Consumidores se considera infracción en materia de protección al consumidor, y puede dar lugar a las infracciones y sanciones, que pueden ser leves, graves o muy graves según los artículos (34, 35, 36 LGDCU). Infracciones que serán sancionadas con una multa. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, a veces, el supuesto de hecho puede tratarse de un ilícito publicitario (art. 4 LGP) que además de las sanciones propias de la Ley 34/1988, constituirá normalmente competencia desleal.

VI. CONCLUSIÓN

Con este breve recorrido por la legislación y jurisprudencia, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En todos los casos hemos podido observar cómo el Tribunal Supremo se pronuncia de forma reitera y uniforme sobre el carácter vinculante de la publicidad, entendiendo que el contenido del contrato se debe integrar con la publicidad de los productos actividades o servicios, aunque que no figuren expresamente en el contrato (sobre todo cuando se trata de objetos aun no existentes) por considerar que forma parte esencial de la oferta, y origina la

(22) Vid., como señala BLANDINO GARRIDO, M.^º A., «El Tribunal Supremo... ha adoptado un criterio objetivo, manifestando que “para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar como se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte”... esta nueva dirección no exime de probar, al menos, que el incumplimiento ha sido lo suficientemente grave y definitivo como para comportar una clara frustración del fin contractual, objetivamente derivado del contrato, justificante de la resolución pretendida». BLANDINO GARRIDO, M.^º A., *loc. cit.*, pág. 5.

En esta línea, entre otras sentencias, puede verse, la sentencia de 19 de enero de 2005 del Tribunal Supremo (*RJ* 2005, 519), que condena a una empresa constructora por entregar viviendas en condiciones que no se ajustaban a lo ofertado, declarando la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento esencial y la devolución de las cantidades entregadas con los intereses legales.

(23) Sobre el incumplimiento contractual en materia de viviendas existe también una nutrida jurisprudencia, a modo de ejemplo, puede citarse el caso de la sentencia de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 3698), el incumplimiento contractual de la promotora derivado de la instalación de elementos constructivos de calidad inferior a la ofertada, que dio origen a los perjudicados obtener una indemnización subsumible en el artículo 1.101 del Código Civil, exigible a través de una acción de carácter personal.

responsabilidad del oferente (art. 8 de la LGDCU). Existe, como hemos visto, una jurisprudencia consolidada sobre el tema.

Efectivamente, en todos los casos se considera que el consumidor ha confiado y concluido el contrato por razón de la oferta, promoción y publicidad. Entendiendo que la publicidad ha servido para que el comprador tenga un conocimiento preciso de contrato de compra. De ahí que los folletos deban integrar o completar el contrato, ya que estamos supuestos en los que la publicidad versa sobre bienes de primera necesidad como son las viviendas.

Debe destacarse en materia publicitaria, por un lado, el principio de veracidad, en el sentido de que la oferta, promoción y publicidad no pueden ser engañosos y llevar a error al particular rechazándose en todo caso la publicidad ilícita; y por otro lado, el principio de buena fe que proclama el artículo 1.258 del Código Civil, que impone a que cada contratante cumpla lo pactado y lo que se deriva, con un criterio lógico, de la buena fe.

RESUMEN

CONTRATO. PUBLICIDAD

La cuestión que planteamos en este comentario se refiere a un tema sobre el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada, la incidencia de la publicidad en los contratos. En particular, el carácter vinculante de los folletos publicitarios en la venta de viviendas, tema que reviste gran interés por su trascendencia en el ámbito de los consumidores y usuarios.

ABSTRACT

CONTRACT. PUBLICITY

The issue raised in this commentary refers to a topic on which Supreme Court case law has repeatedly ruled, the importance of the publicity of contracts. This paper particularly addresses the binding nature of advertising brochures in housing sales, a topic that is of great interest due to its enormous pertinence in the sphere of consumer interests.

2. MERCANTIL

LAS SOCIEDADES INMOBILIARIAS. OBJETO SOCIAL MERCANTIL O CIVIL.

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

«Una mercantia non facit mercatorem».

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, uno de los supuestos más dudosos existentes en el tráfico jurídico y económico en cuanto a su posible configuración bajo la aplicación de la normativa de la sociedad civil, ha sido el de las sociedades inmobiliarias, entendidas éstas, de forma generalizada, como aquéllas que se dedican a la adquisición o construcción de bienes inmuebles para luego comercializarlos en el mercado, en régimen de venta, alquiler, etc.

Posiblemente dicha actitud dubitativa ha venido propiciada por el diferente tratamiento que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han venido ofreciendo a la problemática apuntada, entendiéndose en unas ocasiones como sociedades civiles a este tipo de sociedades y en otras como sociedades mercantiles, con el diferente régimen normativo aplicable que ello conlleva y con los consabidos problemas de calificación registral, sobre todo surgidos en el ámbito de los Registros de la Propiedad que han venido negando la inscripción del inmueble adquirido por una sociedad inmobiliaria configurada como civil, al considerarse que la misma ha de ser mercantil en cuanto al objeto social convenido y desarrollado.

No existe pues, a nuestro entender, un criterio unánime al respecto, lo que nos lleva a exponer el estado de la cuestión desde una perspectiva con carácter relativo, puesto que deberían ser las circunstancias concretas de cada caso las que rigieran a la hora de exponer el criterio calificativo sobre la naturaleza civil o mercantil de las sociedades inmobiliarias.

II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante «TS») de 11 de mayo de 1971 (*RJ* 1971/2780), no estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de una Audiencia Provincial que confirmó la sentencia de instancia que declaró: «...1.º *Que entre los litigantes existe un contrato verbal de sociedad civil destinada a la compra de solares, edificación de los mismos y venta de los pisos construidos, así como a la realización de reformas y obras...*».

Así pues, esta sentencia del TS confirma la existencia de una sociedad civil cuyo objeto se considera civil y consistente en que varias personas adquieren un solar para construir sobre él y luego enajenarlo. Es decir, confirma la po-

sibilidad de que una sociedad inmobiliaria tenga objeto civil y por lo tanto pueda ser configurada como sociedad civil.

La sentencia del TS de 3 de abril de 1982 (RJ 1982/1938) enjuició un supuesto consistente en que si un préstamo concedido nominalmente a un socio de una sociedad civil, podía ser valorado o no como aportación social, con la consiguiente trascendencia a la hora de proceder a la distribución de las ganancias de la misma. En este sentido, esta sentencia falló del siguiente modo: «...la cantidad facilitada en mutuo lo fue para servir el destino legalmente previsto de la construcción de viviendas protegidas oficialmente, acometida por la sociedad civil de que se trata como verdadera promotora, con la garantía real de las edificaciones levantadas a sus expensas y la devolución asumida por los subrogados adquirentes, con total desplazamiento de quien prestó su nombre a los solos fines de lograr la financiación...».

Por ello, el TS en esta sentencia admite que las sociedades inmobiliarias que hayan adquirido un solar y promuevan viviendas para luego enajenarlas sean configuradas como sociedades civiles.

La sentencia del TS de 29 de enero de 1983 (RJ 1983/397) aborda la disolución de una sociedad civil particular que tenía por objeto la realización por los intervinientes en el mismo de una obra de construcción de viviendas, a la cual le aplica la normativa de la sociedad civil, al expresar lo siguiente: «...Que el inciso del párrafo 1.º del artículo 1.689 del Código Civil establece que en la sociedad las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad a lo pactado y siendo así que en el contrato de sociedad civil objeto de la presente controversia...».

Es decir, se vuelve a considerar por el Tribunal Supremo en esta última sentencia la posibilidad de que las sociedades inmobiliarias puedan ser constituidas como sociedades civiles, puesto que está aplicando en el caso enjuiciado la normativa de la sociedad civil (1).

La sentencia del TS de 30 de junio de 1987 (RJ 1987/4830) aplica las normas de liquidación de las sociedades civiles, considerándola pues civil, a una sociedad dimanante de un contrato plasmado en documento privado, «...basado en las aportaciones de los demandados actuales recurridos consistentes en un solar, y por parte de la demandante, y ahora recurrente de distintas sumas de dinero... en el que se fijaba como plazo de duración del contrato en tanto se construyan las obras iniciadas (cláusula novena), se faculta a cada socio para retirarse avisando con un año de antelación y esperando a que finalicen las obras en construcción y una vez hecho balance y entregarse la parte correspondiente (cláusula decimoquinta), pudiendo la sociedad continuar hasta tanto los dos restantes socios decidan retirarse...».

La sentencia del TS de 26 de abril de 1988 (RJ 1988/3279) afirma en sede de disolución de una sociedad que «...deviene lógica, racional y ajustada a las reglas de la sana crítica, la interpretación contractual de la Sala de instancia, cuyo resultado ha de prevalecer en casación...», siendo la interpretación de la Sala de instancia la siguiente: «El considerando tercero del juzgador dice literalmente: La verdad es que si los contratantes pusieron un terreno y otro industria

(1) La sentencia del TS, de 24 de marzo de 1984 (RJ 1884/1759), al no clarificar el objeto social de la sociedad civil destinataria de la aportación social consistente en un inmueble (sociedad civil calificada como tal desde el momento de constitución de la misma hasta la inscripción en el Registro Mercantil como sociedad anónima) no la consideramos a los efectos del presente trabajo.

de construcción para vender lo que se construyese y repartir entre sí el precio, convinieron lo que el artículo 1.665 del Código Civil llama contrato de sociedad...». En esta sentencia, el TS aplica las normas de disolución de la sociedad civil al referido contrato, manteniendo que las aportaciones sociales implican una forzosa finalidad traslativa, con pérdida de la titularidad exclusiva de lo que cada uno ha aportado, inaplicando pues la normativa de la comunidad de bienes.

La sentencia del TS de 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479), al calificar las relaciones jurídicas que convinieron el debatido contrato de sociedad, lo hizo del siguiente tenor literal: «...Los litigantes efectivamente se asociaron con la finalidad de llevar a cabo actividades constructivas para su explotación comercial, es decir, venta de viviendas y locales edificados, así lo tienen reconocido y resulta bien precisado en las cláusulas primera, cuarta y, sobre todo, la sexta del convenio de 15-2-1977, donde literalmente se dice: Regirá el sistema de mayoría para la venta de viviendas o locales separados...», para afirmar a continuación lo siguiente: «...En cambio, las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial, ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo de obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas... precisando la sentencia de 4-12-1973, RJ 1973/4614), que encaja en la calificación de sociedad civil irregular o de hecho, la puesta en común para la explotación de negocio constructivo, como sucede en el caso de autos».

Con claridad, la referida sentencia del TS, de 24 de julio de 1993, califica como sociedad civil la puesta en común para la explotación de negocio constructivo, aunque lo haga como irregular o de hecho.

En este sentido, hemos de hacer notar que tal calificativo de irregularidad o de hecho, no incide en cuanto a la mercantilidad o no de la sociedad, puesto que aunque en buena medida las sociedades civiles no pueden calificarse como irregulares, ya que el concepto de irregularidad societaria se refiere principalmente a la falta de inscripción de la correspondiente sociedad en el Registro Mercantil, inscripción que no es posible para las sociedades civiles (de acuerdo con la normativa vigente y según se apunta posteriormente).

Por lo tanto, entendemos que dicha irregularidad se refiere propiamente a la falta de forma pública del contrato social cuando así se requiere en virtud del artículo 1.667 del Código Civil, requisito formal en todo caso *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Además, la llamada irregularidad tendría sus efectos en el ámbito del artículo 1.669 del Código Civil, lo que se traduce en la existencia o no de personalidad jurídica, pero no en la calificación del contrato como de sociedad civil.

La sentencia del TS de 9 de octubre de 1995 (RJ 1995/7026) vuelve a calificar como sociedad un contrato cuyo objeto es la aportación de terrenos, dinero e industria con pacto de repartir entre los aportantes los beneficios de la construcción proyectada, al pronunciarse del siguiente modo: «...lo celebrado entre las partes fue el contrato atípico, complejo y mixto de aportación (en forma de venta) y asociación o sociedad...», confirmando, por otro lado, la anterior opinión que sobre el artículo 1.667 del Código Civil hemos expuesto. Esto es, al enjuiciar el requisito de la forma pública del contrato de sociedad, lo hace desde la normativa de las sociedades civiles.

La sentencia del TS de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1490) entiende como sociedad civil un negocio entre hermanos que se dedicaban a la construcción de viviendas y locales con ánimo de partir las ganancias, al pronunciarse del

siguiente tenor literal: «...En el segundo y cuarto motivo que estudiamos conjuntamente en cuanto a ambos se refieren al mismo concepto doctrinal, pues en el motivo segundo se denuncia la violación del artículo 1.665, ya que no se admite la estimación como infringidos de preceptos legales sin especificar, en orden a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.707 de la LECiv, que prescribe que se citen las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas, en este caso es indudable que el precepto que ha de entenderse violado es el expresamente citado cuyo tenor es que hay sociedad cuando dos o más contratantes se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con el ánimo de partir las ganancias, circunstancias que se han dado en las relaciones mantenidas entre los dos hermanos litigantes que vienen poniendo en común el trabajo de los mismos aplicándolo a la construcción de edificios, siendo José Luis el que se ha encargado de las operaciones del trabajo material de la edificación o de la construcción de viviendas y locales en su condición de albañil, y Manuel dedicado a las labores de dirección y gestión de la sociedad, comercialización y promoción de lo construido, para lo cual ha recibido poderes de su hermano José Luis, que es el encargado de la realización material de las obras de edificación, por lo que es indudable que se ha producido la subsunción de los hechos probados en la norma señalada...».

La sentencia del TS de 6 de julio de 2000 (RJ 2000/6012), también termina aplicando la normativa de la sociedad civil a un negocio consistente en la construcción y venta de viviendas, de cuyo tráfico se obtienen las ganancias al afirmar que «...pero teniendo que adoptar una postura al respecto, se decanta la Sala por esta forma de sociedad, que está prevista en el párrafo último del citado artículo 1.669, dado que la renta toda ella se computa en la participación de los beneficios, que no es ni más ni menos que un reparto entre los socios de las ganancias a que se refiere el artículo 1.665 del texto legal citado, habiendo puesto en común bienes e industria, aunque en este caso uno de los socios sea exclusivamente industrial, por no haber aportado dinero ni capital alguno en cualquiera de las formas, sin que como socio industrial esté sujeto a las pérdidas (párrafo segundo del art. 1.691 del Código Civil)».

De conformidad con lo anterior, puede observarse cómo existen numerosas sentencias del TS que califican como sociedades civiles a sociedades de las denominadas inmobiliarias.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Aunque con un criterio expositivo en cuanto a la argumentación jurídica menos claro, también existen sentencias de Audiencias Provinciales que siguen la línea jurisprudencial del TS antes expuesta. A título de ejemplo cabe citar a las siguientes, como modelos de aquéllas, puesto que permiten atisbar sin la menor duda la opinión en dicho sentido de la correspondiente Audiencia Provincial.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 de septiembre de 1998 (AC 1998/6347), enjuicia un supuesto de pérdidas y ganancias de una sociedad civil, aceptando como tal a aquélla cuyo objeto es «...la construcción de un edificio y la adjudicación de las viviendas y elementos independientes a los socios...».

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 15 de mayo de 2001 (JUR 2001/235084), afirma que «...los actores junto con su her-

mano, los padres de los demandados, constituyen una sociedad civil irregular para la promoción, urbanización, construcción y parcelación de la finca número 939. Nos encontramos entonces ante una sociedad civil de las denominadas irregulares, que se caracterizan por la falta de formalidades en su constitución, habiendo declarado la jurisprudencia que aunque no esté constituida en escritura pública, hay que entender que el precepto del artículo 1.667 está subordinado al 1.278, y que el documento privado obliga a los contratantes, aun cuando haya inmuebles (STS de 5 de mayo de 1986)».

IV. EL CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La última Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante «DGRN»), que conocemos y que ha tenido la oportunidad de abordar esta cuestión, ha sido la reciente Resolución de fecha 25 de mayo de 2006 (BOE de 10 de julio de 2006), que se pronuncia al respecto con el siguiente tenor literal:

«...1. En el presente recurso se plantea si puede o no inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad que, en la escritura mediante la cual se constituye, otorgada el mismo día, se califica como sociedad civil, si bien su objeto es la promoción de apartamentos turísticos.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 13 de diciembre de 1985, 20 de marzo de 1986, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997), la actividad que constituye un objeto social como el de este caso presenta las características que determinan su calificación como mercantil, y ello no sólo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo de genuinos actos de comercio.

Por otra parte, como ya se expresó en las citadas Resoluciones de este Centro Directivo, todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio, tiene la consideración de actos de comercio, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de los actos de comercio, etc.).

De cuanto antecede resulta que la sociedad adquirente es una sociedad mercantil por su objeto. Por ello, al conceptuarla como sociedad civil, el título presentado introduce un elemento de confusión sobre el titular registral que es suficiente para denegar la inscripción (cfr. arts. 9.4.^a de la Ley Hipotecaria y 51.9.^a del Reglamento Hipotecario)...».

Por tanto, de acuerdo con la decisión de la DGRN, se califica como mercantil el objeto de una sociedad consistente en: «...la promoción de apartamentos turísticos».

De las Resoluciones de la DGRN citadas en la Resolución de 25 de mayo de 2006 en apoyo de su tesis, tanto la Resolución de 28 de junio de 1985 (*RJ* 1985/3501), como la de 20 de marzo de 1986 (*RJ* 1986/1562) no tratan la cuestión debatida por dicha Resolución, ni la que se analiza en el presente trabajo, a saber, si el objeto de las sociedades inmobiliarias puede ser civil o ha de ser mercantil ineludiblemente en todas las ocasiones.

Esto es, la Resolución de la DGRN, de 28 de junio de 1985, aborda como cuestión planteada: «(...) la de si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil porque, aunque tiene objeto mercantil (la comercialización de congelados y otros cometidos de carácter mercantil) es, según pretende el recurrente, de carácter civil por su constitución».

Asimismo, en la Resolución de la DGRN, de 20 de marzo de 1986, se «(...) plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de venta de una cuota indivisa, en la que una parte tiene carácter consorcial, sin haber prestado la esposa su consentimiento a esta enajenación, así como tampoco renunciando a la totalidad de su derecho expectante de viudedad».

Es más, y aunque el análisis de la mercantilidad de la compraventa de inmuebles haya sido admitida a nivel doctrinal (2), así como por diversas resoluciones judiciales (como por ejemplo: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de junio de 1990 —*RJ* 1992/2576—; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de noviembre de 1995 —*RJ* 1995/9977—; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de julio de 2004 —*JUR* 2004/218228— y sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 23 de marzo de 2005 —*JUR* 2005/269869—), la citada Resolución de 20 de marzo de 1986, lejos de aportar claridad a la cuestión debatida, afirma literalmente lo siguiente:

«...la compraventa de inmuebles que pueden pertenecer a una explotación, aunque pueda calificarse de acto comercial superando el obstáculo que supone el artículo 325 del Código de Comercio, su mercantilidad —como declaró la Resolución de 13 de diciembre de 1985— sería puramente teórica, dada su absoluta falta de regulación legal en el Código de Comercio, y la propia exposición de motivos así lo reconoce al indicar que se sujetará a las formalidades establecidas en las leyes especiales sobre adquisición y transmisión de la propiedad».

La Resolución de la DGRN, de 25 de abril de 1991 (*RJ* 1991/3168), resuelve un recurso donde «...no se trata ahora de enjuiciar si es o no inscribible una sociedad civil por su objeto, que adopta una forma mercantil, sino si es inscribible una sociedad que es mercantil por su objeto —carácter que invoca en su recurso el mismo recurrente— y que el título presentado conceptúa, no obstante, como sociedad civil. Evidentemente esta conceptualización está equivocada y por sí la denominación —civil— introduce un elemento de confusión que es suficiente para denegar la inscripción. Con la denominación de —civil— sin duda se pretende eludir la aplicación de las reglas mercantiles sobre las sociedades ... No es oportuno ahora decidir si corregida la equivocada denominación...».

(2) Ver, por todos, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Mercedes VÉRGEZ, en *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2, págs. 98 y 99. Editorial Civitas, Madrid, 2001.

Esto es, la antedicha Resolución lo que analiza es la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil (3) una sociedad denominada «civil», pero con objeto claramente mercantil, incluso alegado así por el recurrente. En el texto de dicha Resolución se recoge el objeto social de dicha entidad, de una forma tan amplia y por otro lado tan claramente mercantil en relación con determinadas actividades, que es imposible deducir si el componente inmobiliario de las mismas fue tomado en cuenta o no para la consideración mercantil de dicho objeto social, máxime cuando la Resolución no se pronuncia sobre dicho extremo (4).

La Resolución de la DGRN, de 31 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/2049) (5) tampoco nos aporta una solución clarificadora a la cuestión propuesta, pues que según la misma: «*En el presente recurso se debate sobre si determinada sociedad, cuyo objeto civil no cuestiona el Registrador en la nota, tiene personalidad jurídica independiente de la de sus socios y si puede, en consecuencia, adquirir como sujeto de derechos un inmueble y figurar en la inscripción de la adquisición como titular registral...*».

Esto es, en la anterior Resolución el objeto civil de la sociedad que adquiere el inmueble y pretende inscribirlo en el Registro de la Propiedad ni siquiera se cuestiona por el Registrador.

La Resolución de la DGRN, de 11 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/8822), tampoco se pronuncia al efecto, ya que «...*toda vez que no se ha aportado el título constitutivo de la sociedad adquirente y no ha podido por ende, valorarse*

(3) Evidentemente, tampoco es el momento de analizar el acceso de las sociedades civiles al Registro Mercantil, ya que dicha posibilidad que se preveía en los artículos 81.3 y 269.bis, introducidos por la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, ha sido anulada por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 24 de febrero de 2000.

