
REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXI • Mayo-Junio 2005 • Núm. 689

]

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Diez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

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

Comisión Ejecutiva:

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

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gálligo.

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

revista.critica@corpme.es

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Leganitos, 24
28013 Madrid

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

- «El derecho de regreso y la insolvencia de algún fiador en la cofianza», por ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES.....775
- «Efectos de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desestimatoria del recurso, expresa o por silencio administrativo», por JESÚS CHAMORRO GONZÁLEZ.....797
- «La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales», por EDUARDO DE LA IGLESIA PRADOS. 809
- «Problemas relativos al alcance temporal de la prohibición testamentaria de partir», por LUIS A. GODOY DOMÍNGUEZ.....833

DICTÁMENES Y NOTAS

- «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», por MARTA PÉREZ ESCOLAR.....865
- «Apostilla sobre la usucapión contra tabulas», por PEDRO LUIS SE-
RRERA CONTRERAS.....873

DERECHO COMPARADO

- «Los vicios de la voluntad en los principios de Derecho Contractual Europeo», por MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA.....887
- «La calificación registral de documentos judiciales», por FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE.....927

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 1005



ESTUDIOS



El derecho de regreso y la insolvencia de algún fiador en la cofianza

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA.—2. EL RECURSO A LA SOLIDARIDAD PASIVA.—3. LOS ARGUMENTOS DE GUILARTE ZAPATERO.—4. NUESTRO PENSAMIENTO.

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Ni el artículo 2.033 del *Code Napoléon*, ni el artículo 1.920 del *Código* italiano de 1865, al disponer que el cofiador que satisface la totalidad del débito garantizado puede repetir de los otros garantes la porción que les concierna, contienen previsión alguna respecto a lo que sucederá, caso de que alguno de esos cogarantes requeridos de reembolso no esté en condiciones patrimoniales de sufragar su parte. En realidad, rigurosamente, no hace falta una prescripción de esa clase, al estar establecido en ambos ordenamientos legales la solidaridad *ope legis* entre los cofiadores y al ser pauta normal y diferenciadora en la solidaridad pasiva que los efectos de la insolvencia de uno de los deudores se hace recaer entre los solventes, al objeto de que el acreedor quede indemne. Con todo, el vigente Código Civil italiano de 1942 no ha considerado irrelevante el señalamiento, y en el inciso final de su artículo 1.954 establece que «si uno de éstos (los cofiadores) es insolvente, se observa la disposición del segundo apartado del artículo 1.299» (la que dispone que si uno de los deudores solidarios es insolvente, «la pérdida se distribuye por contribución entre los otros codeudores, incluido aquel que ha hecho el pago»).

Entre nosotros, el Proyecto de 1851, después de consignar en su artículo 1.750 la vinculación solidaria de los varios fiadores conjuntos, reconociéndoles, empero, el beneficio de división, caso de ser «reconvenidos para el pago del todo», y de sancionar en el artículo 1.751 que cuando esto último ocurra, el fiador acogido al beneficio divisorio «responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores», concluye coherentemente en

el artículo 1.758 estableciendo que cuando uno de los fiadores haya pagado el entero de la deuda y ejercite el derecho de regreso contra los restantes por lo que les corresponda, «si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recae sobre todos en la misma proporción».

De esta suerte el conjunto resulta armónico: solidaridad entre los cofiadores, beneficio de división reconocido a los mismos, derecho de reintegro de aquel que pague y asunción proporcional por los solventes de la cuota del insolvente. Aunque con el ligero chirrido del juego de la división facultativa de la deuda en la esfera de la solidaridad pasiva, que no alcanza, empero, a desnaturalizarla o a afectar seriamente su estructura, el conjunto de las relaciones entre los cofiadores se mantiene coherente y con el grado preciso de ordenación consecuente. En relación al último extremo, el de la asunción por los fiadores solventes de la parte del insolvente, GARCÍA GOYENA dice que la había añadido «para mayor claridad, pues aunque no se expresa en ninguno de los Códigos modernos, está, a no dudar, en el espíritu de todos ellos por la misma razón del artículo 1.751» (1).

En el Código Civil, textualmente al menos, el edificio ya no resulta tan armonioso. En efecto, su artículo 1.837 parece (creemos haber demostrado que no es así) establecer la vinculación meramente mancomunada de los varios fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda», reconociéndoles, empero, un sedicente beneficio de división (primera paradoja) y sin mencionar qué ocurrirá, caso de ejercicio del mismo, si alguno de los cofiadores resulta insolvente (segunda paradoja). A su vez, el artículo 1.844 contempla la situación de que uno de los garantes haya satisfecho la totalidad de la deuda, reconociéndole derecho a reintegrarse de los demás (tercera paradoja), y el mismo precepto, ahora sí, contempla que si alguno de los fiadores resulta insolvente, su parte la asumen los solventes (cuarta paradoja).

En realidad, si nos atuviésemos a escueta literalidad de las normas (cosa que hace la mayor parte de la doctrina española), el conjunto no puede resultar más extravagante y caótico. Unos fiadores conjuntos que asumen *pro parte* el cumplimiento de la obligación garantizada, contrariando la sustancia, razón y finalidad mismas de la fianza plural y propiciando la increíble situación, advertida con justeza por DELGADO ECHEVERRÍA, de que puede darse el caso de que mientras siendo solvente el único fiador, el acreedor cobraría íntegramente de él, «la presencia, junto al solvente, de otros fiadores puede perjudicarle, ya que la parte del insolvente no habrán de cubrirla los demás» (2). Peculiar manera de reforzar la garantía del acreedor que la cofianza, *ex natura*, persigue.

(1) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Zaragoza, 1974, págs. 915-916.

(2) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, pág. 538.

Unos fiadores que, a pesar de su vinculación meramente mancomunada, pueden esgrimir el clásico recurso defensivo latino del beneficio de división cuando el acreedor les reclame el todo, sin advertirse de manera suficiente cómo cabe semejante reclamación integral si los garantes lo son *pro quota* y qué necesidad existe de reconocer, otorgar y acogerse al beneficio divisorio cuando la obligación garantizada mediante la cofianza ya estaría distribuida *ex lege* entre los varios garantes.

Unos fiadores que, en el supuesto de que esgrimieren el beneficio de división, no conocerían la aplicación entre ellos del criterio básico de que la insolvencia de alguno debe cubrirse por los solventes, contrariando el origen mismo del beneficio divisorio, que sólo encaja adecuadamente en el marco de la afección solidaria de los cofiadores, y pugnando con su intrínseca finalidad de favorecer, como adbería CAMPOGRANDE, a los cofiadores, pero sin que ello suponga daño para el acreedor garantizado (3).

Unos fiadores que, pese a todo lo anterior, resulta que sí pueden ser demandados por el todo, habida cuenta que el artículo 1.844 del Código Civil contempla la doble circunstancia, propiciadora de esa conclusión, de que alguno de ellos haya satisfecho la totalidad de la deuda y de que dicho pago se haya hecho «en virtud de demanda judicial»; algo que difícilmente puede encajar fuera del estricto campo de la solidaridad, excluida *a priori*, según se pretende, en la formulación principista de la cofianza.

Unos fiadores, en fin, que en el supuesto recién considerado de pago total singularizado, «si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción». Con lo que tendríamos que cuando la insolvencia de alguno de los cogarantes se aprecie a propósito de su acogimiento al beneficio de división, los solventes no resultarán afectados y su negativa incidencia la sufrirá el acreedor, mientras que si la misma insolvencia se presenta a la hora en el que fiador que pagó actúa en regreso contra sus compañeros, entonces será tomada en consideración y el *solvens* quedará indemne.

Y todo ello dentro de una misma y sola figura jurídica, la de la cofianza, teóricamente orientada a aumentar la garantía del acreedor y a generar alguna suerte de mayor conjunción de los varios fiadores que la que proporciona la simple yuxtaposición de fianzas individuales (¿para qué ocurrir a la fianza conjunta si la misma no va más allá de la pluralidad de fianzas?). Con el agravante, incluso, de que estando pensada la fianza para beneficio del acreedor y sacrificio del fiador, resulta que éste acabaría siendo tratado, en definitiva, de mejor manera que aquél, ya que la insolvencia de alguno de los cofiadores repercutiría negativamente en el garantizado, mientras no lo haría

(3) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, pág. 428.

en aquel de los garantes que hubiese procedido a satisfacer la totalidad de la deuda. Cuestión tan peregrina y anómala que, creemos, por sí sola es suficiente para poner en entredicho la formulación dogmática que de la cofianza hace la mayoría de los civilistas españoles.

2. EL RECURSO A LA SOLIDARIDAD PASIVA

Por nuestra parte, hemos tratado de demostrar a lo largo de diversos trabajos lo impropio de una construcción como la apuntada y lo natural y exigible que resulta la defensa de la cofianza en nuestro sistema civil como un mecanismo de afección solidaria entre sí de los varios fiadores. Toda cofianza supone pluralidad de fiadores, pero la mera pluralidad de fiadores no supone cofianza; la variedad de garantes personales es condición necesaria, pero no condición suficiente para conformar la genuina cofianza. De otra suerte, el edificio entero se resquebraja, la fianza conjunta pierde su razón de ser y, lo que es mucho más grave, resulta susceptible de ocasionar perjuicios e inconvenientes a aquél en cuyo exclusivo beneficio está pensado: el titular del derecho de crédito garantizado. Es por ello que hemos sostenido que aunque en los respectivos ámbitos del beneficio de división y del ejercicio del derecho de regreso entre los cofiadores, en relación al efecto de que la cuota del insolvente sea asumida por los solventes, se trata de dos momentos diferentes, relativo, el primero, al fraccionamiento del débito entre los distintos fiadores que garantizaron el cumplimiento de la obligación y referente, el segundo, a la posibilidad de reintegro con que cuenta aquel de los fiadores que haya procedido a satisfacer íntegramente la deuda principal, estamos en presencia de una sola situación que debe ser tratada de la misma manera, cualquiera que sea la forma en que se presente y que sólo recibe cumplida explicación si se le contempla bajo el foco de la solidaridad.

Como ha quedado dicho, que el fiador que se acoja a la división tenga que soportar la adición a su parte de lo que proporcionalmente le corresponda de la porción de los insolventes, es una consecuencia que sólo puede explicarse satisfactoriamente sobre la base de que los cofiadores son deudores solidarios entre sí y de que solidaridad y beneficio de división no se excluyen. Y que el fiador que, por la razón que sea y no obstante contar con el beneficio de división, hubiese procedido a satisfacer la deuda entera pueda revolve contra los demás garantes ajenos al pago y exigirles su parte, es también un efecto que sólo cabe explicar de manera adecuada en razón de considerar que los varios fiadores conjuntos de la misma deuda son entre sí deudores solidarios. Pensamos que ésta es la única forma adecuada de tener una visión unitaria y armónica de la cofianza, y de contemplar los efectos de la misma bajo el prisma de la racionalidad y la coherencia.

Si se prescinde de esta visión unitaria, las cosas se complican de manera extraordinaria y se hace preciso recurrir a extrañas y rebuscadas explicaciones, tal como le ocurre, por ejemplo, a MANZANARES SECADES. Para este autor, en la cofianza, la insolvencia de un cofiador puede jugar en dos planos: frente a la reclamación del acreedor y frente a la reclamación del cofiador que pagó en vía de regreso. En el primer caso, la regla general en los Códigos francés e italiano y en nuestro Derecho *ex* artículo 1837.2.º, es que tal insolvencia fuera asumida proporcionalmente por los otros fiadores. En el segundo caso, la regla parece ser la misma también, pero la razón, sin embargo, es diferente, porque mientras en uno, no admitirla significaría causar un perjuicio al acreedor, que antes del juego del beneficio de división habría podido reclamar el todo a cada uno de los cofiadores, en el otro, se trata de la relación interna de los propios cofiadores.

En consecuencia, frente a lo que ocurre en los Derechos francés e italiano, en los que la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en vía de regreso encontraría clara justificación en base a la forma en que se estructura la relación entre acreedor y cofiadores, en el Derecho Civil español, en cuanto dicha relación se basa en principios distintos y el acreedor sólo puede reclamar al cofiador la parte de deuda que le corresponda, la insolvencia de un cofiador frente a la reclamación del acreedor sólo es asumida por los otros cofiadores cuando aquél estuviera en quiebra o concurso, idea que precisamente es la que condiciona la aplicación de la regla del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil (4).

Que la situación de que la insolvencia de uno de los cofiadores tenga que ser asumida por los restantes solventes pueda presentarse a propósito de la distribución entre los distintos garantes de la deuda por obra y gracia del beneficio de división hecho valer, o cuando uno de dichos cofiadores ha procedido a satisfacer el débito en su totalidad y procede contra sus compañeros para reintegrarse, es algo que supone, como ya se advertía, dos momentos diferentes de la relación fideiusoria, que no cabe confundir ni identificar. En el primero, el acreedor intenta cobrar el crédito garantizado mediante la cofianza, y en el segundo, dicho acreedor ya ha visto satisfecho su derecho, y es el cofiador que realizó dicha satisfacción quien ahora intenta distribuir el pago entre todos los garantes.

Aducir que en un caso y otro la razón es diferente, es no ver más que la superficie de las cosas y contemplar la situación bajo la óptica exclusiva de factores meramente accidentales, olvidando los primarios y básicos. Cuando se dice que en el primer supuesto el cubrimiento del insolvente por los solventes debe hacerse para evitar un perjuicio al acreedor, mientras en el segun-

(4) MANZANARES SECADES, «La cofianza: Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, págs. 778-779.

do se trataría tan sólo de la relación interna entre los cofiadores, se describe algo que es real, pero que no resulta suficientemente revelador ni exacto de manera rigurosa.

El loable propósito de evitar el daño del acreedor no podrá cumplirse si no existiera un mecanismo jurídico que posibilitara su materialización. Si la parte del fiador insolvente la asumen proporcionalmente los solventes no es, *stricto iuris*, porque se quiera evitar perjuicio al acreedor, sino por una razón más íntima y profunda: porque esos varios cofiadores están vinculados en forma solidaria y la solidaridad permite semejante consecuencia. También en la obligación plural mancomunada existirá interés en que el acreedor no sufra quebranto en su derecho, ya que es conveniencia objetiva la plena y cabal realización de los derechos, pero, pese a ello, no podrá evitarse que si uno de los deudores resulta insolvente, su parte no sea cubierta por los solventes y, en definitiva, tenga el acreedor que soportar semejante secuela patrimonial adversa (art. 1.139 del Código Civil).

De la misma manera, cuando a la hora del reintegro del cofiador que pagó la totalidad de la deuda la cuota del insolvente haya de distribuirse entre los solventes, no cabe otra explicación válida que la de que los mismos son deudores solidarios entre sí y operan entre ellos, en consecuencia, los típicos efectos de la solidaridad, aunque aquí también podría argüirse la razón secundaria de que no resultaría razonable que, en definitiva, el fiador que pagó acabe pagando una parte superior a la que le corresponda y los demás no. Pero igual que en el supuesto anterior, semejante consideración no serviría para dotar al *solvens* del mecanismo de defensa adecuado.

Ese mecanismo sólo puede proporcionarlo la situación de solidaridad pasiva. Acreedor que resulta afectado por el beneficio de división aducido por el cofiador demandado y puede exigir que la insolvencia de alguno de los garantes sea asumida por los solventes, y fiador que ha pagado el todo y puede obtener que a la hora del reintegro la cuota del insolvente se distribuya proporcionalmente, es algo que, aunque orientado en uno y otro momento a beneficiar a sujetos diferentes y presente en instantes diferenciados de la relación fideiusoria plural, responde a una sola configuración jurídica y no encuentra cumplida respuesta más que a través de la naturaleza y efectos de la *obligatio in solidum*.

En realidad, MANZANARES SECADES se limita en su formulación a replantear los argumentos que en su momento esgrimiera MANRESA, dulcificando algunas de las aristas más acusadas. Para nuestro clásico comentarista, la circunstancia de que si alguno de los cofiadores resultare insolvente recaiga la parte del mismo sobre todos en la misma proporción descansa en la razón de que, en caso contrario, recaería sobre el que pagó la totalidad de la deuda la parte respectiva del insolvente y resultaría evidente e injustamente perjudicado, toda vez que no podría reintegrarse de todas las participaciones dis-

tintas de la suya, sino que quedaría sin reintegrarse de la cantidad con que debiera contribuir al reintegro el insolvente (5).

Los hechos que narra MANRESA son ciertos y con toda seguridad conducirían a un resultado poco conveniente y defendible, como es que el riesgo de la insolvencia de algún cofiador lo asumiese en su totalidad precisamente el garante que ha procedido a satisfacer la totalidad de la deuda garantizada. Pero de los mismos y de su resultado no cabría extraer la presencia de un concreto y singularizado instrumento jurídico orientado a paliar los efectos negativos, por más que los mismos pudieran neutralizarse a través de los recursos genéricos que el ordenamiento brinda para remediar situaciones de ese tenor. Si ese instrumento particular existe y su juego consiste en que el cofiador que pagó puede reclamar de los que no pagaron, no sólo su originaria cuota, sino también el *plus* de la misma que resulte de la asignación proporcional de la parte del insolvente, ello no puede ser más que consecuencia de que entre los varios garantes conjuntos de una misma obligación existe, ordinaria y mecánicamente, una situación de vinculación solidaria pasiva.

Lo contrario supone una típica muestra del razonamiento circular: los cofiadores, salvo que otra cosa hayan pactado de manera expresa, no están afectados entre sí de manera solidaria, pero si uno de ellos paga el todo, puede reclamar de los otros y repercutir en ellos la insolvencia de alguno, igual que si su vinculación fuera realmente solidaria; por lo que al ocurrir las cosas de la misma manera que se desenvuelven en el seno de ésta, ¿qué necesidad existe para su aceptación si pueden conseguirse sus peculiares y severos efectos sin tener que transgredir, en apariencia al menos, la mancomunidad que predica la letra de la ley. El discurrir es tan enrevesado y el *substratum iuris* tan poco elegante y riguroso que difícilmente cabe su admisión y juego.

Más inverosímil, si cabe, es el refuerzo que para su tesis Manresa pretende hallar en los principios en que se funda la fianza. Según ellos, dice, la deuda asegurada mediante fianza constituye un todo, «y por la totalidad de él queda obligado cada uno de los fiadores», salvo que «por el derecho de división establecido en el artículo 1.837 se divide el débito entre todos en la parte proporcional correspondiente, en el caso de que no se haya establecido la solidaridad entre ellos». Ahora bien, si alguno resulta insolvente, ella no puede perjudicar los derechos del acreedor, «y de aquí que la porción de éste se distribuya entre todos los demás cofiadores, obligados al pago o al cumplimiento de la obligación garantizada, para que resulte íntegramente pagado el débito» (6).

(5) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII (quinta edición, revisada por RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE), Madrid, 1951, pág. 341.

(6) *Ibid.*, págs. 341-342.

Dice bien que en la cofianza la deuda garantizada constituye un todo y, en consecuencia, cada uno de los cofiadores queda vinculado por la totalidad de la deuda. Realmente, una conclusión de esa clase viene impuesta no sólo por intrínsecas razones jurídicas, sino por la propia naturaleza de las cosas, habida cuenta que si varios fiadores de manera autónoma garantizan el cumplimiento de una obligación quedan sujetos, salvo que otra cosa se haya prevenido, a responder de la integridad del débito (argumento *ex art. 1.826 del Código Civil*), ¿qué razón válida podrá esgrimirse para que no suceda lo mismo cuando la garantía de los mismos en lugar de ser autónoma y diferenciada sea conjunta y concertada? La consideración más elemental del supuesto debe llevar a estimar que, al menos, la vinculación en este segundo supuesto ha de ser tan severa como en el primero.

No querer entender esto conduce de manera inexorable a un juego de paradojas en el que se ve inmersa la mayor parte de la doctrina española y, en especial, MANRESA, porque su actitud es todavía más ambigua, si cabe. En efecto, defender la afección por la totalidad de la deuda de cada uno de los cofiadores y considerar al mismo tiempo que por el derecho de división establecido en el artículo 1.837 del Código Civil el débito se distribuye entre todos los garantes, salvo que se haya establecido la solidaridad entre ellos, es lo más cercano que cabe imaginar a una verdadera *contradictio in adiecto*, ya que si hay sujeción por el todo, estamos en presencia de una solidaridad pasiva; si existe solidaridad no cabe hablar de derecho de división (*rectius*, división *ipso iure*), y la exclusión del mismo no cabe producirla mediante el pacto de solidaridad, ya que ésta viene dada mecánicamente en el comienzo mismo de la situación fideiusoria plural.

Las cosas suceden de otra manera en la fianza conjunta, según hemos tenido ocasión de exponer de manera reiterada y a pesar de lo poco que ayuda al respecto la deplorable redacción del artículo 1.837 del Código Civil. Cuando varias personas garantizan conjuntamente la deuda ajena, su vinculación por el todo, esto es, su afección solidaria entre sí, no hace falta pactarla, sino que emana de manera espontánea de la *substantia* y la *ratio* de la cofianza misma. Ello no empece a que por razones históricas y de conveniencia práctica del propio acreedor que no es del caso repetir ahora, tradicionalmente se haya venido reconociendo a los cofiadores la posibilidad de que, ante el dato real de que cualquiera de ellos pueda legítimamente ser requerido por el acreedor para el pago de la deuda garantizada en su integridad, ocurran a un beneficio que si lo desean permite distribuir el monto de la misma entre todos los fiadores solventes: el beneficio de división.

Por ello, el pretendido pacto de solidaridad, entre los acreedores que excluiría el juego del beneficio divisorio no es tal, aunque, en definitiva, produzca efectivamente la no repartición del débito entre los garantes. Y no es tal, porque la solidaridad ya viene legalmente impuesta y, por tanto,

no hace falta preverla mediante estipulación expresa y porque si la división de la deuda se contempla como lo que realmente es (un mecanismo facultativo que queda a disposición de los beneficiarios utilizarlo o no), no tiene sentido pactar la exclusión de sus efectos, sino lo que procede es convenir que el mismo no entrará a operar en el supuesto concreto de que se trate. Por ello, el pretendido pacto de establecimiento de la solidaridad entre los cofiadores no es otra cosa que el convenio por el que los mismos renuncian a ejercitar el beneficio de división; los favorecidos acuerdan que ante la reclamación por el todo del acreedor no harán uso de la posibilidad legal de pedir y obtener la división de la deuda, y, por consiguiente, que se producirán en su patrimonio los efectos normales y mecánicos que origina la solidaridad pasiva.

En consecuencia, resulta por completo inexacta la afirmación de MANZANARES SECARES, de que si alguno de los cofiadores resulta insolvente, «esto no puede perjudicar los derechos del acreedor», por lo que la porción de aquél se repartirá entre los demás garantes «para que resulte íntegramente pagado el débito». Perjudicar los derechos del acreedor no debe propiciarse ni facilitarse nunca, pero una cosa es esto y otra, perfectamente conciliable, que en ocasiones no exista conducto adecuado para impedir semejante situación, como ocurre de manera constante en el mundo jurídico en que determinados sujetos tienen que asumir, sin que puedan repercutirlo en otros, impactos patrimoniales negativos.

Recuérdese lo que antes se advertía. Cuando estamos en presencia de una obligación plural mancomunada, por más que el crédito y la deuda comunes resulten divididos en tantas partes iguales (salvo pacto en otro sentido) como acreedores y deudores haya, «reputándose créditos o deudas distintos unos de otros» (art. 1.138 del Código Civil), poca duda puede haber de que el derecho del acreedor abarca el todo, comprende el todo y engloba la totalidad del crédito, por más que la recepción de esa totalidad no pueda obtenerla de golpe de uno solo de los deudores sino que ha de conseguirla mediante la acumulación de los pagos parciales de todos ellos.

Y siendo cierto e irrefutable que el acreedor de una obligación mancomunada pasiva ostenta la titularidad de todo el crédito y tiene derecho a percibirlo en su integridad, resulta que si alguno de los codeudores es insolvente, su parte no la asumen los demás solventes y es el acreedor el que tiene que asumirla, sufriendo el perjuicio de no obtener la realización total de su derecho (art. 1.139 del Código Civil). ¿Hay aquí o no perjuicio del acreedor? Evidentemente. ¿Debe soportarlo o no? Desde luego que sí, porque el mecanismo de la mancomunidad no permite desviar del acreedor el impacto de la insolvencia de alguno de los obligados. Como tantas veces ocurre en Derecho, hay que optar entre los dos intereses en juego y sacrificar uno de ellos: la ley considera, razonablemente, que en virtud de la afección meramente *pro quota* de los obligados, el riesgo de la insolvencia de uno de ellos no lo

asumen los demás sino que lo soporta patrimonialmente el acreedor, dejando sin satisfacer una parte de su derecho.

Las cosas ocurren de la manera opuesta tratándose de solidaridad pasiva. Aquí, en cuanto la solidaridad de deudores misma supone un refuerzo o garantía genérica del derecho del acreedor, por más que el mismo se halle legitimado para obtener la totalidad de la deuda, igual que el acreedor mancomunado, puede, a diferencia, reclamar y obtener el todo de cualquiera de los obligados, y, en consecuencia, la insolvencia de alguno de ellos no repercute en él, sino que tienen que asumirla los codeudores (art. 1.145 del Código Civil).

Una manera tan legítima como la anterior de solventar el problema. La insolvencia de uno de los deudores siempre supondrá un daño patrimonial: que en el caso de obligación mancomunada ese daño se le irrogue al acreedor y en el caso de obligación solidaria ese mismo daño lo soporten los codeudores, es una forma equilibrada y razonable de repartir los riesgos. En la obligación parciaria prepondera el interés de los deudores, y por ello la insolvencia de uno castiga patrimonialmente al acreedor, ya que aquí la pluralidad de obligados no entraña situación alguna de refuerzo del crédito, mientras en la obligación *in solidum* prepondera el interés del acreedor, y, por tanto, la misma insolvencia castiga al resto de los deudores, porque aquí la pluralidad de éstos sirve precisamente para hacer más firme y seguro el derecho del acreedor: «forma anómala, heterodoxa, de garantía», la hemos denominado en otro trabajo (7).

Lo que no cabe es confundir los términos, mezclar las categorías y querer obtener por el conducto de una los resultados de la contraria. Si cuando varias personas garantizan conjuntamente el cumplimiento de la ajena obligación, las mismas quedan sujetas entre sí de manera mancomunada, tal como de manera enfática acepta MANRESA al estimar que entre todas ellas quede «dividida proporcionalmente la responsabilidad» (8); y, en consecuencia, habrá que aplicar en esa situación el régimen propio de la mancomunidad: la insolvencia de alguno de los cofiadores la deberá soportar el acreedor.

Si la ley dice otra cosa y permite repercutir en los cofiadores solventes esa insolvencia sin que alcance a afectar al acreedor, la explicación razonable del evento no puede estar en seguir mantenido la afección meramente mancomunada de los cogarantes, ni mucho menos todavía en un evanescente e injustificado privilegio de que no se pueden «perjudicar los derechos del acreedor», porque ya se ha dicho que ese es el efecto normal y propio en la esfera de la mancomunidad pasiva, sino en aceptar claramente y sin embages

(7) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pág. 254.

(8) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 286.

que estamos en presencia de una genuina vinculación solidaria de los cofiadores. De esta manera, todo cobra claridad y coherencia, se llaman las cosas por su nombre y la ausencia de perjuicio del derecho del acreedor cobra explicación por la única vía razonable y adecuada: como estamos en presencia de una solidaridad pasiva, la falta de solvencia de uno de los codeudores no afecta patrimonialmente al acreedor, sino que golpea los patrimonios de los restantes deudores solventes. Querer conseguir las consecuencias propias de la obligación solidaria pasiva sin abandonar el cauce de la mancomunidad, aparte de una grave anomalía dogmática, es la manera segura de emborronar la figura de la cofianza y de quedar prisionero de situaciones que nunca podrán ser explicadas de manera satisfactoria y coherente.

Con una consideración última consistente en que no se acaba de entender la razón esgrimida por MANRESA de que la ley ordena el cubrimiento del insolvente por los solventes para no perjudicar los derechos del acreedor, cuando el supuesto de hecho que contempla la norma es, precisamente, el de la plena satisfacción de tales derechos, esto es, que dicho acreedor ha cobrado de uno de los cofiadores y éste, al actuar en regreso frente a los demás, se encuentra con que alguno o algunos de ellos son insolventes. Si en esta hipótesis no se ordenara por la ley el reparto proporcional de la cuota del insolvente, ¿cómo podría resultar afectado el acreedor, habida cuenta que ya ha cobrado el todo de la deuda y que, precisamente, no cabe ni siquiera plantearse la repercusión de responsabilidad alguna entre los cogarantes mientras alguno de ellos no haya procedido a la íntegra satisfacción de la acreencia? Rectamente miradas las cosas, la pretendida protección de los intereses del acreedor no pasaría de ser más que un *flatus vocis*, ya que la misma se habría producido *ex definitione*.

Todavía, si cabe, es más peregrina la afirmación final de MANRESA en defensa de su tesis de que los fiadores solventes han de asumir la parte de los insolventes sin necesidad de tener que acudir a la ayuda del mecanismo de la solidaridad pasiva para explicar cumplidamente semejante situación. En su peculiar concepción de que pueden conseguirse los efectos de la solidaridad sin la solidaridad (como si los efectos jurídicos de una figura no determinaran necesariamente la presencia de la misma), llega a decir que «en el caso del fiador que haya satisfecho toda la deuda, tienen que venir obligados a sufrir la carga del insolvente los demás, porque dicha parte es una de las que integran la totalidad de la deuda, y ésta quedaría incompleta si se agregase o se dejase de reintegrar dicha parte» (9).

Los errores son numerosos y de bulto. Primero, porque en la hipótesis en consideración el acreedor ya ha visto satisfecho su crédito y no se acierta a ver, como líneas arriba se apuntaba, en razón de qué consideraciones puede

(9) *Ibid.*, pág. 342.

seguir contemplando la ley la tutela de un interés ya realizado. Segundo, porque la circunstancia de que la parte del insolvente sea una de las que componen la integridad de la deuda fideiusoria es por completo irrelevante a los efectos del reparto de la misma entre los solventes, efecto este último que no puede tener otro apoyo que el de la especial naturaleza del vínculo obligatorio plural. Y tercero, porque escasamente tiene sentido considerar que la deuda quedaría incompleta si se dejase de reintegrar la parte del insolvente, ya que el punto de partida consiste, precisamente, en que se ha satisfecho al acreedor por uno de los cofiadores la totalidad del débito garantizado, aparte de que si se considera el problema desde la óptica de la plenitud de reintegro del *solvens*, es obvio que a éste le corresponde asumir también una parte de la cuota del insolvente y, en consecuencia, dicha plenitud nunca tendrá lugar.

No se trata, pues, de atender a la integridad de la deuda y de imponer el cubrimiento del insolvente en atención a dicha integridad, que ello escasamente tiene sentido ni en este punto ni en ninguno, una vez que el acreedor garantizado ha realizado la totalidad de su acreencia, sino de algo mucho más sencillo y elemental. Si uno de los cofiadores puede ser llevado a tener que satisfacer la deuda íntegramente, si el mismo puede revolverse contra los que no pagaron en solicitud del reembolso de la parte de cada uno de ellos en la relación interna que les afecta, y si en esta tesitura la insolvencia de alguno debe afectar en prorratio a los solventes, ello no puede ser otra cosa que la mera y simple manifestación en sede de cofianza de un añejo y conocido mecanismo en el campo de las obligaciones con pluralidad de sujetos: el de la solidaridad pasiva. Cualquier otro intento de explicación razonable, aparte de estar condenado, según se ha tenido ocasión de ver minuciosamente, a la ambigüedad y la insuficiencia, produce la no estimulante impresión de inventar lo que ya está inventado. Obremos como si todo ocurriera igual que en la solidaridad de deudores, pero sin atreverse a nominar la situación de esta manera.

Ahora bien, si las cosas ocurren como en la solidaridad pasiva, si los mecanismos de ésta son los presentes y si los factores se ordenan tal como sucede en el ámbito de esa forma de vinculación plural, ¿qué sentido tiene nominar el conjunto de otra manera o, sencillamente, no nominarlo? Escasamente alguno, ya que en Derecho, como en cualquier otro orden vital, debe rechazarse la presencia de mecanismos nuevos para explicar situaciones que admiten cumplida explanación a través de los conductos ya establecidos.

En realidad, a la hora de contemplar la posibilidad de que la cuota del cofiador insolvente se prorratee entre los garantes solventes, no cabe más que una de estas dos posturas coherentes: o se estima que dichos cofiadores, por la naturaleza misma de la fianza conjunta, están vinculados de manera solidaria, y, por tanto, aquel efecto no es otra cosa que la aplicación en esta área de un peculiar efecto genérico de toda solidaridad pasiva (art. 1.145 del

Código Civil); o se considera que los cofiadores en cuestión son simples deudores mancomunados, en cuyo caso lo natural y obligado es concluir que el reparto que se comenta resulta incomprensible, ya que en la esfera de la mancomunidad se produce precisamente el efecto contrario, la insolvencia de alguno de los codeudores la soporta el acreedor (art. 1.139 del Código Civil). Es por ello que, aunque en nuestra opinión, equivocada, resulta mucho más lógica la postura de quienes, como ALBALADEJO, estiman que «en cuanto a lo que si alguno es insolvente su parte recaerá sobre los demás, es precepto incongruente con el principio (mancomunidad, y no solidaridad) de que se parte» (10).

El problema está, en este último caso, en demostrar que se parte del principio de la afección mancomunada de los varios fiadores conjuntos cuando todo coadyuva en la dirección contraria de la vinculación solidaria de los mismos, a menos que se defienda que la expresión legal «se divide» del artículo 1.837 del Código Civil tiene una fuerza configuradora tal y una capacidad de imprimir carácter al conjunto que de nada sirven al respecto los múltiples detalles, las numerosas llamadas y las claras incitaciones en pro de la solidaridad que de la regulación global de la figura en el propio Código emanen con fuerza decisiva. Lo que ya no tiene tanto sentido es negar la causa y aceptar las consecuencias o encontrar aceptables algunas de éstas y negar otras, porque entonces el conjunto se resiente y la solución no resulta ajustada y coherente. Es lo que le ocurre, por ejemplo, a GUILARTE ZAPATERO, quien, por más que la situación no pueda reputarse como de solidaridad, no le hace demasiados ascos a aceptar alguna circunstancia que sólo tiene cumplida satisfacción si se admite el dato de la vinculación solidaria de los varios obligados.

3. LOS ARGUMENTOS DE GUILARTE ZAPATERO

Así, para el profesor GUILARTE, no debe resultar dudoso que si el cofiador paga la totalidad de la deuda, o una parte mayor de la que inicialmente le correspondía, «está en condiciones de exigir de los restantes la cantidad por la que cada uno quedó obligado al constituirse la fianza o la que, conforme a ello, proceda en proporción a la mayor suma que respecto de su cuota pagó el fiador que cumplió por todos» (11). Circunstancia que resulta de muy difícil armonización con su punto de partida de que la cofianza genera la responsabilidad mancomunada de los fiadores y, por ende, sólo pueden ser

(10) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Barcelona, 1982, pág. 447.

(11) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por M. Albaladejo, XXIII, Madrid, 1979, pág. 262.

demandados por el acreedor por la parte que les corresponda del total de la deuda (12), ya que si ello fuera así no se acierta a ver dónde se hallaría el apoyo de ese pretendido derecho de regreso del cofiador que pagó. Si el cofiador es un deudor mancomunado, el hecho de que pague el todo no puede generar a su favor, salvo que se esté dispuesto a refundir mancomunidad y solidaridad en un híbrido *tertium genus*, la posibilidad de que pueda revolverse en reembolso contra los que no pagaron.

Intentar remediar el entuerto acudiendo a la pseudo explicación de que ese derecho de regreso que ostenta el cofiador que paga la deuda por entero sólo (*sic*) procede cuando «se haya hecho pago en virtud de demanda judicial», es propósito estéril, porque resulta obvio, tal como hemos constatado con anterioridad, que si el acreedor puede plantear demanda por la totalidad de la deuda es precisamente porque su derecho de crédito se extiende a toda ella, y si el cofiador puede ser demandado y condenado por el todo es porque está obligado en el mismo sentido, por lo que no cabe de manera razonable considerar que el derecho de reintegro que contempla en determinada forma el artículo 1.844 del Código Civil haya de configurarse como excepcional o anómalo, ya que la supuesta limitación estructural (que el pago se haya hecho en virtud de demanda judicial) no es tal, habida cuenta que sólo puede reclamarse procesalmente lo que de manera previa se ostenta sustantivamente y, en consecuencia, que a la hora de la verdad debe resultar por completo indiferente que el pago total del cofiador se haya realizado en base a una sentencia condenatoria contra él dictada o en función de su libre, espontánea e irrestricta voluntad solutoria. ¿O acaso no cabe actuar *motu proprio* aquello que nos puede ser impuesto *imperio iudicis*?

Lo curioso es que GUILARTE ZAPATERO, después de una tan peculiar concesión al juego de la solidaridad en tema de derecho de regreso, realiza una curiosa pirueta en sentido contrario. En efecto, al comentar la norma del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil de que «si alguno de ellos (de los cofiadores) resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción», encuentra que la fórmula no parece admisible sin algunas matizaciones», ya que, aunque se acepte el criterio de ALBALADEJO de que el precepto es incongruente con el principio de mancomunidad de que se parte, «hay que admitir que la solución está en armonía con determinadas situaciones susceptibles de producirse» (13).

Es decir, primero, el derecho de regreso del cofiador que paga opera con amplia libertad frente a los restantes garantes; luego, por lo que respecta al punto concreto, dentro del ámbito de actuación del aludido mecanismo de reembolso de la insolvencia de alguno de los fiadores, resulta que el mismo

(12) *Ibid.*, pág. 197.

(13) *Ibid.*, pág. 262.

es incongruente con la conformación del supuesto legal; y, finalmente, en un más difícil todavía, cabe aceptar la pauta legal de reparto entre los solventes de la cuota del insolvente «en determinadas situaciones susceptibles de producirse».

Con lo que el conjunto no puede resultar más inarmónico, porque si el principio que informa el sistema español sobre la materia es el de que los varios fiadores conjuntos «de un mismo deudor y por una misma deuda» quedan vinculados de manera mancomunada, no es que resulte incongruente que a la hora de plantearse el reintegro del que pagó la totalidad de la deuda se contemple el cubrimiento de la insolvencia de alguno de ellos por la solvencia de los demás, sino que lo que deviene absolutamente incompatible y sin sentido es el derecho mismo de regreso, ya que, *ex natura*, un derecho de tal índole no puede concebirse ni encajar en la esfera de la mancomunada.

Y a la inversa, si en la fórmula española de la cofianza resulta que aquel de los fiadores que paga puede devolverse en reembolso contra los que no pagaron, lo que no tiene sentido es considerar que en unos casos la cuota del insolvente será asumida por los solventes y en otros no, ya que semejante aspecto no tiene autonomía, al no ser otra cosa que mero punto o incidente dentro del campo natural de la posibilidad de exigir el reintegro de la parte de lo pagado que corresponda a cada uno de los cofiadores.

Se tiene, cosa que sucede mecánicamente en sede de obligaciones solidarias, o no se tiene, algo que ocurre estructuralmente también en la esfera de las obligaciones mancomunadas, el derecho de regreso a favor de aquel de los codeudores que satisfizo la totalidad de la deuda o una parte superior a la que le concernía, pero lo que no cabe es que se tenga el aludido derecho y el mismo no sea susceptible de deparar todos y cada uno de los efectos que le son propios. El reparto de la cuota del insolvente no tiene autonomía existencial, ya que es mera consecuencia obligada del hecho de que exista el derecho de regreso a favor del codeudor que pagó, circunstancia, a su vez, que viene impuesta por la sustancia misma de la solidaridad pasiva: si el vínculo es solidario, el acreedor puede reclamar el todo a uno de los deudores, y por ello mismo éste puede pedir el reembolso tras el pago a los restantes, y por ello también la insolvencia de alguno de ellos es asumida por los solventes. Circunstancias todas, en consecuencia, que emanan fluida y necesariamente del hecho de la vinculación solidaria de los cofiadores, pero que no pueden tener encaje ni explicación suficiente si se parte del principio de que la afección de los mismos es meramente mancomunada.

¿Y cuáles son esos casos en que la norma del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil resultaría armónica y ajustada? GUILARTE ZAPATERO contempla, al respecto, las siguientes situaciones: a) si el cofiador hace efectivo el pago de la totalidad de la deuda y existe algún cofiador insolvente,

pero sin que le fuera factible al acreedor reclamar la parte de éste a los restantes cofiadores por no existir solidaridad o por haber cesado el beneficio de división; *b*) si en el momento del pago alguno de los cofiadores se encuentra en situación de concurso o quiebra; y *c*) si en el expresado momento de pago al acreedor todos los cofiadores fueran solventes y con posterioridad alguno de ellos dejara de serlo.

Pues bien, para el profesor GUILARTE resulta claro que en la hipótesis *a*) la solución de repartir la insolvencia de alguno o algunos de los cofiadores entre los restantes no encuentra justificación, porque en tal supuesto es el acreedor quien debe soportar la insolvencia del fiador por su cuota, ya que el cofiador que paga excede con su actuación negligente (*sic*) del interés de los restantes cofiadores, obligados sólo por su parte y no por la del insolvente. Tampoco parece justificada la solución legal en el supuesto *c*), porque en el mismo el pago que realiza el cofiador excede también del interés de los restantes cofiadores, ya que el acreedor sólo estaba legitimado para la reclamación a cada cofiador de su propia parte, siendo todos solventes en el momento de la reclamación judicial. En cambio, en la hipótesis *b*), la solución del precepto que se considera es coherente con lo dispuesto en el artículo 1.837 del Código Civil y resulta razonable porque el pago de la totalidad representa en este caso un beneficio para todos, obligados frente al acreedor por la cuota del insolvente.

Ante semejante catalogación de supuestos y la consideración que suscitan los mismos, no cabe extrañar que GUILARTE ZAPATERO concluya afirmando que la aplicación indiscriminada de la solución contenida en el párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil para el caso de insolvencia de alguno de los cofiadores «no está justificada ni armoniza» con la regulación prevista en el mismo Cuerpo legal para otros aspectos de la cofianza. En consecuencia, si las cosas se desenvuelven de esa manera y si ha de prevalecer la visión sistemática de la misma, al profesor GUILARTE le resulta obligado considerar que «la interpretación de este apartado del artículo (el párrafo segundo del art. 1.844 del Código Civil) debe hacerse entendiendo que la regla que sanciona para el supuesto de insolvencia de algún cofiador, será de aplicación siempre que la expresada insolvencia deba ser sufrida por los cofiadores y no por el acreedor» (14).