(4) El objeto social analizado en la Resolución de la DGRN, de 25 de abril de 1991, era el siguiente: «*Artículo 21: Operativa externa. Para el cumplimiento de sus fines, la Sociedad podrá: a) Promover estudios económicos recabando información de dicha índole, que pondrá sistemáticamente a la disposición de sus socios; b) Realizar directamente operaciones por cuenta propia; c) Crear empresas para posterior cesión a terceros; d) Interesarse en empresas ajenas y en actividades económicas, asociativas o colectivas, con carácter transitorio o permanente; e) Instrumentar, para negocios específicos, cuentas participativas actuando de socio gestor con admisión de participes, fueren éstos o no socios de la sociedad; f) Mediar e intervenir entre terceros; g) Actuar de árbitro en los conflictos que se le sometan; h) Detentar representaciones, ejecutar mandatos y comisiones; i) Desempeñar fiducias y otros encargos de confianza; j) Gestionar y administrar patrimonios, propios y ajenos; k) Garantizar obligaciones de terceros; l) Intervenir en la cesión de activos y pasivos; m) Intervenir de forma permanente o transitoria en terrenos y edificios, urbanos o rústicos, e intervenir en cualquier otra forma de operación inmobiliaria; n) Comprar y vender acciones, obligaciones y cualesquiera otros títulos mobiliarios, coticen o no en el mercado de valores; o) Y en general practicar cualesquiera otros actos de la vida económica o mercantil que sean lícitos y libremente permitidos por las leyes y que por éstas no estuvieren especialmente reservados; dicha enunciación debe entenderse con carácter ilustrativo y no limitativo.*».

(5) Como resulta bien conocido, la tesis consistente en la negación de la personalidad jurídica de las sociedades civiles que realiza esta Resolución de la DGRN, al igual que otra, como la Resolución de 11 de diciembre de 1997, fue duramente criticada a nivel doctrinal (véase, por todos, y la doctrina allí citada, GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, «La sociedad civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, enero de 2000, pág. 1071), siendo abandonado dicho criterio por la propia DGRN; véase, en este sentido, la Resolución de 14 de febrero de 2001.

debidamente la naturaleza de su objeto social...». Es decir, no se valoró el objeto social de la sociedad civil.

Igualmente, tanto las Resoluciones de la DGRN, de 23 de febrero de 1998 (RJ 1998/1119), de 22 de abril de 2000 (RJ 2000/5821) y (RJ 2000/5835) tratan de problemas derivados de la inscripción de sociedades de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil, y la de 14 de febrero de 2001 (RJ 2002/2154) tampoco se pronuncia sobre la cuestión propuesta.

Por otro lado, la Resolución de la DGRN, de 1 de abril de 1997 (RJ 1997/3586), sí se pronuncia acerca del objeto de este trabajo del siguiente modo: «...La cuestión planteada en el presente recurso es la de si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil que, según pretende el recurrente, es de carácter civil por su constitución, pero cuyo objeto es la compra-venta de inmuebles, promoción, construcción de edificaciones y viviendas y cualquier otro relacionado con los señalados anteriormente... La actividad así definida presenta las características que determinan su calificación como mercantil, y ello no sólo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo de genuinos actos de comercio».

Asimismo, la Resolución de la DGRN, de 30 de abril de 1997 (RJ 1997/3599), resuelve en el mismo sentido que la anterior y de la siguiente forma: «...La cuestión planteada en el presente recurso es la de si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil que, según pretende el recurrente, es de carácter civil, pero cuyo objeto es la promoción de edificaciones y, por tanto, según el epígrafe número 832.2 del IAE, comprende la compra o venta de edificaciones totales o parciales en nombre y por cuenta propia, construidas directamente o por medio de terceros todo ello, con el fin de venderlas o alquilarlas... La actividad así definida presenta las características que determinan su calificación como mercantil, y ello no sólo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo de genuinos actos de comercio».

En resumen, las Resoluciones de la DGRN, que verdaderamente han calificado el objeto de las sociedades inmobiliarias como objeto mercantil, son las de 25 de mayo de 2006, 1 de abril y 30 de abril de 1997, anteriormente citadas.

V. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA

AZURZA Y OSCOZ (6) se decanta por la calificación de sociedad mercantil en relación con aquella sociedad que compren terrenos para revendelos parcelados o después de construir edificios para viviendas. Entendimiento que este autor lo fundamenta en la Exposición de Motivos del Código de Comercio dada el 18 de marzo de 1882 cuando establece lo siguiente: «...las empresas

(6) AZURZA Y OSCOZ, «Problemas de la sociedad civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, págs. 155 y 156.

acometidas por particulares o por grandes sociedades mercantiles para la compra de terrenos, con el objeto de revenderlos en pequeños lotes, o después de construir en ellos edificios destinados a habitaciones, o para el laboreo de minas, o para la construcción y explotación de ferrocarriles y demás obras públicas. Todas estas empresas ejecutan verdaderos actos de comercio, porque la compra de bienes inmuebles no es su fin principal, sino sólo una de sus operaciones sociales. Por eso, si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporeales».

Sin embargo, el propio autor antes citado deslinda de la actividad mercantil a «...aquellas sociedades inmobiliarias que compran casas de habitación o construyen otras de nueva planta o sobre otras de menos importancia derribadas para dedicarlas a su explotación mediante arriendo o alquiler. No parece que haya aquí ninguna razón científica y menos aún apoyo legal positivo que obligue a su calificación mercantil. Tal operación constituye una explotación normal, adecuada a su naturaleza, de algo, como los bienes raíces, sustraído, en principio, a la materia mercantil» (7) (8).

CAPILLA RONCERO (9) aborda esta problemática manifestando (aunque a nuestro juicio, con ciertas dudas) la posibilidad de que las sociedades civiles operen en el tráfico inmobiliario, al pronunciarse del siguiente modo: «Ciertamente, salvo que se consideren las operaciones de tráfico inmobiliario como mercantiles, sí cabe la constitución de sociedades civiles para la construcción de un edificio o conjunto de ellos por parte de varios constructores, quienes se unen ocasionalmente a tal fin, procediéndose a la adquisición de los terrenos, edificación y enajenación de lo edificado a terceros... Idénticas consideraciones pueden extenderse al caso en que varias personas se asocian para adquirir terrenos, parcelarlos y enajenarlos a terceros, lucrándose en la operación... Por último, cabe plantear si es posible subsumir bajo la consideración de las sociedades civiles particulares los casos, o alguno de ellos, de las llamadas en la práctica construcciones en régimen de comunidad. A grandes rasgos, pues las modalidades posibles son numerosas, este supuesto implica que varias personas, normalmente con la finalidad de hacerse con viviendas para uso propio, adquieren un solar en común, encomendando la edificación a un tercero. Concluida la edificación, se adjudican los pisos construidos a los diferentes propietarios. Con ello se persigue el abaratamiento del coste de la vivienda. Razón por la cual esta fórmula coexiste con la de construcción de sociedades cooperativas».

(7) En el mismo sentido, VALDÉS VILLABELA, *Sociedades inmobiliarias urbanas. Estudio económico, jurídico y fiscal*, Madrid, 1947, págs. 31-32, cuando afirma lo siguiente: «La sociedad - inmobiliaria tipo, que construye y adquiere edificios para cederlos en régimen de arrendamiento o similar... no realiza actos de comercio; tiene un objeto indudablemente civil. Arrendar edificios, sea para vivienda, sea para negocios o industria, es siempre un acto esencialmente civil... sin que sea escollo a esta consecuencia, que de vez en vez la sociedad que nos ocupa venda alguno de sus inmuebles. Otra cosa sería si se dedicara habitualmente a construir o comprar edificios para venderlos luego y en todo caso».

(8) De igual forma, PONSÁ GIL, *Sociedades civiles y mercantiles*, I, pág. 107, al decir que: «...Si la sociedad se ha formado para adquirir fincas... urbanas y explotadas, con el alquiler tendrá la consideración de sociedad civil, pues va a explotar lo que constituirá su propiedad».

(9) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo XXI, Vol. 1.º, Artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil, Madrid, 1986, pág. 151.

PAZ-ARES (10) se muestra rotundo al incluir a las sociedades inmobiliarias como sociedades mercantiles y no civiles, no sólo las que se dedican a la adquisición de terrenos para explotarlos en régimen de venta, sino también a aquéllas que adquieren dichos terrenos para su explotación en régimen de alquiler. En este sentido asevera que «...*las llamadas sociedades inmobiliarias —es decir, las sociedades que se dedican a la adquisición o construcción de inmuebles con el fin de comercializarlos en el mercado (mediante venta, alquiler, etc.) son, propiamente hablando, sociedades mercantiles—*».

Para el supuesto de la construcción en comunidad, este autor mantiene la posibilidad de su configuración como sociedad civil al afirmar lo siguiente: «...*b) El supuesto que aquí nos interesa más es la llamada construcción en comunidad. El caso más característico tiene lugar cuando varias personas se asocian para comprar un terreno, edificarlo y hacerse con una vivienda para uso propio. De suyo, si las personas son muchas y requieren una organización y cierta complejidad, lo propio es constituir una sociedad cooperativa. Pero cuando no es así, no hay duda, a nuestro juicio, de que hay sociedad y, en concreto, sociedad civil*».

En el caso de la llamada aportación de solar, cuando la misma se configura a cambio de una participación en los beneficios resultantes de la venta de la construcción, para PAZ-ARES, «*la calificación como sociedad es indiscutible... (vid. STS de 2-5-74)*».

En relación con la fórmula de permuta de solar a cambio de un piso o local, este autor la califica de la siguiente forma: «...*la calificación como sociedad o como permuta (atípica) es una cuestión de interpretación del contrato y, básicamente, de distribución de riesgos. Naturalmente estaremos ante una permuta cuando el contrato se estructure sinalagmáticamente (do ut des) y consiguientemente se pongan a cargo del constructor los riesgos de la construcción; pero estaremos ante una sociedad cuando el acuerdo se encamine a la realización en común de una obra y se pacte a tal efecto la aportación del solar por parte de una persona y de la construcción por parte de otra, previéndose que el primero participará en el resultado accediendo a un piso o local, y el otro realizando el resto de los beneficios (sobre la posibilidad de este tipo de cláusulas de distribución del resultado, vid. infla com. art. 1.669 IV)*».

GARCÍA MÁS (11) también se decanta por considerar a las sociedades inmobiliarias como sociedades mercantiles y no civiles, al decir que: «...*En nuestra opinión, la actividad la consideramos, no de carácter civil, sino mercantil*».

Para la llamada construcción en comunidad, esto es, cuando varias personas compran un solar o terreno para hacerse un edificio, y luego repartirse cada uno su vivienda para uso propio, GARCÍA MÁS entiende que: «...*sería posible el realizarlo a través de una fórmula de Sociedad Civil aunque, claro está, siempre hay que buscar el medio práctico más adecuado, menos costoso y más problemático para llevarlo a la práctica. Por ello creemos que quizá la cooperativa de viviendas puede ser la figura jurídica que mejor se adopte a este tema, con las repercusiones importantes del régimen fiscal de cooperativas en lo relativo a las cooperativas de viviendas*».

(10) *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1395.

(11) Vid., *op. cit.*, págs. 1101 y sigs. En idéntico sentido se pronuncia GARCÍA MÁS en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo VI, Mercantil, Vol. 1.º Derecho de Sociedades. Parte General, págs. 275- 277, Thomson-Civitas, 2003.

En cuanto a las fórmulas de aportación de un solar por un sujeto a cambio de un piso o local, GARCÍA MÁS recoge la discusión doctrinal al respecto del siguiente modo: «*En un primer momento, la tesis de la permuta de cosa presente por cosa futura fue defendida por Cámara y José Luis Merino, siendo contrario a la misma Camy, y con matizaciones a esta figura por Muñoz de Dios, sólo aplicables en algunos supuestos. El propio Muñoz de Dios llega a indicar que la fórmula más adecuada sería la del contrato de empresa junto con Lucas Fernández, desechando en todo momento la configuración como sociedad, y por ello también como sociedad civil.*».

Por último, GARCÍA MÁS se pronuncia respecto de otra fórmula posible de construcción y venta bajo sociedad civil de la siguiente forma: «*Otra posibilidad es la de aportación del solar a cambio de una participación en los beneficios, resultantes de la venta, en la que podría articularse la fórmula de la Sociedad Civil, teniendo detractores y partidarios.*».

VII. ¿OBJETO CIVIL O MERCANTIL?

Coincidimos con PAZ-ARES (12) que el criterio básico de distinción entre sociedad civil y mercantil es la dedicación al comercio, siendo este criterio delimitador el adoptado por la DGRN, aunque no con rigor absoluto —en nuestra opinión— a la hora de deslindar ambos tipos societarios.

Resultando que la mercantilidad de la materia no viene dada por la valoración jurídica de una actividad (es mercantil la actividad que consista en actos de comercio), sino de una valoración económica (es mercantil la actividad que consiste en la realización de operaciones comerciales o industriales) (13). De lo contrario, afirma PAZ-ARES (14), «*...apenas habría sociedades mercantiles, pues la venta al detalle —venta al consumidor final—, aunque indiscutiblemente es una operación comercial, no es un acto de comercio.*».

Por lo tanto, es la ejecución de actividades comerciales y no la realización de actos de comercio (15) el criterio para atribuir el carácter mercantil o civil a una sociedad.

AZURZA (16) comentó que «*la actividad comercial ha sufrido una evolución extensiva. Comenzó por ser exclusivamente una pura mediación —compra para vender in natura lucrándose con la diferencia del precio—, y acaba por comprender dentro de sí la industria y la manufactura.*» De la interpretación de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio, este autor continúa exponiéndonos lo siguiente que: «*...Entre estas dos nociones de la patente la idea mercantil, como expresiva de la actividad mediadora, por el comercio simplemente o por la industria transformadora; mientras queda al margen toda actividad productora, a la que*

(12) *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1379.

(13) PAZ-ARES, «Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, pág. 943 y sigs.

(14) *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1396.

(15) GARRIGUES, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1953, pág. 7 y sigs., ya nos enseñó como lo esencialmente mercantil son los actos en masa y no los actos aislados.

(16) *Vid., op. cit.*, págs. 148 y 149.

se asimila, para la exclusión, la consumidora. Pero esa mediación característica de lo mercantil no es la aislada u ocasional, sino la reiterada, habitual o de profesión. Como dice Vicente y Gella: "el tráfico mercantil nunca se realiza en la práctica mediante una operación aislada. Lo que caracteriza esta clase de actividades es precisamente esto, el ser un tráfico, una serie de negocios aislados sucesivamente. Un conjunto de actos que adquieren su relevante utilidad económica, que pueden exigir una disciplina jurídica especial, por el hecho de verificarse los unos con relación a los otros, formando todos ellos una cadena"...».

Sin embargo, la actividad comercial como simple actividad mediadora, ya ha sido superada en el moderno Derecho Mercantil, como ya pusiera de manifiesto GARRIGUES (17).

Realmente, como característica propia de la operación comercial reside su calificación como acto en masa.

Ejemplarmente, GARRIGUES (18) nos enseñó que la realización del acto en masa y su diferencia del acto aislado es la que supone que aquéllos sean regidos por el Derecho Mercantil, al afirmar que: «...Es absurdo, en efecto, someter a la misma reglamentación una venta ocasional que reúna los requisitos del artículo 325 (propósito de reventa y de lucrarse en esta reventa) y una venta perteneciente a la serie orgánica de ventas de una empresa dedicada a esta clase de comercio... En este nuevo camino la simple observación de esa realidad nos muestra que la característica del Derecho Mercantil no es la regulación de los actos aislados, sino la de los actos en masa... Justamente porque el tráfico mercantil se caracteriza por la copiosa repetición de los mismos hechos, hubo necesidad de articular un Derecho especial, separado del Derecho Civil con normas materiales y jurisdicción propias. Es un contrasentido histórico que el Derecho Mercantil, nacido para satisfacer las exigencias del tráfico en masa, sea hoy un Derecho regulador de actos aislados. El acto aislado, es decir, desconectado de la serie profesional a que pertenece, es imposible diferenciarlo de los actos regidos por el Derecho Civil».

Admitiendo *a priori* la calificación mercantil de la compraventa de terrenos para lucrarse con su reventa, incluso mediando inicialmente una construcción de viviendas en dichos terrenos, no toda actividad de esta naturaleza ha de ser calificada como mercantil, según la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio.

Es decir, aquellas sociedades que compran terrenos como fin principal de su actividad no deberían ser reputadas como mercantiles, tal y como se deduce de la Exposición de Motivos del Código de Comercio. Así las sociedades que se dediquen a la tenencia de bienes inmuebles podrían ser configuradas como sociedades civiles.

Pero es más, y de acuerdo con lo anterior, entendemos que las sociedades inmobiliarias, para ser genuinamente sociedades mercantiles, han de realizar operaciones comerciales en masa.

Esto es, no toda sociedad inmobiliaria que se dedique a la adquisición de terrenos para su posterior explotación en régimen de venta habría de reputarse mercantil, sino aquella que realice estas operaciones comerciales en masa, esto es, con el requisito de habitualidad (vid. art. 1 del Código de Comercio) que dicho elemento definidor requiere. Así, las sociedades que adquieran terrenos y exploten los mismos, mediando la construcción de viviendas para su

(17) GARRIGUES, vid., *op. cit.*, pág. 13 y sigs.

(18) GARRIGUES, vid., *op. cit.*, págs. 11 y 13.

reventa, si no ejercitan esta actividad de forma continuada tampoco deben reputarse mercantiles. En nuestra opinión, es lo que ocurriría para aquellas sociedades que se constituyen para un fin inmobiliario específico con el ánimo de repartirse las ganancias de dicha promoción y venta, y proceder posteriormente a su posterior disolución.

En suma, y según la Exposición de Motivos del Código de Comercio, las sociedades que adquieran terrenos para su tenencia no deberían reputarse mercantiles, lo mismo que las sociedades inmobiliarias constituidas para una promoción y venta *ad hoc*, pudiendo, pues, ser constituidas bajo la fórmula de sociedad civil. Igualmente, a nuestro juicio, las sociedades que junto a esa tenencia de bienes no realicen habitualmente la explotación y reventa del terreno (mediando o no edificación del mismo) aunque lo efectuaran aisladamente, tampoco deberían reputarse mercantiles, sino que podrían constituirse perfectamente como sociedades civiles.

Uno de los problemas de dicha constitución bajo forma civil consistirá principalmente en el juicio de calificación que el Registrador de la Propiedad competente realice en el ámbito de sus funciones, según el criterio de la DGRN expuesto al efecto.

Probablemente, una adecuada redacción del objeto social de la sociedad civil en cuestión, configurándola *ad hoc* para una promoción y venta, o bien, como sociedad cuyo fin principal sea la tenencia de bienes inmuebles aunque esporádicamente realizase explotaciones de los mismos para la obtención de lucro con su reventa, deberían ayudar a que dicha función calificadora no fuera negativa a la forma civil de la sociedad, lo que permitiría afirmar que la misma tiene también objeto civil.

Por lo tanto, no debería propugnarse un criterio general y absoluto en esta materia, afirmándose que toda operación de compra de terrenos para su promoción y construcción es una operación comercial, sino que debe analizarse con sumo esmero caso por caso esta cuestión. No debiéndose —a nuestro juicio— apartar del ámbito de la sociedad inmobiliaria a la sociedad civil por este mero hecho, puesto que con la redacción de la Exposición de Motivos del Código de Comercio, no podemos compartir tal juicio de carácter absoluto.

Por otro lado, en cuanto a la construcción en comunidad y el régimen de aportación de solar por obra futura, estamos plenamente conformes en considerar que la primera fórmula puede arbitrase como sociedad civil, al igual que la segunda, si las prestaciones del contrato en este caso no se convienen como un *do ut des*, sino cuando la misma se configura a cambio de una participación en los beneficios resultantes de la venta de la construcción.

Por último, también las sociedades que adquieran terrenos para explotarlos en régimen de alquiler podrían ser configuradas como auténticas sociedades civiles, según la doctrina anteriormente expuesta, al calificarse como actos civiles dichas actividades, lo cual y a su vez consideramos que se encuentra en consonancia con la reiterada Exposición de Motivos del Código de Comercio (la cual ha proporcionado el principal argumento a la compraventa mercantil de bienes inmuebles, y que como criterio interpretativo para enjuiciar el problema propuesto, también ha de estimarse), ya que la misma no se refiere al régimen de alquiler, sino al de compraventa, para dotar a esa actividad de naturaleza mercantil.

VIII. CONCLUSIÓN

Al amparo del análisis realizado, creemos que la sociedad civil no puede desterrarse del ámbito inmobiliario, ya que existe Jurisprudencia del TS que avala dicha posibilidad y posiciones doctrinales que al menos y con claridad para las variables de sociedad inmobiliaria cuyo objeto sea la construcción en comunidad y de aportación de solar por obra futura (con los matices expuestos en cuanto a esta última) permiten la adopción de la sociedad civil para la ejecución de tales actividades. Idéntica posibilidad debe propugnarse, a nuestro juicio, para aquellas sociedades que adquieran terrenos para explotarlos en régimen de alquiler.

En el supuesto más controvertido doctrinalmente (que no así a nivel de Jurisprudencia del TS) consistente en la pura adquisición de terrenos para su explotación en régimen de venta —mediando, generalmente, edificación de dicho terreno—, debería coexistir a nuestro juicio el régimen de la sociedad mercantil y de la sociedad civil para estas sociedades inmobiliarias, según el objeto social de las mismas.

En este sentido, podrían ser mercantiles las que realizasen esta actividad tipificada como fin principal de su objeto social y con carácter habitual o en masa. Pudiendo ser por otro lado, sociedades civiles, aquéllas que ejecuten la actividad inmobiliaria para una operación determinada, o bien, las que teniendo un objeto más amplio, la realicen esporádicamente y no con la habitualidad que la mercantilidad requiere.

No obstante lo anterior y como decía GARRIGUES, entendemos la dificultad que supone determinar *a priori* la naturaleza de un acto o negocio concreto por un dato que como el de la intención final del actor sólo puede ser comprobado *a posteriori*. En este sentido, consideramos que dicha finalidad puede presumirse lógicamente cuando el acto en cuestión pertenezca a la serie orgánica de las operaciones propias de una sociedad.

Por ello, debe ser la esmerada redacción del objeto social de la correspondiente sociedad la que deba ofrecer *a priori* la finalidad de la voluntad de los socios consistente o no en realizar operaciones comerciales o civiles.

RESUMEN

SOCIEDADES INMOBILIARIAS

En este trabajo se analiza la problemática consistente en si las sociedades inmobiliarias han de configurarse necesariamente como sociedades mercantiles, o bien, pueden adoptar la tipología de la sociedad civil. Todo ello, a la luz del diferente tratamiento que puede apreciarse en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como en la doctrina que ha abordado el tema propuesto.

ABSTRACT

REAL-ESTATE COMPANIES

This paper analyses the problem of whether real-estate companies must necessarily be set up as commercial partnerships or whether they may be organised as civil partnerships. The examination is conducted in the light of the different treatment that may be observed in Supreme Court case law, in the decisions of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs and in the doctrine addressing the proposed topic.

3. URBANISMO

TITULARIDAD CONTROVERTIDA, LITIGIOSA Y DUDOSA EN LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN.

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

Abogado

INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 103 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN URBANÍSTICA, Y 10 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA, AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID, DE 10 DE FEBRERO DE 2006

I. INTRODUCCIÓN: LA SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2006 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID Y SUS CONSIDERACIONES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS SITUACIONES DE LITIGIOSIDAD O TITULARIDAD DUDOSA EN LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN

La reciente sentencia número 163 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de febrero de 2006, dictada en los autos del recurso número 570/00, nos permite abordar una cuestión extremadamente espinosa que se plantea con carácter casi permanente en los procesos de ejecución del Planeamiento a través de proyectos de actuación, reparcelación o compensación.

La citada sentencia, como recoge su Fundamento de Derecho Primero, viene a resolver la impugnación de un proyecto de compensación basada *«en la disconformidad de la recurrente con el reconocimiento que como titular de los restos segregados finca registral... se realiza a favor del Ayuntamiento de Madrid, que se considera disconforme a Derecho, interesándose el dictado de una sentencia por la que se anule la aprobación del Proyecto de Compensación, declarando el derecho de los recurrentes a ser reconocidos como propietarios de las parcelas, restos de la matriz..., por una superficie de... y el reconocimiento de sus derechos, o en todo caso, tales parcelas sean declaradas en litigio a instancias de lo que resuelva en su día la Jurisdicción Civil si no quedara resuelta la propiedad a favor de los mismos»*.

La indicada resolución judicial termina fallando la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo con anulación parcial de la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación, *«por considerarla contraria a Derecho, en el extremo relativo al reconocimiento que como titular de los restos de la finca matriz... y por una superficie de... se realiza a favor del Ayuntamiento, sin hacer especial condena en costas»*.

La estimación del recurso se funda en la consideración como parte del procedimiento de la eventual calificación en el Proyecto de Compensación de la finca como dudosa o litigiosa, a pesar de asumir la total falta de jurisdicción para la determinación de quien ostenta mejor derecho, reservada a la Jurisdicción Civil.

Así, en primer lugar, el Fundamento de Derecho Segundo reconoce lo siguiente:

«SEGUNDO.—Vaya por delante que no corresponde al orden contencioso-administrativo resolver la discrepancia en orden a la titularidad de los derechos cuya resolución corresponde al orden civil, tal y como resulta del apartado 4 del artículo 103 del Reglamento de Gestión Urbanística que establece que: «si la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, la resolución definitiva corresponde a los Tribunales Ordinarios. El proyecto de reparcelación se limitará, en tal caso, a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda. La Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de estas titularidades a efectos de la tramitación del expediente», precepto aplicable a los proyectos de compensación.

Constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que expresa la incompetencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para dilucidar las discrepancias que en orden a la titularidad de los bienes afectados se originan en un expediente de reparcelación. Además de la ya citada sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2000, cabe citar, entre otras, las de 3 de mayo de 2002, 23 de abril de 1992 y 19 de julio de 1985.

El artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción excluye el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civiles, penales y social, aunque estén relacionados con la actividad de la Administración, y no debe ofrecer duda alguna que el pronunciamiento sobre la titularidad de la parcela litigiosa es una cuestión estrictamente de Derecho Civil.

En consecuencia, mal puede acogerse la petición principal dirigida a declarar el derecho de los recurrentes a ser reconocidos como propietarios de las parcelas restos de la finca matriz..., por una superficie de...».

Es a continuación, en el Fundamento de Derecho Tercero, cuando decide examinar la pretensión de la posible declaración de la finca como dudosa o litigiosa, en los siguientes términos:

«TERCERO.—Ahora bien, lo que sí está dentro del ámbito de conocimiento de esta jurisdicción es el examen del procedimiento seguido en la tramitación del proyecto de compensación.

La Resolución de la Alcaldía, por la que se desestima la alegación formulada por la recurrente, se fundamenta en no haber quedado acreditado en el proyecto de compensación ni en la documentación aportada de la finca registral... se encuentre ubicada en el APE..., ya que las porciones de terreno, titularidad de los recurrentes, se corresponden en el Proyecto de Compensación con fincas de titularidad del Ayuntamiento de Madrid al ser viarios públicos existentes. Asimismo, se señalaba como complemento a lo anterior, que las fincas que se han segregado de la finca número 872 no se corresponden con ninguna de las que han intervenido en el Proyecto de Compensación, de lo que parece deducirse —a juicio de la Administración— que las porciones de terreno a las que hace referencia a la nota registral se encuentran fuera del ámbito de actuación.

Pues bien, para resolver las cuestiones planteadas es necesario dejar constancia de las pautas que rigen en esta materia:

En primer lugar, cuando la finca o fincas comprometidas se encuentran inscritas, sólo cabe hablar de titularidad litigiosa cuando se hubiese impugnado la titularidad registral, en aplicación de lo establecido en el artículo 38 de la Ley

Hipotecaria, según el cual “no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a favor de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercer”.

Consecuencia de lo anterior es el contenido del apartado 3 del artículo 10 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (Real Decreto 1093/1997), según el cual se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. La Disposición Derogatoria Única del citado Real Decreto, establece la derogación de todas las disposiciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. No puede olvidarse que por la fecha de aprobación del instrumento de equidistribución (16 de junio de 2000) resultaba plenamente aplicable el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción de actos de naturaleza urbanística que entra en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE, que se produjo el 23 de julio de 1997, aunque no es ocioso añadir, también, que la derogación del Reglamento de Gestión en su artículo 103.4 no es tan evidente, pues puede ocurrir que las fincas comprometidas no estén inmatriculadas, y aunque no sea el caso, en esos supuestos sería de aplicación el citado artículo. Como quiera que sea, lo cierto es que el artículo 10.2 del Reglamento Hipotecario Urbanístico lo que hace es desarrollar los efectos que incorpora el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

En segundo término, no es competencia del orden contencioso, sino de incumbencia exclusiva del orden civil, decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la Unidad de Ejecución, y ello porque no es función de la Administración decidir la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la Unidad de Actuación.

En tercer lugar, sobre el tratamiento que merecen los problemas de titularidades dudosas, vale la pena traer a colación la doctrina sentada, si no estamos en un error, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de julio de 1999, que se reitera, por ejemplo, en la de 19 de abril de 2005: cuando las titularidades implicadas se plantean como dudosas, esa declaración es la que debe formular la Administración, reservando a las partes el derecho a acudir ante la jurisdicción competente, absteniéndose de discutir o negar las titularidades dudosas, cuya representación y defensa corresponde a la Administración. En estos casos, esto es, si las titularidades son dudosas la Administración ha de formular ese pronunciamiento, el cual determinará el alcance y extensión de la duda, resolución que, en lo que atañe a la duda, será susceptible de control jurisdiccional».

Finalmente, en el Fundamento de Derecho Cuarto se examina la prueba practicada, en concreto la prueba pericial practicada por un perito procesal que consideraba que las calles que se había atribuido la Administración eran calles particulares y se correspondían con la finca registral era el resto de la matriz que dio origen a las demás parcelas. Asumiendo la consideración del perito de que, en su opinión, se demostraría que los recurrentes eran propietarios de la finca registral indicada se determina lo siguiente:

CUARTO.—«...Así las cosas, puede afirmarse que nos encontramos ante un supuesto de titularidad dudosa, pero no litigiosa, y ello obligaba a la Adminis-

tración a estar al mecanismo previsto en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión, dejando a salvo, por supuesto, los derechos de las partes de acudir a la jurisdicción civil, única competente para resolver sobre las cuestiones atinentes al reconocimiento del derecho de propiedad».

Como se ve, la sentencia, que es objeto del presente comentario, analiza en profundidad tres conceptos parecidos, pero diferentes, relacionados con las fincas aportadas a un proyecto de equidistribución: las situaciones de titularidad dudosa, las de titularidad litigiosa y las de titularidad controvertida. Esta circunstancia nos permite aproximarnos a la cuestión partiendo de una exposición razonada y acertada procedente de un Tribunal en una materia que actualmente, una vez publicada la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa operada por la Ley Orgánica 19/2003, la última instancia en relación con la impugnación en vía contencioso-administrativa de los proyectos de compensación, actuación y reparcelación. Así lo viene declarando el Tribunal Supremo en distintos autos, aplicando incluso a sentencias dictadas en procedimientos anteriores a la reforma de la Ley Orgánica 19/2003, como los de 4 de octubre de 2004 y 19 de enero de 2006.

II. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 10.3 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO, Y EL ALCANCE DE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 103.4 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN URBANÍSTICA

Adoptando una posición que se autodefine *poco extremista* en su Exposición de Motivos, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, introdujo el concepto de titularidad controvertida en su artículo 10.3, refiriéndose a situaciones en las que la titularidad de la finca no sólo se debate ante los tribunales sino que ha dado lugar a una específica medida cautelar: la anotación preventiva de demanda de propiedad. El artículo 10.3 lo declara, en concreto, de la siguiente manera:

«Artículo 10. Doble inmatriculación. Titularidad desconocida o controvertida sobre la finca de origen. Titular en ignorado paradero.

...3. Se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. En este caso la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada».

De lo anterior se desprende lo siguiente:

- a) La titularidad controvertida sólo lo será cuando conste anotación preventiva de demanda de propiedad, que será la establecida en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria.
- b) Constante la anotación preventiva, se prevé su traslado por subrogación real, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 168 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.
- c) Cuando no conste anotación preventiva de demanda de la propiedad, no se considerará titularidad controvertida.

Estos requisitos afectan directamente al título inscribible en los términos que determina el artículo 7 del citado Real Decreto.

Siendo esta la regulación que determina la normativa hipotecaria en relación con la titularidad controvertida, a los efectos de la calificación del título inscribible, en principio, no cabe admitir la consideración de la titularidad controvertida sobre una finca cuando no se da la circunstancia de haber acordado el tribunal civil competente la anotación preventiva de demanda en relación con la propiedad de la misma. Ello tiene plena justificación, no ya en virtud del Principio de Legitimación Registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino también en razón del artículo 1 de la citada Ley, cuando determina que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que no parece la vía idónea para introducir menciones a derechos o cargas sobre las fincas inscritas una resolución administrativa en una materia en la que, acaso, existiendo un proceso judicial incluso se haya solicitado la anotación preventiva de demanda y el juez competente haya denegado la misma.

En efecto, si quien tiene la competencia para decidir verdaderamente sobre la titularidad considera que no debe existir mención en el Registro del proceso judicial que se sigue bajo su tutela, ¿cómo va a permitir el Ordenamiento Jurídico que quien no tiene esa jurisdicción ni la capacidad de decidir sobre el fondo pueda provocar la intromisión en el Registro de la Propiedad de la pretensión de un tercero ajeno al titular registral en contra del criterio del Juez competente?

Ello es especialmente dudoso en el caso del Tercero Hipotecario respecto del que el Principio de Fe Pública impide cualquier intromisión en su derecho a través de la presunción *iuris et de iure* que determina el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, como hemos visto, la jurisprudencia ha encontrado una vía para que el Proyecto de equidistribución pueda reconocer cautelarmente situaciones que comportarían una reserva en la decisión administrativa respecto de su facultad para definir las titularidades sobre las fincas aportadas, que tiene reconocida en el artículo 307.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, porque se considera incapaz o incompetente para atribuir el dominio, aunque esa es una de las funciones que le reconoce la indicada norma y que es esencial en todo proceso de reparcelación, tal y como determina el artículo 7.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Es decir, que si el artículo 307.1 de la Ley le reconoce expresamente, entre otras facultades, al momento de aprobar los expedientes de ejecución del planeamiento, la de «atribución del dominio o de otros derechos reales» sobre las fincas afectadas, parece que un ejercicio prudente y razonable de esa facultad puede llevar a la Administración a reconocer su incapacidad para determinar quién es el verdadero propietario de alguna de las fincas que parecen afectadas por un determinado ámbito de actuación. Ello es plenamente conforme con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, en la medida en que la Administración, lejos de suplantar a los tribunales competentes, lo que hace es remitir a estos la resolución de una situación jurídica que le parece dudosa.

En ese sentido, es razonable el fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de febrero de 2006, porque considera que la Administración no puede desconocer el Principio de Legitimación Registral de quienes son titulares de determinada porción de terreno afectada por un proyecto de equidistribución, por más que se considere titular de la misma. De hecho, en el caso de autos, posiblemente se estaría provocando una doble inmatriculación, al reconocer nuevas titularidades sobre unas superficies pre-

viamente inscritas como resto de una primitiva finca matriz de la que se formaron por segregación otras muy diversas.

III. VIGENCIA PARCIAL DEL ARTÍCULO 103.4 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN URBANÍSTICA Y DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD DUDOSA, LITIGIOSA Y CONTROVERTIDA

Según la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, «*quedan derogadas todas las disposiciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística, de 25 de agosto de 1978, en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística*».

Como hemos visto, la sentencia que comentamos considera que la derogación no alcanza al artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, por ejemplo, en relación con las fincas no inscritas. Esta consideración, que es acertada porque la regulación derogada resulta de la traducción del Principio de Legitimación Registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a los proyectos de equidistribución, es consonante con lo que, en su momento, había defendido un sector de la doctrina, por ejemplo, Rafael ARNÁIZ EGUREN (*Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1995, pág. 251), cuando señalaba, en relación con el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, lo siguiente:

«Distinción entre fincas de titularidad dudosa y de titularidad litigiosa.

En realidad, entendemos que la cuestión debería haberse planteado en otros términos. En efecto, si la finca de origen consta inscrita en un solo folio, no se plantean problemas de doble inmatriculación y no existe tracto sucesivo interrumpido, no cabe hablar de titularidad dudosa, dada la presunción contenida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, según el cual, “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo”, lo que supone la plasmación directa del principio de legitimación registral, tema que ya estudiamos en los mismos términos al tratar de la expropiación forzosa. Por tanto:

- Si la finca consta inscrita sólo cabe hablar de titularidad litigiosa cuando se hubiese impugnado la titularidad registral, dado lo dispuesto por el citado artículo 38, según el cual, “como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a favor de persona o una entidad determinada sin que, previamente o la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero”. Por tanto, el órgano actuante no tiene, en esta materia, facultad de calificación de la titularidad litigiosa. Para que ésta pueda ser apreciada, será necesario que conste del Registro que se ha tomado la anotación de demanda en el juicio correspondiente.
- Si la finca no aparece inmatriculada, la cuestión es distinta, puesto que no existe presunción registral alguna que ampare a los que pretenden su titularidad. En este caso, la duda o el posible litigio podrán ser apreciados directamente por el órgano actuante, con las consecuencias que señala el artículo 103 citado».

De esta manera, parece claro que en esta materia existen tres conceptos aparentemente diferentes:

- Titularidad controvertida: aquélla sobre la que existe una advertencia registral de litigiosidad formalizada como anotación preventiva de demanda, que se trasladará a las fincas de resultado.
- Titularidad dudosa: la que se refiere a fincas cuando, al menos, una de las dos no esté inmatriculada porque en tal caso se identificaría una doble inmatriculación, sobre las que existe una aparente doble titularidad, aunque ésta no se esté aún discutiendo en los Tribunales.
- Titularidad litigiosa: aquélla que antes de la publicación del Real Decreto 1093/1997, englobaba tanto la titularidad controvertida como las dobles inmatriculaciones y otras en las que se discutía el dominio ante los Tribunales, aunque no hubiera recaído anotación preventiva en el Registro o aunque no estuvieran inmatriculadas. Ahora cabe sobre fincas respecto de las que existe litigio sin que ninguna esté protegida por el Registro de la Propiedad.

La cuestión que se plantea en la actualidad, una vez derogados los artículos del Reglamento de Gestión Urbanística en materia de acceso al Registro de la Propiedad, es cómo se consideran las fincas sobre las que recae una sola titularidad inscrita y otra que se invoca en un proceso sin que medie anotación registral, o aquéllas en que, por ejemplo, existe una protección atribuida por el Ordenamiento jurídico superior y alternativa a la que ofrece la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Es decir, como en el caso de la sentencia que comentamos, cuando la titularidad inscrita entra en contradicción, por ejemplo, con el dominio público, aunque no esté inscrito, porque no proviene, por ejemplo, de expropiación o porque la Administración ha renunciado a su derecho de inscribir, según el caso, la legitimación registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no prevalece y la Administración tiene la obligación de depurar la irregularidad o, cuando menos, de calificar la finca como dudosa si es fruto de una situación que no puede resolver por sí misma.

En definitiva, como recordaba la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 1992, el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística contempla situaciones que no son las propiamente litigiosas: *«no exige el que la titularidad discrepante se encuentre sometida al conocimiento de los tribunales civiles para que pueda tenerse en cuenta y actuar en consecuencia, siendo suficiente con su existencia, como la alternativa dudosa o litigiosa que el artículo utiliza da claramente a entender, independientemente de que la intervención de tales tribunales se haya ya producido o vaya a producirse»*.

Siguiendo a Vicente LASO («Vinculaciones Singulares, Agente Urbanizador, Titularidad Litigiosa, Unidades de Ejecución y Reversión en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 2004, septiembre de 2003, pág. 135), cabe distinguir diferentes conceptos en virtud de la precisión terminológica del Reglamento, como hiciera la sentencia comentada por él del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 8 de octubre de 2002, en aquel artículo, debiéndose estar en todo caso *«a las condiciones que la duda o litigiosidad ha de tener para ser considerada como tal, y a su posible traslación al Registro de la Propiedad con motivo de la inscripción del proyecto de reparcelación»*.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1999 (*Aranzadi* 5886) señalaba en su Fundamento de Derecho Tercero, lo siguiente:

«...si las titularidades son dudosas, la Administración ha de formular ese pronunciamiento, el cual determinará el alcance y extensión de la duda, resolución que, en lo que atañe a la duda, será susceptible de control jurisdiccional. No es función de la Administración decidir, con ocasión de la aprobación de Bases y Estatutos de una Unidad de Actuación, la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la Unidad de Actuación. Del mismo modo no es competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la Unidad de Actuación, pronunciamiento que es de la exclusiva incumbencia de los Tribunales Civiles.

La única reserva que podría formularse contra dicho razonamiento es el de que las titularidades afectadas por la Unidad de Actuación no son dudosas para los demandados. El Ayuntamiento de Ávila afirma, sin embargo, en su escrito de casación que: “no ha negado en momento alguno que los recurrentes eran propietarios de unos terrenos en las zonas de la Unidad de Actuación o en sus cercanías, únicamente ha entendido que no han acreditado suficientemente dicha titularidad, cuando ésta es una carga que deben cumplimentar precisamente las propias recurrentes”. Ello constituye una confesión paladina de la naturaleza dudosa de las propiedades controvertidas, no sólo en lo referente al “cuánto”, sino al “dónde” y del exceso en que ha incurrido en el acto impugnado al afirmar que la demandante: “no ha acreditado suficientemente dicha titularidad...”.

...El exceso, sin embargo, no sólo se produce en el acto impugnado, sino que también concurre en la sentencia recurrida que ordena la inclusión de la actora en la unidad de actuación, “por conservar titularidad suficiente” sobre los terrenos, conclusión que se obtiene a la vista del examen de la documentación e informe pericial obrante en autos. Es, justamente, esa valoración dominical la que no corresponde efectuar a los Tribunales contenciosos, razón por la que en este punto el recurso de casación ha de ser estimado».

Como se ve, el propio Tribunal Supremo identifica situaciones de dudosa titularidad que en sí no están sometidas a litigio y que razonablemente deben ser reconocidas como dudosas por la Administración cuando cumple la función de «atribución del dominio» que el artículo 307.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 le asigna, porque cualquier otra decisión violaría precisamente la reserva que el artículo 1 de la Ley Hipotecaria confiere en favor de los Tribunales Ordinarios, puesto que son éstos los que deban decidir respecto de las situaciones en las que no esté clara la titularidad sobre una determinada finca inscrita y no la Administración.

Es más, cabría plantearse que si lo que existe es una dudosa titularidad como alternativa a una titularidad desconocida, debe darse traslado al Delegado de la Agencia Tributaria en los términos en que lo plantea el artículo 190 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y, a la vista de su intervención, podría considerarse otro supuesto de titularidad dudosa. A éste debe añadirse el que advirtió la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero de 2004, *Aranzadi* RHJ 2004/630, cuando asumió «*la dudosa titularidad es una hipótesis a la que prestan amparo, y sin perjuicio de lo que en definitiva resulte a la luz de todos los elementos de juicio necesarios, tanto lo dispuesto en el artículo 1.959 del Código Civil, relativo a la usucapion extraordinaria sobre los bienes inmuebles, como el artículo 36 de la Ley Hipotecaria*».