Conclusión difícilmente aceptable. GUILARTE ZAPATERO parece no querer entender que si se parte, tal como él hace, del supuesto de la vinculación meramente mancomunada de los varios fiadores conjuntos, plantearse el derecho de regreso del que paga la totalidad de la deuda y el cubrimiento de la cuota del insolvente por los solventes no puede tener justificación en ningún

(14) *Ibid.*, págs. 262-263.

caso, mientras que si se parte de la situación contraria de vinculación solidaria de los cofiadores, ambos mecanismos deben tener aplicación en todo caso en que se produzca el pago total del débito común. Si el punto de partida es el de la mancomunidad y no el de la solidaridad, la conclusión obligada y lógica es la de considerar, al modo de ALBALADEJO, que la regla del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil (lo mismo que la incluida en el párrafo primero de dicho precepto), es incongruente e inadmisibile, y no la de admitir, tal como hace el profesor GUILARTE, que «la solución está en armonía con determinadas situaciones susceptibles de producirse».

Por ello, los tres supuestos que contempla, partiendo de la existencia del pago realizado por el cofiador en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en concurso en quiebra, resultan irreales por completo. Que si el cofiador que hace efectivo el pago de la totalidad de la deuda, estando alguno de sus compañeros en situación de insolvencia, no pueda actuar en regreso ni distribuir la cuota del insolvente entre los solventes cuando el acreedor no pueda tampoco reclamar dicha cuota de los restantes cofiadores por no existir solidaridad o no haber cesado el beneficio de división, aparte de «descubrir» que el cofiador que paga nunca contará con más derechos que los que ostentaba el acreedor garantizado, pretende excluir, en base a la inexistencia de solidaridad, un efecto previsto en la ley.

¿Qué es más lógico y natural negar una consecuencia legalmente establecida en base a la razón meramente teórica de que no se da el presupuesto que legitimaría la misma o considerar que en cuanto se dé el típico efecto de una determinada situación jurídica, ésta está presupuesta y constituye el punto de partida de la previsión legal? En nuestra opinión, lo segundo. Si la ley reconoce al cofiador que paga la totalidad de la deuda los típicos efectos de la solidaridad pasiva en dicho supuesto es porque los varios fiadores que conjuntamente garantizan el cumplimiento de una obligación quedan *ex le ge* vinculados de manera solidaria.

Pretender, como intenta GUILARTE ZAPATERO, que si es el acreedor quien debe soportar la insolvencia del fiador por su cuota, «el cofiador que paga la totalidad excede con su actuación negligente del interés de los restantes cofiadores, obligados sólo por su parte y no por la del insolvente», es algo que se parece mucho a la petición de principio: *post hoc, ergo hoc*. Si las cosas ocurrieren de esa manera, la regla que comentamos no podría tener lugar, pero resulta que existe y no cabe desconocerla ni marginarla en base a lo que ocurriría si existiera la situación jurídica contraria precisamente a la que dimana y resulta exigida por la existencia de semejante dictado legal.

¿Cómo defender que el cofiador que paga la totalidad de la deuda es un cofiador negligente, cuando resulta que está pagando en base a una reclamación judicial contra él intentada en esa extensión? ¿O acaso es concebible que la ley contemplase semejante posibilidad para el caso extremo y sin impor-

tancia de que un obligado *pro quota* y demandado *in toto* no alegase su vinculación escuetamente parciaria?

Aparte de que semejante situación no necesita ni siquiera ser excepcional, porque si de la pretensión deducida en juicio resulta que el demandado no es un deudor solidario el juez debe rechazar *in limine litis* la reclamación al mismo de la totalidad del débito, poca deuda puede haber de que cuando la ley habla de que «es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial», bajo ningún concepto se está refiriendo a aquel supuesto marginal, sino al supuesto normal y ordinario de que se demanda y se obtiene el pago de la deuda en su integridad precisamente porque el demandante tiene derecho a ello, esto es, porque es acreedor en una obligación solidaria pasiva. No se trata, pues, de una actuación negligente que exceda del interés de los otros cofiadores, sino del cumplimiento estricto de un deber que le afecta y que cuando lo realiza resulta en interés de los restantes codeudores, ya que todos ellos, al igual que el *solvens*, están sujetos a la ejecución íntegra de la prestación adeudada.

Lo mismo cabe decir en relación al supuesto *c)* que el profesor GUILARTE excluye también de la pauta del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil: que en el momento de pago al acreedor todos los acreedores fueran solventes y con posterioridad alguno de ellos dejara de serlo. Supuesto que al citado civilista le mueve a la exclusión, en cuanto «el pago que realiza el cofiador excede también del interés de los restantes cofiadores ya que el acreedor sólo estaba legitimado para la reclamación a cada cofiador de su propia parte, siendo todos solventes en el momento de la reclamación judicial», sin advertir la notable confusión en que incurre. En efecto, la circunstancia de la solvencia o insolvencia de los cofiadores en el momento de la reclamación judicial por parte del acreedor sólo tiene sentido cuando frente a la misma el demandado o los demandados acuden al beneficio de división; como se trata de deudores solidarios y, por ende, la ley quiere asegurar al máximo al acreedor la realización íntegra de su derecho, impone que la distribución de la deuda se haga entre los cofiadores solventes, con la finalidad de que el acreedor perciba el todo. Si tras el pago, sobreviene la insolvencia de alguno de ellos, ya no tiene importancia, porque el objetivo se ha cubierto y tendrá que ser asumida por los restantes solventes a la hora del ulterior regreso entre ellos (art. 1.947 del *Códice civile*).

Otra cosa ocurre en la hipótesis que nos ocupa. Aquí se trata de que uno de los cofiadores ha satisfecho ya la deuda en su totalidad y se encuentra cuando intenta el reembolso que alguno de sus compañeros no puede cubrir la cuota que le concierne. ¿Se negará el cubrimiento proporcional de la misma por parte de los solventes en base a la afirmación de que el que pagó excedió también el interés de los restantes cofiadores? Valgan las mismas razones esgrimidas antes, pero, sobre todo, téngase en cuenta que es por

completo indiferente en este supuesto el momento en que sobreviene la insolvencia a alguno de los cofiadores, porque aquí de lo que se trata tan sólo es de cumplir un mínimo y necesario efecto de toda solidaridad pasiva, sin mistificación alguna como sucede cuando opera el beneficio de división, el de que el regreso del deudor que pagó tiene que ser lo más amplio posible; y de la misma manera que no debe suponer ningún beneficio, tampoco debe ocasionarle ningún perjuicio patrimonial que no sufran los demás en la oportuna proporción, aunque sólo fuera por la estimable circunstancia de que él y no los otros es quien ha procedido a satisfacer íntegramente la deuda que a todos afectaba.

Curiosamente, en cambio, GUILARTE encuentra razonable la aplicación de la regla del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil cuando en el momento del pago alguno de los cofiadores se encontrase en situación de concurso o quiebra, «porque el pago de la totalidad representa en este caso un beneficio para todos, obligados frente al acreedor por la cuota del insolvente». Si la vinculación de los cofiadores fuera meramente mancomunada, el hecho de que alguno de ellos se hallare en concurso o quiebra no modificaría en nada la situación, ya que el acreedor continuaría teniendo la primigenia potestad de reclamar a cada uno su parte y debería asumir esa como cualquier otra insolvencia producida en alguno de sus deudores (art. 1.139 del Código Civil); por el contrario, si dicha vinculación es solidaria, no se alcanza a ver por qué la insolvencia de alguno de los cofiadores no afecta a los solventes de manera genérica y, sin embargo, sí les afecta cuando la misma ocurre por obra del concurso o la quiebra.

En todo caso o en ninguno. Lo que no tiene sentido es considerar que en unos supuestos la parte del insolvente será distribuida entre los solventes y en otros no, porque si la afección de los cofiadores entre sí es mancomunada, no debe proceder nunca, y si, por el contrario, es solidaria, ha de operar siempre. Afirmar que en el caso de concurso o quiebra de uno de los cofiadores, el pago de la totalidad de la deuda por otro cofiador constituye un beneficio para todos, en cuanto todos están obligados frente al acreedor por la cuota del insolvente», significa una patente contradicción, ya que al tratarse de deudores mancomunados nunca estarán sujetos por la cuota de los insolventes, y si no le están, ¿cómo podrán resultar beneficiados por el pago que de la totalidad haya hecho uno de los cofiadores?

Concluir de todo lo que se ha expuesto y criticado que la interpretación que debe hacerse de la regla del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil es la de entender que la misma sólo será aplicable cuando la insolvencia de alguno de los cofiadores deba ser sufrida por los restantes y no por el acreedor, tal como pretende GUILARTE ZAPATERO, es algo así como la cuadratura del círculo porque no se adivina en qué excepcional supuesto la insolvencia de uno de los garantes ha de ser soportada por los demás, cuando

la relación entre ellos es de mancomunidad, y tampoco se acierta a ver en qué no menos extraordinario caso la susodicha insolvencia será padecida por el acreedor, si la vinculación de los mismos es solidaria. Con su interpretación, GUILARTE ZAPATERO conduce la aplicación de la regla que legalmente está consagrada en el párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil, y de cuya existencia no cabe dudar por tanto, a situaciones realmente imposibles, y *ad impossibilia nemo tenetur*.

4. NUESTRO PENSAMIENTO

La regla en cuestión consiste en que «si alguno de ellos (cofiadores) resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción». Es la regla típica de la solidaridad pasiva: el codeudor que paga tiene el derecho al reintegro y la parte del insolvente se reparte entre los solventes, pero ¿entre todos, incluido él mismo, o él, por el hecho de haber pagado y como una suerte de premio, quedará excluido de semejante repartición, de manera que resultará indemne en dicha repartición?

Recuerda FRAGALI que bajo el imperio del Código abrogado discutían los autores si cuando uno de los cofiadores era insolvente al tiempo del regreso, semejante insolvencia debía recaer sobre el que había pagado o había que repartirla entre todos los cofiadores, comprendido el que pagó. La mayoría se inclinaba por esta segunda opinión que juzgaba aplicable en virtud del artículo 1.119 del Código Civil, aunque, como hace notar el mismo FRAGALI, cabía cuestionar la aplicación de dicho precepto, «en cuanto el vínculo fideiussorio no tiene los caracteres típicos de la solidaridad (15).

Hoy, el problema ha dejado de existir en Italia, porque el artículo 1.954 del Código Civil vigente, tras disponer que «si varias personas han prestado fianza por un mismo deudor y por una misma deuda, el fiador que ha pagado tiene acción de repetición contra los otros fiadores por su respectiva porción», ordena que «si uno de éstos es insolvente, se observará la disposición del segundo apartado del artículo 1.299». Y, a su vez, este precepto, genérico en materia de obligaciones solidarias, tiene establecido que «si uno de éstos (deudores solidarios) es insolvente, la pérdida se distribuye por contribución entre los otros codeudores, incluido aquél que ha hecho el pago». Con tal pauta, como advierte FRAGALI, la cuestión ha quedado resuelta mediante la pura y simple aplicación del párrafo segundo del artículo 1.299 del *Códice civile* (16).

(15) FRAGALI, «Fideiussione-Mandato de crédito», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1961, pág. 449.

(16) *Ibid.*, pág. 450.

¿Y en el Derecho Civil español? Ni el párrafo tercero del artículo 1.145, a propósito de la solidaridad pasiva genérica, ni el párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil, en relación a la solidaridad pasiva específica entre los cofiadores, dicen nada al respecto. Uno y otro precepto se limitan a establecer que la insolvencia de uno de los deudores «será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno», y que la parte del insolvente «recaerá sobre todos en la misma proporción», sin mencionar expresamente entre los mismos al que realizó el pago. ¿Deberá o no incluirse a la hora de repartir la cuota del insolvente?

La doctrina española no suele pronunciarse en este punto, quizá por estimarlo propio de la solidaridad de deudores y juzgar que aquí nos movemos en la esfera de la mancomunidad pasiva. Únicamente, MANRESA se pronuncia al respecto, sosteniendo que la parte del insolvente no corre a cargo sólo del que pagó, sino que éste ha de contribuir también al reintegro de dicha parte, «computándose como recibida la participación que en ella le corresponde, y distribuyéndose entre los demás el resto como aumento de sus respectivas cuotas» (17).

Por nuestra parte y en relación con la genérica solidaridad pasiva hemos resaltado en otro lugar, que mientras el artículo 1.063 del Proyecto de 1.851 estableció que «si alguno resultare insolvente, la pérdida se repartirá proporcionalmente entre los otros codeudores y el que hizo el pago», el artículo 1.145 del Código Civil, a través del Anteproyecto 1882-1888 que, a su vez, se inspiró en el Anteproyecto belga de LAURENT, guarda un sospechoso silencio sobre este punto. ¿Vendrá a decir lo mismo, no obstante, el cambio de dicción de una fórmula consagrada desde el artículo 1.214 del *Code Napoléon*?

Pensamos que no. El deudor solidario que en solitario hizo el pago y precisamente porque él ha soportado semejante secuela que emana de la solidaridad pasiva, queda liberado definitivamente de sufragar una parte de la deuda común mayor de la que le corresponda, en el supuesto de que alguno de los otros deudores resulte insolvente, ya que serán éstos en exclusiva quienes deban distribuirse a prorrata la cuota del que no tenga aptitud patrimonial para contribuir. Así resulta del texto completo del artículo 1.145 del Código Civil, en nada choca esta regla con las intrínsecas exigencias de la solidaridad pasiva, y así debe entenderse el párrafo tercero del mismo, pues «la falta de cumplimiento de la obligación» que el mismo contempla no se refiere a la primigenia obligación solidaria, ya que ésta, *ex definitione*, se ha extinguido por el pago hecho por el *solvens* que ahora reclama el reembolso, sino a la interna obligación de reintegro que generó el pago; y es por ello que «sus codeudores» no son todos los que tienen esa condición en la obligación

(17) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 342.

solidaria, sino todos menos el que ya pagó, en relación al cual, precisamente, es como se contempla la insolvencia de uno de los deudores a la hora de proceder al reintegro por los otros obligados de las partes del débito común que adelantó aquél y a ellos incumben (18). Pues bien, en la específica solidaridad pasiva de los cofiadores, siendo la razón la misma y no variando la norma, no hay por qué aplicar una pauta diferente.

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

(18) CRISTÓBAL MONTES, «La estructura...», *op. cit.*, pág. 331 y sigs.

Efectos de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desestimatoria del recurso, expresa o por silencio administrativo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONTENIDO.—3. LA RESOLUCIÓN EXPRESA COMO FORMA DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO, FRENTE A OTROS MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSO.—4. PLAZO DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER.—5. LA RESOLUCIÓN PRESUNTA DEL RECURSO.—7. CÓMPUTO DEL PLAZO Y EFECTOS.

1. INTRODUCCIÓN

Estas notas forman parte de un trabajo colectivo y tiene por objeto realizar algunas reflexiones en torno a la eventual resolución desestimatoria de la DGNR, en relación a los posibles recursos gubernativos que se puedan interponer ante aquel órgano administrativo, incardinado en el ámbito organizativo del Ministerio de Justicia con el carácter de Dirección General, frente a las calificaciones realizadas por los Registradores de la Propiedad o Mercantiles. Así las cosas, aun a riesgo de reincidir en algunas ideas, comenzaremos por encuadrar el tema.

No vamos a abundar en este apartado en relación a los importantes problemas que la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y de Orden Social, a través de la cual se da nueva redacción al artículo 327 de la Ley Hipotecaria, ha originado al modificar el tradicional sistema de revisión de las calificaciones realizadas por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y más en concreto, a la introducción de una vía gubernativa previa a la judicial ante los Órganos Judiciales competentes del

Orden Jurisdiccional Civil, que se sustancia ante la DGRN. Se trata de una vía gubernativa con una naturaleza jurídica específica en la medida que el propio artículo 324 de la Ley Hipotecaria, al referirse a la tramitación del mismo, remite a los artículos de ese propio texto legal, que sin duda alguna administrativizan su procedimiento de resolución con reiteradas remisiones a la normativa procedimental administrativa y más en concreto a la Ley procedimental básica para las Administraciones Públicas, cual es el caso de la DGRN. Nos estamos refiriendo a la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, del Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, Ley dictada ex artículo 149.1.18 de la Constitución, y que establece una regulación básica y por tanto de mínimos en estas materias, y por tanto aplicable supletoriamente a todos los procedimientos administrativos, incluidos los de revisión de actos administrativos en vía administrativa, cual es el caso que nos ocupa.

Ciertamente el ulterior control judicial de esa actividad de la DGRN se atribuye a los órganos de la jurisdicción civil, pero insistimos en que este apartado no va a dilucidar la naturaleza de esta vía de revisión gubernativa, sino que simplemente se evidencia la aplicación de normas del ámbito jurídico-administrativo, así como instituciones jurídicas propias de este ámbito, como lo es, sin duda alguna, la figura del silencio administrativo.

2. CONTENIDO

La Resolución que la DGRN dicta decidiendo ese recurso frente a la calificación del Registrador, es una Resolución a través de la cual se ejerce una potestad de revisión en relación con la actividad del Registrador.

Centrándonos de nuevo en el aspecto técnico-jurídico estamos en presencia de una Resolución administrativa que no tiene otro objeto más que revisar la conformidad a derecho de la actuación registral que es objeto de recurso, en este caso una calificación negativa del Registrador competente, ya que las calificaciones positivas no pueden ser impugnadas, tal y como establece expresamente el artículo 324 de la Ley Hipotecaria.

Sin duda este juicio de legalidad que realiza la DGRN puede dar lugar a una resolución de fondo o exclusivamente absolutoria de la instancia si existe algún óbice procedimental que impide entrar a conocer el fondo material del asunto planteado por el recurrente. A nuestro juicio, así acontecería si se produce un defecto de legitimación, o por ejemplo, si se interpusiere el recurso fuera del plazo al efecto fijado, un mes desde la notificación de la calificación, según señala el artículo 326, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria. En estos y otros casos, la Administración actuante deberá inadmitir el recurso gubernativo interpuesto y por tanto dictar una resolución de contenido exclu-

sivamente procesal que se abstenga de conocer del fondo del asunto. No obstante es sobradamente conocida la aplicabilidad del principio *pro actione*, que nos obliga a realizar una interpretación restrictiva de las normas que regulan los obstáculos procesales, favoreciendo, la resolución material y de fondo de las cuestiones planteadas, sentencia del Tribunal Constitucional 199/1988, entre otras, propiciando, de esta manera, una tutela efectiva de los derechos del ciudadano recurrente cuya pretensión principal es la de entender disconforme a derecho una actuación registral. En todo caso si la DGRN resuelve el fondo del asunto aún existiendo un obstáculo procesal, sin mencionar nada al respecto, se superará el mismo, ya que no es posible volver contra los propios actos obstruyendo en vía judicial un acceso que no fue detectado en forma debida por la propia Administración cuando a ella le correspondía.

Conforme establece el artículo 111.3 de la Ley 30/1992 del PAC y RJAP, la DGRN está obligada de oficio a examinar en su Resolución si se cumplieron los requisitos de interposición, dando en su caso un plazo de diez días para su subsanación, en el caso que así pueda acontecer, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la citada Ley 30/1992 del PAC y RJAP.

Superada la eventual existencia de un escollo procedimental, la Resolución deberá resolver sobre el fondo del asunto de forma estimatoria o desestimatoria de ese recurso y por tanto acogiendo o desestimando la pretensión instada. También podrá transcurrir el plazo para dictar la resolución que proceda con carácter expreso, en cuyo caso se producirá una resolución presunta por silencio administrativo, en este caso negativa y por tanto desestimatoria del recurso y con confirmación de la calificación impugnada. En este apartado nos ocuparemos de las dos últimas posibilidades apuntadas, a saber, la desestimación expresa o por silencio administrativo negativo del recurso gubernativo interpuesto.

La desestimación expresa del recurso gubernativo frente a la calificación negativa del Registrador implica que no se ha detectado por el órgano encargado de resolver, la DGRN, vicios de legalidad derivados de la nulidad o anulabilidad de la misma, tal y como señalan los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 del PAC y RJAP, ya que son estos los preceptos de carácter general que contienen aquellos vicios que le hacen merecedor de la sanción de nulidad o anulabilidad, sin perjuicio de que como el mismo artículo 62 señala en relación a la nulidad de pleno derecho, otra norma de rango de Ley fije otros motivos. En relación a la anulabilidad, cualquier infracción del ordenamiento jurídico, en este caso especialmente de la Ley Hipotecaria, nos permitiría afirmar que concurre el vicio.

Los efectos inmediatos de esta Resolución expresa que confirma la adecuación a Derecho de la calificación negativa del registrador, es que desaparecen las dudas de legalidad que se trataron de irrogar sobre aquella actuación

por la parte recurrente, sin que en ningún caso la presunción de legalidad que a toda actuación administrativa le otorga el artículo 57 de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP, pueda recobrase por la sencilla razón de que nunca desapareció, y de hecho aún impugnada, la calificación negativa seguía desplegando sus efectos, tal y como señala también el precepto citado.

En relación con la congruencia de la Resolución desestimatoria, la misma está prevista como requisito en los artículos 89 y 113 de la Ley 30/1992 del PAC y RJAP, cuando establece que el órgano que resuelve el recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones instadas decidiendo cuantas cuestiones se planteen en el procedimiento. Al contrario que acontece con la resolución estimatoria, que con la consideración y por tanto con el acogimiento de uno de los motivos impugnatorios, ya cumple con este requisito de la congruencia (1), la Resolución desestimatoria debe dar cumplida respuesta a todos los motivos impugnatorios articulados, motivando uno a uno su desestimación (2) —así se posiciona el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de febrero de 1996, que no descarta la existencia de incongruencia en relación a Resoluciones desestimatorias—. No obstante esto, no incide en el concurso de este requisito el orden en el que se argumente la Resolución, y por tanto no tiene que ser necesariamente el mismo que el del escrito de recurso —sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1996.

No debe confundirse la congruencia con la motivación. La primera tiene un componente netamente procesal, en tanto en cuanto que la segunda, a la que nos referiremos más adelante, tiene un claro alcance constitucional, capaz de causar una efectiva indefensión proscrita por el artículo 24 de la Carta Magna (3).

(1) No obstante, creemos que sería importante que el órgano administrativo que resuelve en vía de recurso, se posicione en relación al resto de los motivos impugnatorios articulados, por que si bien es cierto que los requisitos de la congruencia y motivación se cumplirían con la consideración única de aquél que sirve de soporte a la decisión, no es menos cierto que el posicionamiento en relación al conjunto de los argumentos esgrimidos evitará ulteriores y eventuales recursos frente a la resolución que en ejecución de lo acordado en vía de revisión, puede reiterar algunos de los elementos discutidos también en aquella primaria vía administrativa.

(2) Los preceptos citados también contienen una referencia al trámite conocido como planteamiento de tesis en los supuestos en que el órgano encargado de resolver advierta cuestiones no alegadas por los recurrentes, si bien será esta una cuestión que sobre todo se producirá en los recursos que den lugar a una resolución estimatoria en base a un motivo no alegado por las partes, pero detectado en este caso por la DGRN.

(3) Sobre motivación: Tribunal Supremo, 10 de enero de 1997, 3 de marzo de 1997, 7 de mayo de 1987. Del Tribunal Constitucional, 5 de febrero de 1987, 29 de noviembre de 1993. Sobre congruencia: Tribunal Supremo, 24 de junio de 1995, 30 de abril de 1996. Del Tribunal Constitucional, 122/1994, 88/1992, 431/1992. Es destacable la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996, sobre la distinción entre congruencia y motivación.

La Resolución desestimatoria ha de cumplir además con el resto de los requisitos que se contienen y regulan en el artículo 89 de la Ley 30/1992, y deberá resolver sobre el fondo del asunto planteado, sin que en ningún caso pueda producirse un *non liquet*, so pretexto de oscuridad o suficiencia de las normas aplicables.

En relación con la motivación de las Resoluciones desestimatorias, la obligación no se deriva exclusivamente de la aplicación de los artículos 89 y 113 de la Ley 30/1992, sino que el artículo 54 del citado texto legal, al regular con carácter general la motivación de los actos administrativos, se refiere expresamente a la necesidad de motivar las Resoluciones que resuelvan recursos, cual es el supuesto que comentamos. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, el fundamento de la motivación radica en la legitimidad de ejercicio que exige a los titulares de las potestades administrativas dar razón de sus actos, justificarse ante los ciudadanos, responder a las eventuales quejas y reclamaciones, demostrar que sus actos son objetivos y razonables y no arbitrarios y caprichosos o quizá corrompidos.

La motivación *in aliunde* cobra carta de naturaleza en el apartado quinto de este artículo 89, pero condicionada a que los informes que contengan la motivación acompañen a la Resolución que ponga fin al procedimiento (4).

3. LA RESOLUCIÓN EXPRESA COMO FORMA DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO, FRENTE A OTROS MODOS ANORMALES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECURSO

Tal y como señala el artículo 113 de la Ley 30/1992, la Resolución expresa que resuelve el recurso será la forma normal de terminación del procedimiento de revisión, sin embargo pueden existir otros modos de terminación de este procedimiento que vamos a comentar muy someramente. En efecto, a diferencia del procedimiento para la adopción de una resolución administrativa, en el procedimiento de revisión sólo serán posibles el desistimiento del recurso o la renuncia al derecho que se ejerce, no siendo viable la caducidad por que el transcurso del tiempo en vía de recurso tiene otros mecanismos de superación, aunque ya desde este momento debemos dejar claro que la técnica del silencio administrativo no supone una forma de terminación del procedimiento, en este caso de revisión. Nos referiremos, por último, a la terminación convencional como fórmula alternativa al tradicional recurso.

(4) Así lo indicaba la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1997.

Son estas unas figuras jurídicas que, como tales, no tienen una regulación positiva en relación a los procedimientos de revisión en vía administrativa, por lo que hemos de acudir a las normas que los regulan en el procedimiento administrativo ordinario para aplicarlas así en vía de recurso.

En relación al desistimiento y a la renuncia hemos de señalar únicamente que como tales medios de terminación del procedimiento administrativo han de ser actuados por los interesados o personas con poder especial al efecto, al tratarse de un acto de voluntad específico. Su aceptación se supeditará a que no afecte al interés público o a intereses de terceros.

Así las cosas, tal y como ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo —sentencias de 23 de junio de 1987 y 29 de noviembre de 1986—, el desistimiento es un acto unilateral que requiere una aceptación de la Administración, en orden a tutelar el interés general, que es el fin último de la actividad administrativa procedimentalizada —art. 103 de la Constitución y 3 de la Ley de Procedimiento—. La aceptación de la Administración actuante, sí que será un acto debido.

El problema relativo a esta unilateralidad o bilateralidad del desistimiento no está ausente de importantes efectos prácticos, y así por ejemplo, en determinados procedimientos administrativos —véanse los referidos a la apertura de oficinas de farmacia— es habitual la personación en el procedimiento administrativo de terceros que incluso discuten su mejor derecho frente al recurrente, lo que hace que el desistimiento de éste pueda no ser aceptado por aquellos terceros que pidan a la Administración actuante que niegue la aceptación del mismo.

El desistimiento puede ser total o parcial, según afecte o no al conjunto de las pretensiones instadas en el procedimiento. Además, para el caso que hubiese sido iniciado por dos o más sujetos, sólo afectará a quien lo plantee en legal forma, debiendo ser seguido de una resolución administrativa que ponga fin al procedimiento por desistimiento en relación a quién actúa esa posibilidad, resolución que, evidentemente, no podrá contener ningún pronunciamiento de fondo al respecto.

La renuncia es la posibilidad que tiene quien ostenta un determinado derecho de renunciar a los efectos que tal derecho puede causar en su esfera jurídica, renuncia del derecho que por supuesto tiene directos efectos en el procedimiento administrativo en el que eventualmente se esté haciendo valer dicho derecho, en la medida que la renuncia al mismo provoca el consecuente fin del procedimiento. La renuncia también se supedita a la consiguiente resolución administrativa que además de considerar la concurrencia de los requisitos formales, especialmente capacidad y poder suficiente, constate que no existe un perjuicio para el interés público que pueda considerar la renuncia como prohibida por el Ordenamiento Jurídico, tal y como prevé el artículo 90.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común.

La terminación convencional del procedimiento administrativo es, a nuestro juicio, uno de los principales paradigmas del Derecho Administrativo en este cambio de siglo, y no cabe duda que se trata de una técnica en la que se combina su gran expectativa de futuro como fórmula de garantizar la adecuada eficacia de la actividad administrativa, con la profunda incertidumbre y, por qué no desconfianza, hacia la misma como fórmula de correcta aplicación a nuestro sistema de Derecho Administrativo. A buen seguro que su novedad y las propias expectativas que despiertan motivan los problemas de los que se ve rodeada. Este trabajo no es tampoco, entendemos, el lugar adecuado para realizar una exposición mínimamente rigurosa de las normas que la regulan, y, sobre todo, de las diferentes opiniones doctrinales que en torno a la misma existen. En el ámbito de la revisión de actos en vía administrativa, el apartado segundo del artículo 107 de la Ley 30/1002, del PAC y RJAP, recoge específicamente los cauces convencionales como alternativa al recurso administrativo formalizado.

4. PLAZOS DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER

Nos fijaremos ahora en la cuestión relativa a los plazos que tiene la DGRN para resolver el recurso y los efectos del transcurso de los mismos, adentramos, por tanto, en la regulación que de la institución del silencio administrativo se contiene en las normas procedimentales administrativas que serán el elemento normativo que nos ayude a solucionar los problemas que se planteen en el ámbito registral que ahora nos ocupa. La Ley 30/1992, del Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas dio un vuelco a la regulación que de estas cuestiones se hacía en la vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y precisamente hizo de la regulación de la actividad administrativa presunta una de las instituciones estrellas de la reforma, y por qué no decirlo, una de las más discutidas y criticadas por la doctrina. Fueron las críticas a esta parte de la Ley 30/1992, las que precisamente, entre otras, dieron lugar a la reforma operada por la Ley 4/1999, que va a ser el objeto de especial atención en esta parte del comentario.

Debemos partir de la idea de que la DGRN tiene la obligación de resolver expresamente el recurso planteado, por lo que la figura del silencio administrativo no será más que una excepción al principio general plasmado en el artículo 42. La obligación no sólo es de resolver, sino también de notificar de forma adecuada la resolución recaída, de forma tal que, transcurrido el plazo para resolver sin que se haya notificado adecuadamente la resolución expresa, se producirá el silencio.

En efecto, la Ley 4/1999 da una nueva regulación al problema del silencio administrativo en nuestro procedimiento, y buena prueba de ello es el cambio que sufre la denominación de actividad presunta que había dado lugar la Ley 30/1992, para volver al más tradicional, y quizá más cercano a la realidad, de silencio administrativo, para referirse a la ficción jurídica creada por el Derecho, cuando la Administración no responde en tiempo y forma a las demandas planteadas por un ciudadano y éstos han de articular su defensa impetrando la actividad de los Tribunales de Justicia —arts. 24 y 106 de la Constitución—, en el concreto caso que nos ocupa, la falta de resolución en plazo del recurso articulado frente a la calificación negativa del Registrador de la Propiedad. En esta línea vamos a realizar un recorrido por los preceptos vigentes que regulan esta materia, sirviéndonos en ocasiones como método de exposición, el análisis comparativo con la regulación sustituida.

Así las cosas, comenzaremos refiriéndonos a la ubicación de la regulación, dentro de la sistemática general de la Ley, para decir de entrada que no cambia en relación con la de 1992. El silencio administrativo, como ya hemos dicho, no es modo de terminación del procedimiento administrativo y por eso no se regula en el Capítulo IV del Título VI que lleva por rúbrica «Finalización del procedimiento», sino en el Capítulo I del Título IV de las «normas generales de la actividad de las Administraciones Públicas». Esto denota una clara intención del legislador, ya manifestada en la Ley de 1992, de que el silencio no sea una forma de terminación del procedimiento, introduciendo en la regulación genérica de la actividad de las Administraciones Públicas la obligación de éstas de poner fin a los procedimientos administrativos a través de una resolución expresa, obligación genérica y principal que en caso de incumplimiento tendrá como efecto una ficción, cual es el silencio administrativo.

Esta obligación de resolver que ahora sigue contemplando el artículo 42.1, se ve aumentada, como ya hemos apuntado más atrás, con un plus de carga para la Administración actuante, por cuanto que junto con la obligación de resolver tendrá la de notificar la resolución dictada, notificación que ha de realizarse de conformidad con lo establecido al respecto por el artículo 58 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común, también reformado por la Ley 4/1999, que precisamente añade un nuevo apartado 4.º a su dicción en relación con las notificaciones a los efectos previstos en el artículo 42, es decir, a los solos efectos de tener cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos. A nuestro juicio, sin duda la obligación primaria será la de notificar la resolución que ponga fin al procedimiento en la forma general establecida por el artículo 58 y sólo podrá acudir a la fórmula de notificación del apartado 4 cuando esté cerca el momento de cumplirse el plazo de caducidad, siendo las consecuencias de tal notificación la enervación de los efectos de la falta de

resolución en plazo (5). La introducción de la obligación de notificar aumenta la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos en orden a dar certeza de la eficacia de la actuación administrativa, la cual queda además supeditada por el artículo 57.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común a su notificación reglamentaria. En consecuencia, interpuesto el recurso de alzada frente a la calificación registral ante la DGRN, ésta ha de resolver expresamente el mismo, ya que le alcanza plenamente la ya referida obligación de resolver.

5. LA RESOLUCIÓN PRESUNTA DEL RECURSO

Debemos centrarnos a continuación en el tema central del plazo para resolver expresamente el procedimiento y notificar la resolución que recaiga. El artículo 327, en su párrafo noveno, prevé un plazo de tres meses para resolver de forma expresa el recurso y notificar la resolución recaída, de forma tal que transcurrido el plazo referido sin la notificación se produce el silencio administrativo y por tanto la resolución presunta del mismo. El silencio es en este caso negativo y por tanto el recurso se entenderá a todos los efectos desestimado. Esta es la consecuencia fundamental de la falta de resolución del procedimiento en el plazo fijado al efecto.

En cuanto a la forma de acreditar la existencia de la resolución presunta por silencio administrativo desaparece la certificación de acto presunto como única forma de hacer valer la falta de resolución en tiempo de la Administración, y ello porque el artículo 43.5 señala que la acreditación de la producción del silencio administrativo podrá realizarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluida esa certificación emitida por el órgano competente para resolver, certificado que deberá emitirse en el plazo máximo de quince días desde su solicitud.

Directamente relacionada con la cuestión anterior está el problema de las resoluciones administrativas tardías y sus efectos. Aunque se trata de una cuestión que se regula en la Ley en relación a la terminación de los procedimientos administrativos y para la vía de revisión, sí consideramos necesario realizar algunas reflexiones al respecto. El silencio administrativo negativo se configura como una ficción jurídica que tan sólo tiende un puente para abrir el ulterior control judicial de la actuación huérfana de resolución expresa. En efecto, el incumplimiento de la obligación de resolver no puede suponer que el ciudadano afectado debe seguir esperando esa resolución expresa y por tanto el derecho imagina una especie de resolución presunta que le abre de

(5) Sobre esta cuestión, puede verse el trabajo de FERNÁNDEZ VAL VERDE, RAFAEL, «De nuevo sobre el silencio administrativo», EN *REDA*, núm. 105, pág. 79 y sigs.

forma cierta, bajo la ficción o apariencia de la existencia de aquella resolución presunta, el control judicial de la misma. Sin embargo, esta consideración del silencio como ficción, sólo lo será en aquello que resulte perjudicial para el interesado, ya que si el silencio es positivo, la solución será otra distinta. Si el silencio es negativo, la ficción en nada impide que la Administración que incumplió su obligación de resolver pueda cumplir con esta obligación dictando una resolución expresa en sentido contrario al silencio producido, y por tanto estime el recurso interpuesto. Si el silencio fuera positivo no podrá dictar una resolución expresa pero extemporánea, en sentido contrario a un silencio que ya dio lugar a un derecho consolidado en el patrimonio del interesado.

En este sentido el artículo 43.4 establece que la resolución expresa tardía, en los casos de estimación por silencio administrativo, sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo, y en los casos de desestimación, la resolución extemporánea podrá dictarse en el sentido que se considere adecuado, sin que exista vinculación alguna al sentido del silencio producido. De esta manera la regulación se hace eco de la insistente opinión doctrinal que limita las posibilidades de la resolución expresa extemporánea en virtud de los límites al efecto recogidos en los artículos 102 y 103 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en orden a la revisión de oficio de los actos administrativos por ellas dictados y que en caso de no ser declarativos de derechos o de ser de gravamen pueden ser revocados en cualquier momento, a salvo siempre su conformidad con el ordenamiento jurídico.

La traslación de esta consecuencia al recurso gubernativo ante la DGRN se plasma en que una vez producida la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso gubernativo nada impide que transcurrido el plazo para resolver se dicte una resolución expresa en sentido contrario a ese silencio negativo y, por tanto, estimatoria del recurso, que dejaría sin efecto la calificación realizada.

6. CÓMPUTO DEL PLAZO Y EFECTOS

El plazo de tres meses que tiene la DGRN para resolver el recurso, tal y como establece el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, se computará desde que se interpone el recurso, de forma tal que transcurrido ese plazo sin que se resuelva el mismo y se notifique dicha resolución, se producirá la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso. Como señala el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, el recurso se interpone en el Registro de la Propiedad o Mercantil cuya calificación es impugnada, o ante cualquiera de las oficinas públicas a que se refiere el artículo 38.4 de la Ley 30/1992,

también en cualquier Registro de la Propiedad y por supuesto en la DGRN. El día inicial o *dies a quo* para computar el plazo de tres meses en que se ha de producir la notificación de resolución será el de la entrada del recurso en el Registro de la Propiedad cuya calificación ha sido impugnada, así se desprende del párrafo cuarto del artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Consideramos que este plazo se computará desde la interposición del recurso en ese registro que calificó, ya que si el mismo se presentó en cualquiera de los otros lugares en los que es posible la misma, a saber, las oficinas y registros previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 del PAC y RJAP, u otro Registro de la Propiedad, estos órganos receptores han de remitir en todo caso el escrito de interposición al Registro de la Propiedad que calificó. En consecuencia, ese plazo se iniciará a partir del día en el que se recepciona el escrito de interposición en el Registro autor de la calificación impugnada. Los principios que inspiran esta fórmula de cómputo del plazo se asimilan a los contenidos en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, al establecer que el plazo del silencio se computará desde que la solicitud llegue al órgano competente para su tramitación. El día final del cómputo o *dies ad quem* será aquel en que se produzca la notificación en la forma prevista en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, siendo suficiente en todo caso la notificación con los requisitos previstos en el apartado cuarto del artículo 58. El cómputo de los plazos anteriormente señalados se realizará en la forma recogida en el artículo 48 de la Ley 30/1992, y a él remite el artículo 326 *in fine* de la Ley Hipotecaria, precepto en cuyo comentario no vamos a incidir salvo para señalar que en los plazos fijados por meses no se computa el día de la notificación, siendo el *dies ad quem* para interposición del recurso el que coincida en número con el día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación y publicación del acto, y que si no tuviera equivalente en el mes del vencimiento, será el último día del mes, y que si fuere inhábil se considerará prorrogado el plazo al primer día hábil siguiente —así por todas, la sentencia del Tribunal Supremo del 26 de febrero de 1991.

La falta de resolución del recurso en el plazo apuntado no exime a la Administración de su obligación de resolver, artículo 43.4.b) de la Ley 30/1992, y por tanto, pudiera producirse una resolución extemporánea que, como hemos dicho, puede ser estimatoria. Para el caso que fuera desestimatoria, se rehabilitarían los plazos que recoge el artículo 328 de la Ley Hipotecaria para inicio de la vía judicial que se iniciarían desde la notificación o publicación de esa resolución extemporánea —sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1996—. En relación al plazo para interponer ese recurso ante el Órgano Judicial Civil competente, el artículo 328 de la Ley Hipotecaria establece el plazo de dos meses en el caso de la Resolución de la DGRN, y un año si fuere presunta. En relación a este problema del cómputo de los plazos frente a la resolución desestimatoria presunta,

se plantean varios problemas en los que no nos vamos a detener en este momento (6).

El efecto de la resolución desestimatoria del recurso, sea expresa o sea presunta por silencio administrativo negativo, produce el agotamiento de la vía administrativa, y por tanto, la calificación registral causa estado en la vía administrativa, no cabiendo ningún tipo de recurso frente a la misma. Queda así expedita la vía judicial que se iniciará, como hemos visto anteriormente, ante los órganos de la jurisdicción civil, artículo 328 de la Ley Hipotecaria.

La resolución administrativa que agotó aquella vía causando estado tiene efectos *erga omnes*, y no precisará de su publicación en el *BOE*, al contrario de lo que ocurre con la estimatoria. El efecto desestimatorio del recurso supondrá la declaración de conformidad a derecho de la calificación realizada por el Registrador de la Propiedad o Mercantil sobre la que se despejan las dudas de legalidad que había irrogado el recurso interpuesto, todo ello a salvo del ulterior control judicial que puedan demandar los interesados.

JESÚS CHAMORRO GONZÁLEZ

Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo

(6) Puede verse al respecto, CHAMORRO GONZÁLEZ, JESÚS MARÍA y ZAPATA HÍJAR, JUAN CARLOS, *La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso contencioso-administrativo*, pág. 91 y sigs. Aranzadi, Pamplona, 2003.

La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—II. LA PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL: SU CARÁCTER LIMITADO: 1. CUESTIONES GENERALES. 2. PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 3. LA PUBLICIDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. 4. LA IMPROCEDENCIA DE TALES REGISTROS COMO VÍA DE PUBLICIDAD GENÉRICA DE LAS CAPITULACIONES. CARÁCTER LÓGICO DE ESTA SITUACIÓN.—III. **LA PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL REGISTRO CIVIL:** 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA APLICABLE. 2. EL CARÁCTER Y EL VALOR JURÍDICO DE LA DENOMINADA MENCIÓN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. 3. EL CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD OTORGADA A LAS CAPITULACIONES. 4. EFECTOS DE LA PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES EN EL REGISTRO CIVIL.—IV. **POSIBLES SOLUCIONES PARA LA MEJORA DEL SISTEMA EXISTENTE.**—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

En el ordenamiento jurídico español, los cónyuges están facultados para determinar, conforme a su particular voluntad, el concreto régimen económico matrimonial encargado de regir las actuaciones patrimoniales que, por los mismos, se lleven a cabo, conteniendo esta posibilidad, no sólo el derecho a precisar el específico régimen de entre los legalmente previstos, sino también la de modificar las reglas no imperativas establecidas en el concreto elegido de los anteriores o, incluso, la de crear uno propio para el caso concreto (1).