En ese sentido, la referencia que hacía la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 8 de octubre de 2002, al artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, de subsidiaria aplicación a los expedientes de repar-

celación, es clarificadora porque, como señala dicho artículo, en principio el expediente se debe tramitar con quien figure como titular en los registros públicos que otorgan presunción de titularidad, pero si no, con quien conste como propietario por simple notoriedad. En determinadas circunstancias, la ausencia de un título claro no debe impedir tramitar el expediente con quien presenta signos de posible titularidad, pero en caso de que no se confirme ésta y pudiendo resultar la finca finalmente calificada como *res nullius* o de un hipotético tercero, debería hacerse la reserva respecto de la Agencia Tributaria o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

A la vista de ello, parece claro que no ha habido, como señala la sentencia de 10 de febrero de 2006, que analizamos, una derogación total del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, sino sólo respecto de aquellas situaciones de litigiosidad sobre fincas inscritas o sobre aquella parte de las fincas protegidas por el Principio de Legitimación Registral que deberían considerarse sólo cuando existe anotación preventiva de demanda por respecto a los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, y a los artículos 9 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determinan la reserva en favor de los tribunales civiles ordinarios en relación con las cuestiones de Derecho Civil y Derecho Hipotecario.

Por otro lado, aquellas situaciones en que la litigiosidad recae sobre una superficie que excede de la protegida por la descripción registral, la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no justifica la exigencia de anotación preventiva de demanda para tener en consideración la evidencia de la litigiosidad cuando el proceso existe.

Finalmente, en las situaciones en las que lo que existe es una situación dudosa que enfrenta una titularidad registral con otra, por ejemplo, de dominio público o en las que se enfrenta una mínima apariencia de titularidad, frente, por ejemplo, a la posibilidad de que se tratara de un bien mostrenco, parece inoperante la exigencia de anotación preventiva de demanda, por cuanto la Administración queda obligada a cumplir con un procedimiento establecido en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística que impone, como garantía para el respeto a los derechos de los afectados y a la exclusividad de la competencia de la Jurisdicción Civil, la inhibición del órgano actuante, limitándose a reconocer sus dudas y calificar la titularidad como dudosa.

RESUMEN

TITULARIDAD CONTROVERTIDA Y REPARCELACIÓN

Los Tribunales Superiores de Justicia imponen la obligación de recoger en los Proyectos de Equidistribución titularidades dudosas o litigiosas, al margen de la titularidad controvertida del artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

ABSTRACT

DISPUTED OWNERSHIP AND PLOT REDIVISION

The high courts of justice make it obligatory for Equal Distribution Schemes to state any doubtful or litigious ownership situations, quite apart from disputed ownership situations under article 10.3 of Royal Decree 1093/1997 of 4 July.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 31/2006. 18-10-2006. Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

— Ley 32/2006. 18-10-2006. Reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

— Ley 33/2006. 30-10-2006. Igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

— Ley 34/2006. 30-10-2006. Acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

— Instrumento de ratificación del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Irán para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Teherán el 19-7-2003.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 965/2006. 1-9-2006. Modifica el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21-11-2003.

— Real Decreto 1019/2006. 8-9-2006. Modifica el artículo 13 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30-12-2004.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 2815/2006. 6-9-2006. Constituye el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, con arreglo a la propuesta del Tribunal examinador.

— Orden 3230/2006. 5-10-2006. Modifica la composición del tribunal calificador de la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 28-11-2005.

— Resolución de 20-10-2006. Convocan oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 3082/2006. 14-9-2006. Modifica la Orden 3662/2003, de 29-12-2003, que regula un nuevo procedimiento de recaudación de los ingresos no tributarios recaudados por las Delegaciones de Economía y Hacienda y de los ingresos en efectivo en la Caja General de Depósitos y sus sucursales.

— Orden 3188/2006. 11-10-2006. Determina los módulos de valoración a efectos de lo establecido en el artículo 30 y en la Disposición Transitoria 1.ª del TR de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5-3-2004.

— Resolución de 31-7-2006. Aprueba la remisión a las CC.AA. del fichero de información catastral de bienes inmuebles de naturaleza rústica, urbana y de características especiales, así como su estructura, contenido y formato informático.

— Resolución de 31-7-2006. Aprueba la forma de remisión y la estructura, contenido, especificaciones técnicas y formato informático de los ficheros de intercambio de información catastral alfanumérica y gráfica FIN, VARPAD, FICC y FXCC.

— Resolución de 15-9-2006. Creación, organización y funciones de las Dependencias Regionales de Relaciones Institucionales en determinadas Delegaciones Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución de 28-9-2006. Publica los precios de venta al público de determinadas labores de tabaco en expendedurías de Tabaco y Timbre del Área del Monopolio.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 18-9-2006. Mensualmente hace públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Corrección de errores. Circular 3/2006. 28-7-2006. Residentes titulares de cuentas en el extranjero.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

— Resolución de 12-7-2006. Crea el Registro Telemático de la Agencia Española de Protección de Datos.

— Resolución de 12-7-2006. Crea el Registro Telemático de la Agencia Española de Protección de Datos. La Agencia Española de Protección de Datos es un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones, y que tiene por objeto la garantía del cumplimiento y aplicación de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13-12-1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y sus normas de desarrollo.

— Resolución de 1-9-2006. Determina la información que contiene el Catálogo de ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos.

— Resolución de 8-9-2006. Corrige errores en las Resoluciones de 12-7-2006, por las que se crea el Registro Telemático y se aprueban los formularios electrónicos para inscribir los ficheros en el Registro General de Protección de Datos.

MINISTERIO DE VIVIENDA

— Orden 2784/2006. 27-7-2006. Determina las condiciones y requisitos de rehabilitación aislada para mejorar las condiciones de accesibilidad, sostenibilidad y seguridad estructural en el Programa 2006 del Plan Estatal 2005-2008.

— Orden 3149/2006. 3-10-2006. Crea y regula el Registro de Viviendas Protegidas.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Orden 3261/2006. 19-10-2006. Regula la comunicación del contenido del certificado de empresa y de otros datos relativos a los períodos de actividad laboral de los trabajadores y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla.

— Resolución de 19-9-2006. Aprueba el diseño de registros y el formato técnico de los ficheros informáticos para la remisión de los datos por los Servicios de Salud de las CC.AA. a efectos del pago del coste de la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales.

— Resolución de 28-9-2006. Regula el procedimiento para la declaración por las entidades gestoras de la Seguridad Social de la extinción de

créditos y derechos de la Seguridad Social por prestaciones indebidamente percibidas.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 3128/2006. 29-9-2006. Aprueba el logotipo identificador de la imagen promocional del DNIe y se establecen los criterios de su utilización.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Acuerdo Marco entre el Reino de España y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), hecho en Madrid el 8-7-2005.

— Convenio entre el Reino de España y Malta para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 8-11-2005.

— Convenio entre el Reino de España y el Gobierno de Nueva Zelanda para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y protocolo, hecho en Wellington el 28-7-2005.

— Aplicación Provisional del Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Croacia sobre el reconocimiento recíproco y el Canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid el 9 y 28-6-2006.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA

— Resolución de 6-9-2006. Modifican algunas condiciones de incorporación del alumnado a los programas de diversificación curricular en la etapa de educación secundaria obligatoria en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación y Ciencia.

— Corrección de errores. Real Decreto 806/2006. 30-6-2006. Establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 920/2006. 28-7-2006. Aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable.

— Resolución de 19-9-2006. Establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por

vía telemática de las tasas que por la prestación de servicios en el ámbito de la Propiedad Industrial recauda la Oficina Española de Patentes y Marcas.

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO

— Orden 3123/2006. 29-9-2006. Actualiza el Formulario Nacional.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 14-2-2006. Declara la nulidad de pleno derecho del inciso «cuando se trate de retribuciones de los miembros de los Consejos de Administración o de las Juntas que hagan sus veces el porcentaje de retención será del 40 por 100» del artículo 45.2 del Real Decreto 1841/1991, de 30-11-1991.

— Sentencia de 19-4-2006. Fija la siguiente doctrina legal: «La anulación de una liquidación tributaria por causa de anulabilidad no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida anteriormente por consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales Económicos-Administrativos, manteniéndose dicha interrupción con plenitud de efectos».

— Auto de 29-6-2006. Aclara el fallo de la sentencia de 18-5-2006, relativa al artículo 7.2 del Real Decreto 337/2004, de 27-2-..., por el que se desarrolla la Ley 28/2003, de 20-9-2003, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO 5

— S.J.V. Badajoz de 21-12-2005. Recurso gubernativo: Informe en defensa de la nota. Nulidad de la Resolución dictada por la DGRN, que no tiene en cuenta aquél (está a texto completo en la sección de S.J.V. de este Boletín).

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Orden de 11-10-2006. Establece la utilización de medios electrónicos para la expedición de copias autenticadas.

— Orden de 11-10-2006. Regula el empleo del sistema port@firma para la firma electrónica reconocida de documentos en soporte electrónico.

— Resolución de 28-9-2006. Nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ARAGÓN

— Orden de 4-9-2006. Regula el procedimiento para la presentación y pago telemáticos de los Impuestos Medioambientales y se aprueban los programas y modelos diseñados a tal efecto.

— Orden de 22-9-2006. Nombra Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, en virtud de Concurso Ordinario convocado por Resolución de 24-7-2006.

— Orden de 25-9-2006. Nombra Notarios en el Territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de Resolución de Concurso Ordinario.

BALEARES

— Ley 11/2006. 14-9-2006. Evaluaciones de impacto ambiental y evaluaciones ambientales estratégicas en las Illes Balears.

— Ley 12/2006. 20-9-2006. Para la mujer.

— Ley 14/2006. 17-10-2006. Deporte de las Illes Balears.

CANARIAS

— Decreto 126/2006. 12-9-2006. Declara fiestas propias de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2007 y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

— Decreto 136/2006. 3-10-2006. Crea y regula el Registro de Asociaciones y Federaciones de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Decreto 136/2006. 6-10-2006. Nombra Registradores de la Propiedad.

— Orden de 6-9-2006. Aprueba el precio público por la entrega del Modelo 600, de autoliquidación del ITP y AJD.

— Orden de 18-9-2006. Crea en Tuineje (Fuerteventura) una extensión descentralizada de la O. L. de Distrito Hipotecario de Puerto del Rosario.

— Orden de 25-9-2006. Modifica la Orden de 27-12-2004, que establece el procedimiento a seguir en la contabilización de los ingresos verificados por los Registradores de la Propiedad como titulares de las OO.LL. de Distrito Hipotecario.

— Resolución de 6-9-2006. Establece la fecha de inicio de uso del Modelo 600, de autoliquidación del ITP y AJD, aprobado por Orden de 9-6-2006.

CANTABRIA

— Ley 15/2006. 24-10-2006. Juego de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 107/06. 26-09-2006. Fija el calendario laboral para el año 2007.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 7/2006. 2-10-2006. Espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Castilla y León.

— Ley 8/2006. 10-10-2006. Voluntariado en Castilla y León.

— Ley 9/2006. 10-10-2006. Cooperación al Desarrollo.

— Decreto 63/2006. 14-9-2006. Establece la terminación convencional de procedimientos administrativos que afecten al patrimonio de la Comunidad.

— Decreto 64/2006. 14-9-2006. Modifica el Decreto 52/2002, de 27-3-2002, de Desarrollo y Aplicación del Plan Director de Vivienda y Suelo de Castilla y León, 2002-2009.

— Decreto 68/2006. 5-10-2006. Modifica el Decreto 22/2004, de 29-1-2004, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

— Orden 1435/2006. 12-9-2006. Establece el procedimiento para la remisión por los Notarios de la copia simple electrónica de las escrituras y documentos públicos por ellos autorizados.

CATALUÑA

— Decreto 339/2006. 5-9-2006. Desarrollo de la Ley 10/1997, de 3-7-1997, de la renta mínima de inserción.

— Decreto 343/2006. 19-9-2006. Desarrolla la Ley 8/2005, de 8-6-2005, de protección, gestión y ordenación del paisaje, y se regulan los estudios e informes de impacto e integración paisajística.

— Decreto 377/2006. 3-10-2006. Modificación del Decreto 119/2002, de 16-4-2002, por el que se crea el Consejo de Justicia de Cataluña y se modifica su denominación.

— Decreto 380/2006. 10-10-2006. Aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.

— Decreto 396/2006. 17-10-2006. Regula la intervención ambiental en el procedimiento de licencia urbanística para mejora de fincas rústicas que se efectúen con aportación de tierras procedentes de obras de la construcción.

— Resolución de 3165/2006. 28-9-2006. Da publicidad al Convenio de Cooperación Tecnológica entre el Ministerio de Justicia y el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña para la implantación y ejecución de la presentación telemática de escritos y notificaciones —sistema LexNET— en las oficinas judiciales de Cataluña.

EXTREMADURA

— Decreto 155/2006. 6-9-2006. Modificación del Decreto 98/2006, de 30-5-2006, por el que se fija el Calendario de días festivos de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2007.

— Decreto 165/2006. 19-9-2006. Determina el modelo, las formalidades y contenido del Libro del Edificio.

GALICIA

— Orden 14-9-2006. Otorga nombramientos a Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles pertenecientes al cuerpo de aspirantes para los registros vacantes que se citan.

— Corrección de errores. Ley 2/2006, de 14-6-2006, de Derecho Civil de Galicia.

MADRID

— Decreto 78/2006. 28-9-2006. Establece las fiestas laborales para el año 2007 en la Comunidad de Madrid.

— Orden 2890/2006. 4-9-2006. Establece los precios máximos de venta de las viviendas con protección pública para arrendamiento acogidas al sistema de renta concertada del Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005.

MURCIA

— Ley 7/2006. Modificación de la Ley 9/1984, de 22-11-1984, reguladora de la iniciativa legislativa popular, de los Ayuntamientos y Comarcas.

— Decreto 192/2006. 22-9-2006. Modificación parcial del Decreto 141/2005, de 30-12-2005, por el que se regulan las actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo en el ámbito de la Región de Murcia para el cuatrienio 2005-2008.

— Resolución de 3-10-2006. Aprueba la publicación de las fiestas laborales para el año 2007.

NAVARRA

— Decreto Foral Legislativo 3/2006. 28-8-2006. De Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Orden Foral 280/2006. 15-9-2006. Aprueba el modelo F-69 de declaración-liquidación trimestral del IVA, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática por Internet, así como las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por Internet del modelo F-66 de declaración-liquidación mensual del IVA.

— Orden Foral 302/2006. 27-9-2006. Aprueba el modelo 430 de declaración-liquidación mensual del Impuesto sobre las Primas de Seguros, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática por Internet.

— Corrección de errores. Ley Foral 9/2006. 5-7-2006. Modifica la Ley Foral 2/1998, de 27-3-1998, del Voluntariado.

PAÍS VASCO

— Ley 3/2006. 29-9-2006. Modificación de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

— Decreto 167/2006. 12-9-2006. Aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

— Orden 21-9-2006. Procede al nombramiento de Notarios en resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Orden 21-9-2006. Nombramiento de Registradores de la Propiedad en Resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Decreto 127/2006. 15-9-2006. Desarrolla la Ley 2/2006, de 5-5-2006, de la Generalitat, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental.

— Decreto 132/2006. 29-9-2006. Regulan los Documentos Reconocidos para la Calidad en la Edificación.

— Decreto 137/2006. 29-9-2006. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Territorio y Vivienda.

— Corrección de errores. Orden 28-12-2005. Aprueba el calendario de fiestas locales, retribuidas y no recuperables en el ámbito de la Comunidad Valenciana para el año 2006.

— Corrección de errores. Decreto 127/2006. 15-9-2006. Desarrolla la Ley 2/2006, de 5-5-2006, de la Generalitat, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

Del 23 de octubre al 10 de noviembre de 2006 se celebró el VI CURSO IBEROAMERICANO DE DERECHO REGISTRAL, organizado por el Decanato del Colegio de Registradores de la Propiedad de Andalucía Occidental en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba y el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Descripción resumida del proyecto:

El Curso de Derecho Registral para Registradores Iberoamericanos, ya en su sexta Edición, ofreció a los Registradores de los diferentes países de América Latina, la posibilidad de obtener un conocimiento profundo del sistema Registral Español, reconocido internacionalmente como uno de los más eficientes y sin duda una de los más modernos en lo que a la implantación de las nuevas tecnologías se refiere.

El curso se desarrolló por medio de clases, coloquios y conferencias impartidas por registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, profesores universitarios, jueces y otros funcionarios de la Administración del Estado, abogados de banca y otros profesionales de distintos ámbitos jurídicos y económicos. A través de visitas a los Registros, donde se desarrollaron sesiones prácticas, los alumnos tuvieron la oportunidad de analizar el funcionamiento del sistema e identificar potenciales reformas que aplicar a sus respectivos sistemas.

El programa académico de este curso analiza, desde una perspectiva teórica y práctica, cuestiones como las siguientes:

- Función del Registro de la Propiedad en la economía y en el desarrollo.
- Las limitaciones actuales al derecho de la propiedad derivadas del urbanismo, medio ambiente, etc., y su reflejo registral.
- Exposición de las últimas reformas legislativas y experiencias prácticas del sistema de seguridad y garantías inmobiliarias y mobiliarias en España, Europa y países iberoamericanos.
- La hipoteca como instrumento del crédito territorial.
- La hipoteca y su ejecución en relación con el Registro de la Propiedad.
- El Registro como institución al servicio de los consumidores.
- Aplicación de las nuevas tecnologías.
- El Registro y sus relaciones con los Tribunales, las Administraciones Públicas y el Catastro.
- El Registro de Bienes Muebles.

El curso comprendió clases teóricas por las tardes y clases prácticas por las mañanas en los Registros, así como visitas académicas a las instituciones relacionadas con la actividad registral: Consejería de Economía y Hacienda-Delegación del Catastro. Gerencia de Urbanismo de Córdoba, Colegio de Abogados, Ayuntamiento de Córdoba, Diputación Provincial de Córdoba. Diversas entidades financieras y visita a los Juzgados.

El objetivo general del curso es la Formación y capacitación de los Registradores y profesores universitarios en las siguientes áreas temáticas:

- a) El conocimiento del Derecho Registral.
- b) La función económica de los sistemas registrales.
- c) Los sistemas de titulación de propiedad.
- d) Regularización de la propiedad y lucha contra la pobreza.
- e) Nuevas formas de garantías del crédito mobiliarias e inmobiliarias.
- f) El aprendizaje de las nuevas tecnologías aplicadas a los Registros.
- g) Protección medioambiental.

Un objetivo específico del Curso Iberoamericano es el de consolidar la influencia que el sistema registral y la legislación española ha venido ejerciendo en los países iberoamericanos y frenar la expansión en estos países de instituciones jurídicas extrañas a la cultura común iberoamericana, que en el ámbito registral tienen expresión en modelos de seguro de títulos, o sistemas de publicidad basados en tabloneros de anuncios. Asimismo, una adecuada formación en Derecho Registral puede impedir que tesis como las que abogan por sistemas únicos de Catastro y Registro integrado prosperen en Iberoamérica, comprometiendo la viabilidad tanto de una como de otra institución.

Inauguración:

Por autoridades universitarias del Colegio de Registradores y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ponencias:

- «La convergencia de los sistemas registrales», por don Antonio PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad.
- «La actualización de la oficina registral: Coordinación de la finca registral y la catastral. Geo-base», por don Óscar VÁZQUEZ ASENJO, Registrador de la Propiedad.
- «Sistema registral español: Gestión de la oficina registral», por doña Raquel LAGUILLO MENÉNDEZ TOLOSA, Registradora de la Propiedad.
- «El Registro de la Propiedad como instrumento esencial para el desarrollo y el fortalecimiento del crédito territorial», por don Rafael SANZ COMPANY, Director de los Servicios Jurídicos de Banca Hipotecaria BBVA.
- «El Registro de la Propiedad y la protección de datos», por don Juan José PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad.
- «El Registro de la Propiedad y la protección de consumidores y usuarios», por don Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Córdoba.
- «El sistema registral español: principios hipotecarios. La publicidad registral», por don Antonio MANZANO SOLANO, Registrador de la Propiedad, jubilado.
- «El Registro Mercantil», por don Jesús DUCAY LÓPEZ, Registrador Mercantil adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «El Registro de Bienes Muebles-Financiación con garantías mobiliarias», por don Fernando GARCÍA SOLÉ, Secretario General de Santander Consumer Finance.
- «El Registro de Bienes Muebles», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- «Características fundamentales de los diferentes sistemas registrales Iberoamericanos. Comentario comparativo. Coloquio», por don Eduardo MARTÍNEZ GARCÍA, Registrador de la Propiedad.
- «El sistema registral norteamericano», por don Fernando DE LA PUENTE ALFARO, Registrador de la Propiedad.
- «Los Registradores de la Propiedad: cualificación, independencia y estabilidad profesional», por doña Paloma MUÑOZ GARCÍA LIÑAN, Registradora de la Propiedad.

- «La ejecución hipotecaria y el Registro de la Propiedad», por don Juan José JURADO JURADO, Registrador de la Propiedad.
- «Desarrollo del programa informático EXPERIOR», por don Jesús MÁRQUEZ SALAZAR, Director de Área del Servicio Registral de los Registros de la Propiedad.
- «El sistema registral español. Los principios hipotecarios. El procedimiento registral», por don Francisco Manuel GALÁN ORTEGA, Registrador de la Propiedad.
- «La informatización de los Registros en Puerto Rico», por don Diego PALACIOS CRIADO, Registrador de la Propiedad.
- «Los medios del Registro de la Propiedad en la lucha contra la informalidad», por don Luis MONREAL VIDAL, Registrador de la Propiedad.
- «El Registro de la Propiedad y la Propiedad Horizontal», por don José M. RODRÍGUEZ POYO GUERRERO, Registrador de la Propiedad.
- «El Registro de la Propiedad y las parcelaciones ilegales», por don Vicente MERINO NAZ, Registrador de la Propiedad.
- «Presentación Web: www.Cadri.org», por don Francisco DE ASÍS PALACIOS CRIADO, Registrador de la Propiedad.
- «El sistema registral español. Los principios hipotecarios», por don Ignacio GARMENDIA RODRÍGUEZ, Registrador Mercantil.
- «La responsabilidad del Registrador de la Propiedad: personal, civil, penal, disciplinaria», por don Enrique RAJOY BREY, Registrador de la Propiedad.
- «La firma electrónica», por don Manuel LORENZO CARNERO, Gerente de Registra.
- «El Registro de la Propiedad y Oficina Liquidadora», por doña Isabel COMAS, Directora General de Tributos de la Comunidad de Madrid.
- «La declaración universal de los derechos de los usuarios bancarios», por don Luis PINEDA, Presidente de AUSBANC.
- «Garantías mobiliarias», por don Álvaro DELGADO SCHEELJE, Superintendente Adjunto de la SUNARP.
- «La organización empresarial de la Oficina Registral», por don José Luis VALLE MUÑOZ, Registrador de la Propiedad.

Clausura:

- «Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y su vigencia en 2006», por don José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba.
- Acto de clausura del Curso por autoridades universitarias y locales del Colegio de Registradores y de la AECI.

CONCLUSIONES DEL 3.^{er} CONGRESO DE REGISTRADORES
DE ESPAÑA, CELEBRADO EN GRANADA EL 1 DE NOVIEMBRE
DE 2006

Exposición y coloquio de ponencias y comunicaciones sobre la hipoteca:

1. El derecho real de hipoteca goza en España de una extraordinaria aceptación, siendo la garantía que ofrece una mayor seguridad al acreedor y, en contrapartida a esa seguridad, unas mejores condiciones en tipos de interés y plazos para el deudor. Desde dicha situación, el derecho de hipoteca y el mercado hipotecario se encuentran preparados para adaptarse, dando respuesta a las nuevas necesidades que puedan plantearse, tanto desde el punto de vista jurídico, económico y social, como desde la perspectiva de la incorporación de los principios derivados de la Administración electrónica. Toda reforma que se aborde debe intentar que la figura no se desnaturalice con pérdida de su efectividad. La pérdida de su carácter hará que los acreedores acudan a otras formas de garantía más radicales (normalmente con pacto comisorio) que al final no son sino más gravosas para el deudor. Pero, por otro lado, pretender que el acreedor hipotecario puede desconocer los legítimos intereses de terceros al verse afectados, supondría dotarle de un privilegio más allá de lo que debe ser un derecho de garantía.

Entre las razones que aconsejan una reforma se encuentran las de: *a)* la necesidad de superar la aplicación rígida del principio de accesoriedad; *b)* la necesidad de que se pueda llevar a cabo refinanciación sin pérdida de prioridad, dándose ciertas condiciones; *c)* la implantación de nuevos productos; *d)* la conveniencia de ir preparando la existencia de un mercado hipotecario europeo; *e)* la incorporación de las nuevas tecnologías derivadas de la Sociedad de la Información y Administración Electrónicas.

2. Se detecta, en medios universitarios especialmente, una cierta ilusión por una hipoteca general para toda Europa, que no viniese por la vía de armonización de los Derechos nacionales de los Estados miembros, sino por una regulación general, preferentemente por un Reglamento Comunitario. A grandes rasgos, esa hipoteca estaría inspirada en la *Schuldbrief* o la *Grundschuld* de los sistemas germánicos, y sería una hipoteca constituida en favor de un acreedor determinado, pero independiente del crédito, de manera que pudiese cubrir, sin perder su rango, futuros e indeterminados créditos de ese acreedor, o incluso de otros acreedores a los que el primero cediese su derecho de garantía.

Los argumentos principales, entre otros, a favor de la eurohipoteca son: *a)* aumento de la competitividad; *b)* la creencia de que la mayor competitividad se basa en una negociabilidad de la hipoteca supuestamente superior a la de la hipoteca ordinaria; *c)* facilidad para otorgar la escritura de hipoteca en cualquier lugar; *d)* posibilidad de que el acreedor hipotecario acoja en su

garantía créditos de otro acreedor; e) separación entre el contrato de crédito y la garantía hipotecaria; f) pero quizá el mayor atractivo que todos los autores encuentran en la eurohipoteca sea la Unificación del Derecho europeo en esa materia y la facilitación del crédito transfronterizo.

Todas estas aparentes ventajas lo son desde la perspectiva del acreedor exclusivamente. Y las mismas, además, no puede decirse que no se encuentran ya dentro de determinadas modalidades de hipoteca en nuestro sistema donde con ligeras modificaciones pueden conseguirse manteniendo el equilibrio con los derechos del consumidor. La figura nunca debe ser concebida en función exclusiva de los intereses de las entidades financieras, imponiendo cláusulas que pudieran ser abusivas conforme a nuestro Derecho interno, por varias razones: la primera es que la vinculación indefinida de un inmueble a una hipoteca determinaría su amortización y desde una perspectiva puramente económica, impediría obtener la máxima rentabilidad de los inmuebles; la segunda es que los consumidores recelarían de ese producto, agobiante para la vida familiar, y finalmente no se utilizaría.

3. Las reformas normativas mediante la importación de figuras extrañas a la tradición jurídica de cada Ordenamiento carece de sentido. Es necesario destacar que los estudios existentes sobre la llamada «Eurohipoteca» son positivos, puesto que evidencian la situación normativa de los distintos países, a la vez que ponen de manifiesto las deficiencias que deben superarse para facilitar el crédito transfronterizo. Pero junto a los sistemas «germánicos», los llamados «latinos», en los que no existe separación entre la obligación y la garantía, son tan aptos como aquellos. Es por ello que no debería proponerse un único modelo de eurohipoteca, sino de varios; es decir, si se propone un modelo alemán o suizo basado en las cédulas hipotecarias o eurohipoteca abstracta, debería serlo en competencia con otros modelos o fórmulas causales o accesorias; los diversos modelos deberían seguir conviviendo con las otras modalidades hipotecarias existentes en cada Ordenamiento Jurídico interno. Con ello se conseguiría que la Comisión Europea favoreciera el mercado interior pero sin afectar al Derecho Privado de cada país.

El camino más prudente a seguir en el actual momento es el de que previamente deben armonizarse todos los aspectos básicos del crédito hipotecario: información precontractual, oferta vinculante, formalización documental, inscripción en el Registro y contenido inscribible; eficacia de la garantía; armonización de privilegios y preferencias, con eliminación, si es posible, de hipotecas legales tácitas; derecho de amortización anticipada; posibilidad de subrogación y novación; ejecución hipotecaria.

4. El Reglamento o la Directiva comunitarios al que eventualmente pudiera llegarse, no tendrían sino señalar un modelo con unos mínimos datos o requisitos imprescindibles sobre la hipoteca y sobre el crédito, de manera que, cumpliéndose esos requisitos, el documento accediese directamente al

Registro o a los sistemas previstos en cada Estado para la constitución o efectividad plena de la garantía.

En España no se plantearía, ni se plantea actualmente, ningún problema para asegurar con hipoteca créditos contraídos en otros países; la hipoteca puede garantizar toda clase de obligaciones y no se hace distinción alguna por razón del lugar del mundo donde se hubieren contraído.

5. Dentro de la legislación española la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 de la Ley Hipotecaria) puede ofrecer los mismos resultados prácticos y ventajas que las figuras que parten de la abstracción, si se extraen todas las posibilidades jurídicas y económicas que este tipo de hipoteca ofrece. Con la adecuada interpretación jurisprudencial (véase la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de junio de 2006) puede superarse la rígida aplicación del principio de accesoriedad —una obligación, una hipoteca— y dar solución a los nuevos planteamientos de las entidades de crédito.

Desde esta perspectiva es como debe de contemplarse la modificación de la figura en el Anteproyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario.

6. La figura de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, tal y como se contempla en el «Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia», debe entenderse como un paso necesario para dar cobertura a relaciones continuadas de crédito especialmente en el ámbito empresarial. Sin duda alguna que la interpretación que se haga por vía jurisprudencial de la expresión «actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas» será determinante de la aplicación y extensión de la figura. En todo caso debe evitarse que cuando se quiera constituir una garantía real para obligaciones diversas y variables entre dos personas, lo que en realidad se esté haciendo no sea una hipoteca sino un privilegio, por el que respecto de una finca concreta se altera el sistema de preferencia y prelación establecido por el Ordenamiento Jurídico.

7. Aparente novedad es la figura de la denominada «hipoteca inversa». Es uno de los medios que tienen los propietarios de viviendas ya pagadas para transformar el valor líquido acumulado de las mismas, normalmente obtenido durante gran número de años mediante el ahorro hipotecario en dinero efectivo. El término hipoteca inversa proviene del derecho anglosajón, al traducirse literalmente el concepto de «reverse mortgage», como contrapuesta o para diferenciarla de la denominada «forward mortgage» (Hipoteca delantera o avanzada). En las hipotecas ordinarias de amortización se obtiene un capital inicial, concedido generalmente para la adquisición de la vivienda, con lo que el valor líquido del inmueble queda reducido en la cuantía de la deuda, si bien en la medida en que se vaya amortizando el préstamo, y por tanto disminuya la deuda el propietario irá recuperando el valor total de la

finca. En cambio, en la hipoteca inversa o de endeudamiento ocurre lo contrario, el prestamista proporciona cantidades de dinero que van reduciendo el valor líquido del inmueble a medida que se acumulan con los intereses. Esta modalidad de hipoteca puede ser un instrumento adecuado para movilizar patrimonios inmobiliarios de personas que por su situación de edad, dependencia o insuficiencia de ingresos se hallan imposibilitadas para obtener recursos por otros instrumentos financieros.

Así entendida la figura y tal y como se regula en el Anteproyecto, puede decirse que no existe problema alguno para su admisibilidad en nuestro Derecho Hipotecario, ya que se adapta perfectamente a los principios que rigen nuestro sistema, tanto en lo que se refiere a los requisitos de constitución como a la ejecución, pudiéndose configurar como hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente.

No obstante, la figura ha de acomodarse a los principios del sistema y por ello, en la inscripción se deberá hacer constar la forma contractual utilizada, crédito o préstamo; las cantidades iniciales que van a ser adeudadas o entregadas con cargo a la deuda final; la finalidad del contrato de obtener prestaciones periódicas, así como su cuantía y los plazos o forma en que serán satisfechas, y el plazo de vencimiento del contrato o de exigibilidad de la obligación que no podrá ser inferior a la fecha del fallecimiento del acreditado o de los acreditados si fueren varios (se podría incluso establecer un plazo concreto para la liquidación desde la fecha de fallecimiento, como los seis meses plazo habitual en la práctica bancaria).

En la regulación prevista existe un punto que debe ser objeto de estudio y análisis para su modificación: la hipoteca no debe suponer en ningún modo la inmovilización del bien gravado, de tal manera que debe de modificarse la previsión de que sea necesario el consentimiento del acreedor para la enajenación del inmueble. Ello supone desvirtuar la figura. El problema de la separación que pueda producirse entre débito y responsabilidad puede solucionarse a través de otros mecanismos jurídicos.

8. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, ha demostrado a lo largo de su aplicación ser un instrumento adecuado para fomentar la competencia entre entidades de crédito, a la vez que protege al deudor. No obstante su aplicación práctica es susceptible de mejorarse, tal y como se hace en el Anteproyecto. En el mismo debe destacarse con especial énfasis que en la modificación de los préstamos hipotecarios se podrá pactar la ampliación de capital sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita, aunque ello tiene una importante excepción: cuando se haya producido un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria. Con esta novedad normativa se da cabida en nuestro Ordenamiento a posibilidades de refinanciación que se aproximan a figuras reguladas recientemente en otros países como la llamada hipoteca «recargable» del Derecho francés (Ordenanza de 23 de marzo de 2006), aunque deben

estudiarse los posibles problemas de preferencia y prelación que pueden surgir en el momento de la ejecución.

9. En lo que se refiere al mercado secundario hipotecario, el Anteproyecto, desde el punto de vista de la garantía que aporta el emisor, borra las diferencias entre cédulas y bonos. Si se suprime la afección registral de los títulos afectos en cuanto a estos últimos y se da carácter optativo al sindicato de bonistas y, en consecuencia, a la figura del comisario, resultará que en la práctica no habrá tampoco diferencias entre bonos y cédulas por razón de los títulos. Lo consecuente sería la desaparición de los bonos, pero nuestro sistema perdería un título que a la larga podría aportar una seguridad de la que carecen las cédulas, debido a la mayor certeza del patrimonio afecto y a la vigilancia que sobre el mismo ejercería un órgano extraño al emisor, como sería el comisario. Las cédulas cuentan con el inconveniente de que, con la regulación actual es imposible conocer los patrimonios vinculados: en cuanto al activo, toda adquirente de cédulas tiene que partir de la idea de que el emisor puede llegar a emitir cédulas por un montante cuyo límite no exceda del 90 por 100 del saldo vivo de los créditos aptos a su favor, descontados aquellos créditos que hayan sido objeto de una emisión de bonos o de participaciones ilimitadas. En este sentido, una nueva emisión disminuye la garantía de las anteriores. En el citado Anteproyecto puede decirse que se contienen medidas en dos direcciones distintas: por un lado se ataca a la línea de flotación del sistema, es decir, la seguridad de los créditos permitiendo que los créditos que superen los porcentajes legales en relación con el valor de tasación puedan servir de cobertura a la emisión de títulos hipotecarios en la cuantía del préstamo que no exceda de aquellos, al tiempo que permite llegar al 95 por 100 del valor de tasación en relación con viviendas si hay garantías adicionales prestadas por aseguradoras o entidades de crédito (pero sin especificar cuáles son estas garantías). Pero por otro lado, se pretende aumentar la seguridad de los créditos de cobertura a través de una serie de medidas tendentes a dar una mayor objetividad a la tasación de los bienes y, sobre todo, introduciendo la idea de un registro contable que debe llevar la propia entidad emisora que recoja los créditos hipotecarios que consten inscritos a favor de la entidad emisora y, en su caso, los activos de sustitución incluidos en la cobertura.

10. El control a través de un registro debe considerarse como algo positivo. Pero sería más interesante un control externo. Este control debería ser sobre la de la intervención de alguien independiente a los emisores que pudiese facilitar instantáneamente el número de créditos concedidos por cada entidad, su importe y su plazo de vencimiento, las cesiones de créditos operadas, las cancelaciones totales o parciales de aquéllos y la emisión de bonos y participaciones. Estos datos se pueden obtener en los Registros de la Propiedad, lo cual convierte al Colegio de Registradores, ente de Derecho Públi-

co, en la institución mejor colocada para facilitar esta información a través del instrumento jurídico que se crea más adecuado al efecto: básicamente un Registro en el que constasen no sólo los datos anteriores, sino también la puesta en circulación de participaciones limitadas (carentes de reflejo registral y que conllevan una separación de la masa del concurso, por lo que disminuyen la garantía de las cédulas) y las amortizaciones anticipadas de capital. Este registro, de carácter administrativo, podría dar cada día el saldo vivo de préstamos aptos a favor de un determinado emisor.

11. En cuanto a los pactos financieros que no tengan el carácter de esenciales para el contrato de hipoteca, se estima que aunque tienen vedado su acceso al Registro por declaración expresa del artículo 98 de la Ley Hipotecaria y 9, 51.6 y 353.3 de su Reglamento, en el caso en el que se permitiere su acceso, lo sería sólo con efectos de publicidad noticia, pero sin cambiar su naturaleza personal y obligacional por otra real, lo cual debe quedar claramente expresado en los libros del Registro. Todo ello siempre y cuando tales pactos no infrinjan normas imperativas o de orden público, estimándose conveniente conseguir, en lo posible, una aproximación en los criterios de calificación.

12. Finalmente, la incorporación al procedimiento registral de los principios y medios de la Administración Electrónica debe permitir el tratamiento del derecho de hipoteca en sus diferentes fases (constitutiva, ejecutiva —generalización de la certificación registral electrónica— y extintiva), por medios y procedimientos electrónicos que sin merma de la seguridad jurídica contribuyan a la agilización, racionalización y simplificación de los procedimientos registral y judicial, en beneficio de los intereses jurídicos y económicos generales, así como de los derechos de los consumidores y usuarios afectados por una de hipoteca en particular.

Exposición y coloquio de ponencias y comunicaciones sobre medio ambiente:

1. Es necesario que accedan al Registro de la Propiedad todas aquellas actuaciones reorganizadoras de la realidad inmobiliaria y de las titularidades existentes sobre la misma, cuyo objeto sea la protección de un determinado ámbito natural, de forma que el Registro publique las nuevas fincas creadas y los derechos de propiedad públicos o privados sobre aquéllas determinados.

2. El Registrador, a través de la calificación, controlará el cumplimiento de los requisitos impuestos por la legislación protectora del Medio Ambiente para que accedan al Registro y, por tanto, para que adquieran plena eficacia determinados actos y negocios jurídicos cuyas consecuencias puedan generar algún impacto ambiental.

La legislación de protección ambiental y las medidas de carácter administrativo, a través de las cuales se produce su ejecución, precisan, para su

plena efectividad, el control de su observancia realizado por la Administración y por los Tribunales de Justicia. Dicho control podrá ser de dos tipos:

- Represivo o *ex post*, de modo que tendrá lugar una vez se haya producido alguna infracción, y con la finalidad de restablecer la situación anterior o imponer las sanciones correspondientes.
- Preventivo o *ex ante*, el cual tendrá lugar con anterioridad a la existencia de infracción alguna y, precisamente, con la finalidad de evitar que aquella tenga lugar.

A este último tipo pertenece el control a realizar por el Registrador a través de su labor calificadora, del cumplimiento de las exigencias impuestas por la legislación de protección ambiental para todos aquellos casos en los que se trate de inscribir en el Registro situaciones jurídicas que puedan generar algún impacto ambiental. Así, si el acto o negocio jurídico que se pretende inscribir y que ha de generar la situación jurídica cuya existencia el Registro publique, está sujeto a ciertas exigencias previstas por la legislación protectora del medio natural, y tales exigencias no concurren, el Registrador denegará el acceso al Registro de tal situación, impidiendo con ello, por un lado, que su titular pueda acceder a la financiación hipotecaria y, por otro, que pueda darse publicidad y presunción de legalidad a una situación que no se ajusta a la legislación ambiental.

Tal control de legalidad resulta de extraordinaria efectividad, pues se realiza:

- En el mismo procedimiento seguido para conseguir la plena efectividad civil del acto realizado, sin necesidad de iniciar un expediente administrativo independiente o específico.
- En la misma oficina registral, descentralizada y, por lo tanto, siempre cercana al administrado.
- En los muy breves plazos que la ley concede al Registrador para proceder a la calificación e inscripción de los documentos presentados en el Registro.

Hay ámbitos en los que dicho control ya se efectúa porque así lo prevé la legislación vigente: el de la protección de los montes de utilidad pública, las aguas, costas, las zonas de riesgo de inundación, los suelos potencialmente contaminados o las vías pecuarias.

Existen otros en los que dicho control registral no se realiza porque no existe todavía una legislación que así lo prevea: la contaminación acústica o la existencia o inexistencia de declaraciones de impacto ambiental. Debe extenderse la calificación registral a aquel conjunto de requisitos de carácter ambiental a que están sujetas las actuaciones urbanísticas, exigiendo, para

que la inscripción de aquéllas pueda tener lugar, bien la justificación, bien al menos, la declaración expresa de la que resulte su cumplimiento realizada por la administración competente.

Para aquellos casos en los que no se acredite que la situación cuyo acceso al Registro se pretenda cumple con las previsiones establecidas por la legislación de protección ambiental, se establecerá un sistema de comunicación entre la oficina registral en que se pretenda la inscripción y la administración competente para calificar la concurrencia de los requisitos de protección ambiental, a fin de que tal administración comunique al Registro de la Propiedad la concurrencia o ausencia de tales requisitos y, en su caso, inicie las actuaciones que considere oportunas. Este sistema ya está establecido en lo referente al cumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística o impuestos por la legislación agraria, cuando se trata de inscribir fraccionamiento de suelo.

3. Constancia en el Registro de la Propiedad, en el folio de cada finca afectada, de aquellas limitaciones impuestas sobre las titularidades existentes sobre la misma por razón de su calificación ambiental, o de las obligaciones que por tal motivo hayan sido impuestas a su titular.

Tal constancia registral se hace necesaria para vincular las limitaciones u obligaciones de que se trate, a la finca objeto de derecho, a cuyo titular aquellas limitaciones u obligaciones se imponen, de modo que quien se halle interesado en ella sepa que si adquiere algún derecho de propiedad sobre la misma, quedará sujeto al cumplimiento de tales obligaciones o afectado por aquellas limitaciones. Se trata de hacer constar en el folio de cada finca aquellas decisiones adoptadas por la Administración o por los Tribunales de Justicia que tenga por objeto imponer, con fin de protección ambiental, y sobre una finca registral determinada, una limitación de uso o ejercicio del derecho de propiedad, o ciertas obligaciones de hacer o no hacer, todo ello siempre en base y aplicación de la legislación ambiental vigente.