(1) Así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7274) que precisa cómo «el artículo 1.325, así como el 1.315, vienen a consa-

Estos pactos, para poder ser válidos y eficaces, deberán insertarse necesariamente en las capitulaciones matrimoniales, que habrán de constar en escritura pública (2).

Pero tal libertad en la materia advertida debe conllevar, como contrapartida, la existencia de un medio de publicidad adecuado de las capitulaciones en las que se concreta la elección, dada la trascendencia que posee tal hecho, por la posibilidad de existencia de relaciones, de forma común o individual, entabladas por los cónyuges con terceros y cuyas consecuencias y régimen de responsabilidad podrían verse afectados por ello (3); incluso esta exigencia de publicidad se pone de manifiesto en alguna resolución jurisprudencial, que precisa cómo las capitulaciones matrimoniales «han de constar, con exigencia de requisito *ad solemnitatem* en escritura pública, inscribible en los Registros Públicos Civil, Mercantil e Inmobiliario, para que surtan efectos frente a terceros, quienes han de estar interesados en la extensión y profundidad de la responsabilidad que pueda derivarse de sus relaciones jurídico-económicas con los cónyuges» (4).

Por todo ello, se ha de justificar la necesidad de esta publicidad en la importancia que posee, tanto para los propios esposos como para los terceros, la elección de un concreto régimen económico matrimonial. Además, dado que el régimen de responsabilidad de los bienes conyugales dependerá del concreto acordado para la regulación de sus relaciones patrimoniales, será trascendente su publicidad pues, según el adoptado, los bienes de los cónyuges

gar la autonomía de los cónyuges para establecer su régimen matrimonial y, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, el precepto autoriza a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, es decir, a diseñar una situación jurídica distinta».

(2) La sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 4902) indicó al respecto que «tiene declarado esta Sala, en sentencias como la de 6 de diciembre de 1989, que el requisito que establece el artículo 1.327 del Código Civil (constancia en escritura pública) es de *ius cogens* o de observancia ineludible, determinante de la propia validez de las capitulaciones y de su contenido en los términos del artículo 1.325 del mismo cuerpo legal, mientras que el del artículo 1.333 es un requisito de garantía o, como regla de terceros, en estricta dogmática hipotecarista como un efecto de mera publicidad y no de eficacia, y no, obvio es, de alcance constitutivo, como el de la escritura determinante de la viabilidad jurídica de mentada modificación capitular».

(3) Por tanto, como oportunamente señala CARBAJO GONZÁLEZ, pág. 33, el interés de la publicidad de las capitulaciones para los terceros que contraten con personas casadas, se justifica por contenerse en las mismas el régimen patrimonial de las relaciones elegido, las posibles modificaciones a las normas genéricas rectoras del mismo, la precisión de la titularidad sobre determinados bienes y la, en su caso, concesión de facultades de administración de un cónyuge sobre los bienes del otro.

(4) Dicha argumentación fue expuesta por la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990,654), reflejándose en tal texto la importancia y necesidad del establecimiento de un adecuado sistema de publicidad para esta concreta actuación, ante la trascendencia que posee.

ges que podrán ser atacados por las posibles deudas existentes frente a terceros, ya sean personales o comunes, variarán según la calificación que posean a expensas de lo acordado en el pacto capitular; por tanto, tal y como indica GULLÓN BALLESTEROS, «este dato interesa sobremanera al tercero que contrata, adquiere o, en general, se relaciona jurídicamente con los cónyuges, para que así pueda saber exactamente sus ámbitos de poder y responsabilidad» (5).

II. LA PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL: SU CARÁCTER LIMITADO

1. CUESTIONES GENERALES

Con el fin de lograr las vías adecuadas de conocimiento de los terceros de las capitulaciones matrimoniales, el sistema jurídico español establece un triple régimen de publicidad de las mismas, a través de tres concretos Registros preexistentes y cuyo objeto no es, por tanto, publicar exclusivamente tales pactos conyugales, siendo éstos el Registro Civil, el de la Propiedad y el Mercantil.

Sin embargo, pese a la existencia de estas tres vías diversas de publicidad para las capitulaciones matrimoniales, a la luz de la normativa general reguladora de cada uno de ellos, se aprecia rápidamente que dos de los mismos, el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil, no son medios aptos para lograr, en relación a tales pactos conyugales, de una manera plenamente satisfactoria el fin pretendido de su publicidad, encaminándose ésta de una forma genérica, por tanto, al Registro Civil, tal y como explícitamente se indica por alguna resolución jurisprudencial (6).

Realizadas dichas afirmaciones, en este momento han de indicarse las causas que motivan la exclusión de los Registros antes indicados como medios adecuados para otorgar la publicidad general debida para los terceros de las capitulaciones matrimoniales.

(5) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, pág. 96. Con posterioridad reitera lo advertido con otras palabras, al indicar que la trascendencia de dicha publicidad deriva de que, por tal hecho, es posible conocer «si el cónyuge está capacitado o legitimado para obrar, y qué bienes responden del cumplimiento de las obligaciones que asuma».

(6) Así lo manifestó la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1042), al señalar que será el Registro Civil el que hará público para todos el régimen económico matrimonial. Sin embargo, cuestión distinta y sobre la cual nos pronunciaremos con posterioridad, es si éste es el modo idóneo o no de realizarlo y en caso de serlo, si la regulación actual es apta para el logro del fin perseguido.

2. PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Del estudio de las normas rectoras del Registro de la Propiedad, se aprecia el carácter inadecuado del mismo para lograr el fin expuesto, pues la publicidad que de él se desprende, a los efectos de las capitulaciones matrimoniales, es de carácter parcial y limitada a diversos supuestos.

Esto es así dado que el artículo 75 del Reglamento Hipotecario establece que se tomará nota en el Registro de la Propiedad de las capitulaciones matrimoniales «en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles, o derechos reales determinados, alguno de los actos a los que se refieren los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento», normas en las que se limita, por tanto, el ámbito de la inscripción (7).

Todo ello nos conduce a advertir que la publicidad que realiza de las capitulaciones este órgano es incidental e insuficiente dado que, en primer lugar, las capitulaciones en sí mismas no son actos inscribibles; además y en segundo lugar, en el Registro de la Propiedad se inscriben sólo los derechos sobre bienes inmuebles y los actos de nacimiento, modificación o extinción de los mismos, accediendo las capitulaciones sólo en aquellos casos en que afecten a dichos derechos y, por último, los efectos de la publicidad derivados de dicho Registro tienen exclusivamente la eficacia para el ámbito propio que el mismo otorga.

Esta situación provoca que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, de un modo pacífico y acertado, defiendan un pronunciamiento de rechazo de la

(7) En el artículo 2 de la Ley Hipotecaria se señala que sólo se inscribirán en el Registro de la Propiedad, «los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales, los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado, las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos, los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos». Resume dicho precepto el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, al indicar que «conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

publicidad del Registro de la Propiedad como modo adecuado y general para el público conocimiento de estos pactos conyugales (8), dado que además, tal y como señala LASARTE ÁLVAREZ, de encargarse el Registro de la Propiedad de la tarea indicada, se destinaría a publicar algo para lo que no fue creado, ya que «el sistema de folio real es perfecto para lo que se pretendió con el Registro de la Propiedad: la protección de los adquirentes onerosos de buena fe y la erradicación de las cargas ocultas, pero dicho sistema no puede servir para publicar el régimen económico matrimonial» (9).

3. LA PUBLICIDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Similar es la situación que se deriva de la regulación sobre la publicidad de las capitulaciones en el ámbito de la normativa rectora del Registro Mercantil, dado que la inscripción de las capitulaciones en él necesita la concurrencia de un presupuesto previo: la condición de comerciante de, al menos, uno de los otorgantes, al ser este hecho necesario para acceder a dicho Registro; pero además de tal condición personal, debe indicarse que la inscripción de todo comerciante individual, a excepción del naviero, es facultativa, por tanto, sólo accedería a este Registro el pacto capitular de estar registrado previamente el comerciante que lo otorgó, hecho voluntario con la excepción mencionada, siendo igualmente libre el acceso de las capitulaciones a la hoja relativa al comerciante, que de estar inscrito no está obligado a introducir en su folio registral este hecho.

De lo indicado, por tanto, se deriva que este medio de publicidad capitular es absolutamente rechazable como forma genérica, y no sólo porque sólo accederán al mismo quienes ostenten determinada condición personal, sino

(8) Así lo expresan diversos autores como DE Los Mozos, pág. 80; LACRUZ BERDEJO, *Los regímenes económicos matrimoniales y la publicidad registral*, pág. 593, y BLASCO GASCO, pág. 206. La jurisprudencia también se pronuncia en tal sentido, así la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4585) aclaró cómo «las inscripciones en el Registro Civil no alteran el régimen de publicidad registral inmobiliario, respecto a los inmuebles concretos afectados por las capitulaciones matrimoniales». Posteriormente, y siguiendo estos postulados, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 16 de abril de 1997 (*AC* 1997, 998) declara que «la mera mención en el Registro Civil no viene a suplir la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad», aplicando de este modo el argumento antes referido por el Tribunal Supremo. Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1042) reiteró que «si falta publicidad o es discordante con el Registro de la Propiedad como consecuencia del establecimiento de un nuevo régimen económico matrimonial, los terceros de buena fe, especialmente protegidos por el registro inmobiliario, no verán alterada su posición jurídica».

(9) Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, págs. 367-368.

porque además sitúa la publicidad de las capitulaciones a expensas de un doble acto de la voluntad del comerciante: la previa inscripción personal y la posterior de las capitulaciones que hubiese otorgado. Por tanto, de igual manera que ocurre respecto al Registro de la Propiedad, de la inscripción de las capitulaciones en el Registro Mercantil no se deriva un medio general apto para la publicación, de cara al conocimiento de los terceros de las mismas, pues sólo afectarán a éstos de estar inscritas; pero además, en tal caso, dicho efecto se reduce, exclusivamente, al ámbito propio de los principios que gobiernan la eficacia de la inscripción en el ámbito mercantil, por lo que, sólo gozarán de los efectos de la publicidad en el Registro Mercantil las actuaciones patrimoniales realizadas por el cónyuge comerciante en el ejercicio de su actividad mercantil (10).

4. LA IMPROCEDENCIA DE TALES REGISTROS COMO VÍA DE PUBLICIDAD GENÉRICA DE LAS CAPITULACIONES. CARÁCTER LÓGICO DE ESTA SITUACIÓN

De este modo y ante la realidad expuesta, debe concluirse que los medios hasta ahora analizados se muestran ineficaces para lograr el pleno conocimiento de los terceros, con carácter general, de una realidad de tanta trascendencia, como es la determinación del concreto régimen económico matrimonial que rige las relaciones patrimoniales de los cónyuges derivada de la elección realizada en capitulaciones.

Sin embargo, este hecho es absolutamente lógico, pues dichos Registros tienen por objeto dotar de publicidad a cuestiones distintas de las relativas al ámbito patrimonial de una relación matrimonial, las cuales podrán acceder a los mismos cuando incidan en algún bien o derecho cuya inscripción en ellos sea propia, pero no por ser una actuación *per se* susceptible de inscripción. De este modo, la publicidad derivada de ellos para el ámbito planteado es incidental y circunstancial, pero este hecho, aunque provoca que haya que desecharlos como medios adecuados para resolver de forma genérica el problema tratado, por otra parte es coherente con la realidad de los Registros mencionados y ante la finalidad perseguida con los mismos.

(10) Así lo indicó SOTO BISQUERT, pág. 525, al afirmar que «el hecho de que el legislador haya establecido un sistema de publicidad para el comerciante de sus capitulaciones, a través de su inscripción en la hoja abierta a aquél, no determina que tal publicidad haya de tener carácter general respecto a toda persona. Ello obligaría al que contrata una relación puramente civil, además de a cerciorarse por los medios ordinarios de su régimen matrimonial, a tener que indagar si la persona con quien contrata es comerciante, con las dificultades que ello conlleva», añadiendo posteriormente cómo «si el Registro Mercantil es para los comerciantes, su objetivo principal es la publicidad de ciertos datos de importancia básica para el tráfico mercantil y, por tanto, a lo que está dentro de este tráfico debe atenderse».

Ante dicha realidad, corresponde ya el análisis y valoración de la situación relativa a la publicidad a través del Registro Civil, para precisar si el mismo lleva a cabo certeramente esta tarea.

III. LA PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL REGISTRO CIVIL

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA APLICABLE

Para lograr una adecuada comprensión de la problemática que se plantea respecto a la publicidad en el Registro Civil de las capitulaciones matrimoniales, es necesario hacer referencia, en primer lugar, a la evolución normativa existente en la materia, para lo cual se partirá de la codificación española y se continuará hasta llegar a nuestros días.

En la redacción originaria del Código Civil del año 1889 se hizo referencia a esta cuestión en el artículo 1.322, si bien la misma, aunque apuntaba a la imperatividad del acceso al Registro Civil de las capitulaciones, fue tan escasa de contenido que podría afirmarse que esta materia quedó sin una regulación mínima, señalando LASARTE ÁLVAREZ como posible justificación del desinterés del legislador civil hacia esta materia, el hecho de la previa regulación sobre esta cuestión realizada en relación a los comerciantes en el anterior en el tiempo Código de Comercio, aunque descarta que tal posibilidad haya de considerarse como certera, al llegar a la conclusión de que tal hecho se motivó, preferentemente, por la escasa importancia existente para el legislador en esa época hacia las capitulaciones (11).

Consciente de la escasa eficacia del texto de 1889 a los efectos de la publicidad de las capitulaciones matrimoniales, con la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil se intentó una mejora del sistema, reconociéndose en la propia Exposición de Motivos de esta norma cómo la publicidad de las capitulaciones, y del régimen económico matrimonial, se encontraba muy mal tratada en los textos precedentes, motivo por el cual con dicha norma «se procedía a establecer un sistema de publicidad que fuera acorde con los fines pretendidos». Se encargó de intentar el logro de tal fin el artículo 77, pero de su simple lectura es fácilmente deducible cómo la indicación referida a la publicidad de las capitulaciones configuraba un sistema en el cual el acceso de éstas al Registro Civil era de carácter meramente facultativo y no obliga-

(11) Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, pág. 363. El artículo 1.322 del Código Civil, en su redacción originaria, señalaba que «en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará indicación, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos modificativos».

torio, motivo por el cual seguía sin lograrse una regulación vinculante para todos los supuestos posibles; igualmente la eficacia de la publicidad era muy débil, al ser la otorgada simplemente de carácter negativo, consistiendo la misma en privar a lo no inscrito frente a los terceros de buena fe, pero sin garantizar la veracidad de lo publicado (12).

Con posterioridad se procedió al desarrollo de tal referencia normativa registral civil de rango legal en el Reglamento del Registro Civil de 1958, que vino a complementar lo manifestado en el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, volviendo a incidir en una redacción que otorga un carácter no obligatorio a la indicación de las capitulaciones, al señalarse que la misma sólo se extenderá «a petición del interesado». Sin embargo, la redacción originaria de dicho precepto ha sido objeto de posterior modificación y, en la actualidad, el vigente artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, aunque mantiene lo antes advertido, exige que se exprese el tomo y folio de dicho Registro en el que consta inscrita o indicada la referencia a las capitulaciones cuando se pretenda llevar a cabo inscripciones en cualquier otro Registro, obligándose así por tanto para ello a la inscripción previa de las capitulaciones en el Registro Civil (13).

Años después, en concreto en 1981, se produce una modificación terminológica y numérica del artículo regulador de esta materia en el Código Civil, en virtud de la cual se sustituye la palabra indicación por la de mención y se integra explícitamente el texto de referencia en el artículo 1.3-33. En el mismo se indica que la mención *se hará* de las capitulaciones, de lo que puede desprenderse el intento por implantar, de este modo, un régimen obligatorio que acabara con el facultativo derivado de la Ley del Registro Civil, reafirmandose por ello en este punto tal norma en lo previsto en la redacción originaria del Código Civil.

(12) Vid. Díez PICAZO Y GULLÓN, pág. 192. El artículo 77 de la Ley del Registro Civil señala que, «al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado, sino desde la fecha de dicha indicación». Tal referencia al artículo 1.322 debe entenderse realizada al vigente artículo 1.333, precepto que rige las cuestiones insertas en el mismo en la actualidad tras la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

(13) Originariamente se ocuparon de esta materia los artículos 264 y 265 del Reglamento del Registro Civil, encontrándose modificados por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, que estableció su actual redacción y situación numérica, en concreto, en el artículo 266. En el mismo se señala que la indicación registral del régimen económico sólo se extenderá a petición del interesado, constando en la misma la naturaleza del hecho, el régimen económico pactado, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación.

Por tanto, corresponderá a continuación analizar las consecuencias derivadas de esta reforma del Código Civil para valorar si la misma soluciona la cuestión objeto del presente trabajo o si, por el contrario, en vez de resolver la problemática planteada ha creado una mayor, al chocar el carácter imperativo de la normativa codificada con el facultativo de la registral civil que sigue vigente, en cuyo caso habría de llevar a cabo las propuestas de reformas necesarias para cumplir con el fin de la efectiva publicidad pretendido.

2. LA DENOMINADA MENCIÓN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES:
VALOR JURÍDICO Y CARÁCTER

La actual redacción del Código Civil indica que, en toda inscripción del matrimonio, se hará *mención* de las capitulaciones matrimoniales, modificándose de esta forma el medio por el cual se dejaba constancia de éstas en el Registro Civil con anterioridad, al decretarse hasta ese momento por la normativa que, de las capitulaciones, se haría *indicación* en dicho Registro.

Pese a esta variación terminológica, se entiende pacíficamente por la doctrina que la misma no es más que un mero cambio de nomenclatura, siendo por tanto la modificación irrelevante en cuanto al fondo del asunto, pues no se trata con ello de establecer una nueva forma de inscripción, al ser la mención simplemente una forma de constatación registral, distinta de la inscripción y de la anotación (14). Por tanto, el dato de mayor importancia a determinar en este punto consiste en precisar qué tipo de asiento del Registro Civil representa la actual mención, antes denominada indicación, y sus características principales.

Las menciones, según señala LINACERO DE LA FUENTE, son un tipo peculiar de asiento, previstas para dar publicidad de datos que no afectan al estado civil, careciendo del valor probatorio privilegiado propio de las inscripciones, si bien tienen la eficacia probatoria que corresponde, en su caso, a los documentos públicos de los que derivan, por lo tanto, están consideradas como asientos de valor informativo (15). Por ello, aunque las inscripciones en el Registro Civil tienen valor fundamentalmente presuntivo y acreditativo, las indicaciones relativas a los regímenes económico matrimoniales, según ROCA MATEO, carecen completamente de él, constituyendo, en todo caso, un débil principio de prueba, y no referido al contenido del régimen, sino exclusivamente a su existencia (16). Sin embargo, a pesar de la aparente intrascen-

(14) Así lo indican diversos autores como GULLÓN BALLESTEROS, pág. 98; DE LOS MOZOS, pág. 80, y GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 327.

(15) Cfr. LINACERO DE LA FUENTE, pág. 93.

(16) Cfr. MORA MATEO, págs. 10332 y sigs.

dencia ante lo expuesto de las mismas, no es posible negarles cierta trascendencia, pues a su existencia se condiciona, como veremos, la eficacia frente a terceros de los pactos capitulares.

Una vez centrada la naturaleza de la mención, conviene hacer referencia a la cuestión que, en esta materia, mayor discusión ha levantado en la doctrina, siendo ésta el carácter que posee en el Registro Civil y ello porque, por un lado, debe advertirse que, si se realiza una interpretación literal del contenido de las normas registrales-civiles y de las del Código Civil reguladoras de la misma, se aprecia una contradicción entre ellas dado que, por un lado, el artículo 1.333 del Código Civil parece indicar que la mención posee carácter obligatorio mientras que, por el contrario, los artículos 77 de la Ley del Registro Civil y 266 de su Reglamento de desarrollo hacen depender ésta de un acto de la voluntad de las partes, por tanto, otorgan un carácter facultativo o voluntario a este hecho. Esta situación provoca la existencia de una fuerte discusión doctrinal en relación a esta cuestión, sin existir postura unánime en los autores españoles.

Ante lo expuesto, podemos encontrar en la doctrina cómo, por un lado, se posicionan aquellos que defienden un criterio basado, en todo caso, en la obligatoriedad de la mención, rechazando su carácter voluntario, para lo cual fundamentan su defensa del mismo en varios argumentos, tales como la conversión de facultativa a obligatoria de la mención en virtud del contenido del artículo 1.333 del Código Civil que, al ser posterior a la normativa registral, ha venido a modificar implícitamente esta regulación, convirtiendo en imperativo lo que antes era facultativo; el carácter general y básico de la publicidad en el Registro Civil para esta cuestión tras la reforma del Código Civil y, por último, la terminología utilizada por el Código, que recoge el cambio de espíritu relativo a la publicidad de las capitulaciones y su opción por la obligatoriedad de la mención (17).

Sin embargo, pese a las autorizadas voces que postulan la obligatoriedad de la mención, otra parte de la doctrina entiende que dicha conclusión no es admisible a la luz de la normativa vigente y, por tanto, considera que la publicidad en el Registro Civil de las capitulaciones matrimoniales posee un carácter eminentemente facultativo y voluntario. Los argumentos esgrimidos para ello se sustentan en la redacción del contenido de la Ley del Registro Civil, no modificada pese a las variaciones en el Código Civil; en no estar en juego el interés público desde el punto de vista conceptual, como en la inscripción de los hechos que afectan al estado civil de las personas, dado que la indicación textual del Código Civil de hacer mención funciona

(17) Son partidarios de dotar de imperatividad a la mención de las capitulaciones matrimoniales, GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, págs. 330 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, págs. 370 y sigs., y GULLÓN BALLESTEROS, pág. 96.

exclusivamente como requisito de inoponibilidad frente a terceros y no como requisito constitutivo del acto y, por último, que en caso de no acceso al Registro Civil de las capitulaciones, este hecho se traduce, simplemente, en no gozar de los efectos *erga omnes* derivados de la publicidad, sin sanción alguna de otro tipo (18). Incluso afirma contundentemente GÓMEZ FERRER-SAPIÑA que hoy en día «no tiene sentido mantener la polémica, al ser indudable el carácter puramente voluntario de la indicación» (19).

Esta ausencia de solución pacífica se reproduce en el ámbito de las resoluciones, ya sean administrativas o judiciales, que tratan materias relativas a esta cuestión, pues si bien las administrativas provenientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado son partidarias de este último criterio, por el contrario, alguna sentencia del Tribunal Supremo, de forma explícita y literal, manifiesta que la mención en la actualidad posee un carácter imperativo.

En favor de la tendencia facultativa de la mención se pronuncian dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictadas ambas tras entrar en vigor la modificación del Código Civil, y en las que se afirmó cómo la indicación registral del régimen económico matrimonial «sólo se extenderá a petición del interesado, no de oficio, por no regir aquí la protección del principio de concordancia del Registro con la realidad, que impone un mayor abanico de personas que pueden solicitar la constancia registral del hecho» (20), advirtiendo otras resoluciones implícitamente de tal carácter, al señalar que la petición de parte para que accedan las capitulaciones al Registro Civil pueden hacerla los otorgantes en la escritura de capitulaciones, en el sentido de solicitar que se haga constar en el Registro Civil el régimen económico matrimonial pactado, ya sea originariamente o para modificar otro preexistente (21).

Pero, por el contrario, es posible encontrar inserta en alguna sentencia del Tribunal Supremo la afirmación en la que se advierte cómo la mención facultativa, al margen de la inscripción de matrimonio, autorizada por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, se ha transformado en imperativa en

(18) Se posicionan a favor del carácter voluntario de la mención diversos autores, como DE LOS MOZOS, pág.79; CABANILLAS SÁNCHEZ en *Comentario al artículo 1.333 del Código Civil*, pág. 615, reiterando tal criterio con posterioridad en *La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, pág. 163; AMORÓS GUARDIOLA, pág. 1561; MORA MATEO, pág. 1033, y PRETEL SERRANO, *Comentario al artículo 266 del Reglamento del Registro Civil*, pág. 524.

(19) Cfr. GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, pág. 493.

(20) Éstas, en concreto, son las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 6 de mayo de 1977 y 7 de enero de 1983. Cfr. ROCA SASTRE Y MOLINA, págs. 1026 y sigs.

(21) Tales Resoluciones son de fecha 7 de enero de 1983 y 2 de enero de 1992, recogiendo su contenido por LINACERO DE LA FUENTE, pág. 92.

virtud de la norma del artículo 1.333 del Código Civil, reguladora de la inscripción de las capitulaciones, dentro del sistema económico matrimonial establecido por la Ley de 13 de mayo de 1981 (22).

Ante esta situación es evidente que existe una contradicción en la normativa que regula esta cuestión. Pero nos parece más certera la postura defendida por la doctrina contraria a su naturaleza obligatoria pues, si bien lo deseable sería la imperatividad de la mención, por la trascendencia que posee en el ámbito patrimonial el concreto régimen rector de las relaciones de esta naturaleza acordadas con los cónyuges, existen datos que nos hacen rechazar dicha conclusión conforme a la regulación jurídica vigente.

El primero de ellos es que, para que así fuera, debiera expresarse de manera pacífica en las normas, circunstancia que no acontece en modo alguno puesto que, la terminología empleada suscita la duda acerca del concreto carácter imperativo o potencial de la misma, no pudiendo ser criterio válido el que indica el carácter posterior del texto codificado, pues si bien ello es cierto respecto a las normas de rango legal mencionadas, no lo es en relación con el Reglamento del Registro Civil, que mantiene el criterio facultativo registral en reformas realizadas con posterioridad a la del Código Civil afectante a este ámbito; además, incluso de ceñirnos al artículo 1.333 del Código Civil, faltaría en tal caso la concreta determinación de las personas obligadas a realizarla, si podrían hacerlo sólo los cónyuges, o sería factible, igualmente para el notario y los terceros. Igualmente debe tenerse en cuenta que el carácter obligatorio de los datos a reflejar en el Registro Civil se produce en aquellos que afectan al interés público, esto es, los relativos al estado civil de las personas, siendo las restantes cuestiones que acceden al mismo complementarias de las anteriores, de ahí que no se consideren de imperativa y necesaria mención a estos últimos, entre los que se encuentran ineludiblemente las capitulaciones matrimoniales.

Por ello, parece que el artículo 1.333 del Código Civil español se limita a apuntar el hecho deseable, pero sin adoptar las medidas debidas para ello, por tanto, no puede deducirse del mismo una modificación absoluta del sistema a favor de la imperatividad de la mención y, derivado de ello, una transformación y derogación tácita de la normativa registral para acoger tal criterio.

3. EL CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD OTORGADA A LAS CAPITULACIONES

Posiblemente, de manera conjunta con la anterior, la cuestión que mayor polémica genera en esta materia, es la relativa a la determinación de los datos

(22) Caso de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6799).

que van a aparecer reflejados de las capitulaciones matrimoniales en la mención a realizar en el Registro Civil.

Desde un primer momento debe advertirse que, a pesar de los intentos legislativos para la obtención de un adecuado sistema de publicidad de las capitulaciones matrimoniales, en virtud de la actual regulación, la efectividad de la misma resulta muy discutible, ante la realidad existente y que se desprende de la normativa aplicable, dado que la publicidad es insuficiente, al no dar noticia alguna a los terceros del desarrollo del concreto régimen económico matrimonial y limitarse ésta a consignar los datos de denominación del concreto pacto, así como el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento; de este modo, la publicidad que se logra con la mención se refiere exclusivamente al hecho del otorgamiento de las capitulaciones y a la denominación del régimen acordado, en su caso, pero no a su contenido ni a los pactos particulares que modifiquen parcialmente su desarrollo (23).

Por tanto, de lo anteriormente indicado se desprende que aquello que va a gozar de publicidad para los terceros, vía mención en el Registro Civil, es el hecho del otorgamiento de las capitulaciones y no el contenido del documento en el cual éstas constan, pues la mención se limitará a precisar su otorgamiento por parte de los cónyuges en determinada fecha y en presencia del notario que se indique y, en su caso, el régimen elegido.

Por ello, quien esté interesado en conocer el contenido de las capitulaciones en materia patrimonial no tendrá bastante con los datos publicados en el Registro Civil, pues deberá consultar directamente los documentos en que aquéllas constan, dificultándose de este modo lo pretendido con la publicidad del régimen económico matrimonial, que no es otra cosa que, por vía directa, sea accesible el conocimiento de tal dato para los terceros; además ante esta situación, éstos se encontrarán con una dificultad añadida, pues debe tenerse en cuenta que según los artículos 224 y 250 del Reglamento Notarial, el protocolo notarial goza de carácter secreto, pudiendo solicitar copia del mismo o la lectura de su contenido sólo aquellos que acrediten interés legítimo, hecho cuya valoración quedará a juicio del notario (24).

(23) Así lo señala la doctrina española de forma unánime, encontrándose entre los autores que lo advierten, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, pág. 172; AMORÓS GUARDIOLA, pág. 1561; CARBAJO GONZÁLEZ, pág. 34, y GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, pág. 499. LINACERO DE LA FUENTE, pág. 92, precisa al respecto cómo «la mención se limita, en la práctica, a recoger el nombre del régimen pactado, sin que sea posible reproducir el contenido íntegro o incluso el resumen de las cláusulas o capitulaciones». Igualmente se pone de manifiesto dicha realidad por la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6799) que advierte cómo «la publicidad que se obtiene por la vía del Registro Civil se refiere al régimen capitular y a sus modificaciones, pero no al contenido o estipulaciones que establecen el régimen económico».

(24) Reflejan esta idea tanto CARBAJO GONZÁLEZ, pág. 34, como PRETEL SERRANO, *Comentario al artículo 77 de la Ley del Registro Civil*, pág. 817.

Tal ausencia de constancia del contenido podría salvaguardarse si el acceso a los datos notariales en los que constan fuera libre, pero tal situación no sólo no es la existente, sino que además no sería deseable, pues el pacto capitular puede contener datos personales cuya publicidad no es de interés para el tercero, por tanto, dicha restricción, aun cuando dificulta el camino a seguir ante la realidad legislativa señalada, está correctamente adoptada, por ello, los cambios normativos debidos para lograr un adecuado conocimiento del contenido rector del régimen económico acordado, no deben atacar el carácter secreto del protocolo notarial.

A la vista de todo ello, se aprecia cómo el intento de dotar de publicidad al pacto capitular va a quedar en eso, en una mera intención, pues no se conforma un mecanismo de fácil acceso y, además, se hace especialmente difícil el conocimiento del contenido del concreto documento en el que se halle el desarrollo de la capitulación pues, al plasmarse en el Registro Civil sólo su existencia, aquel que desee, por voluntariedad, necesidad o precaución, conocer el desarrollo de éstas, no le será bastante con acudir al Registro; tras ello, y en base a los datos obtenidos relativos al otorgamiento, deberá continuar su investigación a través del notario asistente, lo cual dificulta sobremanera el real conocimiento para los terceros. De esta forma, si por medio del Registro Civil se trata de facilitar la publicidad de las capitulaciones, en la actualidad, a lo único que conduce la regulación vigente es a dar conocimiento de su existencia, pero no de su contenido, por tanto, resuelve de forma improcedente esta cuestión.

Pero esta circunstancia no es la única de interés derivada del concreto contenido a integrar en la mención registral de las capitulaciones, pues debe tenerse en cuenta que tal hecho ocurrirá en caso de existir las mismas pero, en caso contrario, debiera advertirse qué ocurrirá respecto a aquellos supuestos en los que no se otorgue tal pacto capitular, por lo cual, se regirán por el régimen supletorio aplicable. Esta cuestión, de ser éste unívoco para todo el territorio de nuestro país no plantearía problema, pues se podría solucionar mediante una configuración imperativa de la mención y una previsión que, en concordancia con la anterior, advirtiera cómo, a falta de ésta, el matrimonio se regiría por las disposiciones previstas supletoriamente por el Código Civil para tal caso, esto es, por el régimen de la sociedad de gananciales y la regulación del mismo (25).

Sin embargo, esta aparente facilidad en la resolución de dicho problema no es posible en la práctica en el territorio español dado que, conjuntamente

(25) Algunos autores se muestran partidarios de la consagración de un precepto que determine de un modo explícito que la falta de publicidad de capitulaciones da lugar a la existencia, para terceros de buena fe, del régimen legal. Así lo señalan DÍEZ PÍCAZO, pág. 170; GULLÓN BALLESTEROS, pág. 97, y PRETEL SERRANO, *Comentario al artículo 77 de la Ley del Registro Civil*, pág. 817.

con el régimen común previsto en el Código Civil, existe la presencia de otras normas de carácter foral que se hacen eco de la cuestión y que son de aplicación a diversas partes del territorio. Tal hecho no plantearía problemas si estas normas fueran coincidentes con las del Código Civil en esta materia, pero al no acontecer esto, dado que en alguno de ellos se aplica a falta de pacto regímenes supletorios diversos, como el de separación, no es posible una remisión igual para todos los casos a un régimen supletorio común, pues éste dependerá de la concreta norma aplicable al matrimonio, la Común o la Foral.

Por tanto, la aparente intrascendencia de este hecho no es tal, pues ante la diversidad de regímenes económicos de posible aplicación supletoria a lo largo del territorio español, no estaría de más, cuanto menos, la indicación sobre la ausencia de capitulaciones y cuál sería la forma de publicidad de tal hecho, pues de ese modo podría determinarse según las concretas circunstancias personales de los cónyuges éste en ausencia de pacto y se facilitaría su conocimiento para los terceros, evitándose posibles conflictos de aplicación normativa ante la diversidad de la regulación existente, ya que así se le dotaría al procedente de la debida publicidad, tan trascendente en esta materia y más ante la situación compleja creada al respecto dada la pluralidad de normativas existentes en España.

4. EFECTOS DE LA PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES EN EL REGISTRO CIVIL

De la situación advertida es lógico deducir que, puesto que los datos publicados en el Registro Civil, relativos a las capitulaciones matrimoniales, no son aptos para facilitar el conocimiento completo de su contenido patrimonial afectante al régimen jurídico elegido, los efectos que deriven de dicha publicidad deberán ser, con carácter general, limitados y no plenos. Precisamente esto será lo que ocurra en el ordenamiento común español.

Así, de la concreta normativa del Registro Civil aplicable a la materia, esto es, los artículos 77 de su Ley y 266 del Reglamento, se desprende que para oponer a terceros las capitulaciones, éstas han de constar en él. De este modo, el efecto derivado de la mención de las capitulaciones en el Registro Civil se limita a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a los terceros de buena fe, por lo que la mención va a funcionar, exclusivamente, como requisito de oponibilidad, gozándose de tal efecto desde la fecha del asiento de indicación o mención.

Por ello, la publicidad que concede el Registro Civil actualmente es de carácter negativo, pues no garantiza que sea cierto el contenido de lo reflejado, careciendo por tanto en este ámbito de los efectos de legitimación o fe pública que caracterizan los sistemas de publicidad positiva, dado que simple-

mente se garantiza que, en ningún caso, se causará perjuicio al tercero de buena fe sino desde la fecha de la indicación registral (26).

Es precisamente esta materia de la eficacia y, principalmente, el momento en que se otorga el efecto derivado de la publicidad a las capitulaciones, el aspecto sobre el que han recaído mayores pronunciamientos jurisprudenciales, los cuales reiteran lo antes expuesto y defendido unánimemente por la doctrina, dando lugar, por tanto, a una consideración pacífica de los operadores jurídicos respecto a las consecuencias que se derivan de la publicación de las capitulaciones en el Registro Civil ante el régimen jurídico vigente.

Así la jurisprudencia, de forma unánime, señala tal efecto de la inoponibilidad, precisando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de mayo de 1994, expresamente que, para que las capitulaciones puedan afectar a terceros es necesaria su mención en el Registro Civil (27), tras lo cual indica de forma clara la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998, que los efectos de la indicación registral se limitan a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros de buena fe (28).

De producirse modificación del régimen económico matrimonial por medio de capitulaciones, la última de las resoluciones citadas afirma que «cuando no conste, conforme al artículo 77 de la Ley del Registro Civil la alteración del régimen económico, el tercero de buena fe se halla plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo las consecuencias jurídicas del nuevo régimen económico», expresándose en idéntico sentido poco tiempo después la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1998 (29), reiterando la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 1999, que «los efectos de las modificaciones capitulares para terceros se producirán a partir de la fecha de su inscripción» (30). La última sentencia del Tribunal Supremo, que vuelve a manifestar tal efecto, es la de 5 de febrero de 2003 (31).

(26) Tras la admisión de la mutabilidad del régimen económico matrimonial por medio de las capitulaciones, una vez contraído el vínculo matrimonial, posibilidad vedada en nuestro ordenamiento hasta la reforma del Código Civil del año 1981, el efecto genérico señalado será de aplicación igualmente para estos casos, por lo cual las modificaciones producidas en virtud de un pacto capitular de las preexistentes, o el otorgamiento *ex novo* de ellas, de no existir previamente, provocarán el efecto antes citado, si bien igualmente sólo desde su constancia registral y no desde su otorgamiento.

(27) AC 1994, 962.

(28) RJ 1998, 1042.

(29) RJ 1998, 9693.

(30) RJ 1999, 7274. Por ello, diversas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 15 de marzo (RJ 1994, 1787) y 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7482), 7 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7937) y 29 de julio de 2003 (RJ 2003, 6964) establecen que «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no puede perjudicar a los derechos ya adquiridos por terceros».

(31) RJ 2003, 848.

Conviene, al afectar a este ámbito, advertir de la mención realizada sobre esta cuestión por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de mayo de 1993, en la cual se autoriza a dejar constancia marginalmente a la inscripción del matrimonio, aunque la inscripción de éste estuviera cancelada en virtud de sentencia de nulidad matrimonial o, incluso, en el supuesto de no existencia de la inscripción del matrimonio, de un pacto capitular previo no inscrito con posterioridad, incluso, a la propia vigencia del matrimonio, al entender la Dirección que existía fundamento para ello, por la posible afectación de dicha modificación a terceros (32).

Un último dato a destacar es la eficacia del inciso final del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, que señala la obligatoriedad previa de la mención en el Registro Civil para el acceso al resto de Registros de las capitulaciones matrimoniales. Con ello se trata de perfeccionar el sistema de publicidad, obligando a realizar notas de la indicación o mención practicada en él en los Registros Inmobiliarios y Mercantiles, como requisito necesario previo para el acceso a ellos de las capitulaciones, debiendo suspenderse la inscripción en ellos, por defecto subsanable, si no se acredita haber efectuado la previa inscripción en el Registro Civil.

Respecto al alcance de esta necesaria nota, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 5 de julio de 1995, siguiendo a la de 16 de noviembre de 1994, mantuvo que «la exigencia del Reglamento del Registro Civil se refiere sólo a los supuestos en que sean las mismas capitulaciones o el mismo hecho, que afecte al régimen económico matrimonial, el que haya de reflejarse en el Registro de la Propiedad, por afectar el cambio de régimen económico a la titularidad de un derecho inscrito o inscribible» (33).

Por tanto, pese al intento de potenciar la publicidad del pacto capitular, convirtiendo al Registro Civil en el principal eje de la materia, sin embargo, como se ha analizado, no es posible satisfacer esta pretensión a la luz de la regulación vigente, pues los efectos que se desprenden de ésta se limitan a su carácter necesario en caso de su inscripción en otro Registro y a la inoponibilidad de lo no inscrito a los terceros.

(32) *RJ* 1993, 5234. Para adoptar tal decisión, en el Fundamento cuarto de dicha Resolución se indicó que «no es indiferente conocer y dar publicidad a las vicisitudes que haya experimentado el régimen de bienes del matrimonio anulado, a través del asiento específico previsto en el artículo 77 de la Ley del Registro Civil. No importa, en el plano sustantivo, que el matrimonio sea nulo, porque hay un interés general en probar un hecho pasado, a la vista que desde la fecha de la indicación queda afectado el tercero de buena fe». El siguiente Fundamento aclara cómo «la cancelación no ha de impedir la extensión de un asiento registral sobre un hecho anterior cuya validez y eficacia no puede ser controlado por el encargado del Registro Civil».

(33) Citada por MORA MATEO, pág. 10335.

IV. POSIBLES SOLUCIONES PARA LA MEJORA DEL SISTEMA EXISTENTE

Ante la situación expuesta, es unánime la crítica a la realidad normativa apuntada, dada la ineficacia del régimen existente en la actualidad en materia de publicidad de las capitulaciones matrimoniales, pues por el mismo no se logra el fin pretendido, ante la limitación de los efectos advertidos, de ahí que sea mayoritaria la opinión que considera necesaria su reforma para, de este modo, garantizar la plena publicidad de la materia relativa al régimen económico matrimonial de las capitulaciones otorgadas (34).

Nuestra doctrina, según las concretas soluciones planteadas, se divide en este punto en dos grupos, al existir por un lado un sector partidario de la creación de un registro *ad hoc* específico, cuya misión exclusiva sea dar a conocer las capitulaciones matrimoniales existentes y su contenido, tal y como ocurre en países como Alemania, Suecia, Holanda o Noruega; por el contrario, la segunda tendencia defiende una solución basada en el empleo de un Registro preexistente, si bien modificando su normativa rectora, para así lograr de forma adecuada la producción de una efectiva publicidad del régimen económico matrimonial, en tesis partidaria de seguir la senda marcada por los estados de nuestro entorno y tradición jurídica, como Francia o Italia.

El primer criterio fue defendido originariamente por LACRUZ BERDEJO, que afirmó expresamente que el sistema de publicidad registral más perfecto es el de los registros específicos, e indicando que esto era así, sobre todo y con mayor razón, en caso de permitirse la mutabilidad del régimen económico matrimonial, precisamente cuestión vedada en el momento de expresarse tal opinión, pero posible en la actualidad en nuestro país, hecho por el cual retoma interés esta manifestación en nuestro tiempo (35). Si bien el autor citado es el impulsor de la defensa de tal tesis, no será el único que predique una solución en dicho sentido, existiendo otros igualmente partidarios de una modificación legal de estas características. Para ello, los partidarios de la misma la fundamentan, rebatiendo las críticas que reciben, en diversos argumentos (36).

(34) Advierten y reconocen esta realidad Díez PICAZO Y GULLÓN, pág. 171, al indicar que, si bien con la modificación del Código Civil, el legislador quiso decir algo más de lo expresado en el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, queriendo imponer un sistema de publicidad del régimen económico matrimonial, sin embargo, afirman estos autores que el sistema ha fracasado, pues no se ha desarrollado por normas adecuadas que establecieran realmente la intentada obligatoriedad.

(35) Cfr. LACRUZ BERDEJO, págs. 593 y sigs.

(36) Esgrimen este criterio, además del antes citado LACRUZ, igualmente AMORÓS GUARDIOLA, págs. 1561 y sigs.; MORA MATEO, pág. 10335, y CABANILLAS SÁNCHEZ, *La mutabilidad del régimen económico matrimonial*, págs. 163 y sigs.

Así, en primer lugar, se indica frente a las principales objeciones que entienden que no se asimilaría en nuestra sociedad tal Registro particular, que su admisión no plantearía ningún tipo de problemas, de igual manera que se han asimilado otro tipo de Registros, siempre que su funcionamiento fuera el adecuado.

En segundo lugar, ante las posibles críticas que entienden que la pesadez y complejidad caracterizaría el funcionamiento de un Registro especial, se advierte cómo no hay que olvidar que este Registro vendría a sustituir la publicidad que actualmente se despliega, con escasa eficacia, en el Registro Civil, por tanto, no se trataría con ello de añadir nuevas formalidades a las ya existentes, sino de reemplazar alguna de ellas.

Por último, y ante el rechazo a este criterio basado en la indiscreción que podría generar el contenido público de los datos pactados en capitulaciones, se justifica su procedencia por sus partidarios al señalar que esto ya ocurre en la actualidad, pues en el vigente sistema de publicidad es indudable que la discreción no es absoluta, sin que tampoco parezca un ataque injustificado a la intimidad de los cónyuges la publicación del régimen económico matrimonial.

Además, la labor de la doctrina en este punto no se limita a advertir de esta posibilidad y de justificar las causas que la motivan, sino que existe alguna opinión que profundiza en ello, al señalar igualmente cómo debiera organizarse dicho Registro especial para ser efectivo y así conseguir la finalidad que se le encaminara, postulándose por AMORÓS GUARDIOLA su organización mediante métodos informáticos, en los que constasen todas las escrituras de capitulaciones o modificaciones de las mismas otorgadas en España, cuya consulta fuera rápida y fácil, siendo deseable para ello que se precisara el carácter obligatorio de la inscripción registral, hecho se podría conseguir, según señala este autor, imponiendo a los notarios el deber de remitir los datos del otorgamiento al mismo, tal y como ocurre en materia testamentaria notarial para su constancia en el Registro General de Actos de Última Voluntad (37).

De esta forma consideran los defensores de esta tendencia que la ventaja que se obtendría con ella, a diferencia del actual sistema de publicidad a través del Registro Civil, consistiría en la creación de un mecanismo de publicación especialmente encaminado para una función específica, circunstancia que generaría una mayor seguridad en el tráfico jurídico.

Por el contrario, aquellos que defiende la publicidad a través de Registros preexistentes, no ven problema para ello y entienden que, por tal vía, es posible lograr el fin pretendido. Dejando de lado para lograr esta labor al Registro de la Propiedad y al Registro Mercantil, por lo ya indicado, es evidente que el correcto para esta función habría de ser el Registro Civil. Pero

(37) Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, pág. 1562.

para que ello fuera factible sería requisito necesario la modificación de la actual regulación para, de este modo, solucionar el problema de la voluntad del acceso de las capitulaciones al mismo, lo cual se obtendría según postulan legitimando, no sólo a los cónyuges, sino también al notario y al juez, los cuales, de participar o tener conocimiento del otorgamiento de las capitulaciones, quedarían obligados a promover la oportuna mención, con independencia del deseo o no de las partes para ello.

Los autores partidarios de esta tendencia rechazan la anterior por diversos motivos, tales como, en primer lugar, que aquella solución choca con la históricamente adoptada en nuestro ordenamiento jurídico para la materia; en segundo lugar, porque la misma contribuiría a complicar el sistema, al crear un nuevo Registro para una materia en la cual es factible el uso de alguno de los ya existentes y, por último, puesto que la solución consistente en la creación de un Registro *ad hoc* no solventaría nada, de no acompañarse de los medios adecuados para asegurar el real acceso a él de todas las capitulaciones que existan.

Ante la situación expuesta y dadas las posibilidades de mejora apuntadas por la doctrina, la primera conclusión que se habría de adoptar al respecto para solventar adecuadamente la misma debiera exigir, en todo caso, la obligatoriedad de la constancia de las capitulaciones en el Registro que corresponda, para lo cual será necesario activar las medidas procedentes para ello, pudiendo ser válidas en tal caso cualquiera de las tesis antes citadas sobre el concreto Registro que dotaría de publicidad a este hecho, pues así se lograría la efectividad de ésta respecto del contenido patrimonial de las capitulaciones, evitándose que quede al arbitrio de los cónyuges su acceso al Registro pertinente.

Con dicha afirmación se trata de apuntar que lo trascendente para el logro de una adecuada publicidad de la existencia de las capitulaciones y de su concreto contenido, no es que estos datos consten en Registro concreto o en Registro genérico, sino que efectivamente se plasmen en el que se considere oportuno, para lo cual es esencial que ello se requiera de forma indudablemente imperativa pues, de nada sirve la creación de registro particular si las normas reguladores del acceso de las capitulaciones a éste son facultativas o, aun siendo imperativas, no accede el contenido de las mismas y sólo se tiene conocimiento o noticia del simple hecho de su otorgamiento, tal y como ocurre actualmente. Por tanto, lo trascendental para lograr el fin del conocimiento público del contenido de las capitulaciones matrimoniales en su aspecto patrimonial no será el concreto Registro en el que se inserten, sino la vía que se establezca para ello.

De este modo, el dato destacado será precisar cómo será posible lograr tal fin. Para ello, lo primero será articular una medida en virtud de la cual sea posible garantizar el acceso, en todo caso, al Registro pertinente de las escri-

turas en las que consten los pactos conyugales relativos al régimen económico matrimonial insertos en las capitulaciones matrimoniales, por tanto, al exigirse para la existencia de las mismas tal forma específica, se considera que sería el camino adecuado y más seguro, para no dejar además tal dato a la voluntad de los propios cónyuges, a los cuales les podría interesar que se desconociera este hecho, que el notario ante el cual se otorgaran diese traslado del mismo al Registro, de manera similar a como acertadamente se apuntó con anterioridad por AMORÓS GUARDIOLA y se hace en el Registro General de Actos de Última Voluntad con los testamentos notariales.

Pero evidentemente esta situación *per se* no solucionaría el problema pues, si bien se tendría constancia en todo caso de dicha realidad, para lograr que realmente se conociera ésta, sería necesario que, igualmente, con tal dato se trasladara el contenido patrimonial de los pactos realizados que afectan al régimen económico matrimonial acordado y no sólo el hecho de su otorgamiento, pues en caso contrario nos encontraríamos con idéntica situación a la existente en la actualidad, publicación de la existencia, que no del contenido del pacto capitular.

Para ello consideramos que sería el notario quien debiera extraer del contenido de las capitulaciones aquellas cuestiones que afecten al régimen elegido, sin necesidad de transmitir íntegramente al Registro pertinente el contenido completo de las mismas, dado que existen múltiples datos que podrían insertarse en las capitulaciones y exceder del ámbito propio indicado en la presente obra. Por ello, se considera que tal control o calificación la debiera realizar el propio notario pues, con ello, además se evitaría la transmisión de la totalidad de los pactos conyugales y un posible conocimiento por terceros en esa transmisión de cuestiones no atinentes al régimen económico matrimonial.

Una vez sea trasladado al Registro este dato y su contenido esté a disposición del encargado del mismo, según su concreta naturaleza, éste debiera revisarlo a los efectos de plasmar y publicar sólo aquellas cuestiones patrimoniales que ciertamente tengan relación e incidencia con el concreto régimen adoptado y los pactos que, derivados de ello, afecten al mismo, estableciéndose de este modo un nuevo filtro que tendría por objeto tratar de ceñir el contenido material de la publicidad al ámbito pretendido. De este modo, se lograría que la publicidad sea auténticamente efectiva y de interés para los terceros y que así estos puedan conocer la realidad de la situación económica matrimonial de los cónyuges.

Por tanto, parece que lo más adecuado será, más que la concreta modificación del sistema, la búsqueda del acceso al Registro pertinente del contenido patrimonial de las capitulaciones que se otorguen; de lograrse, sería perfectamente admisible cualquiera de los dos sistemas propuestos, si bien parece que casa más con nuestra tradición normativa el empleo del Registro Civil para, a través de él, efectuar la publicidad de las capitulaciones matrimoniales.

V. CONCLUSIONES

1. La necesidad de adecuar un medio de publicidad efectivo para las capitulaciones matrimoniales, se deriva de la posibilidad otorgada a los cónyuges en nuestro ordenamiento para la precisión de su régimen económico matrimonial por tal vía.
2. Ni el Registro de la Propiedad ni el Mercantil son aptos para generar la publicidad capitular genérica de la que deben gozar las capitulaciones matrimoniales a tal fin, al tener la otorgada en ellos para este pacto un carácter y unos efectos limitados y particulares a su propio ámbito.
3. El medio general que prevé nuestra normativa para llevar a cabo esta actuación es su mención en el Registro Civil, pero en éste no se da publicidad de su contenido, sino de su existencia, por lo tanto, el dato trascendental que debe conocerse, el contenido acordado para el régimen pactado, queda fuera de la mención. Dicha mención posee en la regulación codificada un carácter imperativo, a diferencia de lo que ocurre con la normativa registral civil, de la cual parece desprenderse su carácter meramente voluntario, lo que genera una importante y trascendente contradicción doctrinal sobre su naturaleza, que debiera ser resuelta con la precisión de tal dato en los textos normativos.
4. Dos únicos efectos se derivan de la mención en el Registro Civil de las capitulaciones, siendo la inoponibilidad de lo no inscrito frente a los terceros de buena fe, efecto que se produce no desde la fecha del otorgamiento de la capitulación, sino desde el momento de su acceso al Registro por primera vez, y la necesidad de la acreditación de la realidad de tal mención como requisito previo necesario para el acceso de las capitulaciones a los Registros de la Propiedad y Mercantil.
5. En caso de modificación por las capitulaciones del régimen preexistente, la publicidad de ésta produce idénticos efectos que en el caso anterior, esto es, desde el momento de su nueva constancia registral.
6. Es conveniente una modificación de la regulación vigente, que trate de determinar medios certeros por los que se pueda lograr la publicidad plena de las capitulaciones existentes, obligando al acceso de cuanto afecte al ámbito patrimonial matrimonial inserto en éstas al Registro. De lograrse, no sería necesario crear un registro específico para esta materia, al ser apto, de cumplir la mencionada premisa, el Registro Civil, criterio que seguiría nuestra tradición normativa, aunque no se generaría problema en caso de optarse por la creación de Registro específico, pues lo que habrá de lograrse será la publicidad

del contenido de las capitulaciones y no de su existencia y, para tal fin son aptas ambas vías.

7. Para el logro de tal fin, se entiende que podría emplearse una vía similar a la prevista para el Registro General de Actos de Última Voluntad en cuanto a su forma, esto es, la remisión al Registro pertinente de los datos que afecten a esta materia por parte del notario y no sólo del hecho del otorgamiento de las capitulaciones, al considerarse que, con ello, se dotaría de la publicidad debida para los terceros al régimen elegido, pues se tendría acceso real a su concreto contenido.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-SALA WALTER, JUAN: «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *Revista de Derecho Notarial*, 1981, págs. 7 y sigs.
- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: «Comentario al artículo 1.333 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1560 y sigs.
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO: «Matrimonio y régimen económico matrimonial», en *Derecho de Familia*, MONTES PENADES y ROCA TRÍAS (coor.), 2.^a edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 205 y sigs.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», en *Anuario de Derecho Civil*, 1994-I, págs. 115 y sigs.
- «Comentario al artículo 1.333 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 611 y sigs.
- CARBAJO GONZÁLEZ, JULIO: «El régimen económico matrimonial», en *Régimen económico del matrimonio*, AA.VV., 3.^a edición, Editorial Forum, Oviedo, 1996, págs. 32 y sigs.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: «Comentario al artículo 1.322 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (coor.), Tomo XVIII, Vol. 1.^o, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, págs. 74 y sigs.
- DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, págs. 170 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL y CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA: Revisión de la obra *Derecho Civil Español, Común y Foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, Tomo V, Vol. I, 11.^a edición, Editorial Reus, Madrid, 1987, págs. 322 y sigs.
- GÓMEZ FERRER-SAPIÑA, RAFAEL: «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico matrimonial en el Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978-I, págs. 493 y sigs.
- GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977-I, págs. 81 y sigs.

- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: «Los regímenes económicos matrimoniales y la publicidad registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, págs. 593 y sigs.
- *Derecho de Familia*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, págs. 210 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: «La publicidad del régimen económico matrimonial», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 362 y sigs.
- LINACERO DE LA FUENTE, MARÍA: *Derecho del Registro Civil*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2002.
- MORA MATEO, JOSÉ ENRIQUE: «Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones», en *Revista General de Derecho*, núm. 636, septiembre de 1997, págs. 10317 y sigs.
- PRETEL SERRANO, JUAN JOSÉ: «Comentario al artículo 77 de la Ley del Registro Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (coor.), Tomo IV, Vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1996, págs. 814 y sigs.
- «Comentario al artículo 266 del Reglamento del Registro Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (coor.), Tomo IV, Vol. 5.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, págs. 520 y sigs.
- SOTO BISQUERT, ANTONIO: «La publicidad del régimen matrimonial de bienes», en *Revista de Derecho Privado*, 1967, págs. 511 y sigs.

EDUARDO DE LA IGLESIA PRADOS
Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Problemas relativos al alcance temporal de la prohibición testamentaria de partir

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN: A) EL DERECHO ROMANO. B) DERECHO INTERMEDIO. C) LA CODIFICACIÓN.—III. LA DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PARTIR: A) LA TESIS DE LA DURACIÓN LIMITADA: 1. *El plazo de diez años*. 2. *El plazo de veinte años*. B) LA TESIS DE LA DURACIÓN INDEFINIDA: 1. *Exclusión de la aplicación analógica del artículo 400 del Código Civil*. 2. *El carácter autónomo del artículo 1.051 del Código Civil*: a) El diverso régimen jurídico; b) La distinta finalidad perseguida.—IV. LOS LÍMITES A LA DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN: A) PROHIBICIÓN SIN FIJACIÓN DE PLAZO: 1. *Plazo máximo de duración*. 2. *Posibilidad de partición antes del transcurso del plazo*. B) PROHIBICIÓN CON FIJACIÓN DE PLAZO: 1. *Plazo expreso*. 2. *Plazo implícito*. 3. *Extinción de la prohibición antes del transcurso del plazo fijado*.—V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—VI. LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL TERRITORIAL: A) EL CÓDIGO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA. B) LA LEY DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE ARAGÓN. C) LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA.

I. PLANTEAMIENTO

Resulta relativamente frecuente señalar la insuficiencia de las normas del Código Civil reguladoras de la partición hereditaria, así como la imprecisión de muchas de sus disposiciones en esta materia. Insuficiencia normativa que a la postre ha generado, amén de una notable riqueza doctrinal y jurisprudencial, una constante dificultad a la hora de encontrar soluciones seguras a muchos de los variados problemas que se suscitan con ocasión de la división de la herencia (1). Uno de los temas en los que es posible apreciar esa falta

(1) La parquedad de nuestro Código Civil en lo tocante a la partición, es algo que a menudo ha llamado la atención. Ya MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*

de certidumbre generada por la escasa atención que le presta el Código, no obstante la importancia de la institución, es el relativo a la prohibición de partir impuesta por el testador contemplada en el artículo 1.051 del Código Civil. El precepto, después de consagrar el derecho de todo coheredero a poner fin a la comunidad hereditaria («ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia»), a semejanza de lo que hace en el artículo 400 del Código Civil respecto a la comunidad ordinaria («ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad»), exceptiona el caso de que el testador haya prohibido expresamente la división; para, a continuación, advertir que aun mediando la prohibición, la partición tendrá lugar si concurre alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad, remitiendo con ello la eventual eficacia de la cláusula a las reglas contenidas en los artículos 1.700 y siguientes de este cuerpo legal.

No otra mención, ni aclaración, añade el legislador para esta materia, dejando en el aire cuestiones tan importantes como las relativas a quiénes pueden ser afectados por una limitación de esta naturaleza: ¿sólo los coherederos o cabe que afecte a personas que en principio no ostentan tal cualidad? Igualmente, dado que no se sucede de la misma manera y en las mismas condiciones según la condición del sucesor, ¿de qué forma vinculará a quienes ostenten, respectivamente, la condición de heredero y legatario? ¿O qué alcance tendrá en función de que se proyecte sobre los tercios de legítima estricta, mejora o libre disposición? ¿Es decir, de qué manera debe cohonestarse con el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, consagrado en el artículo 813.2 del Código Civil? Otros problemas que asimismo quedan sin responder en la letra del Código, al menos de forma directa, están ligados a la expresión misma de la cláusula: ¿es imprescindible que en todo caso aparezca en testamento? ¿Puede hacerse constar tácitamente o es necesaria una disposición expresa del testador? ¿Debe estar informada la estipulación por la existencia de un interés legítimo que justifique tan fuerte restricción al supremo derecho de los coherederos a poner fin a la comunidad hereditaria? Como puede apreciarse, se trata de cuestiones que encierran un indudable interés científico y práctico, y que conecta directamente esta fase del fenómeno sucesorio con aspectos de capital importancia relativos al aplazamiento de lo que, en definitiva, constituye el fin

español, V⁷, Madrid, 1972, pág. 362, advertía que la regulación de la partición hereditaria era ya insuficiente, antes incluso de la publicación del propio Código Civil, el cual tan sólo vino a recoger los principios y reglas sentados por la práctica y la jurisprudencia para suplir las deficiencias normativas. Por su parte, ROCA SASTRE, *Estudio sobre sucesiones*, I, Madrid, 1981, pág. 64, extendía la crítica no sólo a las normas sobre partición, sino a todas las comprendidas en el Título III del Libro III, destinadas a regular el fenómeno sucesorio. Por el contrario, SCAEVOLA, *Código Civil*, XVIII², Madrid, 1954, págs. 301 y 302, alabó la sencillez y economía expositiva del legislador en esta materia, considerando un verdadero acierto el limitar la regulación de la partición a tan escaso número de artículos.

último de la partición, es decir, la materialización del objeto del derecho de propiedad individual de cada sucesor.

Pero aun siendo significativos los problemas señalados, los que vienen a ocuparnos en estas líneas son otros también ligados al supuesto de la prohibición testamentaria de partir. Nos referimos a los relativos a la duración de una disposición de tal especie. En principio, no indica el Código cuál pueda ser su alcance temporal y este silencio, como en los casos anteriores, es precisamente lo que provoca una clara confrontación doctrinal, sostenida entre quienes defienden la posibilidad de establecer una duración ilimitada en el tiempo y quienes consideran que la vigencia y la eficacia de la prohibición deben ser por sistema limitadas. Debate que en cierta medida cobra mayor dificultad por la remisión que hace el artículo 1.051 del Código Civil a las causas por las que se extingue la sociedad, habida cuenta de que el artículo 1.700 del Código Civil establece como primera causa extintiva la expiración del término por el que fueron constituidas. Tampoco la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como tendremos ocasión de ver, ha dado una respuesta contundente a estos interrogantes en las ocasiones que se ha pronunciado al respecto, estando sus declaraciones en cierta medida condicionadas por la vinculación de estos problemas con otros relativos a la interpretación testamentaria o a la compensación por el gravamen de la legítima.

Todo ello conduce al resultado de no encontrar soluciones científicamente seguras por la disparidad de criterios doctrinales. Aunque es posible proponer algunas ideas o respuestas que sirvan para ayudar a clarificar las dudas que suscita el presente tema. A las posiciones más relevantes desde el punto de vista científico y jurisprudencial, acompañamos una somera visión de los aspectos más destacables en este punto en la legislación civil foral o especial, por contener en lo que hace a esta materia ciertas disposiciones que, al abordar con mayor detenimiento esta situación, ofrecen un mayor nivel de certidumbre y merecen al menos una pequeña exposición.

II. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN

Si bien no tuvo el contenido con que hoy la conocemos, la prohibición de partir la herencia fue una figura conocida, con carácter general, en el antiguo derecho. Así, la posibilidad de dejar sin partir el caudal hereditario fue prevista en el Derecho romano, aunque fuertemente mitigada por el reconocimiento y la práctica de la *actio familiae erciscundae*, que se generalizó en la etapa clásica. En el derecho común medieval será objeto frecuente de estudio por los autores, merced al influjo de los elementos provenientes de la experiencia jurídica germánica. Y será en el período codificador, con el renacer de la tradición romanista, cuando se atempere su ejercicio y se someta a fuertes límites.

A) EL DERECHO ROMANO

El mantenimiento de la indivisión hereditaria fue una situación que tuvo amplio predicamento en su etapa primitiva y vino representado principalmente por un *consortium domesticum*, constituido a la muerte del *paterfamilias*, que se configuró como una forma muy rudimentaria de sociedad familiar (2). Es el denominado consorcio *ercto non cito*, o lo que es lo mismo, que permanece sin dividir, al que aludía GAYO en *Instituciones* (3). En esta situación cada comunero podía disponer con efecto para los demás de las cosas pertenecientes a la herencia. Dos notas caracterizaban este estado. De una parte, la existencia de un *ius prohibendi*, a favor de cada comunero para vetar las actuaciones nocivas en el patrimonio común. Y de otra, la inexistencia de una acción que permitiese a los copartícipes solicitar la división de la *communio*; es decir, no contaban los comuneros con una acción de partición en el sentido en que hoy la entendemos (4). Probablemente, la ausencia de una acción divisoria fuese el resultado de tratarse de un consorcio voluntario, que no era impuesta por el *decuius*.

En cualquier caso, lo cierto es que de toda esta situación no se deduce la existencia de un verdadero derecho a favor del causante para mantener la indivisión hereditaria, pero vale la referencia como testimonio de una indivisibilidad sucesoria en el derecho antiguo, siquiera de carácter convencional y que separa este *consortium* de la comunidad ordinaria posterior.

Con el paso del tiempo, el concepto romano de la familia experimentó una paulatina desintegración que supuso el debilitamiento de los vínculos entre sus miembros. El desarrollo económico de los siglos II y III a.C., trajo consigo el decaimiento del *consortium* y el régimen comunitario cedió terreno frente a la progresiva penetración de una tendencia individualista que acabó

(2) No es pacífica, sin embargo, la aceptación de la figura como verdadera comunidad hereditaria. En contra se pronunció BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, II-1, Milano, 1966, pág. 254, para quien esta situación sólo reflejaría una simple costumbre social sin trascendencia jurídica. En parecido sentido, BRETONE, *Consortium e communio*, Labeo, VI-1 (1960), págs. 164 y 165, puso de manifiesto la frecuente generalización con que fue contemplada la figura, hasta el punto de confundir lo que no era más que una simple relación asociativa de carácter familiar con una verdadera comunidad de patrimonio.

(3) *Inst.* II, 154, a): «*Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo paterfamilias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso*».

(4) No obstante, pese a la amplia aceptación de la indivisibilidad de esta situación, BURDESE, «*Divisione*», *ED*, XIII, Milano, 1964, pág. 412, sostuvo la posibilidad de poner fin al consorcio mediante acuerdo de todos los coherederos. En contra, ALBERTARIO, «*Appunti sul consorcio familiare romano*», *RDC*, XXXII (1934), pág. 228, y GOBEAUX, *Etude sur la clause d'indivision forcee et perpetuelle en Droit civil français*, París, 1910, págs. 23 y 24, mantuvieron el carácter indefinido y perpetuo de esta clase de agrupaciones.

por atribuir a cada partícipe una porción ideal o cuota sobre la cosa común, para cuya efectividad se instituye una acción divisoria especial: la *actio familiae erciscundae* (5).

De la existencia de este remedio procesal se da cuenta en *Digesto*, donde se sitúan sus orígenes en la misma Ley de las Doce Tablas (6). Una vez consagrada la acción divisoria, las alusiones al derecho a poner fin a la comunidad hereditaria son constantes en los textos, percibiéndose la presencia de una casuística que reitera la posibilidad de extinguir dicha comunidad en el marco de relaciones jurídicas de diferente naturaleza y que conoció su máxima expresión en la etapa post-clásica. Así sucedió en materia de servidumbres, fideicomisos o legados (7). Hasta el punto de terminar por hacer depender el ejercicio de la *familiae erciscundae* de la simple voluntad de cualquiera de los comuneros, frente a la que no valían prohibiciones u oposiciones del resto de los copartícipes (8).

A pesar de todo se aceptó, por un lado, la validez de un pacto entre los coherederos, de carácter meramente temporal, dirigido al mantenimiento del estado de indivisión (9); y por otro, también que el testador pudiera imponer a sus herederos, por vía condicional, la continuación de la comunidad surgida a su fallecimiento, en analogía con la sociedad constituida sobre cosa futura (10). Pero más allá de esta posibilidad, el derecho a poner fin al estado sucesorio vino a constituirse en el principio capital de toda comunidad (11).

(5) Cfr. BIONDI, *Diritto Ereditario Romano. Parte General*, Milano, 1951, pág. 451. En la base de esta transformación se encuentra, entre otros factores, el paso de una economía agraria a otra mercantil más pujante, el predominio de la sucesión testamentaria y el reconocimiento de derechos hereditarios a favor de extraños. Circunstancias, en suma, que supusieron la evolución de la comunidad hereditaria hacia formas más liberales y amplias.

(6) D. X, 2, 1, Pr. (*Gaius libro VII ad Edictum provinciale*). Sin embargo, de acuerdo con FREZZA, «Actio familiae erciscundae», *NDI*, I-1³, Torino, 1957, págs. 265 y 266, la primitiva formulación de la acción de partición, de acuerdo con GAIUS, *Institutiones*, 4, 17 a), se encuentra en la *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*.

(7) D. VIII, 2, 26 (*Paulus libro 15 ad Sabinum*); D. XXXI, 77, 20 (*Papinianus libro octavo responsorum*); y D. XXXIII, 3, 4 (*Iavolenus 9 epistola*).

(8) D. X, 2, 43 (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*).

(9) D. X, 3, 14, 2 (*Paulus libro tertio ad Plautium*).

(10) D. XXVIII, 7, 4, Pr. (*Ulpianus libro octavo ad Sabinum*). «*Si qui ita sint instituti: "Si socii una bonorum meorum permanserint usque ad annos sedecim, heredes sunt"*, *inutilem esse institutionem secundum verborum significationem Marcellus ait: Iulianus autem, quoniam et ante aditam hereditatem iniri societas potest quasi rei futurae, valere institutionem, quod est verum*».

(11) C. III, 37, 5 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*).

B) DERECHO INTERMEDIO

En el contexto del Derecho común, la posibilidad de que el causante impusiese la permanencia en la comunidad fue tradicionalmente admitida por los autores. Así, BARTOLO, tomando como punto de partida la prevención contenida en un pasaje del *Digesto* (12), aceptó la viabilidad del mandato paterno por el que se obligaba a los hijos a mantenerse juntos en indivisión durante cierto tiempo, hasta treinta años. A partir de esta cita encuentra una solución favorable para que a los hijos pudieran imponérseles válidamente la continuación de la comunidad durante cierto tiempo, aunque sólo fuera *respectu bonorum et habitationis personarum*. No importaba que el texto no planteara el tema de si podía disponerse la indivisión hereditaria, ni que los autores de esta regla tampoco lo trajeran a colación al tratar la cláusula. Tal vez dicha solución resulte del comentario del mismo *Pomponio*, en el que deja entrever que este género de menciones tenía por finalidad la conservación de la autoridad del difunto en la medida que no perjudicase injustificadamente los derechos de los afectados por ella.

De esta manera pudo aceptarse, aunque no de forma absoluta, la prohibición testamentaria de partir, como también la admitieron CAEPOLLA, ALEXANDRO o MARSILIO, aun cuando la limitaran en el caso de que la división se pidiera *aliqua ex causa* o se efectuara por consenso unánime. O como en el caso de BOERIO, se estimara que el padre pudiera imponer esta comunidad a sus hijos con carácter temporal, más nunca a perpetuidad.

En el ámbito del derecho territorial de la Península Ibérica se hizo sentir, en una primera época, el fuerte influjo de la tradición germánica que trajo consigo una considerable pérdida de importancia de los principios y criterios procedentes de las antiguas leyes latinas (13). De esta suerte, a menudo se hará depender la división de la herencia no de la sola voluntad de uno de los coherederos, sino de la mayoría de ellos (14). Paralelamente, el estado de comunidad forzosa impuesta por el padre a los hijos sobre determinados bienes es, como señala HINOJOSA, una situación bastante habitual, a la que se suele recurrir bajo la fórmula *et alias hereditatem habeant communiter* (15).

(12) D. XXXIII, 1, 7 (*Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium*). «*Filiifiliaque meae ibis unto, ubi eos mater sua esse volet, iisque heres meus, in annos cingulos, inque pueros puellasque singular dañinas esto dare cibarii nomine aureos decem*».

(13) Cfr. GARCÍA-GALLO, «El problema de la sucesión *monis causa* en la alta Edad Media española», *AAMN*, X (1959), pág. 259.

(14) Vid. MARTÍNEZ GUJÓN, «La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español», *AHDE*, XXII-XXIII (1957-1958), págs. 227 a 236, con especial referencia al *Fuero Juzgo* y al *Fuero Real*.

(15) HINOJOSA, «La fraternidad artificial en España», *Obras*, I, Madrid, 1948, pág. 268.

Sin embargo, a partir del siglo XIII comienza a experimentarse una fuerte desafección por la vida en comunidad que, paulatinamente, se va traduciendo en el favorecimiento de la partición. En consonancia con ello, los fueros extensos sólo considerarán válidos los acuerdos por los que se mantiene temporalmente el estado de indivisión (16). El punto culminante de este devenir lo representan *Las Partidas*, en donde se consagra el derecho a solicitar y obtener la división de la herencia sin que valgan pactos ni prohibiciones en contra (17).

C) LA CODIFICACIÓN

El proceso codificador supuso, tanto con carácter general en Europa, como en particular en el caso español, la asunción del modelo latino de absoluta divisibilidad de la herencia. En este sentido, el *Code* napoleónico sancionó en su primitivo artículo 815 el derecho a provocar la partición en cualquier caso, a pesar de prohibiciones o convenciones en contra. Quedando a salvo, en el mejor de los casos, los pactos entre coherederos que no excedieran de cinco años. En parecidos términos se pronunció el artículo 984 del *Código* italiano de 1865, con la salvedad de que el testador podía imponer la prohibición cuando alguno de los herederos fuese menor de edad, y hasta que alcanzase la mayoría. Facultad que quedaba bajo la salvaguarda del juez, quien podía no obstante ordenarla si las circunstancias así lo aconsejasen. Este mismo espíritu se mantuvo en el Código de 1942, cuyo vigente artículo 713 faculta al testador para excluir la partición, de toda la herencia o de parte de los bienes, por un período no superior a cinco años, a semejanza del caso francés.

Correlativamente, la codificación española siguió en lo esencial los mismos parámetros marcados por la francesa. Sin embargo, puede apreciarse cómo el *Proyecto de 1851* fue incluso mucho más radical que el código galo, pues no admitía ninguna excepción o limitación al ejercicio de la acción de partición (18). Fue el *Proyecto de 1882* el que, apartándose de su antecedente, contempló la posibilidad de que la partición fuese prohibida por el testador y, con ligeras variantes, se convirtió en el definitivo artículo 1.051 del actual

(16) MARTÍNEZ GUÓN, *o.c.*, págs. 237 a 239, con referencia en concreto al Fuero de Cuenca y al Código de Tortosa.

(17) P. VI, 15, 1.^a y 2.^a

(18) Como indica GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II (ed. facs.), Barcelona, 1973, pág. 261, en la primera redacción se habían adoptado las disposiciones del código francés y sardo sobre duración del pacto prohibitorio de la partición y para ser menor de edad uno de los coherederos; pero la Comisión descartó tales excepciones, y las palabras «*en cualquier tiempo*» rechazan todo pacto, aunque sea por tiempo limitado.

Código Civil. Según sus redactores, este precepto fue tomado de los artículos 4.041 del Código mexicano y 942 del Anteproyecto de Código belga de Laurent, aunque es de notar que ninguno permitió la previsión en contrario del testador y el Anteproyecto de Laurent sólo permitió el pacto por tiempo no superior a cinco años.

En realidad, frente a la tendencia de los codificadores en esta materia, consistente en recoger la tradición jurídica *monis causa*, consagrada en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá, la posibilidad de que el testador prohíba la división de la herencia constituye una verdadera innovación en nuestro ordenamiento civil. En este sentido, la disposición del artículo 1.051 del Código Civil viene a significar una muestra de los intentos conciliadores del codificador español por armonizar los principios romanos con los criterios que reflejaban el sentir de nuestro derecho histórico (19).

III. LA DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PARTIR

Como ya indicamos, el silencio del Código en torno a esta cuestión suscita la duda de si la prohibición de partir la herencia tiene, aunque no se exprese, una vigencia temporal acotada y, en su caso, cuál sería su término máximo. O bien, si este mutismo es manifestación del deseo del legislador de conceder al causante el derecho de establecer la indivisión de la herencia por un período de tiempo ilimitado. En otras palabras, se trataría de dar respuesta a la siguiente situación: si el testador no ha puesto término final a su prohibición; o si este término no se corresponde con una fecha determinada, sino que se hace depender de un acontecimiento incierto; o incluso, si establecido un plazo, éste supera los diez años, ¿habrá de considerarse nula y tenerse por no puesta la disposición, o ha de reducirse hasta el máximo permitido en el artículo 400.2 del Código Civil o, acaso, es totalmente lícito y permitido, al no estar sujeto a dicho límite temporal? (20). En esta línea, las afirmaciones más habituales han girado en torno a dos posturas claramente enfrentadas: la de restringir la duración de la prohibición y la de considerar que el Código no limita temporalmente su existencia.

(19) Explica MANRESA Y NAVARRO, *o.c.*, pág. 372, que los autores de la Ley de Bases, y con ellos los redactores del Código, adoptaron un término medio que, ampliando bastante las facultades del testador, impidieran a la vez que quedara abandonada a su capricho la suerte futura de sus hijos o de las personas ligadas al mismo por los vínculos más poderosos de la sangre.

(20) MORENO TRUJILLO, *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, Barcelona, 1994, pág. 54.

A) LA TESIS DE LA DURACIÓN LIMITADA

Sus partidarios conciben la prohibición de partir la herencia como una facultad temporalmente limitada. En esencia, se estima que a pesar de que la ley explícitamente no señala un plazo máximo, sí tiene al menos el espíritu implícito de ponerlo. Lo cual se deriva de la propia concepción de la comunidad como un estado transitorio (21).

Así, tanto para la hereditaria como para la ordinaria, el legislador habría querido que fuese una situación provisional, llamada a desaparecer con el tiempo. Lo que se comprueba en la constitución de la acción divisoria (*communi dividundo* o *familiaeerciscundae*, según los casos) como principio fundamental en la materia. De forma que las limitaciones al ejercicio de esta acción están referidas exclusivamente al elemento temporal, pero nunca afectan a la facultad esencial de acabar con la comunidad. Por este motivo, se ha considerado que el artículo 1.051 del Código Civil no es más que la reproducción de lo dispuesto en el artículo 400 del Código Civil; y que la omisión en aquél de un específico límite temporal no es sino un defecto de redacción, pues nunca se quiso atribuir al *de cuius* la facultad de crear una comunidad perpetua (22). Esta circunstancia es fácilmente comprobable si se contempla la facultad del artículo 1.051 del Código Civil a la luz de lo prevenido en el artículo 1.052 del mismo Código, donde se afirma con rotundidad que todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, puede pedir «en cualquier tiempo» la partición de la herencia. De suerte que no existen derogaciones sustanciales al principio fundamental en la materia, sino más bien limitaciones que trabajarán estrictamente sobre el margen temporal, pero nunca sobre la facultad esencial de acabar con la comunidad sucesoria (23).

Ahora bien, aceptado que la prohibición de partir la herencia tendrá un plazo de vida limitado, restaría por decidir cuál será el período máximo que el disponente puede fijarle. En este sentido, se podría entender que el plazo máximo vendría determinado por lo que el Código previene con carácter general para la comunidad de bienes, esto es, un plazo no superior a diez o a veinte años, en función de la interpretación que se haga del contenido del artículo 400 del Código Civil.

(21) Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, VI-2^o, Madrid, 1910, pág. 1983; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, pág. 163; SANCHO REBULLIDA, *Estudios de Derecho Civil*, I, Pamplona, 1978, pág. 500; y ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, V-1^o, Barcelona, 1994, pág. 302. Más recientemente, también LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VII^o, Madrid, 2003, pág. 393, y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Particiones hereditarias, liquidación de gananciales y demandas judiciales*, IV, Madrid, 2002, págs. 905 y 906.

(22) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *o.c.*, pág. 1984.

(23) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, V-3, Madrid, 1965, pág. 197.

1. *El plazo de diez años*

Se trataría, en este caso, de admitir una plena identidad del sentido y alcance de los artículos 400 y 1.051 del Código Civil. De manera que, queriendo expresamente que el pacto de indivisión suscrito entre los comuneros tenga un plazo no superior a diez años, no puede por menos que desear este mismo plazo para la indivisión impuesta por el causante a sus coherederos, aunque el artículo 1.051 del Código Civil guarde silencio al respecto. Ciertamente, a pesar de que el artículo 400 del Código Civil establece una norma de indivisión dimanante de pacto y no de una declaración de última voluntad, es preciso establecer una regla de carácter general para las indivisiones, habida cuenta la restricción a la capacidad dominical que este fenómeno jurídico impone (24).

A esta conclusión se llega tomando en cuenta que la *ratio legis* de ambas disposiciones es la misma, por lo que para determinar el plazo de vigencia de la prohibición de partir habrá de aplicarse analógicamente el artículo 400 del Código Civil. La explicación de esta interpretación estaría en que del examen del Código no aparece ninguna razón para otorgar un mayor poder en esta materia al testador que a los propios herederos (25). Así, ha de entenderse que, si pretendiendo los propios interesados una indivisión más larga, no se les permite pactarla, menos razón habrá para tolerar que la imponga quien por muy causante que sea, y por mucho que sean suyos los bienes que deja a los coherederos a quienes les impone la indivisión, no tiene más señorío sobre sus cosas del que tienen sobre las suyas los comuneros cuyos bienes comunes no proceden de haberlos heredado de nadie. Y, por consiguiente, no puede consentirse al testador que éste pueda obligar a sus herederos a más de lo que ellos podrían obligarse aunque quisieran (26).

Esto no significa que se desconozca el valor que en el Derecho sucesorio tiene la voluntad del causante, sino la reducción de dicho valor a sus justos límites. De acuerdo con ello, la soberanía del testador no jugaría en estos casos; lo que se comprobaría con sólo observar las legislaciones en las que, reconociéndose la facultad de prohibir la partición, paralelamente se fija un límite temporal de duración a la misma (27). En definitiva, no se trata de obviar el poder constitutivo de la voluntad del causante como ley de la su-

(24) En este sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios a los artículos 1.051 a 1.087», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ, Pamplona, 2001, y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *o.c.*, pág. 906.

(25) FERRANDIS VILELLA, *o.c.*, pág. 164.

(26) Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *o.c.*, pág. 302.

(27) Es lo que sucede, como tendremos ocasión de ver, en las legislaciones territoriales, en las que se sanciona el poder del causante para excluir la partición (reconociendo con ello la soberanía de su voluntad), pero al mismo tiempo se establece un tope máximo de duración a la indivisibilidad establecida por el testador. Así, ocurre con la Ley 331 de

cesión sino, respetando dicha autoridad, reconducirla a los límites que le son propios (28).

2. *El plazo de veinte años*

Por último, cabe indicar que de manera completamente residual y aislada, una antigua doctrina sostuvo que esta prohibición de partir sólo podía alcanzar el término máximo de veinte años (29). Esta idea parte también de considerar que el artículo 1.051 del Código Civil no es más que una simple aplicación, al caso concreto de la herencia, de la regla general consignada en el artículo 400 del Código Civil. Por ello, al no especificar el legislador en sede de sucesiones la duración de esta facultad, es necesario acudir en vía analógica a lo establecido para la comunidad ordinaria.

El hecho de que se extienda hasta veinte años el plazo máximo de prohibición tendría su explicación en que el artículo 400 del Código Civil estaría admitiendo exclusivamente una sola prórroga del pacto de indivisión. Lo que resultaría de las propias palabras del legislador quien, al referirse a la renovación del acuerdo, lo hace en singular, hablando de «nueva convención»; queriendo indicar, entonces, que sólo cabe una prórroga. De esta manera, sumado el plazo legal inicialmente permitido (diez años), con el que se autoriza a prolongar (otros diez años), se alcanzaría el término máximo de veinte años que, ya sea fruto del acuerdo de los copropietarios, ya de la voluntad del testador, no puede sobrepasar el estado de indivisión de los bienes (30).

Por otra parte, esta limitación se justificaría en que el período de veinte años sería suficiente para la realización de todos y cada uno de los intereses jurídicos y económicos que hayan tenido presente, bien los condóminos, al suscribir el pacto, bien el propio causante de la sucesión, al disponer la prohibición en su testamento. De otra manera, si los sujetos desean prolongar su unión más allá de los veinte años, es porque buscan la obtención de un fin de utilidad o ganancia no característica de la comunidad, sino de la sociedad, por lo que deberían proceder a la conversión o transformación de la comunidad en sociedad (31).

la Compilación de Navarra, el artículo 50 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón y el artículo 45 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte del Derecho Civil de Cataluña.

(28) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *o.c.*, pág. 1984, y FERRANDIS VILELLA, *o.c.*, pág. 164.