4. La configuración de la Oficina Registral como centro de información ambiental.

La idoneidad del establecimiento de las Oficinas Registrales de Información Ambiental, no como nueva oficina, sino integrada en los Registros como una nueva actividad, resulta evidente al considerar las características de las Oficinas Registrales, que son:

- Oficinas públicas, a las que los ciudadanos pueden acceder libremente, y a las que ya tienen costumbre de acudir para recabar información sobre sus derechos de propiedad.
- Oficinas de la Administración, que pueden controlar la información suministrada asegurando sus fuentes y veracidad.
- Oficinas estructuradas territorialmente. El Registro de la Propiedad se organiza de forma descentralizada a través de distritos hipotecarios que dan lugar al establecimiento de alrededor de 900 oficinas extendidas

por todo el territorio nacional. Esta descentralización da a las Comunidades Autónomas y a la Comunidad Europea, en quienes principalmente recae la competencia sobre esta materia, una herramienta de difusión extraordinaria poniendo a su servicio toda una red de puntos informativos.

- Son oficinas en las que una de sus actividades principales desde su creación ha sido la de organizar un sistema efectivo, rápido y seguro de suministro de información.
- Los Registros de la Propiedad cuentan ya con bases gráficas sobre las fincas con las cuales concretar toda la información ambiental. Disponen, además, de la catastral de otras cartografías obtenidas en virtud de convenios celebrados al efecto con distintos organismos con bases gráficas oficiales.
- Existen Registros en todos los Estados de la Unión Europea, por lo que cualquier iniciativa sobre esta materia será extendida por todos los Estados de la Unión.

En esta materia, la información ambiental que las oficinas registrales difundirían no quedaría incorporada al folio de cada finca registral y, por tanto, sujeta a los efectos jurídicos de la publicidad registral, sino que respecto de tal información el Registro actuaría como un simple excipiente, un medio difusor de información de la que dispone, pero que no queda incorporada a los libros registrales.

La integración, por un lado, de la información que puede concretarse en el folio de una finca registral determinada, en cuanto afecta de modo unitario a la misma y delimita el contenido y ejercicio de los derechos de propiedad existentes sobre ella y, por otro, de aquella información de carácter general que si bien afecta a la finca de que se trate no se puede hacer constar en su archivo registral, hace preciso el desarrollo de una herramienta consistente en un sistema de representación gráfica del territorio que se apoye sobre una base cartográfica elaborada con las debidas garantías de exactitud y sobre la que se superpongan las diversas capas de información territorial, de modo que sea posible relacionar las distintas delimitaciones del territorio y concretar sobre cada superficie y espacio cúbico la totalidad de sus características físicas y circunstancias jurídicas.

Ésta es la finalidad de la aplicación Geo-Base, desarrollada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, y a través del cual se crea el sistema de bases gráficas de los Registros de la Propiedad.

5. Los Registros no deben convertirse en oficinas topográficas o duplicar el esfuerzo necesario para la obtención de los datos catastrales, pero sí deben adquirir las capacidades tecnológicas que les permiten, con herramien-

tas de fácil manejo, la recepción de informaciones (catastrales, de los organismos cartográficos, de las actuaciones institucionales agrarias, urbanísticas, de la ordenación del territorio, ambientales, etc.) que ayudan a la descripción del objeto sobre el que recaen los derechos.

Con la aplicación Geo-Base no se trata en absoluto de la creación de una base gráfica autónoma del Catastro («frente a» o enfrentada). La base gráfica proporcionada por el Catastro siempre se incorpora y sirve para contrastar el resto de información, atendiendo a la necesaria coordinación entre ambas instituciones. Además, siempre que haya concordancia con la información que obra en los Registros, se utiliza su trazado para la identificación del perímetro de las fincas. En esos casos, coincidirá o será próxima la gráfica de la parcela con la de la finca pero, aunque el Registro copie el trazado y lo utilice sin modificaciones, el Catastro no está definiendo la finca registral, pues para ello es necesario que el Registrador valide la operación de identificación con el resto de información registral. La gráfica de la finca adquiere mayor valor, que no tiene cuando es una delimitación de parcela con fines fiscales.

La base gráfica registral es la traducción al ámbito gráfico de la descripción literaria que la finca se hace en el folio registral. Se trata de un elemento del Registro de la Propiedad al mismo nivel que el resto de posibles elementos y productos configuradores de la institución registral.

Dicha base gráfica registral ha de ser validada por el Registrador. La validación es la afirmación técnica por parte del Registrador de la concordancia identificativa entre la descripción literaria tradicional de la finca hecha en el folio registral y la representación gráfica de su contorno materializada sobre la apariencia ortofotográfica o cartográfica del territorio y participa de la misma naturaleza jurídica que el resto de actuaciones de calificación registral.

Del mismo modo que los asientos registrales se llevan a cabo en libros oficiales, las bases gráficas registrales se identifican y quedan archivadas a través de una herramienta tecnológica en constante desarrollo: Geo-Base.

6. El Registro Mercantil y el Medio Ambiente:

6.1. El Registro Mercantil español destaca en el ámbito europeo por ser el que reúne un mayor número de sociedades inscritas con un completo cumplimiento de las exigencias de la Primera Directiva (2.200.000 sociedades frente a 1.100.000 de Italia o las 660.000 de Alemania). En tal sentido, es el medio más idóneo para dar publicidad y cumplir el principio de información básico de la legislación ambiental en relación con los empresarios, centralizando todo el caudal informativo en una sola oficina.

6.2. Teniendo la información ambiental actualmente un reflejo mínimo en el Registro Mercantil, a través del depósito de las cuentas anuales, sería deseable la ampliación de la normativa referente a los hechos, actos, negocios jurídicos y decisiones administrativas o judiciales con trascendencia ambiental, previendo su constatación registral.

6.3. Como medidas concretas a desarrollar en relación con el punto anterior podrían destacarse las siguientes:

- Inscripción de la adhesión al sistema europeo de gestión y auditoría ambiental.
- Prever para las sociedades mercantiles que tengan incluidas en su objeto social determinadas actividades ambientales la necesidad de acreditar el cumplimiento de todas las obligaciones que hubieran contraído en relación a dicha actividad antes de la inscripción de su liquidación en el Registro Mercantil, de modo análogo al señalado en el artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación para las sociedades promotoras.
- La constancia, mediante nota marginal, de la concesión de subvenciones o ayudas (ya sean comunitarias, estatales o autonómicas), con la finalidad de controlar su cumplimiento y darles la oportuna publicidad, de forma semejante a la regulada por la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de Incentivos Regionales.
- La constancia mediante el asiento oportuno (anotación preventiva o nota marginal) del incumplimiento de obligaciones ambientales, con técnica semejante a la prevista por el vigente Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 939/2005, de 29 de julio), en su artículo 62.3, para la declaración de crédito fallido o incobrable, o en el artículo 131 del TR de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004).
- La posibilidad de hacer constar en el Registro de Bienes Muebles los gravámenes que puedan constituirse sobre los derechos de emisión regulados en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, modificado por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, que podrían ser objeto de inscripción en la Sección 4.^a de dicho Registro.

Los días 2 y 3 de noviembre de 2006, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, se celebró el CONGRESO: *LOS INCUMPLIMIENTOS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA*, patrocinado por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad de España, el Ilustre Colegio Notarial de Granada y la Universidad de Málaga (Proyecto de investigación MEC SEJ 2006/07043/JUR).

Comité organizador:

Doctora Rocío DIÉGUEZ, Ayudante Doctor, UMA.

Doctora Paloma SABORIDO, Ayudante Doctor, UMA.

Dirección científica:

Doctora doña Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Málaga.

Inauguración:

Excma. y Mgfca. Señora Rectora de la Universidad de Málaga, doña Adelaida DE LA CALLE.

Ponencias:

- «Los incumplimientos contractuales», por el doctor Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Catedrático de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid.
- «Prevención de los incumplimientos», por don José Ángel MARTÍNEZ-SANCHIZ, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.
- «Los remedios del incumplimiento en el Derecho Comparado», por el doctor Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla.
- «El retraso como incumplimiento contractual», por don Juan FERRERO MUÑOZ, Abogado (Martínez-Echevarría, Pérez y Ferrero, Abogados).
- «La nulidad de las condiciones generales de la contratación», por el doctor José María MIQUEL GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid.
- «Medidas de control de la legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción», por don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registrador de la Propiedad de Santa María de Guía del Ilustre Colegio de Registradores de Gran Canaria.

Mesa Redonda:

Dirigida por don Juan Carlos MARTÍN ROMERO, Notario de Málaga del Ilustre Colegio Notarial de Granada.

- «Las garantías del consumidor en la contratación inmobiliaria».

Clausura:

Ilmo. Señor don Francisco TRIGUERO, Director General de Universidades. Junta de Andalucía.

ARAGÓN

Los días 18 al 21 de septiembre tuvieron lugar los CURSOS DE VERANO que la Universidad Internacional Menéndez Pelayo-Pirineos organizó en Formigal (Huesca). La temática de los cursos impartidos abordó, entre otros asuntos, la encrucijada en que se encuentra el urbanismo, la reforma de la legislación en curso y el nuevo sistema de valoraciones de las expropiaciones e indemnizaciones.

Los días 19 al 21 de septiembre, en la Universidad de Verano de Teruel, tuvieron lugar el CURSO: *LAS REFORMAS DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS*, dirigido por el profesor de la Universidad de Zaragoza, don Fernando LÓPEZ RAMÓN, y el XIII CURSO DE *URBANISMO Y GESTIÓN EN PEQUEÑOS MUNICIPIOS: NUEVA LEY DE URBANISMO EN ARAGÓN*, dirigido por la Demarcación de Teruel del Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón.

El día 20 de septiembre, organizada por la Excm. Diputación Provincial de Zaragoza, tuvo lugar la JORNADA: *IMPOSICIÓN TRIBUTARIA DE LOS MUNICIPIOS: SU GESTIÓN PROVINCIAL*.

El día 27 de septiembre tuvo lugar la CLAUSURA Y ENTREGA DE TÍTULOS DE LA I EDICIÓN DEL DIPLOMA DE ESPECIALIZACIÓN EN MERCADO INMOBILIARIO. Contó con la presencia de don Javier VELASCO, Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes del Gobierno de Aragón; don Felipe PÉTRIZ, Rector de la Universidad de Zaragoza; don José Manuel VALLES, Presidente del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón; doña Carmen BETEGÓN, Directora de Centro de Estudios Registrales de Aragón; doña Belén MADRAZO, Registradora de la Propiedad y Mercantil de Huesca, número 2, y de don Miguel TEMPRADO, Registrador de la Propiedad de Ejea de los Caballeros, como profesores.

El día 2 de octubre tuvo lugar la apertura de la I EDICIÓN DEL MÁSTER EN MERCADO INMOBILIARIO Y II EDICIÓN DEL DIPLOMA DE ESPECIALIZACIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO. La conferencia *EFICIENCIA DE LA PRODUCCIÓN DE VIVIENDAS Y SU DEMANDA* corrió a cargo de don Ignacio SAN MARTÍN VARÓ, Analista Principal del Sector Inmobiliario del Servicio de Estudios Económicos del BBVA. Contó con la presencia de la Decana de los Registradores de Aragón, doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN y de don José Manuel VALLES GONZÁLEZ, Presidente del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

El día 17 de octubre, en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, el Académico don Juan José SANZ JARQUE ofreció su COMUNICACIÓN: *ESTADO Y RÉGIMEN DE LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS Y LAS APARCERÍAS: LEYES 49/2003 Y 26/2005*.

Los días 10 y 19 de octubre, la ciudad de Huesca acogió las IV JORNADAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, BAJO EL LEMA: *CO-LABORACIÓN Y TECNOLOGÍA: SERVICIOS DE CALIDAD*. Las Jornadas estuvieron organizadas por la Subdelegación del Gobierno en Huesca, el INSS, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Diputación Provincial, la Agencia Tributaria y el Catastro. El Justicia de Aragón, don Fernando GARCÍA VICENTE, participó en la jornada de clausura.

Los días 24 y 25 de octubre tuvo lugar el SEMINARIO: *SALUD Y MEDIO AMBIENTE EN ARAGÓN*, organizado por la Dirección General de Salud Pública del Gobierno de Aragón, la Fundación Ecología y Desarrollo y la Fundación CAI-ASC.

El día 26 se celebró la JORNADA SOBRE *SOCIEDADES PÚBLICAS DE GESTIÓN URBANÍSTICA*, organizada por la Sociedad Municipal de Rehabilitación, Promotores Públicos de Vivienda y Suelo y Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local.

Apertura:

A cargo de don Juan Alberto BELLOCH, Alcalde de Zaragoza.

Ponencias:

- «Estatuto Jurídico de la Sociedad Urbanística: Aspectos organizativos. Constitución y competencia en materia urbanística y de vivienda. Normativa de Aragón», por don Enrique BUESO GUIRAO, Asesor Jurídico de AVS.
- «Régimen de actuación: Aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», por don Ricardo DE VICENTE DOMINGO, Abogado, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia.
- «Financiación de las Sociedades de Gestión Urbanística: Capacidad de endeudamiento», por don Jesús MELLADO GONZÁLEZ, Gerente de la Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamientos de Granada, S. A., y doña M.^a Teresa CASTILLO BATRES, Jefe del Departamento Económico-Financiero de la Empresa Provincial de Vivienda, Suelo y Equipamientos de Granada, S. A.
- «Régimen Patrimonial. Adquisición de bienes del Patrimonio Público de suelo», por don Santiago J. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante.
- «Supuesto práctico de Gestión por Sociedad Pública Urbanística», por doña Cristina SERRANO ENTÍO, Jefe del Área Jurídica de la Sociedad Municipal de Rehabilitación Urbana y Promoción de la Edificación de Zaragoza, S. L.

Clausura:

A cargo de don Julio César TEJEDOR, Director General de Urbanismo del Gobierno de Aragón.

Los días 27 y 28 de octubre, en la ciudad de Barbastro (Huesca), tuvieron lugar las II JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL: *REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN*; organizadas por la Fundación Manuel Giménez Abad, la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Barbastro (Huesca) y las Cortes de Aragón; y patrocinado por Ibercaja y CAL.

Ponencias:

- «La cuestión de la reforma en el orden sucesorio a la Corona en una posible reforma de la Constitución», por el doctor don Óscar ALZAGA VILLAAMIL, Catedrático de Derecho Político de la UNED.
- «Reforma y mutación constitucionales», por el doctor don Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Profesor de Derecho Político de la UNED.
- «Contradicciones con el texto y contradicciones implícitas a la Constitución: La declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», a cargo del doctor don Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Magistrado del Tribunal Constitucional.
- «Reforma constitucional y reformas estatutarias», por el doctor don Pedro DE VEGA GARCÍA, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

MADRID

Los días 14 a 24 de noviembre de 2006 tuvo lugar el CURSO: *PRACTICUM ICADE*, organizado por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores en colaboración con la Universidad Pontificia de Comillas.

Director del curso:

Don Juan José JURADO JURADO, Registrador de la Propiedad.

Colaborador:

Don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.

Clases teóricas:

- «Los principios hipotecarios en el sistema registral español», por don Juan José JURADO JURADO.
- «La publicidad formal», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO.

Registro Mercantil:

- «Sistema operativo y organización informática del Registro Mercantil».
Coordinador: don Gonzalo CUBERO.

Clases prácticas:

- «Sistema operativo y organización informática del Registro de la Propiedad».
Coordinadores: don Julio SOLER, don Juan José JIMÉNEZ DE LA PEÑA, don Enrique MADERO, don Antonio PAU, don Manuel A. HERNÁNDEZ MANCHA, doña Almudena DEL RÍO, Registradores de la Propiedad Titulares de Registros de Madrid.

Academia Hernández Crespo:

- «Demostración práctica de los programas colegiales».
Coordinador: don Antonio MARTÍNEZ.

Clausura:

- «Conclusiones del curso», por don Juan José JURADO JURADO.

INFORMACIÓN
BIBLIOGRÁFICA

MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: *El pago de las deudas hereditarias*. Prólogo de José Manuel GONZÁLEZ PORRAS. Editorial Dykinson, Madrid, 2004, 250 págs.

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Asociada de Derecho Civil de la UNED
Secretaria IDADFE (Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho
de Familia en España)

El refranero popular con la máxima de que «antes que heredar es pagar» recoge lapidariamente uno de los principios del sistema sucesorio del Código Civil español. Con ese dicho emprende su trabajo la Profesora Carmen MINGORANCE GOSÁLVEZ, ya que a su juicio: «resume y compendia uno de los fundamentos de la sucesión». Y con ello se anuncia que la monografía tiene por objeto el estudio y análisis no tanto del activo hereditario como de los efectos que produce en el tráfico jurídico la sustitución del causante por el heredero y, por tanto, del sistema de responsabilidad del pasivo. En definitiva, el primer acierto de esta obra reside en la propia elección del tema, ya que tanto desde la perspectiva práctica —a la vista de las indudables consecuencias que tiene sobre los herederos y sobre los acreedores del causante y del propio heredero— como desde la dogmática, la materia estaba necesitada de un estudio tan riguroso y actualizado como éste.

Su autora, Carmen MINGORANCE GOSÁLVEZ, es Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba y publica con ésta su segunda monografía sobre Derecho de Sucesiones. En este sentido, en el *Prólogo* firmado por su Maestro, el Profesor José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Catedrático de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Civil, Penal y Procesal, destaca cómo su discípula publicó en 1999 lo que fuera el premio extraordinario de licenciatura sobre *Las prohibiciones testamentarias de disponer* (Academia Sevillana del Notariado), amén de un buen número de aportaciones y artículos en obras colectivas y revistas. Con todo ello queda atestiguada la plena dedicación de su discípula «al quehacer universitario, alejada de Leyes “automáticas” que dan empleo en las Aulas del “Alma Mater” a ganapanes que hacen de la “usucapión” el único aliciente de sus aburridas vidas». Por fin y antes de adentrarnos en la obra en sí, conviene destacar también que el Profesor GONZÁLEZ PORRAS es el investigador responsable del Grupo de Investigación sobre «Los nuevos retos del Derecho Privado» (SEJ 371 Comisión de Evaluación y Tecnología de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía) y que este trabajo monográfico es uno de los frutos de este proyecto.

Como es sabido, seis son los preceptos que el Código dedica al pago de las deudas hereditarias; en concreto en el Libro III, su capítulo V: «De la colación y partición», tras las secciones dedicadas sucesivamente a la colación, la partición, sus efectos y su rescisión, la quinta se ocupa en sus artículos 1.082 a 1.087 del pago de las deudas hereditarias. En suma y a la vista de su contenido, el heredero recibirá de su causante todos aquellos bienes, derechos y obligaciones que no sean intransmisibles y por tanto, no sólo el activo sino también el pasivo. En todo caso y para poder avanzar en el estudio de estos preceptos en particular, la autora presenta en el primer capítulo un buen número de páginas donde va a resolver y delimitar muchos de los conceptos que se van a estudiar en las páginas sucesivas. En este punto diferencia las deudas hereditarias de las testamentarias, en el entendido de que las deudas hereditarias serán las deudas previas del causante y anteriores a su fallecimiento. En estas deudas, contraídas con anterioridad a su fallecimiento, también incluye los gastos de última enfermedad, de entierro y funeral y los de partición y también aquellos gastos en que se haya de incurrir con ocasión de un pleito seguido en cumplimiento de la voluntad del causante. Gastos todos ellos que han de ser asumidos por el o los herederos al adquirir la herencia. Acreedores por tanto por razón del testamento serán los legatarios y el grueso de acreedores integrados por todos los demás titulares del derecho de crédito que corresponda.

Uno de los aspectos tratados en este primer capítulo se refiere a la *Responsabilidad del heredero por la aceptación de la herencia pura o simplemente*. Implica la totalidad de los efectos de la sucesión, por lo que el heredero será responsable *ultra vires* frente a quien acepte a beneficio de inventario que consigue mantener separados el patrimonio propio del de la herencia y contener con ello el régimen de responsabilidad ilimitada que supone la aceptación pura. El heredero beneficiario vendrá obligado a responder única y exclusivamente con los bienes de la herencia. Y todo ello desde la perspectiva avanzada en la *Introducción* donde la autora niega la concepción de la herencia como *universitas iuris*, ya que «las deudas hereditarias no son cargas de la herencia, cargas que graven con carácter real los bienes». En definitiva, el heredero, pese a que continúe las relaciones jurídicas de su causante respondiendo también de sus deudas, se sitúa en el lugar jurídico de su causante, subrogándose en las titularidades activas y pasivas respondiendo patrimonialmente. No responde con los bienes hereditarios sino con todo su patrimonio, dada la confusión producida con la aceptación. Por ello, como también pone de manifiesto en las líneas introductorias, «el estudio del pago de las deudas hereditarias, aún dentro del esquema del fenómeno sucesorio, no deja de ser o repetir la idea del cumplimiento de las obligaciones, en general. Y, desde este mismo punto de vista estamos ante un fenómeno o una situación que determina deberes jurídicos y que provoca también adquisición de derechos».

En el segundo de los ocho capítulos, la Profesora MINGORANCE no desdeña el estudio histórico de la materia y lo dedica al estudio de los precedentes históricos de la herencia y las deudas del causante. Para ello trae causa del Derecho romano, el Derecho castellano y su evolución hasta la codificación. En particular y como índice de la acusada presencia del sistema romano, pone de manifiesto cómo en las Partidas se introducen ciertos principios básicos en la materia y, en particular, el sistema de responsabilidad ilimitada del heredero por la totalidad de las cargas y deudas de la herencia, ratificándose con ello que la sucesión en las deudas del causante no es más que uno de los aspectos dimanantes de la sucesión universal.

El tercer capítulo tiene por título *Criterios que sigue el ordenamiento jurídico para determinar las reglas de prioridad para el cobro de los créditos*, y se ocupa del sistema de ordenación de los derechos de crédito cuando concurra una pluralidad de deudas hereditarias. En él se ocupa de las reglas de prioridad para el cobro de los créditos de los acreedores del causante frente a los legatarios, la prioridad de los legatarios frente a los acreedores del heredero y, por último, la prioridad de los acreedores del causante frente a los particulares de los herederos. Una vez analizadas estas prioridades se hace necesario el estudio de los procedimientos existentes para la ejecución de los tres grupos de prioridades vistos previamente. Para ello señala los procedimientos específicos previstos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, como son la legitimación para promover la intervención judicial de la herencia; el derecho a ser citado en la formación de inventario; la facultad para oponerse al cese de la intervención judicial de la herencia y, por último, la impugnación de las cuentas que rinda el administrador del caudal hereditario.

Por lo que a las actuaciones previstas fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere, MINGORANCE GOSÁLVEZ señala hasta siete posibilidades procesales. Éstas son las que se refieren al uso de las ventajas del beneficio de inventario promovido por el heredero, el ejercicio de la oposición a la partición de la herencia, el uso de la acción directa contra los legatarios del causante. También es posible la anotación preventiva de los créditos sobre bienes inmuebles del causante inscrito en el Registro de la Propiedad; por otra parte, también es posible el ejercicio de la tercería de mejor derecho, la acción pauliana o la acción de rescisión de la partición hereditaria.

El siguiente y cuarto capítulo está dedicado a *La adjudicación en pago o para pago de las deudas de la herencia* ya que, en definitiva, el pago de las deudas hereditarias puede hacerse en dinero o también «en forma de legado a favor del mismo acreedor; bien de un legado a favor de un tercero con la carga de pagar determinadas deudas o todas; o bien de asignaciones y adjudicaciones en o para pago o en pago de la asunción de todas sus deudas o de algunas de ellas».

La situación de los herederos y los acreedores hereditarios antes de la partición, es el objeto del capítulo quinto. A su vez, está dividido en dos puntos diferenciados: el primero de ellos relativo a la situación de los herederos del causante antes de la partición de la herencia, y el segundo dedicado a la exégesis del artículo 1.082 del Código Civil. En todo caso y como ya ha destacado en más de una ocasión la autora, los aspectos más problemáticos de esta situación, previa a la partición, serán aquellos en los que exista una pluralidad de herederos, toda vez que cuando sea uno sólo el heredero del causante se aplicarán las reglas ordinarias. En definitiva es la pluralidad de sujetos y su responsabilidad el que presenta dificultades técnicas. En este extremo la autora se pronuncia por la no aplicación del principio de mancomunidad, inclinándose por el de solidaridad entre los coherederos, ya que en su opinión las obligaciones dimanantes son indivisibles para los acreedores. En suma, en tanto no se practique la partición la responsabilidad de los coherederos «recaerá por entero sobre todos y cada uno» de ellos.

El capítulo sexto lleva por título: *La responsabilidad de los herederos después de la partición por el pago de las deudas hereditarias*. El presupuesto de este capítulo es que se haya realizado «la partición dejando deudas hereditarias pendientes de pago». Otra cuestión básica se añade en esta sección del trabajo y es, precisamente, que en los casos en los que exclusivamente concu-

rra un único heredero pasarán a éste tanto los derechos como las obligaciones. La responsabilidad de este único heredero bien alcanzará a los bienes que recibe si es que hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario o que alcance a los demás bienes en los demás casos. El supuesto por tanto con más dificultad es el que aparece cuando sea más de uno el llamado a la herencia. En definitiva, aquí se generan una pluralidad de relaciones y consecuencias, tanto las que afectan a los coherederos entre sí como entre los coherederos y los acreedores. Para ello la Profesora MINGORANCE aborda su estudio dividiendo el aspecto interno del externo de las relaciones entabladas entre herederos y acreedores hereditarios del aspecto interno o la relación entre los coherederos una vez que uno de ellos ha pagado.

En lo que al aspecto externo se refiere, el acreedor podrá entablar las acciones que correspondan contra cualquiera de los coherederos por la totalidad del importe de su derecho de crédito, dado el principio de solidaridad entre los coherederos por el pago de las deudas del causante. Con todo, la autora no obvia aspectos más problemáticos como el que se plantea cuando uno de los coherederos ostentase, además, la condición de acreedor. En cuanto a los aspectos internos y, en definitiva, por lo que a la relación entre coherederos cuando uno de ellos haya pagado, destaca la autora aquellos mecanismos jurídicos que prevé el ordenamiento en favor de quien haya pagado la totalidad de la deuda. En estos casos, el coheredero puede hacer citar y emplazar a sus coherederos; como se decía en el inicio del comentario, la obra no descuida los aspectos más prácticos y renovados por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, como es el caso de la intervención de terceros. A esta cuestión se añade que el coheredero que haya ejecutado el pago de la totalidad de la deuda podrá exigir de sus codeudores la devolución de las cuotas que a los otros corresponda ejercitando el contenido específico del artículo 1.085 y reclamando de los demás su parte proporcional.

El siguiente capítulo analiza las especialidades contenidas en los artículos 1.086 y 1.087. El primero de ellos declara que «estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta o carga real perpetua, no se procederá a su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare. No acordándolo así, o siendo la carga irredimible, se bajará su valor o capital del de la finca, y ésta pasará con la carga la que le toque en lote o por adjudicación». En definitiva, cuando se ocupa de este precepto atiende a la práctica de la partición en los casos en que uno de los bienes sea una finca gravada con una carga real y perpetua; ha de destacarse que la autora no comparte la opinión mayoritaria y estima que la ubicación del precepto no es desacertada por cuanto hace referencia al tratamiento singular del pago de un determinado tipo de deudas, exigiendo el acuerdo de la mayoría para su pago. En síntesis es «una regla especial para el pago de determinadas deudas, que tiene efectos en el posterior reparto del caudal relicto». Por su parte, el artículo siguiente dispone: «el coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en la sección quinta, capítulo quinto de este título (arts. 1.010 a 1.034)». De modo que la autora estudia este especial supuesto que implica que una misma persona es coheredera y acreedora del causante, tanto en caso de que la herencia haya sido aceptada a beneficio de inventario como pura y simplemente.

El octavo y último capítulo lleva por título *La situación de los acreedores particulares de los herederos antes, durante y después de realizada la partición.*

Qué duda cabe que si a alguien interesa especialmente el proceso liquidatorio es a los acreedores del coheredero, sea por el potencial incremento de la base patrimonial de su deudor como por el suceso contrario ante la confusión de patrimonios que se produce. En particular y en lo que afecta a los acreedores particulares, el ordenamiento les asiste con diversas facultades según el coheredero acepte, repudie o incluso omita cualesquiera declaración; en este último caso y ante su pasividad, el acreedor puede ejercitar la denominada acción de interpelación y conseguir, vía judicial, que el coheredero acepte, renuncie, inste inventario o que, ante la ausencia de declaración, se tenga por aceptada la herencia. Por otra parte, si el coheredero renunciase a la herencia, el Código Civil autoriza a que sean los acreedores del heredero quienes, en el ejercicio de una acción calificada por la autora como *ad hoc* puedan también, con intervención judicial, aceptar la herencia con la finalidad de aplicarse a su derecho de crédito bienes suficientes. Por fin cabe también la posibilidad de que el coheredero al aceptar perjudique los legítimos intereses de sus acreedores y, en estos casos, únicamente les cabe el ejercicio de la acción pauliana.

Otros supuestos estudiados también en este último capítulo se refieren a los derechos de los acreedores particulares de los coherederos, una vez aceptada la herencia, durante la partición. En este caso sólo les resulta posible instar el embargo del derecho hereditario en abstracto y, en su caso, como señala la autora, interesar las anotaciones preventivas que correspondan. También destaca el argumento del artículo 1.083 por cuanto contiene un medio preventivo, ya que «los acreedores de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos». Concluye el capítulo con las posibilidades jurídicas de los acreedores de los herederos, una vez realizada la partición, derechos que tendrán distinto alcance según hubieran intervenido o no de participar en ella.

Finalmente, este excelente trabajo se cierra con una amplia relación de sentencias del Tribunal Supremo, de Audiencias Provinciales y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como un extenso apéndice bibliográfico sobre la materia.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 228 (Septiembre-Octubre 2006)

«El Estado desorientado: la necesidad de una regulación estatal del nuevo contrato administrativo de obras de urbanización», por Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. EL ESTADO Y EL URBANISMO.—2. QUÉ DEBERÍA REGULAR AL ESTADO SI DESEA REGULAR MATERIAS IMPORTANTES Y RESOLVER PROBLEMAS.

«Desde las urbanizaciones privadas a los complejos inmobiliarios (privados)», por José Manuel MARTÍN BERNAL, pág. 25.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA: 1. ENTRE LO RURAL Y LO URBANO. 2. LA APARICIÓN DEL ARTÍCULO 24 LPH.—II. CONSIDERACIONES SOBRE LA DENOMINACIÓN ADOPTADA: 1. GESTACIÓN DE LA REFORMA DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS. 2. HACIA LA NOCIÓN LEGAL: A) *Requisitos anormales*. B) *Requisitos legales*. 3. PRELACIÓN DE FUENTES: A) *Prelación de fuentes normativas*. B) *Prelación de fuentes jurisprudenciales*.

«La revisión de actos nulos mediante el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo: una herramienta más para combatir las ilegalidades urbanísticas», por Juan Fernando GRANADOS RODRÍGUEZ, pág. 47.

SUMARIO: I. LA REVISIÓN DE ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO.—II. EL CONCEPTO DE INTERESADO DEL ARTÍCULO 31 DE LA LRJAP.—III. LA ACCIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE URBANISMO: 1. CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES. 2. LA LEGITIMACIÓN EXTENSA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA.—IV. LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS MEDIANTE LA ACCIÓN PÚBLICA EN MATERIA URBANÍSTICA.

«Marco legal. Alcance y límites del Reglamento de Ordenación Territorial y Urbanística de la Comunidad Valenciana», por José Luis LORENTE TALLADA, pág. 61.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MARCO LEGAL.—III. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DEL PAQUETE LEGISLATIVO.—IV. VISIÓN GENERAL DEL REGLAMENTO.—V. ALCANCE Y LÍMITES DEL REGLAMENTO. ASPECTOS MÁS NOVEDOSOS.—VI. CUESTIONES QUE FALTAN POR RESOLVER.—VII. A MODO DE RESUMEN.

«La Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra y su aplicación por las Juntas de Compensación y demás entidades urbanísticas», por Jesús María RAMÍREZ SÁNCHEZ, pág. 101.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN.—III. LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATOS DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN.—IV. LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DE LA LEY FORAL 6/2006, DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA.—V. LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES URBANÍSTICAS COLABORADORAS.—VI. CONCLUSIONES.

«Peculiaridades del Derecho Urbanístico portugués. Especial referencia a su gestión urbanística», por Francisco J. ARENAS CABELLO, pág. 129.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO URBANÍSTICO EN PORTUGAL.—3. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL URBANISMO.—4. LOS PLANES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-URBANÍSTICO.—5. LA GESTIÓN URBANÍSTICA EN PORTUGAL: 5.1. EL MODELO DE GESTIÓN URBANÍSTICA ANTERIOR A LA LEY DE BASES 48/98. 5.2. LA GESTIÓN URBANÍSTICA A LA LUZ DE LA LEY DE BASES 48/98: 5.2.1. *El régimen jurídico de los instrumentos de gestión territorial.* 5.2.2. *Las vigentes modalidades de gestión urbanística.* 5.2.3. *El régimen jurídico de la urbanización y edificación.*—6. CONCLUSIONES.

«Consideraciones acerca de la nueva significación conceptual e instrumental de la protección ambiental de las aguas», por Antonio FORTES MARTÍN, pág. 157.

SUMARIO: I. EL MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LAS AGUAS: ANTECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.—II. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LAS AGUAS EN EL DERECHO NORTEAMERICANO: UN OBLIGADO REFERENTE EN EL ESTUDIO COMPRENSIVO DE LOS ESTÁNDARES DE EMISIÓN Y DE CALIDAD AMBIENTAL DE LAS AGUAS.—III. ALCANCE Y SIGNIFICACIÓN DEL NUEVO ESQUEMA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LAS AGUAS: EL ESTADO ECOLÓGICO DE LAS AGUAS, EL ENFOQUE COMBINADO Y EL EMPLEO DE LAS MEJORES TÉCNICAS DISPONIBLES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 260 (Abril-Junio 2006)

«Determinación de los daños y perjuicios derivados del impago del dividendo acordado: una propuesta de solución», por Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO y Jorge LÓPEZ CURBELO, pág. 411.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS.—III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR INCUMPLIMIENTO DE LA ENTREGA DEL DIVIDENDO ACORDADO.—IV. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: REPARACIÓN DEL DAÑO: A) INTRODUCCIÓN. B) EXAMEN DEL ARTÍCULO 1.108 DEL CÓDIGO CIVIL: INSUFICIENCIA DEL PRECEPTO EN EL ÁMBITO MERCANTIL: 1. *Planteamiento*. 2. *Criterios jurisprudenciales*. 3. *Carácter y alcance restrictivo del artículo 1.108 del Código Civil*. C) SUPUESTOS LEGALES DE SUPERACIÓN DEL LÍMITE DEL ARTÍCULO 1.108 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. PROPUESTA PARA UNA ADECUADA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR IMPAGO DE DIVIDENDOS ACORDADOS.—VI. CONCLUSIÓN FINAL.

«Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro (segunda parte)», por M.^a del Mar BUSTILLO SÁIZ, pág. 457.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y JURÍDICO DE LAS PRIVATIZACIONES: A) INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA Y PRIVATIZACIÓN. B) LAS RELACIONES ENTRE PRIVATIZACIÓN Y LIBERALIZACIÓN: 1. *El sistema económico comunitario como estímulo a la privatización*. 2. *La progresiva sensibilidad de la UE hacia los servicios de interés económico general*. 3. *El artículo 128.2 de la Constitución española y las actividades empresariales amparadas por la Ley 5/1995, de 23 de marzo*. C) LA REORDENACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA. EL ESPACIO DE LA ACCIÓN DE ORO: LOS MERCADOS EN TRANSICIÓN: 1. *El control público establecido por la Ley 5/1995, de 23 de marzo*. 2. *El estatus especial de las entidades mercantiles afectadas y el interés público protegido por la disciplina*.—III. LA POSTURA DEL TJCE SOBRE LA ACCIÓN DE ORO: A) BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA CUESTIONADA. LA DOCTRINA DEL TJCE. B) EL CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO *VERSUS* LA ABSTRACTA LEGITIMIDAD DE LA ACCIÓN DE ORO EX ARTÍCULO 295 TCE: 1. *La amplitud de la noción de restricción acogida*. 2. *¿Libertad de establecimiento o libre circulación de capitales?* 3. *La acción de oro y el régimen de la propiedad en los Estados miembros*. C) LA JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS. D) LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS.—IV. EL POSIBLE SIGNIFICADO DE LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN DE ORO PARA EL DERECHO DE SOCIEDADES O LA MATERIA DE OPAS.—V. CONCLUSIONES.

«Aspectos de Derecho Privado de las empresas ferroviarias y su acceso a la licencia ferroviaria», por Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCEPTO DE EMPRESA FERROVIARIA.—3. LICENCIA DE EMPRESA FERROVIARIA.—4. REQUISITOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA LICENCIA DE EMPRESA FERROVIARIA: ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD EMPRESA FERROVIARIA, PERSONAL Y MATERIAL DE LA MISMA.—5. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA EMPRESA FERROVIARIA.—6. EL MANTENIMIENTO DE LOS REQUISITOS: SU CONSTATACIÓN.—7. LA REVOCACIÓN DE LA LICENCIA DE EMPRESA FERROVIARIA.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 133 (Julio-Septiembre 2006)

«Rousseau y Kant: una relación proteica», por José RUBIO CARRACEDO, pág. 9.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA RECEPCIÓN DE ROUSSEAU POR KANT: ALCANCE Y PROFUNDIDAD DEL INFLUJO.—2. LA FILOSOFÍA MORAL DE LA IGUALDAD Y DE LA AUTONOMÍA.—3. DE LA ANTROPOLOGÍA CONSTRUCTA A LA AUTONOMÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA.—4. DEL CONTRATO SOCIAL NORMATIVO AL IDEAL DEL DERECHO DEL ESTADO.—5. BALANCE DE LA RELACIÓN: LA INDEPENDENCIA DE KANT.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

«Reformismo, democracia y socialismo: balance de un siglo de relaciones equívocas», por Ramón VARGAS-MACHUCA ORTEGA, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL REFORMISMO Y EL PROYECTO DEL SOCIALISMO.—III. EL REFORMISMO COMO PROCESO: a) *MODUS OPERANDI*; b) EL PROGRESO REFORMISTA; c) LA DEMOCRACIA COMO MÉTRICA DE LA JUSTICIA; d) LOS FINES Y LOS MEDIOS.—IV. REFORMISMO Y SOCIALIZACIÓN POLÍTICA.—CONCLUSIONES.

«Ortega y Gasset ante las derechas españolas», por Pedro Carlos GONZÁLEZ CUEVAS, pág. 59.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. MOCEDAD REBELDE: LIBERALISMO, SOCIALISMO Y NACIONALISMO.—II. MADUREZ CONSERVADORA.—III. UN REPUBLICANO CONSERVADOR.—IV. EL FRANQUISMO: LAS OFENSIVAS CLERICALES.—V. ORTEGA Y LAS NUEVAS DERECHAS.—BIBLIOGRAFÍA.

«La figura del elector en la cultura política del liberalismo español (1833-1874)», por María SIERRA, pág. 117.

SUMARIO: PLANTEAMIENTOS.—EL ELECTOR SEGÚN EL LIBERALISMO MODERADO: EL TEMOR A LA MASA.—EL PUEBLO REDIMIDO COMO

ELECTOR DEL FUTURO SEGÚN EL LIBERALISMO PROGRESISTA.—EL VOTO COMO DERECHO NATURAL DE DEMÓCRATAS Y REPUBLICANOS.—EL ELECTOR OPORTUNISTA DEL NEOCATOLICISMO.—A MODO DE CONCLUSIÓN: LA DÉBIL PRESENCIA DEL INDIVIDUO.

«La movilización sindical como dilema estratégico: una explicación del movimiento huelguístico durante el franquismo en Galicia (1966-1975)», por Pedro LAGO PEÑAS, pág. 143.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MOVIMIENTO HUELGUÍSTICO EN GALICIA (1966-1975): CARACTERÍSTICAS Y RELEVANCIA CIENTÍFICA.—3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA, RECURSOS Y MOVIMIENTO HUELGUÍSTICO: UN MECANISMO DE EXPLICACIÓN.—4. ANÁLISIS EMPÍRICO: 4.1. LA ESTRATEGIA DE LAS CC.OO. DE GALICIA ANTE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 4.2. DETERMINANTES DE LA CONFLICTIVIDAD LABORAL.—5. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—ANEXO I.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 17 (2006)

«La nulidad radical o absoluta del contrato», por Inmaculada VARGAS BENJUMEA.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EFICACIA E INEFICACIA.—III. LA INEFICACIA EN SENTIDO GENERAL Y SUS CATEGORÍAS: 1. INVALIDEZ. 2. INEFICACIA EN SENTIDO ESTRICTO.—IV. CONCEPTO DE NULIDAD DEL CONTRATO Y SUPUESTOS: 1. CONCEPTO. 2. SUPUESTOS DE NULIDAD.—V. LA SIMULACIÓN: 1. CONCEPTO DE SIMULACIÓN Y SUS CLASES. 2. LA SIMULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. 3. ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA SIMULACIÓN. 4. NEGOCIOS JURÍDICOS NO SUSCEPTIBLES DE SIMULACIÓN. 5. LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN.—VI. LA ACCIÓN DE NULIDAD: 1. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN. 2. LEGITIMACIÓN. 3. EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN.—VII. RECONVENCIÓN Y EXCEPCIÓN DE NULIDAD.—VIII. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO: 1. LA RETIRADA DE LA TUTELA JURÍDICA PARA EVITAR LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO. 2. LA RESTITUCIÓN.—IX. LA CONVERSIÓN DEL NEGOCIO NULO.—X. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y SOLICITUD DE CANCELACIÓN O NULIDAD DEL ASIENTO CONTRADICTORIO DE DOMINIO.—XI. JURISPRUDENCIA: 1. TRIBUNAL SUPREMO. 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.—XII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

Número 18 (2006)

«La tutela cautelar en la protección de la marca», por Matilde VICENTE DÍAZ.

SUMARIO: I. LA ACCIÓN CAUTELAR: 1. FUNDAMENTO. 2. LEGISLACIÓN APLICABLE.—II. PRESUPUESTOS PROCESALES. 1. *FUMUS BONI IURIS*. 2. *PERICULUM IN MORA*. 3. LAS SITUACIONES LARGAMENTE CONSENTIDAS. 4. OFRECIMIENTO DE CAUCIÓN. 5. EL USO DE LA MARCA.—III. LAS MEDIDAS CAUTELARES: CARACTERÍSTICAS. 1. INSTRUMENTALIDAD. 2. HOMOGENEIDAD. 3. PROVISIONALIDAD. 4. PROPORCIONALIDAD.—IV. CLASES DE MEDIDAS: 1. CONSERVATIVAS. 2. ASEGURATIVAS.—V. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE MARCAS: 1. LA SOLICITUD. 2. LEGITIMACIÓN. 3. LA DEMANDA CAUTELAR. 4. LA AUDIENCIA AL DEMANDADO. 5. LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS *INAUDITA PARTE*. 6. COSTAS. 7. RECURSOS. 8. LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA ACORDADA.—VI. LA COSA JUZGADA EN LAS RESOLUCIONES CAUTELARES: 1. NUEVA PETICIÓN DE LAS MEDIDAS DENEGADAS. 2. PETICIÓN DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ACORDADAS.

«Responsabilidad civil por el uso indebido de las marcas», por M.^a Begoña FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ACCIÓN DE CESACIÓN.—III. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: 1. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. 2. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA. 3. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN.—IV. PETICIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA.—V. PRESCRIPCIÓN.