(29) Es el caso, entre otros, de SCAEVOLA, *o.c.*, pág. 331.

(30) Defendieron también esta postura, BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 341 y 342; y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil III-2²*, Barcelona, 1979, págs. 37 y 38.

(31) BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *o.c.*, pág. 342.

B) LA TESIS DE LA DURACIÓN INDEFINIDA

Suele ser ésta la teoría mayoritariamente sostenida por la doctrina científica, que entiende que no existe limitación de ningún tipo al derecho del causante para fijar un plazo de vigencia, mayor o menor, a la prohibición de partir la herencia entre sus herederos (32). Las razones que se ofrecen para ello son distintas y van desde negar la posibilidad de una aplicación analógica de lo previsto en el artículo 400 del Código Civil para la comunidad de bienes *in genere*, hasta realizar una interpretación teleológica del precepto del artículo 1.051 del Código Civil, de la que resultaría esa ausencia de limitación.

1. *Exclusión de la aplicación analógica del artículo 400 del Código Civil*

El primer argumento que se utiliza para excluir el límite temporal fijado en el artículo 400 del Código Civil es la imposibilidad de aplicar analógicamente este precepto al supuesto de la comunidad hereditaria. Los motivos para ello estarían apuntando a la necesidad de independizar el estudio del artículo 1.051 del Código Civil y no ligarlo al régimen impuesto por el artículo 400 del Código Civil, puesto que ambos preceptos contemplan comunidades con un origen diverso (33). Así, el artículo 400 del Código Civil toma en cuenta una indivisión que nace del pacto o acuerdo, bilateral o plurilateral, suscrito y asumido por los comuneros, es decir, por los propios titulares de la situación comunitaria. Mientras, el artículo 1.051 del Código Civil se sitúa ante un negocio jurídico en el que no existen intereses contrapuestos, sino un único interés: el del testador, que debe ser defendido a ultranza. Es decir, en este caso no estamos ante un pacto, sino ante una imposición (34).

(32) Una antigua doctrina, representada entre otros por COVIÁN, «Partición de herencia», *EJE*, XXIV, Barcelona, s.f., pág. 338, y por MANRESA Y NAVARRO, *o.c.*, VII⁷, Madrid, 1956, pág. 690, ya sostuvo esta tesis. Más modernamente, también la han seguido, entre muchos, CRESPO ALLUÉ, *La división de la comunidad de bienes*, Madrid, 1993, págs. 115 y 116; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, V⁵, Barcelona, 1993, pág. 134 (también sus continuadores, en *Elementos de Derecho Civil*, Madrid, 2001, pág. 105); MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentarios a los artículos 400 a 406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, V-2, Madrid, 1985, pág. 466; MUÑOZ DE DIOS, «La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje del Profesor Castán Tobeñas*, I, Pamplona, 1969, págs. 631 y 632; PRATS ALBENTOSA, *Derecho de Sucesiones*, dirigida por F. CAPILLA y A. M. LÓPEZ, Valencia, 1992, págs. 603 y 604.

(33) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «El legado de cosa ganancial», *ADC*, V-2 (1952), págs. 546 y 547. También MUÑOZ DE DIOS, *o.c.*, pág. 630.

(34) MORENO TRUJILLO, *o.c.*, pág. 55.

Esto admitido, ha de concluirse que el límite de diez años del artículo 400 del Código Civil no puede ser aplicado por analogía, ya que habrá quedado excluido por la voluntad del legislador, cuyo silencio en el artículo 1.051 del Código Civil ha sido buscado de propósito con el deseo de no someter la prohibición del testador a un plazo de vida determinado, y menos aún al establecido en el artículo 400 del Código Civil (35).

2. *El carácter autónomo del artículo 1.051 del Código Civil*

Otra circunstancia, directamente relacionada con la inconveniencia de aplicar analógicamente el artículo 400 del Código Civil, es la naturaleza especial y autónoma del artículo 1.051 del Código Civil. Extremo que también sirve para probar la inexistencia de límite temporal a la facultad del testador (36).

a) El diverso régimen jurídico

En esta línea, el artículo 1.051 del Código Civil es una regla especial que contempla, como ya indicamos, un supuesto netamente distinto al previsto en el artículo 400 del Código Civil. Así, de la misma manera que a la división de la copropiedad ordinaria se aplican las reglas de la partición de herencia (art. 406 del Código Civil), no se encuentra en el Código ningún precepto que obligue a aplicar a la indivisión hereditaria todas las reglas de la comunidad ordinaria (37). Además, la comunidad surgida por efecto de la sucesión lo ha hecho con una reglamentación propia, específica, emanada de la voluntad del causante de la misma; una comunidad en definitiva que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 392 del Código Civil, deberá ser respetada en cuanto se rige por verdaderas disposiciones especiales (38).

b) La distinta finalidad perseguida

Un argumento también que justifica ese carácter especial y autónomo del artículo 1.051 frente al artículo 400, estaría en el distinto fin que persiguen

(35) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *o.c.*, pág. 466.

(36) Así lo expone DOMENGE AMER, *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, Madrid, 1996, pág. 166.

(37) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *o.c.*, pág. 134.

(38) GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 405.

ambas disposiciones. El pacto de indivisión en la comunidad ordinaria pretende satisfacer los intereses de los mismos sujetos que los suscriben; pero la prohibición de partir, beneficie o no a los sucesores, en principio está prevista en interés de quien la establece, esto es, del causante (39).

Por eso, el artículo 1.051 no remite al 400, lo que habría dado pie para justificar una limitación temporal. Por el contrario, reenvía a otro régimen normativo: el de la extinción de la sociedad, que es el contenido en los artículos 1.700 y siguientes del Código. Y admitido que, en la sociedad, los socios son plenamente libres para fijar la duración del contrato suscrito entre ellos, también debe serlo el testador a la hora de establecer la duración de la prohibición entre sus sucesores, sin sujeción a plazo de ninguna clase (40).

Así pues, si se aceptara el límite temporal señalado en el artículo 400 se estaría impidiendo la realización de la finalidad pretendida por el artículo 1.051. Como explica LACRUZ (41), la naturaleza especial de la disposición en estudio puede deducirse incluso del *Proyecto de 1851*, donde faltaba una norma como la que estudiamos. Al contrario, no permitía al testador prohibir la división. La nueva regla que vino a establecer el Código persigue unas finalidades concretas que no podrían acaso cumplirse si existiera la limitación temporal del artículo 400. Y si en el segundo párrafo del propio artículo 1.051 hay una limitación temporal específica, sin alusión alguna a la de los diez años, es que dicho precepto ha de interpretarse autónomamente y sin ponerlo en relación con el relativo a la copropiedad, dirigido en último término a resolver cuestiones distintas (42).

En otras palabras, en el artículo 1.051 se prevén unas causas específicas para evitar la vinculación perpetua de los coherederos en la comunidad hereditaria, entre las cuales no se encuentra la del artículo 400. Así, la concurrencia de alguna de las causas expresamente previstas sería suficiente para quebrar los deseos de indivisión del testador, sin tener que acudir a una aplicación forzada, y posiblemente menos ventajosa, del artículo 400. Menor ventaja que resulta del riesgo más que probable de frustrar la finalidad perseguida por el testador al establecer la cláusula, si se interpreta que transcurrido un plazo determinado cualquier heredero pudiese pedir la partición (43).

(39) Cfr. CRESPO ALLUÉ, *o.c.*, pág. 117.

(40) Son de esta opinión, entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV⁷, Madrid, 2001, págs. 570 y 571; MORENO TRUJILLO, *o.c.*, pág. 54; y también se pronunció, en este sentido, ROCA SASTRE, «Anotaciones de Derecho español» a la obra *Tratado de Derecho Civil*, de T. KIPP, V-2², Barcelona, 1976, pág. 270.

(41) LACRUZ BERDEJO, *o.c.*, pág. 134.

(42) En el mismo sentido, y con apoyo en el dato histórico que supuso la novedad del Código de 1889, puede verse CRESPO ALLUÉ, *o.c.*, pág. 116.

(43) MORENO TRUJILLO, *o.c.*, pág. 55, y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Comentarios a los artículos 1.051 a 1.087 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil* del Ministerio de Justicia, I², Madrid, 1993, pág. 2468.

En definitiva, puede afirmarse que, bien por unos motivos o por otros, lo cierto es que no existe inicialmente restricción alguna en el límite temporal de la prohibición de partir la herencia. El causante es, pues, libre para fijar el tiempo por el cual debe durar la misma; o para no fijar ninguno, dándole así carácter indefinido. Sin que ello signifique, al mismo tiempo, que la comunidad hereditaria se torne perpetua, ya que podrá ser reconducido en su deseo mediante el juego de alguna de las causas por las que se extingue la sociedad (44).

IV. LOS LÍMITES A LA DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN

Aceptado, entonces, que el Código no impone límites a la facultad del causante para determinar el tiempo por el que haya de prolongarse la prohibición, no por ello debe admitirse que se le faculta para crear una comunidad perpetua. Porque una cosa será que el testador sea libre para fijar el plazo durante el que la comunidad puede subsistir y otra, muy distinta, que la indivisión así constituida pueda durar eternamente. Pues esto sería contrario a la regla general de natural divisibilidad de la comunidad y al principio por el que quedan prohibidas las vinculaciones perpetuas (45).

Ya hemos indicado que el propio artículo 1.051 reenvía a las causas de disolución de la sociedad, y el artículo 1.700 prevé como primer motivo de extinción, la expiración del término por el que fue constituida. Con ello se pone de manifiesto que el legislador ha querido, cualquiera que hubiese sido el deseo del testador, que la prohibición no fuese imperecedera. Ocurre, sin embargo, que éste puede haber fijado un plazo específico, o que tal vez no haya señalado ninguno. Según qué casos, el funcionamiento de las causas extintivas será diferente. Por ello conviene distinguir ambos supuestos por separado.

A) PROHIBICIÓN SIN FIJACIÓN DE PLAZO

Esta situación puede resultar de que el causante no lo haya fijado, limitándose a establecer la prohibición sin más, o porque el plazo no resulte de

(44) DOMENGE AMER, *o.c.*, pág. 166. MANRESA Y NAVARRO, *o.c.*, VII⁷, pág. 690, llegó a señalar que, por efecto de esta cláusula, los coherederos venían a quedar obligados, aun contra su voluntad, a permanecer en la indivisión o a dejar de ser herederos.

(45) Cfr. PRATS ALBENTOSA, *o.c.*, pág. 603. Igualmente, el Tribunal Supremo parece sostener este criterio. Así, en *STS de 25 enero 1996 (RA 319)* y *STS de 9 octubre 1997 (RA 7107)*, ha reconocido que la comunidad hereditaria puede tener una duración indefinida, sin que ello suponga la constitución de una relación jurídica de carácter perpetuo; sino que, por el contrario, en tales casos siempre será posible poner término a dicha situación, pues es opuesto al Derecho que las partes permanezcan siempre vinculadas.

la naturaleza del negocio. Cuando la prohibición carece de plazo de duración, porque no se haya establecido ni directa ni indirectamente, es preciso determinar hasta dónde puede alcanzar dicha vinculación.

1. *Plazo máximo de duración*

En tales casos la prohibición durará como máximo la vida de los comuneros, pues fallecido uno nada obstará al derecho a pedir la división de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1.680 del Código Civil («*La sociedad dura por el tiempo convenido; a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el art. 1.700 y lo dispuesto en el art. 1.704*»). Por tanto, éste será el límite último de duración de la restricción y determina el momento (fallecimiento de cualquiera de los copartícipes) a partir del cual el coheredero es libre para solicitar y obtener la división de la herencia (46).

2. *Posibilidad de partición antes del transcurso del plazo*

Pero incluso dentro de ese plazo podrá tener lugar la partición si cualquiera de los sucesores hace uso de la facultad que se les reserva en el último inciso del artículo 1.680, en relación con el número 4 del artículo 1.700 del Código Civil; esto es, la denuncia unilateral. Aunque se deberá ejercer con las condiciones establecidas en los artículos 1.705 y 1.707 del Código Civil, es decir, de buena fe, en tiempo oportuno y por una causa justificada (47).

Por consiguiente, si el testador hubiera guardado silencio en torno a la duración de la prohibición de partir que impuso a sus herederos, cualquiera de éstos podrá pedir que se divida la herencia, siempre que justifique la existencia de motivos que hagan conveniente y hasta necesaria la partición. En otro caso la prohibición se extenderá a lo largo de la vida de los comuneros; y al fallecimiento de cualquiera de ellos, los demás serán plenamente libres para ejercer la acción de partición, sin quedar sujetos a justificaciones o exigencias de ninguna clase (48).

(46) MUÑOZ DE DIOS, *o.c.*, pág. 631, y DOMENGE AMER, *o.c.*, pág. 167.

(47) Así, PRATS ALBENTOSA, *o.c.*, pág. 603, y CRESPO ALLUE, *o.c.*, págs. 116 y 117.

(48) Díez-PiCAZO y GULLÓN, *o.c.*, pág. 571, y DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Comentarios...*, cit., pág. 2468.

Parece, pues, que en estos casos el legislador ha buscado que sean los sucesores quienes determinen el verdadero final de la comunidad, en función de su propia autonomía de la voluntad: sin restricciones de ningún tipo a partir del fallecimiento de uno de ellos, y condicionado a la concurrencia de buena fe y justa causa si quisieran ponerle fin antes de tal hecho. Se pretende con esto último que, por el mero deseo de uno de los coherederos, no se haga ilusoria e ineficaz desde un primer momento la voluntad del testador. Dicho de otra manera, se puede presumir que el testador, al no señalar un plazo expreso o tácito (la duración del negocio), ha querido dejar el término de la comunidad hereditaria a la libre voluntad de cualquiera de los comuneros, permitiendo que puedan desligarse de ella en cualquier momento. Pero el legislador, por otra parte, con el fin de que la indivisión no quede al arbitrio y capricho de los coherederos, ha querido establecer un freno al desarrollo de la acción divisoria, exigiendo que se acredite que ésta se ejercita de buena fe, en tiempo oportuno y con notificación a los demás comuneros, según dispone el párrafo segundo del artículo 1.705 del Código Civil (49).

Sin embargo, en ocasiones se ha opuesto a esta teoría la incorrección de aplicar de una forma automática los principios que rigen las sociedades, pues ello supone la aplicación, de manera rígida e intransigente, al fenómeno sucesorio de unos criterios concebidos para una realidad jurídica totalmente distinta. De suerte que la remisión a aquellas disposiciones es sólo orientativa y en tanto no contradiga principios especiales de la institución hereditaria. En este caso, con la aplicación analógica de los artículos 1.680, 1.705 y 1.707 del Código Civil, se corre el riesgo de complicar las cosas, al restar capacidad dominical a los herederos que tendrían que mantener un permanente estado de indivisión de sus cuotas, en contra de la garantía de intangibilidad de las legítimas (50).

B) PROHIBICIÓN CON FIJACIÓN DE PLAZO

En estos casos, lo común será que la prohibición deje de surtir efectos una vez transcurrido el tiempo por el que fue establecida. Sin embargo, puede que la indicación de este momento se haya efectuado de manera expresa y determinada o, por el contrario, que se hiciera de forma implícita, por refe-

(49) MUÑOZ DE DIOS, *o.c.*, pág. 631, y LASARTE ÁLVAREZ, *o.c.*, pág. 423.

(50) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *o.c.*, 906. También CORBAL FERNÁNDEZ, «Comentarios a los artículos 1.051 a 1.055», en *Comentarios del Código Civil*, coordinados por IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, V, Barcelona, 2000, pág. 526, se hace eco de la dificultad de aplicar en bloque, en sede de comunidad hereditaria, los artículos 1.700 y siguientes del Código y la necesidad de llevar a cabo una labor de adecuación que contemple las características específicas de la comunidad.

rencia a circunstancias concretas. En ambos supuestos las consideraciones serán diversas.

1. *Plazo expreso*

Lo normal en esta situación es que la prohibición cese una vez transcurrido el plazo durante el cual se quiso que fuese efectiva. Sin embargo, el principal problema que se plantea es si ha de respetarse por entero un plazo que, en términos generales, pudiera resultar desorbitante. El hecho de ser excesivo puede venir determinado por la circunstancia de que su observación supondría que el bien o bienes en cuestión quedaran, en la práctica, fuera del tráfico económico; lo que ha querido impedir el Código a toda costa (51).

En tales casos se considera, como tendremos ocasión de ver, que existe también un tope máximo que cohonesta la genuina intención del causante, de que su patrimonio permanezca unido, con las no menos legítimas aspiraciones de los sucesores a obtener, en un momento determinado, una porción del caudal relicto.

2. *Plazo implícito*

La especificación implícita de un plazo durante el cual rija la limitación puede venir dada porque el causante haya ordenado la indivisión en función de la concurrencia o mantenimiento de determinadas causas. La multiplicidad de estas últimas es evidente, pues será la voluntad del disponente la que señale el hecho determinante del fin de la prohibición (52).

Así, se han considerado supuestos típicos de esta situación fijar como duración la de cierto negocio (a la que alude especialmente el art. 1.680 del Código Civil), el tiempo que falte hasta que un coheredero alcance la mayoría de edad (situación típica que contempla el art. 713 del *Código* italiano), e incluso mientras viva el cónyuge supérstite (que constituye una hipótesis bastante socorrida en esta materia). Se trata, en general, de indivisiones queridas por el testador en función de una determinada finalidad (53).

En cualquiera de estas situaciones, así como en todas aquellas otras en las que análogamente se establezca un plazo implícito, es evidente que el tope máximo de la indivisión estará determinado por la pervivencia de la causa señalada por el *de cuius*. De manera que la extinción de ésta llevará consigo

(51) Cfr. MANRESA Y NAVARRO, *o.c.*, VII⁷, pág. 691, y CRESPO ALLUÉ, *o.c.*, pág. 118.

(52) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *o.c.*, pág. 501, y DOMENGE AMER, *o.c.*, pág. 168.

(53) Así, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *El legado...*, cit., pág. 547, y Díez-PICAZO y GULLÓN, *o.c.*, pág. 571.

la ineficacia de la prohibición. Vencimiento que podrá tener lugar, bien por el cumplimiento de los motivos que impulsaron a su establecimiento, bien porque se acredite que será imposible su realización (54).

3. *Extinción de la prohibición antes del transcurso del plazo fijado*

Como ya indicamos, la fijación de un plazo, sea explícito o implícito, en ocasiones puede significar, por su excesiva duración, un inaceptable estado de indivisión que vulnere el derecho de los sucesores a obtener la parte de los bienes que les corresponda en la sucesión. Para evitar tales resultados, por demás indeseables, se suele considerar que el límite temporal máximo debe, en último término, acoplarse al establecido en el artículo 781 para las sustituciones, por la remisión que al mismo se hace en el número 2.º del artículo 785 del Código Civil. De forma que la prohibición sólo puede tener efecto durante la vida de los coherederos o no pasando del segundo llamamiento, como si fuera una prohibición de enajenar (55).

Se alega en favor de tal limitación la aplicabilidad del precepto a las prohibiciones y limitaciones temporales impuestas por el testador sobre los bienes que deja a sus herederos, ya en propiedad individual ya en régimen comunitario, y que produzcan en el terreno práctico un efecto análogo al que traen consigo las sustituciones, cual es el de la restricción en la libre circulación de las cosas. O en otros casos, porque puedan integrar ese efecto equivalente al de las sustituciones, otros resultados igualmente rechazables, como puedan ser la desnaturalización del derecho o la imprevisión de futuro (56).

Pero además, y en consonancia con el régimen extintivo al que reenvía el propio artículo 1.051 del Código Civil, es decir, al de la sociedad, también se ha apuntado la posibilidad de que, existiendo un plazo fijado por el causante, sea de aplicación el artículo 1.707 del Código Civil (*«No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los tribunales»*); y, en consecuencia, quede sin efecto la prohibición cuando un justo motivo, apreciado por el juez, haga necesaria la partición (57). No obstante, para ello será necesario interpretar

(54) MUÑOZ DE DIOS, *o.c.*, pág. 635.

(55) ARMERO DELGADO, *Testamentarias y Particiones*, I, Madrid, 1951, pág. 484, y PUIG PEÑA, *o.c.*, pág. 199.

(56) Así, MUÑOZ DE DIOS, *o.c.*, pág. 632, y DOMENGE AMER, *o.c.*, pág. 168.

(57) Cfr. PRATS ALBENTOSA, *o.c.*, pág. 603.

con relativa amplitud el «justo motivo» contemplado en dicho precepto, y no circunscribirlo a los estrechos márgenes que resultan de los escasos supuestos previstos en el artículo, cuya aplicación a la comunidad hereditaria, por lo demás, será harto complicada (58).

V. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En las ocasiones que nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado al respecto del problema debatido, no ha acostumbrado a dar una respuesta concluyente, al menos hasta hace escasos años. En general se ha tratado de casos en que lo verdaderamente enjuiciado eran cuestiones en cierto sentido ajenas a la imposición de una prohibición de partir la herencia. En general se contemplaban situaciones donde lo buscado por el testador era el mejoramiento de una determinada persona —a menudo el cónyuge superviviente—, o de ciertos bienes. Para lo cual incorporaba a su testamento disposiciones de distinta naturaleza, encaminadas a obtener o garantizar la consecución del fin propuesto. En tal contexto es frecuente encontrarse con el establecimiento de cautelas o con particiones practicadas por el propio testador, de todo o parte de sus bienes, a las que se añaden algunas prohibiciones a los herederos, como la de solicitar la intervención judicial, la de impugnar la partición practicada o esta misma de solicitar la división de la herencia. En todo caso, siempre se articulan como medio para la consecución del fin último propuesto por el testador que, como decimos, suele consistir en el mejoramiento o protección de determinados familiares, o de ciertos bienes que se pretende permanezcan en el patrimonio familiar. Es decir, la prohibición de partir va a tener por lo común un carácter instrumental y su configuración y eficacia va a estar sumamente condicionada por el fin al que está llamada a servir. De suerte que para la interpretación de la cláusula será necesario, como tendremos ocasión de ver, atender a la finalidad buscada por el disponente.

Así, una alusión a la eficacia de la prohibición de partir impuesta por el testador, la encontramos en la *STS de 12 diciembre 1958 [RJ 3828]*. En esta resolución se resolvía, entre otros extremos, sobre la subsistencia de una comunidad de bienes impuesta por el causante, cuya realidad era discutida por la actora. En el caso en cuestión, el testador había dispuesto que su

(58) En este sentido, CRESPO ALLUÉ, *o.c.*, págs. 118 y 119, y CORBAL FERNÁNDEZ, *o.c.*, pág. 527. En contra de esta postura milita la restringida inteligencia que se hace en nuestro Derecho del artículo 1.707 del Código Civil, que impide la admisión de otros supuestos que no sean los específicamente previstos en el precepto. Así, CAPILLA RONCERO, «Comentarios a los artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, XXI-1, Madrid, 1986, pág. 687.

herencia permaneciera sin dividir mientras viviera su esposa y madre de los herederos. Con el tiempo, los descendientes otorgaron un documento transaccional en el que pretendieron dar solución a la confusión de patrimonios originada a consecuencia de la explotación y administración de los bienes de la herencia paterna llevada a cabo por uno de los hermanos. La demandante, una de las hijas del difunto testador, entendía que la comunidad originaria continuaba existiendo, por cuanto no se había producido el hecho determinante de la partición, cual era la muerte de la madre. El resto de los herederos estimaban que, tras el deceso del administrador, el otorgamiento del documento transaccional se había creado una nueva comunidad de naturaleza contractual, que extinguía la anterior de carácter hereditario, impuesta por el padre de los litigantes, de suerte que aquella comunidad había desaparecido no obstante la prohibición establecida inicialmente. Entre la apertura del testamento y la transacción habían transcurrido más de treinta años. La Audiencia Territorial absolvió a los demandados y no acogió la tesis de la subsistencia de la comunidad hereditaria.

El Tribunal Supremo, por su parte, casó la sentencia recurrida al entender que se había vulnerado el artículo 1.051 en relación con el artículo 1.700 del Código Civil, por errónea interpretación de su contenido, así como por inadecuada valoración de las pruebas obrantes. Se daba la circunstancia de que en el propio documento de transacción se hacía mención al patrimonio dejado por el padre de los litigantes, mediante una estipulación en la que se aclaraba que dichos bienes «continuarían bajo la administración de la madre, sin que sus hijos ni los hijos de su hijo fallecido puedan pedir su división mientras viva su expresada madre y abuela, respectivamente». Consideró el Alto Tribunal que tal cláusula constituía la corroboración de la estipulación testamentaria en la que se prohibía que se dividiese el caudal mientras viviese su mujer, estableciendo una sanción para el que reclame la legítima, consistente en la privación de la parte correspondiente al tercio de mejora. En este sentido, el Tribunal Supremo afirmó que del documento de transacción *«se desprende paladina y evidentemente, que existió, en principio, impuesta por el testador, la comunidad de bienes relictos —por determinación del art. 1.051—, comunidad no extinguida y que ha quedado después respetada por la voluntad expresa de los herederos... demostrando la subsistencia de esta comunidad, el que no se ha procedido a la apertura de la sucesión por la muerte del que la instituyó, ni haberse dado el supuesto del fallecimiento de la viuda, caso previsto en el testamento para interesar la división»*.

Como puede apreciarse a la luz de esta afirmación, el Tribunal Supremo admite la validez de la cláusula por la que se prohíbe la partición de la herencia por toda la vida de una persona. Ciertamente, la mayor o menor duración de la prohibición no era en sentido estricto la cuestión a dilucidar en el caso de autos, pero de manera indirecta se acoge tal interpretación en

la medida en que se reconoce validez a la cláusula en que se establece y se hace valer la circunstancia de la supervivencia de la esposa como elemento que imposibilita la apertura de la división. A mayor abundamiento, vuelve a afirmar el Tribunal que la efectiva obtención de los beneficios hereditarios derivados de la sucesión sólo podrá tener lugar cuando se produzca la cesación de la comunidad por división de la herencia, lo que sucederá bien cuando se produzca el fallecimiento de la madre de los herederos, bien antes de tal momento si lo consiente la propia beneficiaria de la prohibición.

El Tribunal Supremo no entró en este caso a discutir si cabía establecer un plazo cierto o incierto, dando por sentada la eficacia de la cláusula con fijación de un plazo indeterminado, *incertus quando*, aunque cierto en su acaecimiento, *certus an*. El núcleo central de la discusión, como se ha visto, era la pervivencia de la comunidad cuya división había sido prohibida y, al estimar que la misma subsistía en tanto la esposa supérstite no había fallecido, estaba reconociendo la validez de un plazo implícito con independencia de su mayor o menor duración. Es de ver asimismo que en esta situación la indivisión no es establecida de manera arbitraria o caprichosa, sino respondiendo a una finalidad seria y legítima como era la de mantener unido el patrimonio en aras de una mejor y más provechosa gestión de los bienes, en concreto de una explotación agrícola (59).

En el supuesto planteado hemos visto que el vehículo para imponer la prohibición testamentaria no se limitó a una simple declaración del causante, sino que se protegió su deseo mediante su vinculación a una cautela soci-niana. Este medio, como ya advertimos, constituye un recurso socorrido a la hora de instrumentar el establecimiento de prohibiciones de partir, pues la amenaza de la pérdida de la parte correspondiente a mejora o al tercio de libre disposición suelen ser eficaces garantías para que los legitimarios se abstengan de ejercer la acción divisoria. En ocasiones incluso se anuda a esta prevención la prohibición igualmente de intervención judicial en la testamentaria, con igual pena de pérdida de las partes correspondientes a los tercios de mejora y libre disposición. Así sucedió, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la *STS de 8 de marzo de 1989 [RJ 2023]*. En el supuesto, el núcleo esencial de la cuestión litigiosa debatida se reducía a determinar si cabía la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos de la acción de complemento de legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario. División que había sido excluida por el causante en su testamento, al impedir que sus hijos o descendientes pudieran pedir la división de la herencia en vida de la esposa sobreviviente; estableciendo para el caso de que contraviniese su mandato, la pérdida de lo que pudiera corresponderle más

(59) Sobre la importancia de la finalidad buscada por el testador al imponer la prohibición de partir, vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *El legado...*, cit., pág. 547.

allá de su legítima estricta. Con la misma sanción, se conminaba a respetar la prohibición de intervención judicial en la testamentaría que, en su momento, se llevará a cabo. En el caso en cuestión, el Tribunal Supremo, al margen de decidir lo que era objeto del pleito, admitió la plena validez de la cláusula, lo que refuerza la idea de la eficacia de un plazo superior a los diez años determinados por el artículo 400 del Código Civil y, en consecuencia, la inaplicabilidad por vía analógica del límite contemplado en este precepto.

Otra de las ideas que puede extraerse de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal es la relativa a la posibilidad de dejar sin efecto la prohibición de partir antes de la llegada del término, cuando tanto los herederos como la persona beneficiaria de la institución (a menudo, el cónyuge supérstite), consienten en proceder a la división de la herencia no obstante la previsión testamentaria en contra. Al respecto de este extremo tuvo ocasión de pronunciarse la *STS de 16 de febrero de 1977 (RJ 368)*. En el caso en cuestión, el testador impuso una prohibición de partir en beneficio de su esposa, con la intención de que ésta siguiera disfrutando de la situación económica en que vivió constante el matrimonio. Asimismo, nombró contadores-partidores cuyo encargo debía comenzar una vez falleciese la viuda. No obstante, la esposa solicitó a los contadores que procedieran a llevar a cabo las operaciones particionales, renunciando al legado de usufructo vitalicio de los bienes que se le concedía en el testamento. Algunos herederos impugnaron dicha partición por estimar que se infringía lo establecido en el testamento de su causante, entendiéndolo que lo realizado por los contadores no era válido, puesto que su mandato no había comenzado cuando procedieron al reparto de los bienes, ya que el cumplimiento de su encargo no podía iniciarse antes del óbito de la viuda.

El Tribunal Supremo, entre otras consideraciones, entendió que *«la voluntad del de cuius fue la de proteger a su cónyuge después de su muerte, de forma tal que ésta pudiera seguir disfrutando de su saneada situación económica y deducir de ello que semejante beneficio era renunciable por parte de su titular y que, por consiguiente, las operaciones particionales practicadas eran válidas a pesar de haberse efectuado dos años antes del óbito de la última»*. Como es de ver, dos son los aspectos destacables de esta afirmación. De un lado, el énfasis que se pone en la finalidad protectora de la cláusula, hasta el punto de convertirse en razón justificadora de su establecimiento. De otro, que por tratarse de un beneficio personal se configura como un verdadero derecho subjetivo cuya titularidad corresponde a la persona beneficiaria de la prohibición, quien en definitiva podrá renunciar al mismo y, en consecuencia, dejarla sin efecto antes del plazo previsto testamentariamente.

Así, explica el propio Tribunal que *«la permanencia en la indivisión hereditaria se concedió en beneficio de la referida esposa, la que, por consiguiente, podía renunciarla, conforme a lo prevenido en el artículo 6, núme-*

ro 2 del Código Civil, por no contrariar el interés o el orden público, ni perjudicar a terceros, como así lo hizo, al solicitar de los contadores que llevaran a efectos las particiones, renunciando al legado de usufructo vitalicio de bienes y aprovechamiento de masa de arbolado que le concedía la cláusula octava del testamento, e incluso a una parte de bienes que, por su carácter de gananciales, pudieran corresponderles; con lo que, lejos de perjudicar a los herederos, obtuvieron éstos el beneficio de entrar en posesión de sus bienes con una anticipación de cuatro años al momento en que les hubiera correspondido, obteniendo además algunas otras ventajas económicas de las que no hubieran disfrutado hasta el fallecimiento de la esposa del testador».

Como puede observarse, para que la renuncia sea efectiva no es necesario ni siquiera el consentimiento o participación del resto de los herederos, toda vez que la plena recuperación por éstos del derecho a partir antes del transcurso del plazo establecido por el testador, implica de por sí un beneficio patrimonial en la medida en que podrán entrar anticipadamente en posesión de lo que les cupiere en la sucesión.

En el conjunto de las sentencias plasmadas es de advertir que no es objeto de decisión el plazo durante el cual puede durar válidamente la prohibición de partir la herencia. No obstante, no dejan lugar a dudas de que el Tribunal Supremo reconoce validez, al menos, a la disposición cuando la duración de ésta está vinculada al acaecimiento de un suceso futuro y cierto, aunque se ignore cuándo tendrá lugar; lo que en ocasiones puede prolongar durante bastantes años la efectividad de la prohibición.

Finalmente, en los últimos años el mismo Tribunal ha tenido ocasión de abordar directamente el problema del alcance temporal de este tipo de prohibiciones. Ello ha tenido lugar en la *STS de 21 de diciembre de 2000 [RJ 9336]*, en la que el objeto de discusión lo constituía precisamente qué duración como máximo podía alcanzar una estipulación de las analizadas. En el caso, el testador dispuso que mientras viviese su esposa la herencia quedaría sin partir, con la finalidad principalmente de que se llevasen a cabo una serie de obras de mejora en la finca en cuestión, que tendrían lugar una vez que la propiedad se consolidase mediante la extinción del usufructo correspondiente a la esposa del testador y que, a la postre, serviría para dar un trato igualitario a los herederos en la distribución de los bienes. Uno de los hijos del fallecido promovió juicio voluntario de testamentaría y el resto de los sucesores, incluida la esposa del causante, respondieron demandando la denegación de operaciones particionales. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión del solicitante de la división. Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial revocó la misma, declarando no haber lugar a iniciar la partición, si bien limitando tal espera al fallecimiento de la viuda, siempre y cuando éste tuviera lugar dentro del plazo de diez años previsto en el ar-

título 400 del Código Civil, o el de la prórroga convenida por los coherederos, contados a partir del momento del fallecimiento del testador. Tanto los herederos no interesados en dividir como la viuda interpusieron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, por entender que el tribunal había procedido a interpretar erróneamente el artículo 400 en relación con el artículo 1051.1.º del Código Civil, pues estimaban que la limitación temporal contenida en aquél no era aplicable al supuesto contemplado en sede de sucesiones.

El Tribunal Supremo dio la razón a los recurrentes y, después de proclamar que dentro de las facultades dispositivas del testador está la de prohibir la división de los bienes hereditarios, siempre que lo haga por tiempo determinado, afirmó que *«el testador estaba en su perfecto derecho en fijar tal plazo de indivisión y ello obliga a los herederos —hijos—, a la indivisión de la finca —objeto hereditario— hasta que no se produzca el fatal hecho de la muerte de su esposa»*. Considera el Tribunal que ello es así aunque el artículo 400 del Código Civil determine la validez del pacto de indivisión limitado a los diez años (más la prórroga del referido plazo), explicando que debe permitirse el establecimiento de un plazo dependiente de un hecho futuro y cierto, como es el fallecimiento de una persona, aun cuando tal plazo abarque un período de tiempo superior al previsto en el artículo 400 del Código.

Ha de ponerse de relieve que el Tribunal pone el acento en la finalidad buscada con la prohibición, que estaría respondiendo a la existencia de un fin serio y legítimo. En tal sentido, se establece en la sentencia que el mantenimiento de la indivisión, con el fin de proceder en su momento al mejoramiento de la explotación, consistente en la realización de unas obras de regadío en la finca, que no podrían tener lugar hasta la plena consolidación de la propiedad en manos de los herederos, constituye un *«planteamiento absolutamente lógico y que va en beneficio del aprovechamiento social y económico de la tierra, y que debiera dar por supuesto que el plazo de indivisión debe durar hasta el óbito antedicho»*. Así pues, parece inclinarse nuestro Alto Tribunal por la opinión de quienes creen que el límite temporal previsto en el párrafo segundo del artículo 400 del Código Civil no es aplicable al supuesto previsto en el artículo 1.051 del Código Civil, merced a la distinta finalidad perseguida por uno y otro precepto (60). Pues el pacto de indivisión en la comunidad ordinaria busca satisfacer los intereses de los mismos sujetos que los suscriben, mientras que en la prohibición de partir —exista o no beneficio para los sucesores—, en principio se estaría protegiendo el interés de quien la establece, esto es, del causante. Interés este último que, en cualquier caso, debe responder a una finalidad legítima y tutelable; bien sea, como hemos podido ver, la protección económica del cónyuge supérstite, bien la realización concreta de fines sociales,

(60) Cfr. CRESPO ALLUÉ, *o.c.*, pág. 117, y LACRUZ BERDEJO, *o.c.*, pág. 134.

en consonancia con el cumplimiento de la superior función social al que está sujeta la propiedad de acuerdo con el artículo 33 CE.

En resumen, conforme a la opinión del Tribunal Supremo puede concluirse afirmando que éste no sólo admite la validez de una duración superior a los diez años del artículo 400 del Código Civil, sino incluso la previsión de un plazo de duración incierta, con tal que el evento sea cierto en su acaecimiento. Pero, además, que la eventual eficacia de un término de tales características va a estar condicionado al cumplimiento de una finalidad digna y protegible.

VI. LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL TERRITORIAL

Al contrario de lo que sucede con nuestro Código Civil, en el contexto de las ordenaciones civiles especiales existe una regulación más completa de esta cuestión, al menos en aquellos cuerpos legales que tratan la posibilidad de diferir la división de la herencia. Esto sucede al menos con el Derecho aragonés, el Derecho Foral navarro y el Derecho Civil catalán. Cada uno de ellos prevé la posibilidad de que la herencia quede sin partir por mandato del testador. Sin embargo, la respuesta que dan en cada caso en torno al tiempo por el que el patrimonio hereditario puede permanecer indiviso no es homogénea.

A) EL CÓDIGO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

Inicialmente, la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, dentro del Capítulo VI («De la colación y partición»), del Título V («Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada»), del Libro II («De las sucesiones»), regulaba la posibilidad de que el testador estableciera una prohibición de partir la herencia por un plazo determinado que no podía exceder de los diez años a contar desde la apertura de la sucesión (61). Esta previsión se mantuvo en el Código de Sucesiones por causa de muerte, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento catalán. Sin embargo, el nuevo precepto amplía la regulación anterior, enriqueciendo y mejorando su contenido. Ahora, el artículo 45 del Código de Sucesiones (dentro del Capí-

(61) Artículo 274, párrafo 1.º: «El causante podrá ordenar y los herederos unánimemente convenir que no se proceda a la partición de la herencia por un plazo que no exceda de diez años a contar de la apertura de la sucesión».

tulo VI —«*La partición*»—, del Título I —«*Disposiciones generales*»—), establece que «*Todo coheredero, o su representante legítimo, podrá pedir, en cualquier tiempo, la partición de la herencia. Sin embargo, el causante podrá ordenar, y los herederos convenir unánimemente, que, tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta no se proceda a la partición durante un plazo que no podrá exceder de diez años a contar desde la apertura de la sucesión. Este plazo podrá llegar a los quince años respecto al inmueble que sea residencia habitual de uno de los coherederos si éste es cónyuge o hijo del testador. Si se fija un plazo superior, éste se reducirá en cuanto al exceso. Aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el juez podrá autorizar la partición a instancia de cualquier coheredero, si concurre una causa justa sobrevenida*».

Como puede verse, la nueva regulación mejora sensiblemente, desde un punto de vista técnico, la normativa anterior, y puede resultar incluso más ventajosa que la contenida en el propio Código Civil (62). En principio, el legislador parece haber querido agotar las distintas posibilidades que pueden presentarse. A diferencia del artículo 1.051 del Código Civil, permite que la indivisión se establezca no sólo con respecto a toda la herencia, sino también en cuanto a bienes concretos. Lo que en determinados casos puede suponer una clara ventaja a efectos de la gestión común de determinados bienes hereditarios cuya productividad desaconseja su reparto entre los herederos. Igualmente, la norma no deja lugar a dudas en cuanto a cuál pueda ser su duración, pues se establece con carácter general un plazo máximo de diez años y, excepcionalmente, si se trata de la vivienda habitual del cónyuge o hijo del testador, permite la ampliación del término hasta los quince años. Como puede verse, el fin de tutela de determinados miembros de la familia está en la base de esta ampliación.

Otro dato destacable lo constituye la necesidad de reducción del plazo al término legal en caso de establecerse una duración superior a la permitida en el precepto, optando el legislador por la conservación del negocio antes que por la nulidad de la cláusula. Por último, existe la posibilidad de que la partición sea autorizada judicialmente, aun con anterioridad al transcurso del plazo por el que se prohibió, si concurre una causa justificada. En este extremo no sigue el criterio previsto en el Código Civil que, para la partición anticipada, remite a las causas por las que se extingue la sociedad. El Código de Sucesiones parece en esto más cercano a la regla contenida en el artículo 713 del *Código* italiano, que autoriza al juez para acordar la partición —o para reducir el plazo de espera— cuando así lo aconsejen «graves cir-

(62) Cfr. GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Madrid, 2000, págs. 820 y 821.

cunstancias»; idea que puede estimarse equivalente a la concurrencia de una causa justa (63).

B) LA LEY DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE ARAGÓN

La Compilación del Derecho Civil de Aragón no contemplaba de manera expresa el mantenimiento de la indivisión sucesoria por mandato del testador, aunque no faltaban supuestos especiales de prolongación de la vida comunitaria más allá de la muerte del causante, como podía suceder en los casos de la comunidad conyugal continuada o del consorcio foral. Con posterioridad, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, aprobada por las Cortes de Aragón, procedió a ordenar de manera especial las normas concernientes a la sucesión, con derogación del Libro II de la Compilación. La nueva regulación contempla de manera expresa la situación que nos ocupa, optando decididamente por someterla siempre a límites temporales concretos. El mismo *Preámbulo* de la Ley 1/1999 deja claro que tanto las prohibiciones de partir como los pactos de indivisión han de tener necesariamente carácter temporal.

Ahora, el artículo 50 de la Ley de Sucesiones dispone que: «1. *Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad.* 2. *No obstante, el disponente podrá ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado, que no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo. Igualmente, los partícipes podrán convenir unánimemente la indivisión por un plazo máximo de quince años. En ambos casos, podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años.* 3. *Aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida».*

Las novedades, pues, son evidentes. A semejanza de lo que sucede con el Derecho catalán, prevé la posibilidad de prohibir la partición tanto con respecto a toda la herencia como sólo a bienes determinados. Pero, a diferencia de aquel otro ordenamiento, en el que únicamente se prevé el establecimiento de un plazo concreto y determinado (diez o quince años), la legislación

(63) Artículo 713, párrafo 4.º: «Incluso en ambos casos, la autoridad judicial, cuando graves circunstancias lo exijan, puede, a solicitud de uno o de más coherederos, consentir que la división se efectúe sin demora o después de un término menor del establecido por el testador».

aragonesa admite que la duración de la prohibición pueda quedar sometida a un plazo indeterminado, aunque cierto en su acaecimiento, como es el determinado por el tiempo que dure el usufructo del cónyuge viudo. Debe notarse que, estableciéndose de ordinario la prohibición con una finalidad protectora, resulta positiva la contemplación de esta posibilidad y no someterla a los estrictos márgenes temporales del Código de Sucesiones catalán.