Número 19 (2006)

«La protección jurisdiccional en el uso de la marca», por José ALMAGRO NOSETE.

SUMARIO: I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: 1. JURISDICCIÓN. 2. COMPETENCIA.—II. OBJETO DEL PROCESO: 1. CONSIDERACIÓN PREVIA. 2. LAS «ACCIONES» EN GENERAL. 3. LAS «ACCIONES» NOMINADAS. 4. LAS «EXCEPCIONES». 5. EFECTOS DE LA ADMISIÓN DE DETERMINADAS DEMANDAS.—III. LEGITIMACIÓN: 1. CONSIDERACIÓN GENERAL. 2. LEGITIMACIÓN RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS DE CONDENA DE HACER Y NO HACER. 3. LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA «ACCIÓN REIVINDICATORIA». 4. LEGITIMACIÓN EN RELACIÓN CON PRETENSIONES MERODECLARATIVAS (ART. 59 DE LA LEY DE MARCAS). 5. LEGITIMACIÓN PASIVA CREADA POR LEY 19/2006. IV. PROCEDIMIENTO: 1. REMISIONES NORMATIVAS. 2. TIPOS DE JUICIOS. 3. DILIGENCIAS DE COMPROBACIÓN DE HECHOS. 4. RECONVENCIÓN Y EXCEPCIÓN DE NULIDAD. 5. ESPECIALIDAD DE LA CARGA DE LA PRUEBA. 6. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS Y COSA JUZGADA.

Número 20 (2006)

«La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», por María del Mar HERAS HERNÁNDEZ.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. LA TUTELA DE LOS MAYORES INCAPACES.—III. EL CONCEPTO DE INCAPAZ: 1. LA TUTELA DEL INCAPACI-

TADO AL QUE NO SE PUEDE DESIGNAR TUTOR CONFORME A LOS CRITERIOS DE DELACIÓN DEL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. TUTELA DEL INCAPACITADO JUDICIALMENTE EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.—IV. SUJETO PASIVO: ¿QUIÉNES ESTÁN EN POSICIÓN DE COLOCAR AL INCAPACITADO EN SITUACIÓN DE DESAMPARO?—V. CONCEPTO DE DESAMPARO: POSIBLES TIPOS DE DESAMPARO: 1. DESAMPARO VOLUNTARIO. 2. DESAMPARO NEGLIGENTE. 3. DESAMPARO FORTUITO.—VI. NATURALEZA Y CARACTERES DE LA TUTELA.—VII. EFECTOS JURÍDICOS.—VIII. CONCLUSIONES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO Número 159 (Julio-Diciembre)

- «El proceso para la disolución del vínculo matrimonial en favor de la fe», por Juan GOTI ORDEÑANA, págs. 425-457.
- «El doble grado de jurisdicción y la doble sentencia conforme», por José Francisco CASTELLÓ COLOMER, págs. 459-500.
- «Normas de los Tribunales Eclesiásticos españoles: aspectos económicos», por Donato Miguel GÓMEZ ARCE, pág. 501-585.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA Número 4 (2006)

- «Sobrevolando el libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales», por Pedro L. YÚFERA SALES, pág. 937.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. ESTRUCTURA.—III. OBJETO, SUPLETORIEDAD Y ENTRADA EN VIGOR.—IV. EXPOSICIÓN PREVIA.—V. CONTENIDO: TÍTULO I: DE LOS BIENES. TÍTULO II: DE LA POSESIÓN. TÍTULO III: DE LA ADQUISICIÓN, LA TRANSMISIÓN Y LA EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL. TÍTULO IV: DEL DERECHO DE PROPIEDAD. TÍTULO V: DE LAS SITUACIONES DE COMUNIDAD: *Comunidad ordinaria indivisa. Régimen jurídico. Propiedad Horizontal. Comunidad especial por turnos. Comunidad por razón de medianería.* TÍTULO VI: DE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS. DISPOSICIONES TRANSITORIA, DEROGATORIA Y FINAL.

- «Veïnatge civil, determinació del règim econòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. *Check-list* i criteris d'actuació professional (I)», por Albert LAMARCA I MARQUÉS, pág. 947.

SUMARI: I. PLANTEJAMENT.—II. SUCCESSIÓ DE NORMES I DRET VI-GENT SOBRE VEÏNATGE CIVIL I DRET INTERREGIONAL: 1. DISPOSICIONS ORIGINÀRIES DEL CODI CIVIL ESPANYOL DE 1889. 2. REFORMA DEL TÍTOL PRE-LIMINAR DEL CODI CIVIL ESPANYOL PER DECRET 1836/1974. 3. ENTRADA EN VIGOR

DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA EL 29 DE DESEMBRE DE 1978. 4. LLEI 30/1981, DE 7 DE JULIOL, *POR LA QUE SE MODIFICA LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y SE DETERMINA EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LAS CAUSAS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO*. 5. LLEI 11/1990, DE 15 D'OCTUBRE, *SOBRE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO*. 6. LLEI 18/1990, DE 17 DE DESEMBRE, *SOBRE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE NACIONALIDAD*. 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 39/2002, DE 14 DE FEBRER. 8. LLEI ORGÀNICA 11/2003, DE 29 DE SETEMBRE, *DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÈSTICA E INTEGRACIÓ SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS*. 9. NORMATIVA SOBRE EL REGISTRE CIVIL. 10. NORMATIVA AUTONÒMICA SOBRE VEÏNATGE CIVIL I DRET INTERREGIONAL.—III. CARACTERÍSTIQUES DEL DRET VIGENT SOBRE VEÏNATGE CIVIL: 1. ADQUISICIÓ DEL VEÏNATGE CIVIL PER *IUS SANGUINIS* I RESIDUALMENT PER *IUS SOLII*, TOT RESPECTANT L'AUTONOMIA PRIVADA. 2. SISTEMA DINÀMIC I FLEXIBLE D'ADQUISICIÓ I PÈRDUA DEL VEÏNATGE CIVIL PER RESIDÈNCIA. 3. NO REGEIX EL PRINCIPI D'UNITAT FAMILIAR. 4. ABSÈNCIA D'UN SISTEMA DE PUBLICITAT FORMAL OBLIGATORI I UNIVERSAL SOBRE VEÏNATGE CIVIL. 5. CARÀCTER INSTRUMENTAL DEL VEÏNATGE CIVIL PER DETERMINAR LA LLEI APLICABLE. 6. EXISTÈNCIA DE DIVERSOS VEÏNATGES CIVILS A L'ESTAT EN FUNCIÓ DELS DRETS CIVILS TERRITORIALS, INCLÒS EL VEÏNATGE LOCAL. 7. PREFERÈNCIA PEL VEÏNATGE CIVIL ANOMENAT DE «DERECHO COMÚN». 8. NOMÉS TENEN VEÏNATGE CIVIL ELS ESPANYOLS I NOMÉS UN VEÏNATGE.—IV. CARACTERÍSTIQUES DEL DRET VIGENT SOBRE DETERMINACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL: 1. MANCA D'UNA DETERMINACIÓ EXPRESSA OBLIGATÒRIA DEL RÈGIM ECONÒMIC AL MOMENT DE LA CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI. 2. INEXISTÈNCIA D'UN SISTEMA DE PUBLICITAT FORMAL OBLIGATÒRIA DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 3. EXISTÈNCIA D'UN RÈGIM ECONÒMIC LEGAL O DEFECTIU A MANCA DE PACTE. 4. VIGÈNCIA DEL PRINCIPI D'IMMUTABILITAT DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 5. RIGIDESA FORMAL PER A LA MODIFICACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 6. IMPOSSIBILITAT DE DETERMINAR EL RÈGIM ECONÒMIC EN UN PLET MATRIMONIAL. 7. POSSIBLE DIVERGÈNCIA ENTRE LA LLEI DEL RÈGIM ECONÒMIC I LA LLEI APLICABLE AIS EFECTES DE LA SEPARACIÓ I EL DIVORCI.—V. CARACTERÍSTIQUES DEL DRET VIGENT SOBRE LLEI APLICABLE A LA SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT: 1. VIGÈNCIA DEL PRINCIPI D'UNITAT DE LA SUCCESSIÓ. 2. ADAPTACIÓ DE LES DISPOSICIONS VOLUNTÀRIES A LES ATRIBUCIONS FORÇOSES EN CAS DE CANVI DE LA LLEI PERSONAL DEL CAUSANT. 3. RESPECTE A LA LLEI APLICABLE A LES FORMES TESTAMENTÀRIES. 4. PREVISIÓ DEL CONFLICTE MÒBIL ENTRE LLEI APLICABLE AL RÈGIM ECONÒMIC I A LA SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT.—VI. MOMENT TEMPORAL RELLEVANT PER A DETERMINAR EL VEÏNATGE CIVIL, LA LLEI APLICABLE AL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL I A LA SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT: 1. VEÏNATGE CIVIL. 2. RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL I EFECTES DEL MATRIMONI. 3. SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT.—VII. CHECK-LIST PER A DETERMINAR EL VEÏNATGE CIVIL I LA LLEI PERSONAL. 1. QUIN VEÏNATGE CIVIL TENIEN ELS PROGENITORS AL MOMENT DEL NAIXEMENT? 2. QUAN VA CONTRÈURE MATRIMONI I QUIN VEÏNATGE CIVIL TENIA EL MARIT? 3. TENIEN ELS PROGENITORS DIFERENT VEÏNATGE CIVIL? 4. QUIN ÉS EL SEU LLOC DE NAIXEMENT? 5. QUIN HA ESTAT EL SEU LLOC DE RESIDÈNCIA DURANT ELS DARRERS DEU ANYS? 6. QUIN CARÀCTER HA TINGUT LA RESIDÈNCIA? HA ESTAT CONTINUADA? COM S'HA FORMALITZAT? 7. HA OPTAT PER ADQUIRIR O CONSERVAR UN VEÏNATGE CIVIL? HA REALITZAT ALTRES DECLARACIONS SOBRE VEÏNATGE CIVIL? 8. RESUM DE LES REGLES BÀSIQUES PER A DETERMINAR EL VEÏNATGE CIVIL I LA LLEI PERSONAL.—VIII. CHECK-LIST PER A DETERMINAR EL RÈGIM ECONÒMIC I ELS EFECTES DEL MATRIMONI: 1. QUINA VA ÉSSER LA DATA DE CELEBRACIÓ

DEL MATRIMONI? 2. QUINA ERA LA LLEI PERSONAL DELS CÒNJUGES AL MOMENT DE LA CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI? 3. S'HAN ATORGAT CAPÍTOLS MATRIMONIALS? 4. QUIN HA ESTAT EL LLOC DE RESIDÈNCIA IMMEDIATAMENT POSTERIOR A LA CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI? 5. QUIN VA SER EL LLOC DE CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI? 6. RESUM DE LES REGLES BÀSIQUES PER A DETERMINAR EL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 7. CONSEQÜÈNCIES A LA PRÀCTICA DE LA DETERMINACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL.—IX. CHECK-LIST PER A DETERMINAR LA LLEI APLICABLE A LA SUCCESSION PER CAUSA DE MORT: 1. QUINA ERA LA LLEI PERSONAL DEL CAUSANT AL MOMENT DE L'OBERTURA DE LA SUCCESSION? 2. QUINA ÉS O ERA LA LLEI PERSONAL DEL CAUSANT EN EL MOMENT D'ATORGAR TESTAMENT? 3. QUIN ÉS O HA ESTAT EL LLOC DE RESIDÈNCIA DEL CAUSANT? 4. ON ESTAN SITUATS ELS BÉNS IMMOBLES DEL CAUSANT? 5. ON S'HA ATORGAT TESTAMENT? 6. S'HAN FET DONACIONS A LEGITIMARIS? 7. QUIN ERA EL RÈGIM ECONÒMIC DEL MATRIMONI? 8. RESUM DE LES REGLES BÀSIQUES PER A DETERMINAR LA LLEI APLICABLE A LA SUCCESSION PER CAUSA DE MORT.—X. EL DRET CATALÀ TAMBÉ S'APLICA AIS ESTRANGERS?—XI. BIBLIOGRAFIA.

«El contracte sobre la imatge del menor», por Alejandra DE LAMA AYMÁ, pág. 983.

SUMARI: 1. DELIMITACIÓ DEL CONCEPTE I MARC JURÍDIC.—2. CAPACITAT PER A CELEBRAR EL CONTRACTE I INTERVENCIONS NECESSÀRIES: 2.1. CAPACITAT PER A CONSENTIR LA INTROMISSIÓ EN LA IMATGE. 2.2. CAPACITAT PER A CONSENTIR LA PRESTACIÓ PERSONAL. 2.3. LA INTERVENCIÓ DELS REPRESENTANTS LEGALS DEL MENOR. 2.4. MANCA DE MADURESA DEL MENOR D'EDAT. 2.5. DETERMINACIÓ DE L'EXISTÈNCIA DE MADURESA. 2.6. CONSEQÜÈNCIES DE LA FALTA D'UN DELS CONSENTIMENTS EXIGIBLES.—3. LA PROTECCIÓ QUALIFICADA DEL MENOR D'EDAT.—4. LA CONTRAPRESTACIÓ ECONÒMICA A LA CESSIÓ DE LA IMATGE I LA REALITZACIÓ D'UNA PRESTACIÓ PERSONAL QUE EL MENOR NO HA CONSENTIT: ESTIPULACIÓ EN FAVOR DE TERCER I ENRIQUIMENT INJUST.—5. LA POSSIBILITAT DE REVOCAR EL CONSENTIMENT A L'ÚS DE LA IMATGE PRESTAT EN L'ÀMBIT CONTRACTUAL.

«Aspectos procesales de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles», por Joan PICÓ I JUNOY, pág. 1007.

SUMARIO: I. MARCO NORMATIVO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL.—II. LEGITIMACIÓN ACTIVA: 1. LOS SOCIOS. 2. LOS TERCEROS.—III. LEGITIMACIÓN PASIVA.—IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: 1. DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. 2. INICIO DEL *DIES A QUO*. 3. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. 4. ALECCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN COMO EXCEPCIÓN MATERIAL.—V. PROCEDIMIENTO APLICABLE.—VI. EL PROBLEMA DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL Y DE LA SOCIEDAD MERCANTIL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROBLEMA: ¿ES POSIBLE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES? Y DE SERLO, ¿QUÉ TRIBUNAL SERÁ COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES ACUMULADAS?: a) *Primera solución: la imposibilidad de acumular las acciones*; b) *Segunda solución: la posible acumulación de acciones a favor de los Juzgados de Primera Instancia*; c) *Tercera solución: la*

posible acumulación de acciones a favor de los Juzgados de lo Mercantil.
3. OPINIÓN PERSONAL.—VII. LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EX ARTÍCULO 135 LSA: a) *El daño*; b) *La culpa o negligencia del administrador*; c) *La relación de causalidad entre el daño y la culpa o negligencia del administrador*. 3. LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EX ARTÍCULO 262 LSA. 4. MECANISMOS PROCESALES PARA FACILITAR LA PRUEBA DEL ACTOR.

«La necessitat d'una reforma del Ministeri Fiscal a Espanya», por Nuria REYNAL QUEROL, pág. 1033.

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ.—II. NATURALESA DEL PUBBLICO MINISTERIO: 1. POSICIONS QUE DEFENSEN EL CARÀCTER ADMINISTRATIU DEL MINISTERI PÚBLIC. 2. POSTURES QUE AFIRMEN EL CARÀCTER JUDICIAL DEL MINISTERI PÚBLIC: A) *La inclusió del pubblico ministero en l'ordre judicial*. B) *Les garanties del pubblico ministero italià*. C) *La desjudicialització del pubblico ministero*.—III. LA INDEPENDÈNCIA DEL MINISTERI PÚBLIC: 1. LA INDEPENDÈNCIA EXTERNA: A) *Pubblico ministero i poder judicial*. B) *Pubblico ministero i poder legislatiu*. C) *Pubblico ministero i poder executiu*: a) *Consideracions generals*; b) *Les facultats de control i vigilància del Ministro della Giustizia a Itàlia*. 2. LA INDEPENDÈNCIA INTERNA: A) *Autonomia funcional de cada oficina del ministeri públic*. B) *Limitis de la dependència jeràrquica entre els membres d'una mateixa oficina del pubblico ministero*.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (Julio-Diciembre 2005)

«El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la nacionalidad y la deslocalización», por José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, pág. 605.

SUMARIO: I. LOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN UN ORDEN JURÍDICO DETERMINADO: 1. REPERCUSIONES DE LA REGULACIÓN UNITARIA O DUAL DEL ARBITRAJE. 2. RELEVANCIA DEL CRITERIO DE LA SEDE EN LA DETERMINACIÓN DE LA INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE.—II. PERVIVENCIA Y ALCANCE DEL REFERENTE ESTATAL: 1. ELECCIÓN EN DEFECTO DE ACUERDO DE LAS PARTES. 2. SECUELAS DE LA ELECCIÓN DE LA SEDE.—III. CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL POR EL TRIBUNAL DE LA SEDE DEL ARBITRAJE: 1. EL CONTROL JUDICIAL COMO ELEMENTO DETERMINANTE EN LA ELECCIÓN DE LA SEDE. 2. INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE LA SEDE.—IV. ÁMBITO Y ALCANCE DE LOS RECURSOS ANTE EL JUEZ DEL CONTROL: 1. RAZONES QUE AVALAN UNA TENDENCIA RESTRICTIVA. 2. RENUNCIA AL RECURSO DE ANULACIÓN. 3. LA INTERNACIONALIDAD COMO ELEMENTO DETERMINANTE EN EL RECURSO DE ANULACIÓN.—V. INCIDENCIA DE LA «INTERNACIONALIDAD» DEL ARBITRAJE EN LA FASE POSTARBITRAL: 1. INCUMPLIMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL. 2. CONSECUENCIAS DE LA DESLOCALIZACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL. 3. HACIA LA SUPRESIÓN DEL DOBLE CONTROL.

«La Comunidad Suramericana de Naciones: propuestas y realizaciones», por Cástor Miguel DÍAZ BARRADO, pág. 639.

SUMARIO: CONSIDERACIONES INICIALES.—I. EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA COMUNIDAD SURAMERICANA DE NACIONES.—II. FUNDAMENTOS Y DIMENSIONES DE LA COMUNIDAD SURAMERICANA DE NACIONES.—III. LA COMUNIDAD SURAMERICANA DE NACIONES Y LAS RELACIONES ENTRE LA COMUNIDAD ANDINA Y MERCOSUR.—IV. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN EN EL ESPACIO SURAMERICANO: INTEGRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA REGIONAL SURAMERICANA (IIRSA).—CONSIDERACIONES FINALES.

«Materialismo e idealismo en la teoría crítica de las relaciones internacionales», por Noé CORNAGO PRIETO, pág. 665.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA IDEA DE UNA TEORÍA CRÍTICA DE LA SOCIEDAD.—III. LA TEORÍA CRÍTICA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES COMO RECONSTRUCCIÓN DEL MATERIALISMO HISTÓRICO.—IV. LA TEORÍA CRÍTICA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES COMO NUEVO IDEALISMO LIBERAL.—V. CONCLUSIÓN.

«El nuevo Consejo de Derechos Humanos», por Claudio ZANGHÌ, pág. 695.

SUMARIO: I. ORÍGENES Y DESARROLLO DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS.—II. LAS INICIATIVAS DE REFORMA: EL INFORME KALIN Y EL DEL SECRETARIO GENERAL.—III. PROBLEMAS Y CRISIS DE LA ACTUAL COMISIÓN: LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN: a) COMPOSICIÓN DEL ÓRGANO; b) LOS ESTADOS ELEGIBLES; c) NATURALEZA DEL ÓRGANO; d) COMPETENCIAS Y FUNCIONES: LA PROPUESTA «EVALUACIÓN COLEGIAL»; e) EXIGENCIAS DE COORDINACIÓN CON OTROS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL; f) LA ADQUISICIÓN DE LOS ELEMENTOS PARA EFECTUAR LA EVALUACIÓN; g) LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES; h) LA SUBCOMISIÓN Y OTROS MÉTODOS DE TRABAJO.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

«La Comisión de consolidación de la paz», por Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, pág. 715.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LOS ANTECEDENTES.—II. EL PROCESO DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN.—III. LAS REACCIONES MÁS IMPORTANTES.—IV. LA CREACIÓN FORMAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA.—V. FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN.—VI. FUNCIONES PRINCIPALES.—VII. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO.—VIII. FINANCIACIÓN.—IX. CONCLUSIONES.

«La interminable historia de la reforma del Consejo de Seguridad», por Rosa RIQUELME CORTADO, pág. 745.

SUMARIO: I. LAS VICISITUDES DE LA REFORMA O CRÓNICA DE UNA FRUSTRACIÓN.—II. LA PRETENSIÓN DE ARRIBAR AL CONSENSO CON OCASIÓN DE LA CUMBRE MUNDIAL 2005: 1. SOBRE LA AMPLIACIÓN DEL

CONSEJO DE SEGURIDAD Y LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE SUS MIEMBROS: A) *Principios y criterios*. B) *Modelos para vestirlos*. 2. ¿HACIA UNA CULTURA DE VETO RESPONSABLE Y DISCIPLINADO?—III. ¿PROPÓSITO *IN ALBIS*? REVIVISCENCIA DE PROPUESTAS: ¿DE ESCAÑOS PERMANENTES A REGIONALES MÁS FRECUENTES?: 1. LOS PROYECTOS 2005 DE REFORMA DEL CONSEJO: TAMAÑO. 2. Y COMPOSICIÓN POR CATEGORÍAS: A) *Nuevos permanentes con derecho de veto desde ya o en formato congelado*. B) *Propuesta alternativa*.—IV. REFLEXIÓN FINAL A 1 DE FEBRERO DE 2006.