En cuanto al plazo de tiempo concreto, se fija en quince años a contar a partir de la apertura de la sucesión. Con ello se eliminan las dudas sobre la aplicabilidad en Aragón del párrafo segundo del artículo 400 del Código Civil a la comunidad hereditaria, a diferencia de lo previsto en el Derecho Civil común que, como hemos tratado, no admite la aplicación de aquella regla en sede sucesoria (64). El artículo se cierra estableciendo la posibilidad de que, por justa causa sobrevenida, se pueda soslayar la prohibición (o el pacto, en su caso), quedándole reservada la decisión al Juez. En esto, como ocurre con el Derecho catalán, podría interpretarse la justa causa como motivo grave que impida la continuidad de la comunidad.

C) LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA

El Derecho navarro contiene en su Compilación una disposición destinada a regular la figura en estudio. La Ley 331, dentro del Capítulo Primero («Disposiciones generales»), del Título XX («De la partición de herencia»), del Libro II («De las donaciones y sucesiones»), establece que «Cualquiera de los herederos podrá exigir en todo tiempo la división de la herencia, excepto en los casos siguientes: 1. Cuando el causante hubiere ordenado la indivisión, bien por todo el tiempo que dure el usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo, bien por el tiempo que falte para que el heredero de menos edad tome estado o, aun sin contraerlo, llegue a los veinticinco años, bien, en cualquier otro caso, por un plazo máximo de diez años a contar del fallecimiento. 2. Cuando los herederos lo acuerden por el tiempo y en cualquiera de los supuestos previstos en el número 1. Mediante nuevo acuerdo, estos plazos podrán prorrogarse por término que, cada vez, no sea superior a diez años».

En el caso del Derecho Foral de Navarra, la posibilidad de prohibir la partición de la herencia puede alcanzar una duración variable en función de las circunstancias en que se haya establecido. Este régimen jurídico es así el más amplio y versátil dentro de los Derechos Civiles territoriales. Cuando

(64) SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ-RIOBOO, «Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil», RDCA, V-1 (1999), pág. 21, considera que con ello se concede prevalencia al principio de libertad civil, a la carta.

el testador ordene la indivisión de la herencia sin fundarse en otra razón que su propio deseo, podrá alcanzar como máximo el tiempo de diez años. Regla que parece congruente con el espíritu latino de transitoriedad de la comunidad de bienes, que no consiente la permanencia excesivamente prolongada en la indivisión (*ex art. 400 del Código Civil*). Sin embargo, cuando el designio que guía al testador es la protección de algunos miembros del núcleo familiar, entonces el plazo no puede tener carácter absoluto, sino que alcanzará determinados periodos en función del motivo que justifica la imposición de la traba a partir. El primer caso (durante todo el tiempo que dure el usufructo de fidelidad), se evita al cónyuge viudo la liquidación de la sociedad matrimonial. Dado que dicho usufructo recae sobre la totalidad de los bienes del causante, esto evita los malestares y desavenencias con el resto de los herederos por causa de la partición (65). Esta prohibición podrá alcanzar incluso por toda la vida del usufructuario, como sucede en el Derecho común, si la prohibición se establece por toda la vida del cónyuge viudo, como tuvimos ocasión de ver.

El otro caso (por el tiempo que falte para que el heredero de menos edad tome estado o llegue a los veinticinco años), nos coloca ante una situación en la que se busca que los herederos más jóvenes puedan alcanzar la suficiente madurez para decidir quién y cómo de entre ellos continuará con la casa. El límite de los veinticinco años se corresponde con la edad en que antiguamente se alcanzaba la mayor edad. El supuesto se considera propio del Derecho consuetudinario de Navarra que, en consideración a la continuidad de la casa y a la función familiar de los bienes, permitía establecer una indivisión más prolongada de lo ordinario cuando respondía a estos fines tuitivos. Si bien, el supuesto, al menos en lo concerniente a la protección de los hijos menores de edad, no es exclusivo de la legislación foral. Ya el Código Sardo de 1838 previo en su artículo 1.038 que el testador, dejando hijos menores de edad, prohibiese la partición hasta la expiración del año siguiente a la mayoría de edad del más joven. De ahí pasó al *Código* de 1865, y de éste al de 1942, manteniéndose en la actualidad tal previsión (66).

LUIS A. GODO Y DOMÍNGUEZ
(Profesor de Derecho Civil - ULPGC)

(65) Cfr. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «Comentarios a los artículos 331 a 345», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona, 2002, pág. 1041.

(66) Vid. PALAZZO, *Le successione*, II, Milano, 1996, pág. 50 y sigs., y Cicu, *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Bolonia, 1964, págs. 702 y 703.

LECTURAS DE DICTÁMENES Y NOTAS

Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA REALIZACIÓN DIRECTA DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN LA LEGISLACIÓN DE FUNDACIONES.—III. EL MODELO DE LA «FUNDACIÓN SANTA MARÍA LA REAL-CENTRO DE ESTUDIOS DEL ROMÁNICO».—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

La presente comunicación pretende constituir una aportación al tema de la realización directa de actividades económicas por parte de las fundaciones, tomando como referencia un modelo concreto: la «Fundación Santa María la Real-Centro de Estudios del Románico», constituida como tal con domicilio en el Monasterio de Santa María la Real de Aguilar de Campoo (Palencia), conforme a la Carta Fundacional de 24 de junio de 1994 (1).

De todos es sabido que las fundaciones han dejado hace ya mucho tiempo de configurarse como patrimonios estáticos de supervivencia, dependiente de aportaciones ajenas y rentas propias para pasar a concebirse como realidades dinámicas capaces de generar por sí mismas recursos económicos que no sólo

(*) *Comunicación presentada en la Jornada: «Fundaciones y realidad socioeconómica: análisis de la cuestión», celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela el 6 de abril de 2005.*

(1) Otorgada por don JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ, Notario del Ilustre Colegio de Madrid, número 1382 de protocolo, y ratificada por otra escritura de 12 de julio de 1994, ante el mismo notario, número 1553 de protocolo.

La segunda parte de la denominación de la Fundación, «Centro de Estudios del Románico», es consecuencia de la incorporación posterior de dicho Centro a la Fundación y, concretamente, fruto de un acuerdo del Patronato de 17 de diciembre de 1994, que obligó a la modificación del artículo 1 de los Estatutos. Cfr. la escritura de protocolización de acuerdos fundacionales de 3 de abril de 1995, otorgada por don CARLOS LEÓN MATORRAS, Notario de Aguilar de Campoo (Palencia), número 331 de protocolo.

garanticen su conservación sino que, además, coadyuven a una mejor consecución de los fines fundacionales. De hecho, la legislación vigente ha superado la concepción clásica de estos entes como «patrimonios» adscritos a un fin de carácter altruista para pasar a considerarlos prioritariamente como «organizaciones» destinadas a la realización de fines de interés general (art. 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en adelante LF) (2).

Pues bien, dentro del amplio panorama de actividades económicas que es susceptible de acometer una fundación en la actualidad, destaca sin duda toda la problemática relativa a la realización directa de las mismas, en supuestos, por tanto, en que la fundación obtiene ingresos, no a través de empresas cuya titularidad se ostenta total o parcialmente (3), sino asumiendo ella misma la gestión de la actividad, problemática esta que viene en buena parte alimentada por las exigencias legislativas, estatales y autonómicas, de que exista un mayor o menor grado de relación, según los casos, entre el objeto de tales actividades económicas y los fines fundacionales.

II. LA REALIZACIÓN DIRECTA DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN LA LEGISLACIÓN DE FUNDACIONES

El artículo 24.1 párrafo primero LF consagra un reconocimiento expreso de la posibilidad de que las fundaciones lleven a cabo directamente «actividades económicas», si bien con la condición de que su objeto «esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas» (4), y con sometimiento en cualquier caso «a las normas reguladoras de la defensa de la competencia».

Esta declaración normativa, que se presentó como una de las novedades más significativas de la LF (5), permite deducir dos posibilidades de actuación del ente fundacional:

- La que se refiere a la realización de actividades económicas cuyo objeto guarde relación directa con los fines de interés general estatu-

(2) De aplicación general a todo el territorio nacional, dado su carácter básico (Disposición Final Primera 1 LF), y semejante a su antecedente artículo 1.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

(3) Sobre el tema, vid. GARCÍA RUBIO, M.^a P./TRIGO GARCÍA, B., *Fundación, entes societarios y patrimonio familiar*, Comunicación presentada a las XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, «Asociaciones y Fundaciones», Alicante, 2004, inédita.

(4) Esta última mención parece haber tenido su origen en el artículo 36.b) de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

(5) Cfr. Exposición de Motivos, III.

tariamente asumidos, con lo cual habría quedado consagrada legal aunque no formalmente la viabilidad en nuestro ordenamiento jurídico de la llamada «fundación-empresa» funcional, o, lo que es lo mismo, de aquellos supuestos en que la fundación realiza sus objetivos directamente a través del ejercicio de una actividad mercantil que es representativa por sí misma de un fin de interés general (6).

- La que se refiere a la realización de actividades económicas complementarias o accesorias de las anteriores, coadyuvantes, por tanto, en la mejor consecución de otras de objeto sí directamente vinculado con la satisfacción de los fines fundacionales (7).

Llama la atención este criterio restrictivo del legislador que deja al margen la posibilidad de que las fundaciones realicen directamente actividades económicas cuyo objeto sea ajeno por completo a los fines fundacionales, máxime cuando la precedente Ley 30/1994, que no se refería literalmente a este tipo de actividades pero cuya admisibilidad se deducía claramente de su articulado (8), no establecía tal limitación sino únicamente una precaución a efectos fiscales que impedía acogerse al régimen especial más favorable cuando las actividades mercantiles desarrolladas, directa o indirectamente, fueran de carácter «principal» o, no siéndolo, carecieran de relación con los fines de interés general propios de la fundación (9).

(6) Vid. VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1969, págs. 120 y sigs.

(7) Así, mientras en el primer caso podríamos pensar, por ejemplo, en la explotación de una editorial por una fundación que tenga por fin la promoción de la cultura, en este último podría considerarse actividad accesoria de la misma la explotación de la imprenta que sirve a dicha editorial. Vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 198.

Sin embargo, el alcance cualitativo de la «complementariedad» o «accesoriedad», a que se refiere el legislador, es difícil de determinar. En este sentido, vid. REAL PÉREZ, A., *Fundaciones, actividades mercantiles e impuesto de sociedades: algunas reflexiones a propósito de las Leyes 49/2002 y 50/2002*, Comunicación presentada a las XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, «Asociaciones y Fundaciones», Alicante, 2004, inédita. Desde el punto de vista cuantitativo, téngase en cuenta el artículo 7.11.º, párrafo segundo de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, a efectos de la exención del Impuesto sobre Sociedades.

(8) Cfr. los antiguos artículos 17.1, 19.2 y, sobre todo, 23.6, de acuerdo con el cual «la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales». En el mismo sentido, la Disposición Adicional 1.ª del Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos.

(9) Cfr. los derogados artículos 42.2, 48 y 49.5 de la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales de 1994.

En la actualidad, sin embargo, la ley estatal restringe la posibilidad de realizar actividades ajenas a los fines fundacionales a los supuestos en que el beneficio económico se obtenga indirectamente a través de la participación en sociedades no personalistas, cuyo objeto podrá ser cualquiera (art. 24.1 párrafo segundo LF), privándose con ello, en principio, a las fundaciones de la posibilidad de obtener ganancias que repercutan igualmente en la consecución de los fines fundacionales a partir de la realización directa de negocios cuyo objeto sea totalmente ajeno a los mismos (10): el límite a esta posible ajeneidad se encuentra en el aludido carácter de complementariedad o accesoriedad con respecto a otras actividades sí relacionadas con los fines fundacionales. Al respecto, además, el artículo 3.3.º de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, condiciona la aplicación del régimen fiscal específico que regula a que «la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria», entendiéndose cumplido este requisito cuando el importe neto de la cifra de negocios obtenido por dichas actividades económicas ajenas a los fines fundacionales que deberán estar marcadas por el carácter de complementariedad a que nos referimos, no exceda del 40 por 100 de los ingresos totales del ente (11).

Esta tónica de la legislación estatal es también la de la normativa autonómica. Así, por poner un ejemplo, el artículo 22 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, sobre Fundaciones de Castilla y León (12), dictada al amparo de la competencia exclusiva que el artículo 32.1.27 del Estatuto de Autonomía atribuye a esta región en materia de fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (13), contiene una norma en la materia que nos ocupa aun más restrictiva que la prevista en la legislación estatal (14). Así, dicho artículo 22 prevé en su

(10) Lo que dogmáticamente se denomina, desde VALERO AGÚNDEZ, cit., «fundación-empresa» o fundación como forma de empresa en sentido «dotacional».

(11) A tales efectos, se especifica que tiene la consideración de explotación económica la «ordenación por cuenta propia» de medios de producción y recursos humanos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

(12) Modificada por Ley 12/2003, de 3 de octubre, con la finalidad de incorporar a la normativa autonómica «algunas de las innovaciones introducidas para las Fundaciones de competencia estatal por la Ley 50/2002» en materia de organización interna del ente fundacional.

(13) Téngase en cuenta el artículo 2 de la LO 9/1992, de 23 de diciembre, sobre transferencia de competencias a las CCAA que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE, que atribuyó competencias exclusivas a Castilla y León en esta materia. Vid. TORRES GARCÍA, T. F., «Constitución testamentaria de fundaciones en la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, febrero de 2004, págs. 77 y 78.

(14) Cfr. Disposición Final primera de la Ley 30/1994, vigente todavía en el momento en que se dictó la norma autonómica, a propósito del ámbito de aplicación de la legislación estatal, y la Disposición Final primera de la actual LF.

número 1 que «las fundaciones pueden realizar actividades económicas coincidentes con los fines fundacionales o relacionadas directamente con el cumplimiento de los mismos», limitándose seguidamente la posibilidad de realizar actividades mercantiles independientes de dichos fines fundacionales a los supuestos de participación en sociedades y, por supuesto, de naturaleza no personalista (art. 22.2, 3 y 4). Con ello, las actividades económicas directas quedan descartadas en todos los supuestos en que falte esa estricta coincidencia de su objeto con los fines fundacionales, entre ellos, aquéllos que la legislación estatal sí acoge por considerar que constituyen actividades complementarias o accesorias de las anteriores.

III. EL MODELO DE LA «FUNDACIÓN SANTA MARÍA LA REAL-CENTRO DE ESTUDIOS DEL ROMÁNICO»

En relación con esta problemática, la «Fundación Santa María la Real-Centro de Estudios del Románico» representa un modelo interesante a efectos de poner de relieve el a veces forzado encuadre de las actividades económicas realizadas directamente por las fundaciones en los fines estatutariamente asumidos a que aboca la legislación vigente, particularmente en este caso, la legislación estatal, a cuyo régimen se somete por tratarse de una fundación de ámbito nacional (15).

El artículo 6 de los Estatutos de esta Fundación establece como fines del ente una serie de objetivos respecto de los que puede señalarse como común denominador el desarrollo de actividades de carácter cultural relacionadas con el entorno histórico del Monasterio Santa María la Real de Aguilar de Campoo, algunos tan concretos como la conservación del Monasterio y de su entorno, preferentemente románico, el fomento de los estudios sobre el arte románico y la cultura medieval, la divulgación de las actividades fundacionales mediante su edición en todo tipo de soporte, la divulgación del idioma castellano, la defensa y enriquecimiento del patrimonio, o la activación de un museo del territorio que sirva para dar a conocer la actividad histórica de la zona. Complementariamente, la Fundación asume también objetivos relacionados con el desarrollo de la región en la que se enmarca el Monasterio, y así los Estatutos se refieren a la realización de actividades de índole social a través de programas de formación y empleo dirigidos a la consecución de un aumento de la población, a la promoción de empresas culturales,

(15) Así, según el artículo 4 de sus Estatutos. Cfr. artículo 1 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, que considera que lo son las que «desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de más de una Comunidad Autónoma», como es el caso.

turísticas y artesanales que propicien el desarrollo sostenible, y a la realización de planes de ecodesarrollo. Finalmente, la Fundación también asume otros fines de índole social, enunciados de manera muy genérica, que son los que, como veremos, sirven de cobertura para la realización de actividades mercantiles que, en principio, no parece que sean representativas de sus objetivos característicos: la contribución «al desarrollo económico y social mediante la prestación de servicios que favorezcan la integración de los diferentes colectivos que conforman la comunidad», mención ésta que, curiosamente, figura como fin de la fundación no desde su constitución en 1994 sino a raíz de una modificación estatutaria formalizada con fecha de 12 de enero de 2001 (16).

Pues bien, entrando en las actividades económicas que la Fundación realiza directamente, por sí misma y no a través de una empresa (17), hay que destacar, con una plena adecuación entre el objeto de estas actividades y los fines fundacionales, su actividad editorial, dirigida a la publicación de libros de temática relacionada con el arte románico y la historia medieval (18); su actividad organizadora de cursos y seminarios, encaminados igualmente hacia la profundización en el conocimiento del románico y de su entorno cultural (19), y la explotación del Museo del Románico en el propio Monasterio de Santa María la Real (20).

Sin embargo, la Fundación también tiene asumida, desde junio de 2001, la explotación directa de una Residencia para personas mayores, gestionada bajo el nombre comercial de Residencia «Tercera Actividad», que pudiendo enmarcarse en la genérica mención contenida en sus Estatutos a la contribu-

(16) Cfr. la escritura de tal fecha, por la que se eleva a público el acuerdo del Patronato, de 24 de noviembre de 2000, de modificar en este sentido el artículo 6 de los Estatutos de la Fundación, otorgada por don JESÚS MANUEL PÉREZ YUSTE, Notario de Aguilar de Campoo (Palencia), número 37 de protocolo.

(17) La Fundación también participa, con carácter de socio único, en dos sociedades de responsabilidad limitada unipersonales cuyos objetivos, fomentar el estudio, protección y promoción del patrimonio histórico, son plenamente coincidentes con los fines fundacionales antes descritos. Se trata, en primer lugar, de «Ornamentos Arquitectónicos, S. L.», que se dedica a la reproducción artesanal a escala de monumentos, edificios y detalles escultóricos de nuestro Patrimonio histórico-artístico, e, incluso, a la fabricación de joyas inspiradas en detalles románicos, con su correspondiente comercialización en ambos casos; y, en segundo lugar, de «Patrimonio y Restauración, S. L.», empresa constructora que se dedica a la restauración de viviendas en entornos rurales y de las propias iglesias románicas de la comarca de Aguilar de Campoo, fomentando el uso de materiales y técnicas tradicionales.

(18) Cfr. en www.santamarialareal.org/libros.html. Entre ellos, hay que hacer especial mención a la Enciclopedia del Románico de Castilla y León, en circulación desde 2003. Vid. Presentación de la *Memoria de Actividades* correspondiente al año 2003, págs. 23 y 24.

(19) Cfr. en www.santamarialareal.org/cursos.html.

(20) Cfr. en www.santamarialareal.org.

ción «al desarrollo económico y social mediante la prestación de servicios que favorezcan la integración», susceptible de abarcar la realización de actividades de contenido amplísimo, no parece que se corresponda realmente con los fines que son propiamente característicos de esta Fundación, fomentar el desarrollo cultural de la comarca de Aguilar de Campoo en torno a su patrimonio histórico.

Es cierto que el desarrollo cultural requiere un paralelo desarrollo social y económico, al igual que lo es que la Residencia «Tercera Actividad» supone una apuesta también por el patrimonio, en este caso, humano (21), pero su encaje resulta un poco forzado dentro de lo que constituyen los objetivos propios de la Fundación (22). De hecho, la aludida modificación de Estatutos operada con la finalidad de incluir esta mención al «desarrollo social» de la comarca no puede presumirse casual en el sentido de haber venido motivada únicamente por una voluntad de ampliar los fines fundacionales, sobre todo teniendo en cuenta el tiempo tan cercano en que se hizo con respecto a la apertura al público de la Residencia, los seis meses que mediaron de enero a junio de 2001. Más bien parece que se habría buscado una ubicación de esta concreta actividad fundacional entre los fines perseguidos por el ente con el objetivo de que la misma resultara, aparte de económicamente rentable, fiscalmente beneficiosa, pues, recordemos, si bien las normas sustantivas de 1994, vigentes en aquel momento, no exigían la existencia de relación entre el objeto de la actividad económica ejercitada directamente por la fundación y sus fines de interés general, la legislación fiscal establecía como requisito para poder beneficiarse de un régimen especial el que los rendimientos fueran obtenidos en el ejercicio de actividades constitutivas de la finalidad específica de la fundación (23).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las consideraciones previamente expuestas no hacen sino poner someramente de relieve las dificultades a que puede abocar una legislación excesivamente preocupada por la existencia de relación entre los fines asumidos por

(21) Así, en la *Memoria de Actividades 2003*, cit., págs. 63 y 66.

(22) La Fundación se constituyó, según consta en la citada Carta fundacional, como fundación «Cultural», y su misma denominación incluye la mención «Centro de Estudios del Románico» (art. 1 de los Estatutos). Precisamente por esta labor de índole cultural se le han otorgado además diversos galardones, el más reciente, el Premio Castilla y León de la Restauración y Conservación del Patrimonio 2004, otorgado por la Junta de Castilla y León el 15 de febrero de 2005. Cfr. en www.santamarialareal.org/pcyl2004.htm.

(23) En concreto, a efectos de la exención del Impuesto de Sociedades. Cfr. los derogados artículos 48 y 49.5 de la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales de 1994.

la fundación y el objeto de las actividades económicas desarrolladas por la misma. En este sentido, sería deseable la adopción de un criterio más abierto, pues tan legítimo puede ser ejercer directamente una actividad mercantil que por sí misma implique la realización de un fin fundacional como desarrollarla con el único propósito de obtener recursos económicos con los que financiar y, por tanto, satisfacer en último término igualmente, el cumplimiento de tales fines. Nos encontraríamos, en definitiva, ante la aplicación de un criterio instrumental semejante al que rige la posibilidad de que la fundación participe en sociedades mercantiles no personalistas con independencia del objeto de la actividad económica que estas últimas asuman.

La ausencia final de ánimo de lucro que es consustancial a la persecución de objetivos de interés general, entendida en el sentido de inexistencia de sujetos particulares entre los que repartir las ganancias generadas por la actividad económica (24), y la consecuente garantía de utilización mayoritaria de los beneficios económicos obtenidos en la satisfacción de dichos fines (25), justificaría suficientemente una eventual permisividad de las actividades económicas directas de la fundación cuyo objeto carezca de relación con los fines fundacionales e, incluso, la aplicación a las mismas con carácter general de un régimen fiscal ventajoso (26).

MARTA PÉREZ ESCOLAR
Profesora de Derecho civil
Universidad de Valladolid

(24) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, I, volumen segundo, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 319 y 320.

(25) Cfr. artículos 27.1 LF, que determina la obligatoriedad de que se destinen al cumplimiento de los fines fundacionales un mínimo del 70 por 100 de los ingresos netos que se obtengan, debiendo ir a parar el resto a incrementar la dotación o las reservas, y 35.1.f) LF, sobre las funciones de control del Protectorado en relación con esta cuestión.

(26) Otra cosa ya es la necesidad de una regulación específica que tenga en cuenta las particularidades de estos supuestos, tanto desde el punto de vista estructural como del control de sus actuaciones.

Apostilla sobre la usucapión contra tabulas

SUMARIO: I. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA DE 1861 Y 1869.—II. EL IMPACTO DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA LEY HIPOTECARIA DE 1909.—IV. SOBRE LA SUBSISTENCIA DEL ARTÍCULO 1.959.—V. LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-1946.—VI. PRETENDIDA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 1.949.—VII. MÁS SOBRE LA SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1992.—VIII. SOBRE LAS SOLUCIONES DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA.—IX. UNA PIONERA PROPUESTA.—X. SOBRE LA BUENA FE DEL POSEEDOR.—XI. CONCLUSIÓN.

I. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA DE 1861 Y 1869

El precioso trabajo de GALLEGO DEL CAMPO publicado en el número 186 de la *Revista Crítica* sobre el tema que da título a esta colaboración, vuelve a poner de actualidad un apasionante tema civil y registral que nunca ha dejado de tenerla. A él dedicó magistrales páginas GARCÍA GARCÍA, primero en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO, en el Tomo VII, volumen 4 de 1999, y después en el Tomo III de su *Derecho Inmobiliario Registral* de 2002.

Las presentes páginas no pretenden ser un repaso a toda la dogmática al respecto, sino únicamente dar la opinión personal del firmante, con incorporación de la jurisprudencia que pueda ser oportuna. Y tras ello, terminar con la sugerencia práctica de futuro. Para lo cual es necesario un breve repaso a la evolución histórica.

En la parte que aquí interesa, el artículo 35 de nuestra primera Ley Hipotecaria de 1861, decía así: «la prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallara éste inscrito en el Registro. El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción».

Sobre este precepto la luminosa exposición de motivos de la indicada Ley poca luz arroja. En definitiva, se trataba de una medida que, al exigir otro

requisito para la usucapión (la inscripción del justo título), tendía a proteger al tercero hipotecario. De otro lado, se estaba refiriendo a la prescripción ordinaria, que es la que requería título.

En la modificación de 1869 de aquella primera Ley, el artículo 35 pasa a tener ahora esta redacción: «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiere justo título si éste no se halla inscrito en el Registro. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción».

Tampoco en este caso la exposición de motivos de la Ley de reforma da luz sobre la introducida en dicho artículo. Sobre la base de que la posesión tenía acceso al Registro, se introduce un nuevo requisito en la prescripción extraordinaria (el que esté inscrita la posesión) que en última instancia supone favorecer al titular registral.

Ahora bien, aunque en la prescripción extraordinaria no es necesario que exista título, no puede descartarse que éste exista. Pues aun así, si no hay buena fe, no estaremos ante la de tipo ordinario. No detalla la Ley si en tal caso ese título habría de estar inscrito (como ocurre en la ordinaria) además de que conste inscrita la posesión en sí. Aunque ello podía tener cierto sentido, tal vez la interpretación puramente literal del artículo 35 lleva a la negativa.

II. EL IMPACTO DEL CÓDIGO CIVIL

Llegamos al momento fundamental de la promulgación de nuestro Código Civil en 1889. El artículo 1.949 establece lo siguiente: «Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo».

El artículo 1.959 tiene esta redacción: «Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539».

Así como en el primer caso, para la usucapión ordinaria, se recoge el requisito de que el título esté inscrito, cual exigía la legislación hipotecaria, en el supuesto de la extraordinaria no se preveía exigencia alguna de inscripción, a pesar de que en 1869 se había introducido esa condición.

No cabe decir que era materia registral y por ello se omitió, puesto que también lo era la del 1.949 y se incluyó expresamente el requisito. Ante la

diferencia de trato cabría entender que el Código Civil, como norma posterior, había modificado el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, dejándolo cual en 1861.

Era la opinión de BIENVENIDO OLIVER. El artículo 1.959, al tratar de la prescripción extraordinaria, no exige el requisito de la inscripción de la posesión. La derogación de la doctrina de la Ley Hipotecaria es evidente, o no puede ser más terminante. A menos que se pretenda aplicar la regla consignada en el artículo 1.938, en cuyo caso era ociosa la disposición contenida en el 1.949.

Esa remisión genérica del 1.938 a otras leyes para supuestos distintos de prescripción no impedía la conclusión de OLIVER. Y a ella se sumaba MORELL Y TERRY que también entendía haberse modificado la Ley Hipotecaria. Sobre que el Código Civil podía hacerlo, no cabe duda alguna.

III. LA LEY HIPOTECARIA DE 1909

Tan podía el Código modificar que por eso la Ley Hipotecaria de 1909 trató de adaptar la de 1869 a las innovaciones de nuestro primer cuerpo civil.

Pero curiosamente al publicarse el texto de 1909, en el artículo 35 la redacción se conservó exactamente igual que tras la reforma de 1869. Por ello, ROCA SASTRE en su *Derecho Hipotecario* incluye como crítica a esa Ley de 1909, el que conservara la redacción del artículo 35, cuando el 1.959 del Código Civil no exige que la posesión esté inscrita para que la usucapión extraordinaria perjudique al tercero.

Y hay que tener en cuenta que la Ley de Reforma Hipotecaria, de 21 de abril de 1909, en su Disposición Transitoria 6.^a cuando autorizó una nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria (que fue la de 16-XII de ese año) era para que se suprimieran los artículos de la anterior (la de 1869) que están derogados por el Código Civil y por la de 21 de abril, armonizando los textos restantes que resultaran contradictorios.

Mal puede, pues, pretenderse que esa Ley Hipotecaria de 1909 hubiera derogado o modificado el artículo 1.959 del Código Civil, cuando en la de 21 de abril nada se trataba de ello y cuando la refundición era para adaptar la normativa hipotecaria al nuevo Código Civil y nunca para derogar éste.

Por eso MANRESA, en sus *Comentarios al Código Civil*, al tratar del artículo 1.949, indica que lo que éste exige no es aplicable a la prescripción extraordinaria del 1.959. Porque si para ésta no es necesario título, desde luego se comprende que no puede surtir efecto alguno, ni el que tenga aquel contra quien se intente la prescripción, ni el que pudiera corresponder al que la lleve a cabo, siendo, por lo tanto, indiferente que se halle o no inscrito en el Registro el del primero.

Por tal razón entendemos que la regulación del Código Civil estuvo vigente hasta la ulterior reforma hipotecaria de 1944. En último extremo, tampoco tiene excesiva importancia que se mantuviera la vigencia de la redacción del artículo 35 de la Ley de 1909; porque lo que nos interesa es sobre todo la situación posterior a 1944, o sea, la actual.

IV. SOBRE LA SUBSISTENCIA DEL ARTÍCULO 1.959

En todo caso, la jurisprudencia del TS entendía que el artículo 1.959 no había sido modificado. De ello recogeremos algunas sentencias.

Es la primera la sentencia de 24 de enero de 1907. Indica que el artículo 1.949 es aplicable a la prescripción ordinaria, y en el caso de autos se trataba de la extraordinaria del artículo 1.959, no siendo por tanto de aplicación el primero, aunque se prescindiera de la condición de tercero que exige. Con todo, esta sentencia es anterior a la reforma de 1909 y por tanto sin mayor relevancia.

Más la tiene la sentencia de 17 de diciembre de 1910. En la instancia se había estimado la excepción de prescripción. En la casación se invocó el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que requiere la inscripción del título de quien prescribe. El TS rechaza el recurso indicando: para prescribir contra el verdadero dueño no es necesario tener título inscrito en el Registro de la Propiedad y ni siquiera título escrito cuando la prescripción opuesta es la extraordinaria, como acontece en el presente juicio. Pero también aquí cabe que la Ley de 16 de diciembre de 1909 no se hubiera alegado por las fechas del pleito.

La tercera es la sentencia de 29 de octubre de 1915. Invoca el TS el artículo 1.959 del Código Civil (cuerpo legal posterior a la legislación hipotecaria): pero no es lo mismo en cuanto a la prescripción extraordinaria del artículo 1.959, porque en ese caso la falta de inscripción especial afecta a gravámenes que, como el discutido, se constituyen legítimamente sin necesidad de título inscribible. Cabría restar trascendencia al pronunciamiento porque si el gravamen se constituía sin título, mal podría exigirse la inscripción. Aunque a ello cabe replicar que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria lo que requería es que se inscribiera la posesión.

Enorme importancia tiene la sentencia de 20 de octubre de 1941. Se había debatido sobre el artículo 35 de la Ley Hipotecaria y el 1.949 del Código Civil. Pero la afirmación fundamental es ésta: «Siendo de advertir, además, que reconociendo las trascendentales consecuencias del estado posesorio, la sentencia de esta Sala, de 17 de diciembre de 1910, declaró que para prescribir contra el dueño no es necesario fundarse en título inscrito, ni aun en título escrito cuando la prescripción opuesta es la extraordinaria, como ocurre en el

caso del presente litigio». Y no cabe duda que en esa altura de 1941, la Ley Hipotecaria a tener en cuenta era la de 1909.

Finalmente cabe mencionar la sentencia de 10 de marzo de 1956. Según ella, la prescripción de carácter extraordinario de que se ocupa el 1.959 no requiere justo título ni buena fe para producirse, y sí sólo el tiempo predeterminado para su adquisición, siendo innecesario el requisito de la inscripción, tanto en el dueño como en el prescribiente, afectando a uno y otro y a sus sucesores dicho término, por cuya razón el último dueño es el que sufre la negligencia de los anteriores, al no haber solicitado el reconocimiento del señorío que le pertenece como dueño del dominio directo, y el último poseedor es el que reúne para sí todos los derechos que de modo sucesivo vinieron adquiriendo por la posesión los que precedieron en el disfrute del dominio útil. Y la sentencia citada invoca el criterio de otras anteriores, como las de 17 de diciembre de 1910 (antes mencionada), la de 22 de octubre de 1919 y la de 17 de diciembre de 1933.

V. LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-1946

Creemos que la antedicha era la situación con que se enfrentó la Ley de reforma de 1944. Y precisamente porque aquélla dejaba bastante que desear, era por lo que la modificación aparecía como necesaria.

La reforma hipotecaria abordó directamente el tema de la prescripción y el Registro. Fruto de ella fueron los artículos 35 y 36, que pasan al texto refundido de 1946 con mínimos retoques de redacción. Hay que decir que la Disposición Adicional 2.^a de la Ley de 30 de diciembre de 1944 autorizó esa nueva edición de la Ley Hipotecaria, en la que se procedería a armonizar debidamente los textos legales vigentes. El texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, en su Disposición Final derogó la Ley Hipotecaria de 1909 y la de reforma de 1944.

Sobre que esta última abordó directa y cumplidamente el tema de las relaciones entre prescripción y Registro poca duda puede haber. Precisamente en su exposición de motivos el asunto que más ampliamente se tocó fue el indicado. Y entendemos que abarcaba a todo tipo de prescripción, como por lo demás había sido la tónica en las Leyes Hipotecarias precedentes de 1869 y 1909.

Varios párrafos de la exposición de motivos resultan ilustrativos al respecto. Así cuando dice: «La *possessio ad usucapionem* tiene claramente regulados sus efectos en los artículos 35 y 36 y, en general, en el Título XII, llegándose a reconocerle en muchas ocasiones un valor predominante, incluso contra el mismo titular». Parece claro que ese valor predominante, si a alguna debiera atribuirse, es a la usucapión ordinaria.

Más adelante insiste: «La prescripción, uno de los fundamentales modos de adquirir, no puede ser ignorada por los regímenes inmobiliarios. Los cánones de nuestros textos positivos la tratan con evidente imprecisión. Acomodar sus diversos preceptos plantea temas erizados de dificultades». Estos términos no son fácilmente conciliables con una reforma que se limitara sólo a una de las clases de usucapión.

Finalmente, «la prescripción, tan ampliamente admitida dentro de los confines de esta Ley, no puede, por razones de equidad y seguridad jurídica, afectar a los derechos que no impliquen facultad de inmediato disfrute sobre el que se halle prescribiendo». La frase inicial transcrita no se compadecía con una regulación legal fragmentaria en punto tan importante.

Porque de las dos modalidades hay que entender que la que tiene más trascendencia es la prescripción ordinaria. La extraordinaria es algo residual y como último remedio. Por tanto, no resulta lógico que la amplia regulación de la nueva Ley se limitase sólo a lo que es lo excepcional y marginal. Máxime cuando la extraordinaria, al poder estar carente de buena fe y justo título, bordea lo claramente ilícito y sólo es admitida por el derecho por poderosas razones de seguridad jurídica.

VI. PRETENDIDA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 1.949

Los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria han venido a modificar en lo pertinente la regulación del artículo 1.949 del Código Civil. Aunque no haya habido una derogación expresa, es claro que la nueva y detallada venía a sustituir a la precedente. Y muy concretamente se ha suprimido el requisito del artículo 1.949 de que el título del usucapiente ordinario estuviera inscrito en el Registro de la Propiedad.

Para defender lo contrario se ha citado una sentencia de la Sala 2.^a del TS, de 9 de junio de 1955 (RA 1723). El considerando 3.º de la sentencia no apoya tal parecer. En primer lugar porque afirma que el problema planteado en el caso se daba entre partes y no frente a tercero, con lo que la normativa hipotecaria sería intrascendente. Y en todo caso porque cuando en el supuesto de autos se consumó una usucapión ordinaria entre presentes (desde 1919 a 1929) el que se oponía a ella no era titular registral, porque él no inscribió su derecho hasta 1937.

En cambio, sí hay que examinar más despacio la sentencia de 31 de marzo de 1992 (RA 2314). La invocan expresamente GARCÍA Y GARCÍA y GALLEGU DEL CAMPO. En su Fundamento de Derecho segundo se contiene la afirmación de que en contra del tercero, el artículo 1.949 del Código Civil no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria contra tabulas, ad-

mitiéndose sólo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente. Requisito que no recoge la Ley Hipotecaria.

El comentario de la sentencia requiere una precisión sobre los hechos. De un primer propietario, don Ambrosio, un matrimonio adquiere la mitad indivisa de una finca en escritura de compra de 4 de diciembre de 1968, que se inscribió en el Registro de la Propiedad el 11 de agosto de 1969.

El titular don Ambrosio hipotecó su finca a favor de una Caja de Ahorros. Ejecutada tal hipoteca, la finca se adjudicó a una S. A. en escritura de 13 septiembre de 1974. Esta sociedad, por otra escritura de 30 de octubre de 1974 aportó la finca a una segunda compañía mercantil. Esta segunda instó expediente de dominio en fecha 17 de octubre de 1984, que fue denegado por el juzgado porque la solicitante no había justificado el dominio de la otra mitad de la finca, como había alegado en oposición el matrimonio que compró la mitad indivisa. Ante ello, la segunda compañía entabló demanda frente a tal matrimonio que fue definitivamente desestimada. La actora no había logrado inscribir su adquisición y la prescripción adquisitiva que alegó no fue estimada.

Siendo claras las fechas relativas al matrimonio (escritura de 4 de diciembre de 1968 e inscripción el 11 de agosto de 1969), lo que en absoluto está nítido es lo referente a la hipoteca que constituyó don Ambrosio y que sería la base del derecho de la demandante. Y no está claro, porque he aquí lo que dice la sentencia en el Fundamento de Derecho primero: «préstamo que, según parece, se formalizó con fecha 29 de diciembre de 1969, resultando en los autos muy dudosa esta fecha, así como la de su inscripción en el Registro el 4 de enero de 1968».

Esa relación es de por sí antinómica. Porque si el préstamo se constituyó en 1969, mal pudo inscribirse en 1968. Por otro lado, si el préstamo hubiese sido efectivamente anterior a 1968, entonces la ejecución hipotecaria habría arrastrado la pérdida de dominio del matrimonio adquiriente, pues éste sería titular con fecha posterior a tal hipoteca. Y en tal caso los que adquirieron en subasta no hubieran tenido problemas en inscribir su adquisición ni habrían necesitado el expediente de dominio.

Por tanto, lo que parece lógico es que, siendo la hipoteca de 29 de diciembre de 1969, su inscripción en el Registro fuera posterior. Y ya para entonces constaba en aquél la compra de la mitad indivisa a favor del matrimonio (inscrita en agosto de 1969). Por eso es por lo que la hipoteca sólo pudo extenderse a la mitad que aún seguía siendo de don Ambrosio, y por lo que el expediente de dominio no prosperó a favor del adquiriente en subasta en cuanto a esa mitad cuya propiedad no justificaba.

Ante estos hechos es claro que la pretensión de la demanda nunca podría prosperar, pues al demandante le faltaba todo título en cuanto a la otra mitad de la finca. La resolución del expediente de dominio fue premonitoria. Y si la

única base era una posible usucapión de la mitad indivisa, de la que era titular el matrimonio, es cierto que esa prescripción nunca hubiera podido prosperar por aplicación de las normas de derecho civil.

VII MÁS SOBRE LA SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1992

Y decimos esto porque, estándose ante un caso de copropiedad (pues el matrimonio era dueño de una mitad indivisa), no cabía la usucapión por el otro comunero. En la sentencia del TS, de 17 de noviembre de 1911, se alegaba como motivo de casación la doctrina mantenida en las sentencias de 6 de marzo de 1891, 6 de diciembre de 1898 y 31 de mayo de 1904. Y así el TS estimó el recurso. En efecto, al ser titulares de una parte eso impide otra adquisición que no sea en beneficio de la sociedad. La pura indivisión excluye el descuido, la tolerancia y el abandono en que ha de descansar la usucapión, la cual no puede producir sus efectos legales cuando la cosa pertenece a todos y a cada uno de los partícipes.

Lo mismo sienta la sentencia de 27 de noviembre de 1923, aunque con cita de la legislación precedente al Código Civil. Porque no pueden prescribirse por tiempo las cosas poseídas en común, aunque uno de los dueños las haya tenido, y que siendo la prescripción un modo de adquirir el dominio de las que no nos pertenecen, no puede verificarse la prescripción de aquéllas que son comunes y nos corresponden en participación.

Lo cual es lo que desde otro ángulo sienta nuestro Código Civil cuando en el artículo 1.933 establece que la prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás. Con lo que mal cabría prescribir en contra de éstos.

En definitiva, en esa sentencia de 1992 al que alegaba la prescripción le faltaban todos los requisitos. Primero el título, porque si la hipoteca sólo puede ser de la mitad, al ejecutarse la misma sólo puede adjudicarse esa mitad. Después la buena fe, porque la adquisición de esa mitad por el matrimonio había sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Y, finalmente, la aptitud de la cosa para ser prescrita, puesto que en la copropiedad no cabe esa usucapión por un comunero.

Y si en la sentencia lo que puede dar lugar a jurisprudencia es la *ratio decidendi*, la razón por la que se sentenció en un sentido determinado, no cabe inducirla de una afirmación de un considerando cuando el supuesto de hecho había de ser decidido unívocamente en sentido desestimatorio por una serie de razones de tipo sustantivo.

En esa dirección es expresivo lo que afirma la sentencia del TS de 27 de mayo de 1967. La concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley civil para la adquisición del dominio por usucapión constituye presupuesto inelu-

dible para la posible eficacia del *modus* en contra del titular registral. Por ello, si llega a comprobarse la ausencia de los requisitos civiles de la prescripción adquisitiva, sería tarea totalmente vacua y estéril la inquisición acerca de si concurren los requisitos requeridos por la legislación hipotecaria. Por ello la decisión de 1992 carece de fuerza determinante.

El que hayamos defendido que la reforma hipotecaria de 1944-46 se extiende a las dos clases de usucapión y el que entendamos se ha suprimido el requisito de la inscripción del título que exigía el artículo 1.949 del Código, no quiere decir que se afirme que el contenido de esa reforma sea totalmente acertada.

VIII. SOBRE LAS SOLUCIONES DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY HIPOTECARIA

Curiosamente, lo que más se ha criticado en el artículo 36 es la exigencia de una buena fe reforzada en el titular registral, puesto que puede perder aquélla si tuvo elementos racionales para conocer la posesión *ad usucapionem*. Y sin embargo, a pesar de las múltiples opiniones en contrario, empezando por la clara de ROCA SASTRE, pensamos que en ese punto la reforma era defendible.

Porque, a pesar de la trascendental importancia que el Registro tiene, tampoco cabe minusvalorar la que encierra esa institución de la usucapión que halla su último fundamento en las exigencias de la seguridad jurídica. Cuando en nuestro ordenamiento hipotecario no se adoptó el sistema de fuerza probante absoluta del Registro y ni siquiera se llegó a la exigencia de la inscripción constitutiva, el escogido de la meramente declarativa no puede desconocer una institución como la usucapión que exige tantos requisitos. Si es la ordinaria, a los de buena fe y justo título se unen unos plazos amplios de diez o veinte años. Y para la extraordinaria, el dilatadísimo de treinta años. Un desconocimiento o inacción por tanto tiempo del titular registral tampoco merece protección absoluta.

No obstante, es posible que la solución legal, a pesar de estar bien intencionada, no haya acertado totalmente y se incline más de lo debido a favor de la usucapión. En tal sentido van las observaciones que siguen y sugerencias.

IX. UNA PIONERA PROPUESTA

La primera fue propuesta por ROCA SASTRE. Consistía en que el plazo concedido al titular registral para que procediera judicialmente, al efecto de hacer cesar el estado posesorio base de la usucapión, fuera no de un año, como ha recogido el artículo 36, sino de dos años a contar de la adquisición.

Tiene tanto más interés esa propuesta cuanto que el legislador español la adoptó en el Decreto de 10 de diciembre de 1949, relativo a la organización de la propiedad en África occidental. En efecto, en el artículo 83 de ese Decreto se recoge con pequenísimas variantes de redacción la sugerencia del maestro. Y qué duda cabe que el ampliar de esa forma el plazo de reacción del titular suponía un importante aumento de garantías para el mismo.

Es verdad que el plazo del año que siguió el artículo 36 está en consecuencia con el de prescripción de las acciones posesorias. Pero aquí no se está ante una defensa de la posesión, sino ante la reacción del titular registral frente a una situación opuesta a su derecho.

De otra parte, el plazo del año puede resultar corto en algunas circunstancias. El duplicarlo era una medida de prudencia. Esos dos años son los que adopta el artículo 72 de la nueva ley concursal para el ejercicio de la acción rescisoria y referidos al momento anterior a la declaración del concurso. Pero es más, que esos plazos anuales pueden resultar peligrosos nos lo ha demostrado recientemente el Código Civil catalán que en el artículo 121-21, para la acción por responsabilidad extracontractual, eleva a tres años el tradicional de uno de nuestra legislación civil. Es posible que tres fueran demasiado; pero los dos propuestos por ROCA estarían en la justa medida.

X. SOBRE LA BUENA FE DEL POSEEDOR

Punto que se ha debatido respecto al artículo 36 es la posibilidad de que el poseedor *ad usucapionem* pueda serlo de buena fe cuando están en contra los pronunciamientos del Registro. Aquí cabría invocar esa publicidad legal del Registro de que hablaba ROCA SASTRE y conforme a la cual el contenido de los asientos se presume conocido por todos. Lo que ocurre es que un mandato semejante no existe en la legislación hipotecaria. Curiosamente sí lo estuvo en el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, pero ese precepto desapareció con la reforma legal de 1989 y ya no figura en los sucesivos Reglamentos de aquella institución.

Es cierto que el Registro es público y que la publicidad formal se facilita cada vez más. Pero de ello no cabe deducir que en todo caso exista mala fe en el poseedor *ad usucapionem*. Desde luego la normativa no contiene pronunciamiento en tal sentido. Y por principio la mala fe no puede presumirse, máxime cuando podría haber circunstancias en la inscripción registral que hicieran más difícil tal presunción.

Sin embargo, es en este punto donde posiblemente la reforma hipotecaria de 1944-46 no guardó el justo medio. Y así la mayoría de los autores exponen el contrasentido de que al titular registral se le exija una buena fe plusquamperfecta y en cambio al poseedor se le permita una buena fe en

contra de los pronunciamientos del Registro. Aquí pues cabría sugerir algún temperamento.

Así en el artículo 36, tras el párrafo relativo a la prescripción comenzada y antes del referente a las relaciones entre dueño y prescribiente regidas por el Derecho Civil, podría introducirse otro de tenor parecido a éste. En cuanto al poseedor para prescribir, el hecho de la inscripción en el Registro no implicará automáticamente su mala fe, aunque ésta pudiera desprenderse vistas las circunstancias del caso. En definitiva, sería remitir el asunto a la decisión de los tribunales, pues la buena o mala fe es cuestión de hecho.

Mas la fórmula podría invertirse para buscar esa mayor protección del titular registral. En tal caso, en el lugar antes indicado el párrafo a añadir sería similar a éste: la inscripción a favor del titular registral presume la inexistencia de buena fe en el poseedor *ad usucapionem*, a menos que por las circunstancias objetivas y subjetivas del caso se derivase la conclusión contraria.

En este supuesto es cierto que la postura del titular registral se reforzaría claramente, pues la ley establecía una presunción de mala fe en el poseedor que echaría sobre éste la carga de la prueba en contrario. De no darse ésta, no cabría una usucapión ordinaria al faltar la buena fe.

Por supuesto que lo indicado no valdría para la prescripción extraordinaria, donde por definición no es necesaria la buena fe. Pero al exigir la misma el dilatado plazo de treinta años, da un margen muy amplio de reacción al propietario.

XI. CONCLUSIÓN

En conclusión, pensamos que sobre la base del actual artículo 36 de la Ley Hipotecaria, la solución quedaría más equilibrada con las sugerencias que se han expuesto. La ampliación del plazo de reacción a dos años, cual anticipó ROCA, y la referencia a la buena fe del poseedor, estableciendo la presunción contraria (*iuris tantum*) en base a la fuerza del Registro.

Para que la reforma suprimiese todas las vacilaciones, habría de afectar de alguna manera al Código Civil. En cuanto al artículo 1.959, relativo a la usucapión extraordinaria, no sería necesario retoque alguno. En cambio, en el 1.949, como no es cosa de repetir en él lo que dice el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, podría dársele una redacción de mera remisión. Y así cabría dijera que en cuanto a las relaciones de la prescripción con el Registro de la Propiedad se estará a lo que disponga la legislación hipotecaria. Que es lo que tantas veces hace nuestro Código. Y se conseguiría con ello esta adaptación y armonía de los dos cuerpos legales que tanto ha dado que hablar a la doctrina.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

DERECHO COMPARADO

Los vicios de la voluntad en los principios de Derecho Contractual Europeo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: 1.1. ¿UN NUEVO *IUS COMMUNE*? 1.2. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS COMO MÉTODO DE UNIFICACIÓN JURÍDICA. 1.3. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO COMO PRIMER PASO HACIA UNA VERDADERA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS. 1.4. PRINCIPALES OPCIONES DE POLÍTICA JURÍDICA RECOGIDAS EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. 1.5. OTRAS OPCIONES RECOGIDAS EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. 1.6. OBSTÁCULOS PARA LA UNIFICACIÓN JURÍDICA EUROPEA.—2. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD COMO CAUSA DE ANULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO.—3. EL ERROR: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. AUSENCIA DE DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR DE HECHO Y EL ERROR DE DERECHO. 3.3. COGNOSCIBILIDAD DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES. 3.4. REQUISITOS DEL ERROR. 3.5. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RELEVANCIA DEL ERROR. 3.6. EL ERROR EN LA DECLARACIÓN. 3.7. LA INFORMACIÓN INCORRECTA. 3.8. OTRAS CUESTIONES.—4. EL DOLO: 4.1. INTRODUCCIÓN. 4.2. AUSENCIA DE DISTINCIÓN ENTRE EL DOLO CAUSANTE Y EL DOLO INCIDENTAL. 4.3. EL DOLO OMISIVO. 4.4. LA RELACIÓN ENTRE EL DOLO Y EL ERROR.—5. VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN: 5.1. INTRODUCCIÓN. 5.2. LA VIOLENCIA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. 5.3. LA INTIMIDACIÓN COMO CAUSA DE ANULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LOS PECL.—6. EL BENEFICIO EXCESIVO O LA VENTAJA INJUSTA: 6.1. INTRODUCCIÓN. 6.2. ANTECEDENTES. 6.3. REQUISITOS.—7. OTRAS CUESTIONES: 7.1. INTRODUCCIÓN. 7.2. Los TERCEROS. 7.3. LA ANULACIÓN. 7.4. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. 7.5. LA EXCLUSIÓN, RESTRICCIÓN Y COMPATIBILIDAD DE LAS ACCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

1.1. ¿UN NUEVO *IUS COMMUNE*?

En el año 1814 se celebró en Europa el Congreso de Viena, con el que se trataban de reordenar los parámetros constitucionales de este continente

tras las guerras napoleónicas, con el fin de instaurar un sistema político estable que pudiera asegurar una paz duradera.

La Revolución francesa y las guerras napoleónicas habían acabado con el Sacro Imperio Romano Germánico. Pero no sólo se había desmoronado el sistema político existente hasta entonces, sino que también las instituciones que eran compartidas prácticamente por toda Europa se hallaban en franco declive.

Como señala REINHARD ZIMMERMAN, «una de estas instituciones era el ordenamiento jurídico-privado vigente en Europa central y occidental desde los tiempos de la recepción: el *ius commune* romano-canónico, que había proporcionado los fundamentos para la irrupción de una ciencia jurídica europea unificada en lo esencial. Sin embargo, el ascenso del racionalismo y el empuje de los Estados-nación provocaron su decadencia». En definitiva, tras el Congreso de Viena, «la idea de un Derecho común europeo basado en las fuentes romanas parecía, por ello, tan muerto como el Sacro Imperio Romano Germánico al que tradicionalmente venía asociado» (1).

En el mismo año 1814 se publicó en Alemania un escrito programático de A. F. J. THIBAUT, titulado «Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania», así como la obra de FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, titulada «De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho». El primero era partidario de utilizar el método de la codificación para lograr la unificación jurídica en Alemania, mientras que el segundo era partidario de la «organización progresiva de la ciencia del Derecho». Sin embargo, en ambos casos se sentía la necesidad de conseguir la unidad jurídica en Alemania como paso previo a la creación de un futuro Estado nacional alemán.

Señala ZIMMERMAN que «nuestra situación hoy en Europa es comparable en diversos aspectos a la que se vivía en la Alemania de principios del siglo XIX, puesto que también estamos sumergidos en una época de transición». Y que «esta compartimentación nacional de la ciencia jurídica es hoy tan anacrónica como el particularismo de las fuentes jurídicas en la Alemania de principios del siglo XIX» (2).

Por tanto, el Derecho privado ha entrado en el debate de la construcción europea, y existen autorizadas opiniones tanto a favor y en contra de una eventual unificación jurídica a nivel comunitario, como sobre los medios que han de utilizarse para que dicha unificación jurídica sea llevada a cabo (codificación, elaboración de unos principios abiertos a modo de «restatement», etc.).

Como ha señalado CÁMARA LAPUENTE, «el Derecho privado, como factor cultural de primera magnitud, podría erigirse en una nueva señal de identidad

(1) ZIMMERMAN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. española de ANTONI VAQUER ALOY, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 20-21.

(2) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 1, págs. 26-27.

de una Unión Europea que trata de renovar sus originarios ropajes mercantiles. Frente a ello, la riqueza que supone la diversidad cultural y, por ende, jurídica, las ventajas de la competición entre ordenamientos legales, las proclamas sobre la esencia de Europa como ente pluricultural ("lo que nos une es lo que nos diferencia", etc.), traen al debate jurídico algo más que los ecos del conflicto de la globalización *versus* la diversidad» (3).

1.2. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS COMO MÉTODO DE UNIFICACIÓN JURÍDICA

Hasta ahora, el medio empleado en Europa para ir avanzando hacia una progresiva unificación jurídica ha sido el de las Directivas comunitarias. Pero este método ha sido objeto de severas críticas por la doctrina, debido a la desintegración y la desarmonía que dichas Directivas producen en los Derechos internos de los países comunitarios.

En este sentido, se alega que «se ha producido un aumento de la indeterminación, conectado con la falta de una estructura sistemática del Derecho europeo, que según algunos autores, se ha identificado con el "Wild West" del desarrollo del Derecho», ya que «las Directivas muestran una falta de coherencia entre ellas, que seguramente se agrava cuando el legislador nacional las traspone en el ordenamiento interno» (4).

Como consecuencia, «cada materia se ha convertido en un microcosmos, sin una clara y reconocible conexión con los restantes microcosmos ni con el ordenamiento jurídico general... De ahí el peligro de que ni la unidad sistemática de nuestros ordenamientos ni los valores fundamentales que los informan sean tenidos suficientemente en consideración» (5).

Continúa señalando ZIMMERMAN que «esta desintegración puede conducir fácilmente a un generalizado cinismo jurídico ... debilitándose la creencia en el Derecho como una disciplina autónoma ... Con ello, surge el peligro de que la ciencia jurídica se convierta en un mero juego intelectual, mientras que la práctica jurídica se hunde hasta el nivel de simple oficio» (6).

(3) CÁMARA LAPUENTE, S., «Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LAPUENTE (coord.), Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 47.

(4) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 99.

(5) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 1, pág. 31.

(6) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 1, págs. 31-32.

13. Los PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO COMO PRIMER PASO HACIA UNA VERDADERA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS

Hasta ahora las Directivas han sido el medio empleado para llevar a cabo una progresiva unificación jurídica en Europa. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto en el punto anterior, tal medio se ha revelado como insuficiente e insatisfactorio, puesto que produce una cierta desintegración y desarmonía en los Derechos nacionales, cuya unidad sistemática y valores fundamentales no son tenidos suficientemente en consideración.

Ante esta situación, en 1989 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución (Resolución de 26 de mayo de 1989, *DOCE*, núm. C 158/401, de 26 de junio de 1989) solicitando que se iniciaran los trabajos preparatorios para redactar un Código Europeo de Derecho Privado. En el Preámbulo de la misma se señalaba que la unificación debería realizarse en aquellos ámbitos del Derecho Privado que resultaran de gran trascendencia para el desarrollo del Mercado Único. Y esta demanda fue repetida en virtud de Resolución de 1994 (Resolución de 6 de mayo de 1994, *DOCE*, núm. 205 [519] de 25 de julio de 1994).

Como consecuencia de este impulso desde las instituciones comunitarias, los Principios de Derecho Contractual Europeo («Principles of European Contract Law», en adelante «PECL») fueron publicados a mediados del año 2000 y presentados con los ilustres nombres de los profesores OLE LANDO y HUGH BEALE. Estos Principios nacen como consecuencia del trabajo de un grupo de expertos en materia de contratos, y pretenden constituir un primer paso hacia la unificación o armonización del Derecho Europeo en dicho ámbito.

El fundamento para la elaboración de unos Principios de Derecho Contractual de ámbito europeo ha sido el de facilitar la libre circulación de personas y mercancías en el seno de la Unión Europea, uno de los objetivos del Tratado de la CEE. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO han señalado que «en la Unión Europea se están produciendo cambios profundos en su estructura económica que llevan o deben llevar a cambios profundos en la estructura jurídica de la Unión y que provocarán, lo queramos o no, otros cambios en la estructura jurídica» (7).

De acuerdo con lo anterior, los PECL tratan de ser un nuevo medio para facilitar las relaciones jurídicas entre nacionales de distintos países miembros de la Unión Europea. Y es que estableciendo medidas de armonización de las reglas jurídicas en materia de contratos se pretenden eliminar los inconvenientes que estorban el eficaz desarrollo de los negocios transfronterizos en el seno de Europa.

En particular, OLE LANDO y HUGH BEALE destacan como objetivos que tratan de servir los Principios de Derecho Contractual Europeo los siguientes:

(7) DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 95.

a) Servir de base jurídica para la futura legislación europea; b) Ser útiles para las partes de diferentes Estados que deseen que sus relaciones jurídicas se basen en unas reglas neutras que no se basen en ningún ordenamiento jurídico nacional; c) Constituir una formulación moderna de la *lex mercatoria* que se pueda aplicar por arbitros para los contratos que se rijan por principios aceptados a nivel internacional; d) Servir de modelo para el desarrollo judicial y legislativo del modelo de contratos; e) Servir de base para la armonización del derecho de contratos.

Respecto a los beneficios que se pueden lograr con los PECL, los citados autores citan los siguientes: a) el fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa; b) la creación de una infraestructura para leyes comunitarias que rijan en sede de contratos; c) la previsión de unas guías para tribunales nacionales y civiles, y d) la construcción de un puente entre el *Civil Law* y el *Common Law* (8).

En definitiva, «la armonización de unos principios de Derecho de contratos tiene especial importancia para el buen funcionamiento del mercado único europeo, cuya esencia principal es un enfoque ampliamente unitario del Derecho y de la reglamentación que supere los obstáculos al comercio y las distorsiones del mercado resultantes de las diferencias entre los Derechos nacionales de los Estados miembros con consecuencias para el comercio dentro de Europa» (9).

Por último, no puede olvidarse que los PECL no constituyen más que uno de los intentos de armonización del Derecho Contractual Europeo de los que se encuentran en curso. Y es que también revisten particular importancia el proyecto del «Código Europeo de Contratos», obra del Grupo de Pavía encabezado por el profesor GANDOLFI, o el «Grupo de Trento», dedicado al «Núcleo común del Derecho Privado Europeo». Sin embargo, en este trabajo se prestará exclusiva atención a los Principios de Derecho Contractual Europeo.

1.4. PRINCIPALES OPCIONES DE POLÍTICA JURÍDICA RECOGIDAS EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Dentro de los PECL existe una constante referencia a elementos que podrían incluirse dentro de lo que se ha denominado un «*neoliberalismo intervencionista*» (10) o una «*concepción social del contrato*». En este sen-

(8) 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, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, págs. 27-32.

(9) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 28.

(10) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 91.

tido, los PECL responden a la «actual instrumentalización del Derecho Privado en función de los fines perseguidos por el ordenamiento público de la economía» (11), lo que se traduce en un incremento considerable de las normas imperativas en detrimento de las meramente facultativas.

De acuerdo con lo anterior, en los PECL «hay referencias claras a normas imperativas (*mandatory rules*); hay una insistencia bastante clara en que la negociación, la formación del contrato y su ejecución y cumplimiento, se realicen observando reglas no legales, pero derivadas de la buena fe y de la lealtad, así como una insistencia reiteradísima en que las posiciones que las partes adopten, las decisiones que tomen y los actos que realicen cumplan el requisito de ser razonables, lo que probablemente es una nueva traducción del principio general de la buena fe, como lo es también el reconocimiento de que el contrato crea más deberes y obligaciones de aquellos que resultan de las estipulaciones estrictas de las partes porque, como dice el Derecho español en el artículo 1.258 del Código Civil, "hay derechos y obligaciones derivados de la buena fe y de los usos"» (12).

En segundo lugar, es común la referencia a *sistemas de «autoayudaprivada» con los que se trata de evitar la necesidad de un constante recurso a los tribunales de justicia*. Así, los PECL recogen el criterio al que ya se había llegado por la jurisprudencia española a pesar del tenor literal del artículo 1.124 del Código Civil, consistente en permitir la resolución de los contratos mediante la simple notificación a la otra parte, sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia.

La anterior regla se extiende en los PECL a la anulación de los contratos, de forma que el artículo 4.112 de estos Principios dispone que «*la anulación requiere ser comunicada a la otra parte*». Por ello, tanto la resolución como la anulación de los contratos se producirán por la mera comunicación unilateral de la parte perjudicada por el incumplimiento o por la causa de nulidad, de forma que en caso de acudir a los Tribunales de Justicia, éstos se limitarán a declarar si la resolución o anulación ya promovidas fueron correctas.

1.5. OTRAS OPCIONES RECOGIDAS EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Los PECL son unos Principios sobre el Derecho de contratos, en general, por lo que no pretenden distinguir ni entre contratos civiles y mercantiles, ni entre contratos en general y contratos de consumidores.

(11) MENÉNDEZ, A., *Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil*, Universidad Autónoma de Madrid, 1982, pág. 55.

(12) Díez-Picazo, L.; Roca Trias, E., Morales, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 91.

Respecto al *abandono de la distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles*, no puede olvidarse que es una distinción desconocida en gran número de ordenamientos jurídicos, y que en aquellos en los que subsiste difícilmente pueden encontrarse diferencias significativas entre una y otra clase de contratos.

Tal supresión de la distinción entre contratos civiles y mercantiles responde a los conocidos fenómenos de la «generalización del Derecho Mercantil», o «comercialización del Derecho Civil», puesto que, como dice GEORGES RIPERT, «todo el mundo practica el comercio sin saberlo» (13), y esto se traduce en una tendencia hacia la flexibilidad y el antiformalismo, al necesitar el espíritu mercantil de la circulación rápida y segura de los bienes.

En términos similares se expresaba GIRÓN TENA, cuando señalaba que «en el plano de los hechos económicos, lo más significativo, desde el ángulo del Derecho Mercantil, es lo que pudiéramos llamar desaparición del significado distinto del comercio, en el conjunto de la organización económica, por la generalización del fundamento de fondo de su especialidad. En el conjunto de la vida económica, el comerciante dejará de estar en una posición especial» (14).

En este sentido, JOAQUÍN GARRIGUES propugnaba la unificación del Derecho de Obligaciones y la reducción del Derecho Mercantil como Derecho especial (15). Por tanto, la supresión de la distinción entre los contratos civiles y los mercantiles es plenamente coherente con el fenómeno de la llamada «generalización del Derecho Mercantil» o «comercialización del Derecho Civil».

En cuanto a la *supresión de la distinción entre los contratos en general y los contratos de consumo*, como ha señalado DE LOS MOZOS, «el Derecho de consumo se presenta como un nuevo *Derecho social*, y por tanto, *especial*, pero que, como todo Derecho especial, tiende a regresar al *Derecho común*, como regresó el hijo pródigo, arrepentido y contrito, a la casa del padre, en la famosa parábola evangélica; pues bien, sólo en este momento es cuando lo más significativo de sus normas, en cuanto responden también a la última *ratio* de la *aequitas pacti*, puede incorporarse al mismo sin producir desajustes sistemáticos» (16).

(13) RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, traducción de JOSÉ QUERO MOLARES, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 346.

(14) GIRÓN TENA, J., *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual (Ensayo interdisciplinario)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985, pág. 34.

(15) GARRIGUES, J., *Temas de Derecho Vivo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 90.

(16) DE LOS MOZOS, J. L., «El anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía», en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 2002, Tomo V, pág. 1773 (núm. de 9-10-2002).

Sin embargo, como señalan Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, el hecho de que las normas contenidas sean aplicables a todos los contratos se entiende sin perjuicio de que «esporádicamente aparezcan normas pensadas básicamente para consumidores, aunque los correlativos preceptos no lo lleguen a decir, como son las relativas a cláusulas no negociadas individualmente o a cláusulas abusivas, al lado de otras que requieren la contratación entre profesionales, o comerciantes, como, por ejemplo, en la llamada contratación entre condiciones generales» (17).

1.6. OBSTÁCULOS PARA LA UNIFICACIÓN JURÍDICA EUROPEA

La tarea de la unificación jurídica europea en materia de contratos presenta muchas resistencias y notables obstáculos. Entre ellos, la inexistencia de una terminología jurídica uniforme, que deberá crearse sobre la base de una lengua jurídica común (¿el inglés?), las diferencias entre la cultura del *civil law* continental y el *common law* anglosajón, y el hecho innegable de que esta unificación requiere una vinculación política y constituye un problema de soberanía, por la natural resistencia de los Estados a perder mayores parcelas de la misma.

Respecto a la *diferencia entre el civil law y el common law*, el estudio de estos sistemas nos muestra «las desiguales estructuras cognoscitivas y los distintos modos de razonamiento jurídico que les son propios... de modo que se puede afirmar que existe una «fosa epistemológica» (según el jurista francés LEGRAND) entre ambos sistemas» (18).

Pero aparte de las diferencias de razonamiento jurídico, existen diferencias concretas de regulación entre ambos sistemas, las más importantes de las cuales son el principio de la buena fe (los juristas del *common law* propenden a un cumplimiento estricto de los contratos), las cláusulas penales (sólo admitidas en el Derecho anglosajón con función sustitutiva de la indemnización, y no punitiva), o la pretensión de cumplimiento específico de la prestación o *specific performance*, que en el Derecho angloamericano sólo se concede de manera excepcional por la invocación de la teoría del incumplimiento eficiente (acudiendo a argumentos económicos) y por la influencia del Derecho romano a través de la máxima *omnis condemnatio pecuniaria*. Como características del Derecho anglosajón, también pueden mencionarse la prohibición de los contratos a favor de tercero o el hecho de que la indeterminación del

(17) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 88.

(18) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del Derecho Privado Europeo: Los principios de Derecho Contractual Europeo de la Comisión Lando», en *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 295.

precio no sea razón suficiente para negar el reconocimiento del contrato, como sucede también en el Derecho alemán, y contrariamente al Derecho francés y al español.

En todo caso, lo que es evidente es que el debate está abierto, y si bien algunos autores opinan que las diferencias entre ambos sistemas son irreductibles e insalvables, BASIL MARKESINIS ha hablado de una «convergencia gradual» y JAMES GORDLEY de una «diferencia evanescente» entre ambos sistemas (19), teniendo en cuenta que, según BURKE, «las leyes de todas las naciones de Europa derivan de unas fuentes comunes» (20) (21).

En segundo lugar, *el camino hacia una futura unificación jurídica entraña un problema de soberanía*, por lo que se requiere una vinculación política de los Estados de la Unión Europea para avanzar en este proceso. En este sentido, es evidente que la unificación del Derecho de contratos implicaría la pérdida de un identificador nacional de suma importancia para los Estados.

Así, «es precisamente la contradicción entre el código como expresión cultural nacional o como expresión cultural europea la que ha planteado problemas especialmente en aquellos países con una tradición jurídica nacional muy arraigada, como es el caso de Francia. Adoptar una nueva legislación europea supone sacrificar la propia legislación nacional; se presenta en ocasiones como traición a la propia cultura nacional simbolizada en el cuerpo legislativo del Código» (22). Y eso sin tener en cuenta los propios Derechos particulares que subsisten en algunos países comunitarios, como es el caso de los Derechos forales en España. Por tanto, existen dificultades importantes para avanzar hacia la unificación jurídica en Europa.

Sin embargo, por otro lado, los PECL tienen en su haber el distinguirse por «un elevado grado de flexibilidad y abstracción, dos señas características de las codificaciones logradas... no establecen ninguna innovación violenta, sino que continúan cuidadosamente las líneas evolutivas reconocibles y propias en una perspectiva común europea» (23).

Otra de las grandes virtudes de los PECL, que parecen augurarles cierto éxito o influencia, es el hecho de que son «compatibles con el derecho unificado de la compraventa, y concuerdan en aspectos capitales con los Principios UNIDROIT. En conjunto, pues, por primera vez son reconocibles algunos contornos concretos de un derecho contractual transnacional» (24).

(19) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 1, pág. 41.

(20) ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1995, pág. 569.

(21) «*The Laws of all the Nations of Europe are derived from the same sources*».

(22) DE LA MATA, A., «Un paso más hacia la unificación del Derecho Privado Europeo», en *Aranzadi Civil*, núm. 7/2003-8/2003, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 33.

(23) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 1, pág. 158.

(24) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 1, pág. 159.

En definitiva, los Principios de Derecho Contractual Europeo constituyen un intento por volver a un nuevo *ius commune*, así como una formulación moderna de la *Lex Mercatoria* a nivel europeo, como señalan OLE LANDO y HUGH BEALE. Por ello, «uno de los objetivos inmediatos de los Principios es prever una declaración de los mismos que sea aceptable dentro de Europa y que se pueda aplicar directamente por los arbitros en casos como los citados (cuando se opta por el arbitraje basándose directamente en la *lex mercatoria* o bien en los denominados «principios generales del Derecho», «principios aceptados a nivel internacional» o alguna otra expresión similar)» (25).

2. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD COMO CAUSA DE ANULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

El objeto de este trabajo es el estudio de las reglas sobre los vicios de la voluntad contenidas en los Principios de Derecho Contractual Europeo, si bien estos Principios no utilizan esta terminología para referirse a los mismos, como veremos a continuación.

La materia se regula en el Capítulo cuarto sobre la Validez de los contratos, en el que no se regulan los contratos ilícitos o contrarios a la moral, por existir profundas diferencias entre los distintos Derechos europeos en este campo y ser por tanto conveniente desarrollar una mayor investigación doctrinal en este punto. Tampoco se regulan los contratos anulables por falta de capacidad de los contratantes, al considerar que se trata de una cuestión que está más vinculada al Derecho Civil General que al Derecho de Contratos propiamente dicho.

Antes de comenzar el estudio de las reglas sobre los vicios de la voluntad contenidas en los PECL puede ser conveniente hacer una breve referencia al significado de tales vicios de la voluntad como causa de anulación de los contratos.

Al tratar de la voluntad de los contratantes como elemento del contrato, DÍEZ-PICAZO señala que «los contratantes no se limitan a querer algo, sino que implantan entre ellos una reglamentación de intereses. Esta reglamentación de intereses, sin embargo, es admitida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto que ha sido libremente querida. El ordenamiento jurídico protege la libertad de contratar declarando por lo general ilícitos todos aquellos supuestos en los cuales la voluntad de una de las partes o la de ambas haya sido desconocida o violada» (26).

(25) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 31.

(26) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I; Introducción, Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 148.

Tradicionalmente se ha venido señalando que para que exista un contrato es preciso que existan ciertos requisitos, que son el consentimiento, el objeto y la causa (además de la forma en los contratos formales). En particular, el consentimiento debe ser serio, espontáneo y libre, de forma que cuando falta alguna de estas condiciones, el consentimiento se encuentra viciado.

Un vicio del consentimiento existe, por consiguiente, «siempre que la voluntad contractual se ha formado defectuosamente. Como presupone un conocimiento suficiente del alcance del negocio, de su objeto y de sus circunstancias, falta de conocimiento y falta de libertad son, como dice PUIG BRUTAU, los dos grupos de causas por las que resulta posible pedir la nulidad del contrato y por ello, hablar de un vicio del consentimiento» (27).

De acuerdo con lo anterior, en el Derecho español son vicios del consentimiento la violencia y la intimidación por falta de libertad de los contratantes, y el error y el dolo por falta de conocimiento de la materia contractual.

A pesar de lo señalado anteriormente, «el error sólo invalida el consentimiento cuando recae sobre la sustancia de la cosa. El miedo vicia el consentimiento cuando el mal que se teme sufrir es inminente y grave; y el engaño vicia cuando es grave, ha sido producido por la otra parte contratante y no es recíproco. En rigor, vicio del consentimiento tendría que existir cualquiera que fuera la naturaleza o el alcance del error, del dolo o de la intimidación. Sin embargo, los Derechos positivos ordenan que, aunque se hayan producido tales vicios del consentimiento, sólo bajo ciertas condiciones o bajo ciertos requisitos el contrato puede ser anulado. *Este planteamiento obliga a pensar que más que en presencia de una dogmática categoría de voluntades viciadas, nos encontramos en presencia de una serie de supuestos en los cuales lo que se hace es decidir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual*» (28).

Así las cosas, la protección de la voluntad del declarante mediante la teoría de los vicios de la voluntad (principio de la voluntad) debe compensarse con la protección de la confianza que la declaración puede haber suscitado en los destinatarios de la misma (principio de la confianza), todo ello matizado por el principio de la autorresponsabilidad, que exige tener en cuenta si el declarante ha actuado con la debida diligencia.

Como ha señalado MORALES MORENO, «al abandonar los prejuicios voluntaristas, al entrar en un análisis equilibrado de los intereses en juego... percibimos que es un interés tan estimable como el de la voluntad, el del contratante que ha confiado en que lo expresado equivocadamente co-

(27) DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, nota 26, pág. 158.

(28) DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, nota 26, pág. 159.

rresponde con la verdadera voluntad. Este interés se justifica en la confianza» (29).

Por tanto, el pensar aisladamente en los dichos y hechos del declarante «lleva a favorecer, sin más base que la propia equivocación, a quien yerra, y esto a costa de quien ha creído en la palabra dada. Conclusión que va en contra del buen sentido» (30).

En consecuencia, las anteriores consideraciones *alejan la cuestión de la validez de los contratos de la pretendida importancia de los vicios de la voluntad, y la centran en la justicia o injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual.*

Esta última concepción parece haber influido en la redacción de los PECL, tanto por la terminología utilizada como por las soluciones concretas adoptadas. En cuanto a la terminología, se evita utilizar la expresión de «vicios de la voluntad», limitándose a regular directamente los supuestos en los que puede producirse la invalidez de los contratos.

Otro ejemplo de esta tendencia es la de que, al lado de la regulación del error, el dolo y las amenazas, se incluye un supuesto específico de anulación de los contratos por «*beneficio excesivo o ventaja injusta*», lo que evidentemente es buena muestra de la intención de centrar la cuestión de la invalidez de los contratos en la justicia o injusticia de la relación jurídica, en lugar de atender exclusivamente a la teoría de los vicios de la voluntad.

3. EL ERROR

3.1. INTRODUCCIÓN

El artículo 4.103 de los PECL se refiere al error esencial de hecho o de derecho como causa de anulación de los contratos, señalando lo siguiente:

- «1. *Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:*
- a) *i) el error se debe a una información de la otra parte;*
 - U) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o*
 - iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y*

(29) MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988, pág. 121.

(30) DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 102.

- b) *la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.*
2. *No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:*
- a) *atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o*
 - b) *dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias».*

La regulación contenida en el artículo 4.103 es bastante matizada, como ha señalado MORALES MORENO, ya que «*combina la protección del interés de la voluntad (del error) con la del interés de la confianza*. Para proteger el interés de la voluntad, admite que pueda tener relevancia cualquier motivo erróneo, determinante para un contratante (4.103 [1] [b]), lo cual denota una elevada dosis de subjetivismo. Pero este subjetivismo se corrige, en pro del interés de la confianza, al exigir que el motivo determinante para un contratante sea conocido o cognoscible para el otro; y, además, que el error reúna alguno de estos tres requisitos: *a) que haya sido provocado por la información dada por la otra parte contratante, o b) sea cognoscible su existencia para la otra parte, o c) sea común*» (31). Por último, existen dos causas de exclusión de la anulación del contrato por error; la inexcusabilidad del error y los casos en los que una parte hubiera asumido el riesgo del error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

Antes de proceder al estudio de los elementos que definen el error según el artículo citado, es preciso hacer una breve referencia a *la importancia de la actividad interpretativa en la apreciación del error en los contratos*. Y es que antes de acudir a la anulación de un contrato por error, debe darse prioridad a la interpretación de sus cláusulas, puesto que en muchas ocasiones los supuestos errores no son sino errores aparentes que la interpretación puede hacer desaparecer.

Así, es imprescindible una labor interpretativa que concluya que efectivamente se está en presencia de un error conforme a los requisitos correspondientes a su concepto legal. En este sentido, FEDERICO DE CASTRO destacaba la importancia decisiva que «*alcanzan los valores entendidos, sean resultantes de las relaciones concretas entre los interesados, sean derivados de criterios sociales y usos; junto a ellos habrá que atender a la especial naturaleza del*

(31) MORALES MORENO, A. M., «Validez del contrato», en *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LAPUENTE (coord.), *ob. cit.*, nota 3, pág. 373.

negocio y, en todo caso, valorar la conducta de cada uno según el principio de la buena fe» (32).

3.2. AUSENCIA DE DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR DE HECHO Y EL ERROR DE DERECHO

Lo dispuesto en el artículo 4.103 de los PECL sobre el error es aplicable al error de hecho y al error de derecho, indistintamente, ya que tal artículo se refiere a ambos.

A diferencia de lo que sucede en los PECL, el Código Civil español no se refiere al error de derecho en el artículo sobre el error como causa de anulación de los contratos (art. 1.266 del Código Civil). Sin embargo, señala FEDERICO DE CASTRO que parece que el Código Civil español incluye el error de derecho «como apto para invalidar el consentimiento, si reúne los requisitos que señala el artículo 1.266; lo que resulta además corroborado por la referencia expresa al error de hecho (para excluir al de derecho) en los artículos 1.234 (hoy derogado) y 1.817, párrafo 2. Ésta es también la opinión que predomina en la doctrina» (33).

En este sentido, si bien la doctrina tradicional ha venido sosteniendo la irrelevancia del *error iuris* alegando el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, la doctrina moderna entiende que «la ignorancia de la ley como excusa del cumplimiento y el error o ignorancia sobre la ley como motivo de irregularidad del contrato se mueven en órbitas distintas. Evidentemente, si el error se alega como excusa del cumplimiento de lo que ordena una disposición legal, el error no puede ser tenido en cuenta. No es este el supuesto de hecho que ahora contemplamos. En nuestro caso, un contratante se vincula voluntariamente porque ignora o yerra sobre una disposición legal... En tales casos no se trata de excusar el cumplimiento del mandato legal, sino de saber si el contrato celebrado bajo la errónea creencia acerca de la existencia o del alcance de una norma debe poseer validez» (34).

En definitiva, la referencia al error de hecho y al de derecho como causas que pueden dar origen a la anulación del contrato encuentra su apoyo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (35).

(32) DE CASTRO, F., *ob. cit.*, nota 30, pág. 112.

(33) DE CASTRO, F., *ob. cit.*, nota 30, pág. 117.

(34) Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, nota 26, pág. 180.

(35) En sentencia de 21 de mayo de 1963, el Tribunal Supremo declaró que el artículo 1.265 «no distingue entre el error de hecho y el de Derecho, razón por la cual, y tras algunas vacilaciones, se ha admitido éste como causa invalidatoria del consentimiento en numerosas sentencias».

3.3. COGNOSCIBILIDAD DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES

La voluntad del contratante que ha caído en el error se protege admitiendo que pueda tener relevancia cualquier motivo erróneo, lo que implica una cierta inseguridad jurídica para el otro contratante que recibe la declaración. La protección del interés de este último se realiza en los PECL «exigiendo que los motivos determinantes para un contratante, sobre los que incide el error, sean conocidos o resulten cognoscibles para el otro contratante» (36).

En este sentido, el artículo 4.103 de los PECL señala que una parte podrá anular el contrato si «*la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes*».

En el *Comentario a los Principios*, OLE LANDO y HUGH BEALE señalan que «la seguridad en los negocios exige que las partes no puedan eludir sus contratos por desconocimiento de cuestiones, tales como la naturaleza o la calidad de la prestación, salvo que se trate de errores muy serios. Sólo si el vendedor sabe que el comprador no hubiera celebrado en ningún caso el contrato en esas condiciones o que sólo lo habría celebrado en términos diferentes, cabrá exigirle que destaque el error del comprador. Las confusiones de gravedad menor deberá soportarlas la parte sobre quien recaigan» (37).

La solución adoptada por los PECL difiere en este punto de la adoptada en el Derecho español, ya que en éste «la relevancia del mismo (el error) no la determina el mero conocimiento por un contratante de la importancia que para la otra parte puedan tener ciertos motivos, sino el que los hechos a los que se refiere el error se hayan incorporado (explícita o implícitamente) al contrato, como presuposiciones del mismo» (38).

Sin embargo, no sólo se protege el interés de la confianza exigiendo el conocimiento o la cognoscibilidad de los motivos determinantes, sino que además es necesario que el error sea común a ambos contratantes, o que, existiendo en uno sólo de los contratantes, sin embargo sea imputable al otro, supuestos que estudiamos a continuación.

3.4. REQUISITOS DEL ERROR

Para que un error pueda ser considerado relevante a los efectos de anular el contrato, es preciso que el error en que ha incurrido un contratante sea imputable al otro (bien porque la otra parte lo ha provocado, bien porque era

(36) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 31, pág. 374.

(37) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 327.

(38) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 29, pág. 232.

un error reconocible que la otra parte hubiera debido deshacer conforme a la buena fe), o que se trate de un error común a ambas partes contratantes.

Por tanto, los demás errores no son tomados en consideración. En particular, «no lo son: 1.º el error espontáneo cuando no sea reconocible; 2.º aquel error que aún siendo reconocible para la otra parte, la buena fe no impusiera el deber de eliminarlo, y naturalmente, 3.º los errores que sean simplemente individuales» (39).

3.4.1. *Error provocado*

El primer caso de error al que se refiere el artículo 4.103 es el error que «se debe a una información de la otra parte». Este supuesto hace referencia al error que es imputable al otro contratante porque ha sido provocado por una información incorrecta suministrada por el mismo.

De acuerdo con lo anterior, si una de las partes suministra información incorrecta a la otra parte, y ésta es inducida a error, es evidente que la parte que sufre el engaño debe poder anular el contrato, no sólo porque ha sido mal informada, sino porque su mala información se debe al comportamiento de la otra parte.

En relación a este supuesto, MORALES MORENO ha señalado que «provocar el error no implica, necesariamente, dolo. Comete dolo el contratante que suministra al otro información inexacta, durante la etapa contractual, consciente de la inexactitud, con propósito de engañar... Esto significa que *cada contratante, aunque actúe sin propósito de engañar, asume el riesgo de la inexactitud de la información que suministra*» (40).

Así, como señalan OLE LANDO y HUGH BEALE, «incluso cuando la parte que facilitó la información creyera de manera razonable que se trataba de una información cierta, desde el momento que optó por darla y al haber provocado con ella una confusión de carácter esencial, no puede oponerse a que la parte que recibió esa información ejerza su derecho de anular el contrato» (41).

3.4.2. *Error conocido por la otra parte*

El segundo caso de error al que se refiere el artículo 4.103 de los PECL es el del error que «*la otra parte sabía o hubiera debido saber*», de forma que «*dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe*».

(39) DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 226.

(40) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 31, pág. 377.

(41) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 328.

En primer lugar, en relación con el requisito de la cognoscibilidad del error, MORALES MORENO ha señalado que «en los PECL la cognoscibilidad del error es consecuencia del carácter manifiesto del error y no de un deber especial de indagar su existencia (*«ought to have known of themistake»*)» (42).

En cuanto a la referencia al concepto de la buena fe, ésta se encuadra dentro del contexto general de los PECL, que como hemos señalado en la introducción optan por un «neoliberalismo intervencionista» en la redacción de estos Principios. Ello se traduce en la constante preocupación por la búsqueda de un justo equilibrio en la interna regulación del contrato, mediante la referencia a normas imperativas o a conceptos jurídicos indeterminados como lo «razonable» o la «buena fe», de acuerdo con una concepción social del contrato.

La buena fe se regula en el artículo 1.201 de los PECL, que señala que «*Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.*».

El artículo anterior impone el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que es requisito de la formación, cumplimiento y ejecución de los deberes contractuales de las partes, así como del ejercicio de los derechos derivados de ese contrato. Y una de sus manifestaciones es la que en este epígrafe es objeto de estudio: *un contratante no debería aprovecharse de los errores de hecho o de derecho de la otra, sino que está obligado a deshacer el error si lo conocía o debía conocerlo y dejar a la víctima en el error fuera contrario a la buena fe.*

No obstante lo anterior, existen situaciones en las que sí cabe admitir que un contratante se aproveche del desconocimiento o ignorancia de la otra parte. Es el caso de «los contratos especulativos y los contratos de riesgo, en los que no cabe esperar que ninguna de las partes apoye a la otra en modo alguno; tendríamos un ejemplo en las inversiones de alto riesgo. Otro ejemplo lo tenemos cuando una parte ha hecho un esfuerzo considerable para obtener una información que no posee la otra parte» (43).

Por tanto, el supuesto señalado en el artículo 4.103 de los PECL tendrá aplicación cuando fuera contrario a la buena fe mantener a la otra parte en la ignorancia, lo que no sucederá cuando la propia naturaleza del contrato conlleve el riesgo ni cuando el coste de la información obtenida por un contratante haya sido muy alto, supuesto en el que no tendrá obligación de compartirla.

Por último, el error cognoscible nos sitúa ante el problema de la diferencia entre el error y el dolo, cuestión a la que se hará referencia más adelante al tratar del dolo como causa de anulación de los contratos.

(42) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 31, pág. 377.

(43) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 329.

3.4.3. *Error compartido*

El tercer supuesto de error al que se refieren los PECL es el del error común a ambas partes contratantes («una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si la otra parte hubiera cometido el mismo error»).

Es posible que el error en el que incurrieron ambos contratantes se debiera al hecho de que habían asumido un cierto grado de indeterminación en los hechos, por tener una información limitada o por tratarse de un contrato especulativo, casos en los que no procedería la anulación del contrato por error.

Sin embargo, puede ser que *el riesgo de que los hechos en los que se basaba el contrato fueran diferentes no hubiera sido previsto por los contratantes*, caso en el que sí sería de aplicación el artículo 4.103 de los PECL. Y es que en este último caso, «si el resultado es que el contrato sería muy diferente para alguna de las partes, esa parte debería tener derecho a anularlo. Esto se suele traducir en que las pérdidas resultantes se dividirán entre las partes, aunque sea de manera muy general» (44).

3.5. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RELEVANCIA DEL ERROR

La concepción del error como vicio de la voluntad debería llevar, como lógica consecuencia, a la nulidad de todos aquellos contratos en los que concurriera tal error.

Sin embargo, en nuestra doctrina existen opiniones autorizadas que rechazan abiertamente esta «concepción logicista» del error. Como señala MORALES MORENO, «puede afirmarse que en nuestro ordenamiento no es defendible una concepción estrictamente logicista del error. Lo impide la doble exigencia de «esencialidad» y «excusabilidad» que debe cubrir el mismo. Esto supone, en definitiva, el abandono del postulado «logicista» de la voluntad perfecta, para atender a la exigencia jurídica concreta de la protección de los intereses en juego. Y es precisamente esa aspiración la que intentamos atender, proponiendo una modificación del enfoque del problema, en el sentido de considerar al error como una cuestión de reparto de riesgo» (45).

El artículo 4.103 de los PECL recoge dos causas de exclusión de la relevancia del error, que salvan al contrato de su anulación. En efecto, dicho artículo, en su apartado segundo, dispone lo siguiente: «No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: a) *atendidas las circunstancias su error*

(44) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 330.

(45) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 29, pág. 97.

fuera inexcusable, o b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias». De tales supuestos pasamos a ocuparnos a continuación.

3.5.1. *La inexcusabilidad*

La razón de fondo de la inexcusabilidad del error se basa en que «no parece adecuado permitir que cuando un contratante sea culpable del error en su mayor parte, pueda anular el contrato, salvo que la otra parte tenga al menos igual parte de culpa. De no ser así, la otra parte llegaría a cargar con las consecuencias de la falta de cuidado de la primera» (46).

Esta regla encuentra su justificación en la seguridad de las transacciones, ya que «no cabe obligar a la otra parte a que investigue todos los posibles errores de percepción de su contraparte; al menos debe poder ignorar aquéllos que sólo puedan derivar de un enorme descuido» (47).

En España, el requisito mencionado no se recoge expresamente por el Código Civil, pero ha sido recogido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para proteger el interés de la confianza. En este sentido, la sentencia de 4 de enero de 1982 señalaba que el error era inexcusable «cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular».

En relación con esta cuestión, FEDERICO DE CASTRO señala que «para justificar la exclusión del error inexcusable como causa de nulidad hubo que salir del campo de la voluntad y atender a la responsabilidad del que actúa. Frente a la protección que merece quien se equivoca (*«errare humanum est»*), prevalecerá la consideración de la seguridad jurídica (*«vigilantibus et non errantibus succurrendo est»*). Para ello, se recurre al criterio de la culpa, diciéndose que no es digno de protección quien incurre en culpa lata, *«quia dolo aequiparatur»* (48).

Por tanto, *el error es inexcusable cuando el contratante que lo padece ha actuado de forma negligente*, por no haber puesto los medios que estaban a su alcance para evitar tal error.

3.5.2. *El riesgo*

Una de las partes no puede pedir la anulación del contrato cuando su error fuera inexcusable, como se ha visto en el punto anterior. Pero tampoco puede

(46) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 331.

(47) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 348.

(48) DE CASTRO, F., *ob. cit.*, nota 30, pág. 115.

hacerlo cuando hubiera asumido voluntariamente el riesgo del error o debiera asumirlo según las circunstancias.

Esta regla sobre la atribución del riesgo que se contiene en el artículo 4103.2 de los PECL implica *el reconocimiento de que el error es un problema de distribución del riesgo entre los contratantes*.

En este sentido, MORALES MORENO ha señalado que «el error se nos ofrece así como una defectuosa organización de intereses del contrato. Es el riesgo de una defectuosa información. Las soluciones jurídicas al problema del error, sean éstas cuales fueren y seamos conscientes o no de ello, constituyen un sistema de distribución entre los contratantes de ese riesgo... El problema del error en un contrato oneroso no puede ser contemplado como el problema de un contratante (de la protección que deba merecer el mismo por su error), sino de un modo distinto; como problema de una justa (o conveniente) distribución, entre los contratantes, del riesgo que implica el error» (49).

Especial interés, en relación con el riesgo asumido por los contratantes, tienen los contratos aleatorios. Y es que «en la medida en que los contratantes introduzcan elementos aleatorios en el contrato que realizan no es procedente apreciar jurídicamente, en relación con ellos, la existencia del error» (50), ya que dicha aleatoriedad implica que los contratantes han aceptado de entrada la incertidumbre en la situación de hecho a la que se refiere el contrato.

3.6. EL ERROR EN LA DECLARACIÓN

El artículo 4.103 de los PECL regula el error esencial en los contratos, como ya se ha visto, mientras que el artículo 4.104 de tales Principios se refiere al error en la declaración, bajo el título *«inexactitud en las comunicaciones»*.

Dicho artículo 4.104 de los PECL dispone lo siguiente:

«Cualquier inexactitud cometida en la expresión o en la transmisión de una declaración se considerará un error de su autor o de la persona que envió la declaración, siendo de aplicación el artículo 4.103».

Del tenor literal del artículo citado queda patente que *los PECL equiparan el régimen jurídico del error en la declaración (tradicionalmente denominado error obstativo) al régimen del error esencial (tradicionalmente denominado error vicio)*.

(49) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 29, págs. 88-89.

(50) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 29, págs. 246.

Tradicionalmente ambas clases de error han recibido un tratamiento diferente, entendiéndose que el error en la declaración supone la nulidad absoluta del negocio, por no haber existido una verdadera voluntad, mientras que el error vicio no convierte automáticamente en nulo el negocio (sino simplemente anulable) porque sí ha existido una voluntad, si bien viciada por el error.

Como ha señalado MORALES MORENO, tal distinción carece de justificación, ya que no aparece reflejada en el Código Civil, plantea problemas de difícil solución en cuanto a la distinción entre ambas clases de error, y por último, supone centrar los efectos del error en el modo psicológico en el que el mismo se manifiesta en lugar de hacerlo en la incidencia que tiene sobre el contrato (51).

Por otro lado, el artículo sobre el error en la declaración debe ponerse en relación con las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en los PECL, ya que *en algunos casos el error en la declaración podrá ser resuelto mediante la aplicación de las reglas interpretativas*, sin necesidad de acudir al artículo 4.104 de los PECL.

Tales reglas interpretativas se regulan en el artículo 5.101 de los PECL, en el que se establece que los contratos se interpretarán: 1) conforme a la intención común de los contratantes; 2) conforme a la intención de uno de los contratantes, si la otra parte no podía ignorar esa intención, o 3) conforme al sentido que le daría una persona razonable en idénticas circunstancias.

Siguiendo lo dispuesto en dicho artículo, si existe una intención común que no es cuestionada, no podrá existir error en la declaración. En su defecto, si no existe voluntad común pero una de las partes no podía ignorar la intención de la otra, se resolverá el error en la declaración interpretando el contrato a favor de la parte perjudicada por el error. Por último, si ni existe voluntad común ni es aplicable el anterior supuesto, la declaración deberá interpretarse conforme al sentido que le hubieran dado personas razonables de la misma condición que las partes. Pero «este sentido puede no coincidir con la voluntad concreta de alguna de las partes. En tal caso, podríamos estar en presencia de un error en la declaración, al que se aplicaría el régimen de anulabilidad del artículo 4.104 PECL» (52).

3.7. LA INFORMACIÓN INCORRECTA

El artículo 4.106 de los PECL se refiere a la información incorrecta, señalando lo siguiente:

(51) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 29, págs. 77-78.

(52) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 31, pág. 381.

«Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados 2) y 3) del artículo 4.117, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del artículo 4.103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta».

El anterior artículo es un ejemplo más del abandono de la teoría de los vicios de la voluntad en sentido estricto, en favor de una reglamentación que atiende más bien a la justicia o injusticia del mantenimiento de la relación contractual.

En particular, supone que existen errores que, si bien no pueden dar lugar a la anulabilidad del contrato por no reunir los requisitos del artículo 4.103 PECL, sin embargo sí tienen relevancia jurídica, pudiendo dar lugar a otra clase de remedios, como la indemnización por los daños y perjuicios causados.

En definitiva, DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO han señalado que los requisitos de este artículo «son fundamentalmente dos: 1.º Una de las partes ha celebrado el contrato precisamente sobre la confianza fundada en la información inexacta que la otra parte le proporcionó, cuando ésta no llegue a constituir dolo, ni se produzca tampoco un error sustancial que permita la anulación del contrato. 2.º La parte que ha proporcionado la información no debe haber actuado razonable y diligentemente, porque si hubiera podido pensar que la información era correcta, el remedio queda impedido» (53).

De esta forma, *se traslada el riesgo de la inexactitud de la información al que la suministra, y además se impone al mismo la obligación de indemnizar el interés negativo* (únicamente las pérdidas ocasionadas por la información incorrecta).

3.8. OTRAS CUESTIONES

Antes de proceder al estudio de las reglas sobre los demás vicios de la voluntad, es preciso hacer una breve referencia al artículo 4.105 PECL sobre la adaptación del contrato, así como a la imposibilidad inicial de la prestación según los PECL, por la incidencia que su regulación tiene sobre la figura del error.

En primer lugar, en cuanto al artículo 4.105 PECL, se refiere a *la adaptación del contrato*, regulando la posibilidad de adaptar el contrato según lo entendió la víctima del error en los casos en los que la otra parte hubiera

(53) DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 228.

expresado su voluntad de cumplir el contrato en dichos términos. También concede al juez la facultad de adaptar el contrato, en los casos de error compartido, de acuerdo con lo que razonablemente se podría haber convenido si el error no se hubiera producido.

De esta forma, el tratamiento del error «se aproxima al que... se da a los supuestos de cláusula *rebus sic stantibus*, lo que parece conforme con las reglas de la buena fe y la autorresponsabilidad, y desde luego, con el principio de conservación del contrato» (54).

Por último, en relación con *la imposibilidad inicial*, el artículo 4.102 PECL señala que «*un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato*».

Este precepto se justifica por la revisión de que está siendo objeto la doctrina en virtud de la cual la imposibilidad inicial se considera como una causa de nulidad del contrato («*ad impossibilia nemo tenetur*») (55).

De esta forma, el contrato sobre bienes que no existen no tiene por qué ser nulo automáticamente, sino que en su caso podrá ser anulado por la vía de un error común. Sin embargo, como señalan OLE LANDO y HUGH BEALE, «cabe considerar también que la parte había asumido el riesgo de la imposibilidad y que, en consecuencia, no tenga derecho a anular el contrato. El cumplimiento específico del contrato resultará desde luego imposible, pero la parte que hubiera asumido ese riesgo será responsable por daños y perjuicios por causa del incumplimiento» (56).

4. EL DOLO

4.1. INTRODUCCIÓN

Los PECL se refieren al dolo en el artículo 4.107, en el que se dispone lo siguiente:

«1. Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se haya obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.»

(54) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 226.

(55) El artículo 1.272 del Código Civil español señala que «no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles».

(56) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 323.

2. *La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.*

3. *Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:*

- a) *si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;*
- b) *el coste de obtener dicha información;*
- c) *si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y*
- d) *la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte».*

De acuerdo con lo anterior, el dolo existe cuando se ofrece a uno de los contratantes una representación inexacta de la realidad (por acción u omisión), con propósito de engaño, para obtener su consentimiento en la celebración de un contrato.

Respecto al Derecho español (57), la Jurisprudencia ha señalado que «tal concepto exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarla a realizar el negocio que de otra forma no habría realizado» (58).

Por tanto, *el dolo se caracteriza tanto por la intención o propósito de engañar (la conducta dolosa o maliciosa) al otro contratante como por el resultado de engaño que se obtiene (la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la otra parte).*

En los Comentarios sobre el artículo 4.107 PECL, OLE LANDO y HUGH BEALE señalan que cuando una parte ha recibido información incorrecta de la otra parte, debería poder anular el contrato si esta última incurrió en dolo, es decir: i) «si sabía que la información suministrada era incorrecta o si hubiera actuado con absoluta negligencia [al dar esa información] por no saber seguro si era correcta o no, y ii) si trataba de engañar a la primera parte o no le importaba en absoluto engañarla».

Siguiendo a los mismos autores, «no existe motivo alguno para proteger los intereses de la parte que ha incurrido en dolo en lo que respecta a la vigencia del contrato, y tampoco parece adecuado pretender que la parte tenga

(57) El artículo 1.269 del Código Civil señala que «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no habría hecho».

(58) SSTS de 28 de noviembre de 1989 [RJ 1989/7914] y 27 de septiembre de 1990 [RJ 1990/6908], por todas.

que soportar el riesgo de que alguien le engañe de manera deliberada o totalmente negligente» (59).

En línea con lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981, señaló que la maquinación insidiosa (que en este caso sería la actuación dolosa o la ocultación maliciosa de información) es «independiente de la actitud de la parte afectada, ya que no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando ésta de ingenuidad (*simplicitas*), como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados».

4.2. AUSENCIA DE DISTINCIÓN ENTRE EL DOLO CAUSANTE Y EL DOLO INCIDENTAL

La distinción entre el dolo causante y el dolo incidental remonta sus orígenes a la Edad Media, como ha señalado REINHARD ZIMMERMAN. Según este autor, lo que la distinción entre el *dolus causam dans* y el *dolus incidens* pretendía resolver era la cuestión del efecto del dolo sobre los contratos. En los contratos *bonae fidei* sólo el *dolum causam dans* era tenido en cuenta para dar lugar a la nulidad. Sin embargo, si el dolo había sido simplemente incidental en un contrato *bonae fidei*, la transacción no era nula (60) (61).

La diferencia consiste en que el *dolo grave* o *dolo causante* es el que da lugar a la celebración del contrato, mientras que el *dolo incidental* no determina la celebración del contrato, sino sólo las condiciones del mismo.

Esta distinción entre el dolo causante y el dolo incidental se recoge en el Código Civil español (art. 1.270) que señala que «para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave... El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar los daños y perjuicios».

Sin embargo, como ha señalado DÍEZ-PICAZO, «la diferencia así trazada, aunque *prima facie* pueda parecer clara, es de muy difícil aplicación en la práctica, pues obliga a moverse en el terreno de las puras hipótesis. Se hace necesario averiguar, o, más bien, conjeturar, si de no haber existido el engaño el contrato se hubiera o no celebrado. Y esto es meramente hipotético» (62). Por el anterior motivo, la mencionada distinción ha sido objeto de severas críticas por la doctrina.

(59) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 361.

(60) «What the distinction between *dolus causam dans* and *dolus incidens* therefore ought to resolve, was the vexed question of the effect of *dolus* on a contract, more specifically: on a contract *bonae fidei*. Only *dolus causam dans* was taken to lead to its invalidity. If the *dolus* had merely been incidental to a contract of good faith, the transaction was not void».

(61) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 20, pág. 671.

(62) DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, nota 26, pág. 172.

Respecto a la solución adoptada por los PECL, MORALES MORENO resalta que la solución es más flexible que la actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico: *«exigen que el dolo haya llevado a contratar, o, dicho de otro modo, que el contrato se haya realizado bajo la influencia del dolo, pero no que el dolo sea la razón determinante de la celebración del contrato»* (63).

De acuerdo con lo anterior, los Comentarios a los PECL se limitan a exigir que el contratante que ha recibido la información incorrecta haya confiado en la misma, sin exigir que uno de los contratantes haya sido inducido a concluir un contrato que de no haber mediado el dolo, no habría concluido, tal y como exige el artículo 1.269 del Código Civil.

4.3. EL DOLO OMISIVO

Conforme al artículo 4.107 PECL, una parte no sólo puede anular el contrato cuando su consentimiento se haya obtenido por la actuación dolosa de la otra parte, sino también cuando haya ocultado maliciosamente información que tenía la obligación de comunicar a la misma.

La reticencia dolosa o dolo omisivo como una modalidad del engaño tiene un origen muy remoto. Y es que, como señala FEDERICO DE CASTRO, ya el Derecho romano y las Partidas aludían al mismo: *«el callarse engañosamente, non queriendo responder; o si responde, dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño»* (64) (65).

Tal concepción del dolo, si bien no se recoge de forma expresa en el Código Civil español, ha sido asumida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual en el concepto del dolo del artículo 1.269 del Código Civil no sólo *«se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidante de su consentimiento»* (66).

La novedad que introducen los PECL en este punto es la referencia expresa a la buena fe como criterio determinante de la obligación de suministrar la información. Pero si bien el deber de informar al otro contratante forma parte del deber general de buena fe, no siempre será exigible que una parte ponga en conocimiento de la otra la información que conoce.

(63) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 31, pág. 385.

(64) P. 7, 15, 1.

(65) DE CASTRO, F., *ob. cit.*, nota 30, pág. 152.

(66) STS de 26 de octubre de 1981.

Por ello el mismo artículo se refiere a las circunstancias que deberán ser objeto de una especial atención para determinar si efectivamente la buena fe imponía a una de las partes la obligación de suministrar una información concreta.

En este sentido, y si bien todas las circunstancias concurrentes deberán ser objeto de consideración, el citado artículo exige prestar atención especial a varias: En primer lugar, si una parte «tenía conocimientos técnicos en la materia», ya que no si uno de los contratantes es un profesional que tiene especiales conocimientos sobre la materia sobre la que contrata, no necesitará especiales informaciones.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta «el coste de obtener dicha información», puesto que «debe fomentarse la realización u obtención de información y la inversión en información, de manera que sólo es contrario a la buena fe omitir información respecto de hechos en que la obtención no sea especialmente costosa» (67).

En tercer lugar, hay que tener en cuenta «si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma», caso en el cual no sería justo imponer a la otra parte la obligación de cuidar de los asuntos de la otra, siendo razonable que cada parte conozca los hechos relevantes de su propia prestación.

Por último, también hay que considerar «la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte», ya que sólo las informaciones que revistan una importancia especial para la otra deben ponerse en su conocimiento, no pudiéndose exigir a cada contratante que esté pendiente de todas las informaciones de menor importancia que podrían interesar al otro.

4.4. LA RELACIÓN ENTRE EL DOLO Y EL ERROR

El dolo y el error como vicios del consentimiento presentan una vinculación muy estrecha, en cuanto que el resultado del dolo es siempre un error.

Sin embargo, «si bien es cierto que donde hay dolo hay siempre error, es cierto también que en el tratamiento jurídico del error se valora sobre todo la formación del conocimiento de la parte equivocada y su propia culpabilidad o falta de culpabilidad en el error, mientras que en el dolo la valoración jurídica contempla sobre todo la conducta de la parte causante del engaño» (68).

Como ha señalado FEDERICO DE CASTRO, «la mecánica del dolo, en cuanto vicio de la voluntad, se diferencia en su misma raíz de las propias del error y el miedo. En estos dos últimos se tiene en cuenta sólo la situación de quien

(67) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 231.

(68) Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, nota 26, pág. 173.

declara (ha caído en error, está amedrentado); en el dolo, la atención se centra en el carácter reprochable del actuar insidioso de quien induce a la declaración» (69).

En todo caso, parece evidente que *la diferencia fundamental se encuentra en la actuación dolosa u omisión maliciosa de información, es decir, en la intención de engañar, que se da en el caso del dolo pero no en el caso del error.*

Sin embargo, en los PECL *la diferencia entre el error y el dolo podría plantear problemas en el caso del error cognoscible*, al que se refiere el artículo 4.103 PECL cuando señala que una parte podrá anular el contrato por error si *«la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe».*

Así, cuando el error sea conocido por un contratante y sin embargo no lo haya deshecho conforme a lo que exigía la buena fe, la única diferencia con el dolo será la intención maliciosa de engañar, lo que plantea evidentes dificultades probatorias. En definitiva, como señala MORALES MORENO, «el supuesto de dolo negativo va a coincidir, a menudo, con el del error conocido por el otro contratante» (70).

5. VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN

5.1. INTRODUCCIÓN

La violencia y la intimidación han sido tradicionalmente consideradas como vicios del consentimiento que tienen su origen en la falta de voluntad de los contratantes, frente al dolo y al error, que son vicios en los que sí existe voluntad contractual, pero sin embargo falta un exacto conocimiento de la materia sobre la que se contrata.

Señala Díez-PICAZO que «la característica general del supuesto (la violencia) es la coacción física o fuerza empleada, en cuanto ha sido el móvil impulsor del acto jurídico. En cambio, en la intimidación, el elemento característico no radica en el instrumento empleado, sino en el resultado obtenido mediante él. *Así como la violencia mira más el comportamiento del sujeto agente, la intimidación contempla de forma especial la actitud del sujeto paciente.* La característica de la intimidación es un miedo o temor producido en una persona» (71).

(69) DE CASTRO, F., *ob. cit.*, nota 30, pág. 149.

(70) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 31, pág. 386.

(71) Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, nota 26, pág. 161.

5.2. LA VIOLENCIA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El Código Civil español señala que la violencia existe, como causa de nulidad de los contratos, «cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible» (72).

Sin embargo, los PECL parten de una solución distinta, ya que ni siquiera regulan el supuesto de la violencia. Para los redactores de los PECL, la propia definición de los contratos contenida en los artículos 2.101 y 2.102 implica necesariamente que si hay violencia para arrancar el consentimiento, no es que el contrato sea nulo, sino que ni siquiera existe en cuanto tal. En este sentido, el artículo 2101.1 PECL dispone lo siguiente:

«El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando: a) las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente, y b) alcanzan un acuerdo suficiente».

En cuando al artículo 2.102 PECL, éste señala que *«la voluntad de una parte de vincularse contractualmente se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte».*

Así, como señalan OLE LANDO y HUGH BEALE, «cuando una parte ha forzado literalmente a la otra a llevar a cabo una determinada acción —como la persona que firma un documento porque la otra le sujeta el brazo y se lo mueve— sencillamente no ha consentido ni siquiera de manera aparente. En tal caso no habría acuerdo conforme a los presentes principios».

5.3. LA INTIMIDACIÓN COMO CAUSA DE ANULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LOS PECL

Señala REINHARD ZIMMERMAN que el principio *«coactus volui, tamen volui»* era el principio que todavía proclamaba un jurista clásico como PAULO: «aunque he formado mi voluntad bajo coacción, he formado una voluntad legalmente relevante». No existía ninguna regla general declarando inválidas las transacciones realizadas bajo la influencia de la coacción o la intimidación (73) (74).

(72) Artículo 1.267 del Código Civil.

(73) *«Coactus volui, tamen volui was the principie that we still find proclaimed by a late classical jurist such as Paulus; even though I have formed my will under coercion, I have nevertheless formed a (legally relevant) will. There was no general rule declaring transactions concluded under the influence of duress or coercion invalid».*

(74) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 20, pág. 652.

Sin embargo, en la actualidad se acepta sin discusiones que cuando un contrato ha sido realizado bajo la amenaza de un mal inminente y grave para uno de los contratantes, el contrato puede ser anulado, al no haber existido una voluntad plenamente libre.

De acuerdo con lo anterior, la amenaza de sufrir un mal ejerce una presión psicológica en el contratante que priva a éste de su libertad de contratar, de forma que *el contrato pierde su significado, dejando de ser una manifestación de la libertad contractual de los contratantes para convertirse en el medio que utiliza uno de ellos para evitar un mal.*

El artículo 4.108 PECL se refiere a la intimidación como causa de anulación de los contratos, cuando señala lo siguiente:

«Una parte puede anular el contrato cuando la otra ha conseguido que la primera preste su consentimiento por la amenaza inminente y grave de un hecho:

- a) ilícito de por sí,*
- b) o cuyo uso como medio para lograr la conclusión del contrato es ilícito, salvo que en las concretas circunstancias la primera de las partes hubiera tenido una solución alternativa razonable».*

Del tenor de lo dispuesto en este artículo queda patente que para que la intimidación exista se requiere la concurrencia de una amenaza inminente y grave de un hecho ilícito, que la amenaza haya sido empleada por un contratante, que dicha amenaza haya influido en el otro contratante y que el contratante que ha sufrido la amenaza no tenga una alternativa razonable.

En primer lugar, en cuanto al requisito de que *el mal sea inminente y grave*, «la inminencia consiste en la mayor o menor proximidad del mal que se espera y la mayor o menor posibilidad de evitarlo. La gravedad debe medirse en relación con la idoneidad del mal para influir sobre el ánimo del sujeto... La inminencia y la gravedad exigen también una certidumbre del mal con el que se amenaza. No hay verdadera amenaza si se trata de un peligro incierto o inconcreto» (75).

En segundo lugar, el *mal inminente y grave debe ser ilícito*, bien porque se trate de un hecho ilícito en sí, o porque su uso como medio para lograr la conclusión del contrato sea ilícito. En este sentido, «las amenazas de hacer algo legalmente válido pueden llegar a ser ilícitas si no constituyen un medio adecuado para obtener el beneficio pretendido» (76).

(75) Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, nota 26, pág. 163.

(76) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 370.

Como ha señalado FEDERICO DE CASTRO, «será ilícita la amenaza cuando, aún siendo justificada jurídicamente, con ella se persigue una declaración de voluntad no debida; así, por ejemplo, si el acreedor amenaza con la ejecución o con la quiebra si el deudor no le vende la finca (aunque no sea por un precio ínfimo)» (77).

En tercer lugar, *la amenaza debe haber sido empleada por un contratante*, ya que el artículo mencionado de los PECL alude a que una de las partes contratantes haya conseguido que la otra preste su consentimiento por la amenaza inminente y grave de un hecho ilícito. De esta forma, se exige un requisito que no existe en el Código Civil español, cuyo artículo 1.268 señala que «la violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato».

Además de los anteriores requisitos, es fundamental que *la amenaza haya influido sobre el otro contratante*, de forma que si la decisión de celebrar el contrato no se ha visto influenciada por la amenaza, no puede anularse el contrato.

Como ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, «el vicio de la intimidación ha de quedar integrado para su virtualidad, según constante jurisprudencia por una amenaza injusta e ilícita, con marcado matiz antijurídico y tan fuerte que obligue a quien la padece a que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses» (78).

En términos similares, el Tribunal Supremo también ha señalado que «es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses» (79).

No se recoge en los PECL, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil español, la referencia a que exista un «temor racional y fundado», con la que se pretende que no se tome en consideración el temor debido a las cavilaciones de los timoratos, asustadizos o neuróticos. Tampoco se recoge en los PECL la previsión de que para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona, que se recoge en el Código Civil español.

En todo caso, la determinación de si realmente la amenaza ha influido en el ánimo del otro contratante hasta llevarle a celebrar el contrato es una cuestión que habrá de resolverse por la autoridad judicial en cada caso, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes.

(77) DE CASTRO, F., *ob. cit.*, nota 30, pág. 145.

(78) STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7458).

(79) STS de 21 de julio de 1993 (*RJ* 1993/6102).

Por último, para que pueda apreciarse la existencia de intimidación *es preciso que el contratante que cedió a la amenaza no tuviera una alternativa razonable*. Y es que si hubiera tenido una alternativa razonable, no podría afirmarse que la amenaza ha sido la verdadera razón para que la parte amenazada cumpla con lo exigido. Como se señala en los Comentarios a los Principios, «la carga de la prueba de la existencia de una alternativa razonable recae en la parte que provocó la intimidación» (80).

MORALES MORENO relaciona esta cuestión con la intimidación debida a la presión económica, señalando que la amenaza será indiferente «si tiene lugar en una situación en que no exista monopolio, porque el contratante afectado puede encontrar una alternativa razonable en el mercado. Será relevante, por el contrario, si se produce en una situación de monopolio, porque el contratante no dispone de esa posibilidad» (81).

6. EL BENEFICIO EXCESIVO O LA VENTAJA INJUSTA

6.1. INTRODUCCIÓN

El artículo 4.109 PECL se refiere al beneficio excesivo o ventaja injusta como causa de anulación de los contratos, disponiendo lo siguiente:

«1. Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:

- a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y*
- b) la otra parte conocía o debía haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.*

2. A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

(80) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 371.

(81) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 31, pág. 388.

3. *La otra parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por el beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella».*

Como ya se puso de manifiesto al tratar del error, *existe una tendencia en la doctrina a alejarse de los postulados de una pura teoría de los vicios del consentimiento para prestar atención a la justa o injusta lesión de los intereses en juego* en la contratación.

El supuesto del beneficio excesivo o ventaja injusta constituye una clara manifestación de esta tendencia, ya que no se trata en sentido estricto de un vicio del consentimiento, sino de un supuesto en el que existe una falta de equivalencia objetiva entre las prestaciones debido a que una parte se ha aprovechado indebidamente de la otra.

En este sentido, MORALES MORENO señala que «los autores que entre nosotros se han ocupado de la equivalencia de las prestaciones dentro de los contratos onerosos, nos advierten de la conexión existente entre la materia de que tratan y el error, y ponen de manifiesto un peligro: ensanchar el campo de aplicación del error, para resolver problemas de falta de equivalencia, contrariando así la regla de nuestro Código que excluye la rescisión por lesión» (82).

Por su parte, REINHARD ZIMMERMAN cita el artículo 138 del BGB alemán como ejemplo, en lo que se refiere a la equivalencia de las prestaciones, cuando señala que un contrato bajo el cual una de las partes obtiene ventajas desproporcionadas en relación con lo que da en cambio, se considera *contra bonos mores* si la parte beneficiada desplegó una actividad reprensible, bien por haber explotado deliberadamente la debilidad económica de su oponente, bien por no haberse dado cuenta, negligentemente, de que la otra parte celebró el contrato sólo debido a su precaria situación (83) (84).

Continúa señalando este autor que estas manifestaciones en Alemania y en otros países han llevado a un renacimiento de la *laesio enormis*. Y que *esta transición desde la libertad contractual a la responsabilidad social puede*

(82) MORALES MORENO, A. M., *ob. cit.*, nota 29, pág. 80.

(83) «A party under which the one party obtains advantages in obvious disproportion to what he returns, is taken to be *contra bonos mores*, if the advantaged party displayed a reprehensible attitude, by either deliberately exploiting the weaker economic position of his opponent, or by grossly negligently failing to realize that the latter entered into the contract only because of his precarious situation».

(84) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 20, pág. 268.

interpretarse, en un contexto más amplio, como una vuelta a los conceptos éticos del ius commune» (85) (86).

6.2. ANTECEDENTES

El supuesto estudiado puede recordar, en el Derecho español, a la rescisión por lesión y al tratamiento de los préstamos usurarios en la Ley de 23 de julio de 1908.

Sin embargo, la regla sobre el beneficio excesivo o la ventaja injusta parece encontrar sus antecedentes en reglas propias del Derecho anglosajón. Una de ellas es la de la *undue influence*, cuando una de las partes se encuentra en una relación de dependencia o subordinación respecto de la otra, pudiéndose otorgar protección si se demuestra que una parte ejerció, o estaba en posición de ejercer, dominación sobre la otra, o cuando las partes tuvieran una relación de confianza.

En segundo lugar, la doctrina de la negociación irrazonable o incoherente dispone que «si una parte se aprovecha de manera deliberada de la pobreza o ignorancia de una persona para comprarle un determinado bien por mucho menos precio de lo que vale en realidad, la parte más débil puede dar por terminado el contrato» (87).

6.3. REQUISITOS

En el supuesto del beneficio excesivo o de la ventaja injusta, que se recoge en los PECL, existen dos elementos fundamentales que habrán de concurrir.

En primer lugar, «*las características de la “víctima”*», que contrata en situación de dependencia, de confianza, de apuro o de urgente necesidad o que presenta un carácter personal que lo hace especialmente idóneo para contratar» (88).

En segundo lugar, «*la actitud de la otra parte contratante*, que, conocedora de los hechos, obtiene un beneficio excesivo o una situación de ventaja

(85) «*These and similar developments, both in Germany and in other countries have led to a renaissance of laesio enormes. This renaissance is part of a rediscovery of equality in exchange... Sufficeto say that this transition from freedom of contract to social responsibility can be seen, in a broader context, as a return to the ethical foundations of the earlier ius commune.*

(86) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, nota 20, pág. 220.

(87) LANDO, O., BEALE, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 380.

(88) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 235.

evidentemente desleal» (89). Respecto al beneficio excesivo, podrá demostrarse tal carácter excesivo de la ventaja obtenida comparando el precio con el precio habitual para los productos o servicios de que se trate. Pero incluso si el equilibrio de las prestaciones no es excesivamente desigual desde el punto de vista económico, también puede existir una ventaja injusta cuando haya existido un abuso por otras razones.

Respecto a la posibilidad de adaptación del contrato, se trata de una manifestación del principio de la conservación del negocio, con el fin de permitir el mantenimiento de la relación contractual, conservando el contrato por la vía de su posible readaptación.

En definitiva, este artículo crea un remedio flexible para las situaciones en las que un contratante se aproveche ilícitamente de la situación de inferioridad del otro para obtener una ventaja. Como ha señalado ZIMMERMAN, es necesario un cierto grado de flexibilidad para permitir al juez tener en consideración todas las circunstancias específicas del caso (90) (91).

Sin embargo, un precepto como el que ha sido objeto de estudio no puede interpretarse en sentido amplio, pues crearía una gran inseguridad en el tráfico el hecho de que cualquier contratante pudiera liberarse de sus compromisos, so pretexto de que son desventajosos.

Por ello, como se señala en los Comentarios a los Principios, «sólo deberían protegerse aquellos casos en los que la parte pueda justificar que ha habido alguna debilidad, incapacidad o necesidad de su parte que expliquen lo ocurrido» (92).

7. OTRAS CUESTIONES

7.1. INTRODUCCIÓN

Dentro del Capítulo IV de los PECL, dedicado a la validez de los contratos, se incluyen, además de los artículos que hasta ahora han sido mencionados, otros que se refieren a la actuación de terceros en relación con los supuestos de invalidez, a la forma de anulación de los contratos, o a los efectos de la anulación.

También se refieren los PECL a las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, que si bien se regulan como un supuesto de nulidad de los

(89) Díez-Picazo, L.; Roca Trías, E., Morales, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 235.

(90) «Some degree of flexibility will have to be built into the modern remedies, in order to allow the judge to take into consideration the specific (objective and subjective) circumstances of the case».

(91) Zimmerman, R., *ob. cit.*, nota 20, pág. 270.

(92) Lando, O., Beale, H., *ob. cit.*, nota 8, pág. 376.

contratos, no pueden considerarse como vicios de la voluntad en ningún caso, por lo que no son objeto de consideración en este trabajo.

7.2. LOS TERCEROS

El artículo 4.111 PECL se refiere a la intervención de un tercero en los vicios de la voluntad o en las causas de anulación, considerando al contratante responsable no sólo por sus propias acciones y las de sus empleados, sino también por las de los que han intervenido en el contrato o en quienes se ha delegado su cumplimiento. El artículo mencionado distingue los dos siguientes supuestos:

En primer lugar, si un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma ha sido el que ha provocado el vicio de la voluntad y la causa de anulación, entonces la cuestión debe ser tratada como si el vicio de la voluntad hubiera sido causado por el propio contratante.

En segundo lugar, cuando se trate de un tercero de cuyos actos no responda ninguno de los contratantes, ni haya participado en el contrato con el acuerdo de ninguno de ellos, la anulación sólo será posible si la parte conoció o debió haber conocido los hechos correspondientes o si, en el momento de la anulación, dicha parte todavía no había actuado de acuerdo con la confianza que en ella suscitaba el contrato celebrado.

Esta solución adoptada en los PECL permite abordar un tratamiento conjunto de la intervención de los terceros en las causas de anulación de los contratos, sin necesidad de crear una regulación específica para cada una de estas causas.

En el Derecho español, sin embargo, el tratamiento de la intervención de los terceros en los vicios de la voluntad como causa de anulación de los contratos varía según los casos. Así, la violencia y la intimidación «*anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato*» (93). Por tanto, tales vicios del consentimiento producen el mismo efecto (la anulación del contrato) tanto si son empleados por los contratantes como si son empleados por una tercera persona que no intervenga en el contrato. Respecto al error, «como no existe un tratamiento especial del error provocado, tampoco la intervención de tercero en la provocación del error dispone de una norma especial» (94).

(93) Artículo 1.268 del Código Civil.

(94) Díez-Picazo, L.; Roca Trías, E., Morales, A. M., *ob. cit.*, nota 4, pág. 236.

Mayores problemas ha planteado la posible intervención de terceras personas en la causación del dolo como vicio de la voluntad en los contratos en el Derecho español. Y es que el artículo 1.269 del Código Civil, al tratar del dolo, se refiere a las «*palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes*», lo que, *a sensu contrario*, implica que el dolo de tercero no puede ser considerado una causa de anulación del contrato.

Sin embargo, CARLOS LASARTE ha señalado que la expresión contenida en el citado artículo «no excluye la existencia de dolo cuando la tercera persona actúa a consecuencia de una maquinación de uno de los contratantes (se habla con un perito amigo para que certifique una medida falsa y notoriamente agrandada de la finca que se quiere vender), ya que en tal caso la intervención del tercero es sencillamente material: quien construye o maquina es, propiamente hablando, el contratante maligno» (95).

Un supuesto diferente del anterior es aquél en el que el contratante no ha conspirado con el tercero, pero sin embargo se ha aprovechado del dolo del mismo. En este punto, LASARTE también ha señalado que «hoy es pacífico admitir que no es lícito que uno de los contratantes se aproveche del engaño en que el tercero ha hecho incurrir a la contraparte. Por tanto, *ha de propugnarse la anulación del contrato cuando aquél conoce la actuación insidiosa del tercero (y, por tanto, el engaño en que ha incurrido la otra parte), aunque no haya conspirado con él*» (96).

La anterior interpretación es plenamente acorde con la redacción de los PECL, en cuyo artículo 4.111 se permite la anulación de los contratos no sólo cuando se trate de un tercero de cuyos actos sea responsable uno de los contratantes, sino también cuando esa parte contratante conozca o hubiera debido conocer los hechos relevantes (la actuación insidiosa del tercero).

7.3. ANULACIÓN

Como ya se indicó al tratar de las opciones de política jurídica de los PECL, una de estas opciones es la constante referencia a sistemas de «autoyuda privada» con los que se trata de evitar la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia.

Este criterio tiene una clara manifestación en materia de anulación de los contratos, de forma que el artículo 4.112 de estos Principios dispone que «*la anulación requiere ser comunicada a la otra parte*». De esta forma, tanto *la resolución como la anulación de los contratos se producirán de forma*

(95) LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil, III. Contratos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 36.

(96) LASARTE, C., *ob. cit.*, nota 95, pág. 36.

extrajudicial por la mera comunicación unilateral de la parte perjudicada por el incumplimiento o por la causa de nulidad, de forma que en caso de acudir a los Tribunales de Justicia, éstos se limitarán a declarar si la resolución o anulación ya promovidas fueron correctas.

Respecto al plazo para ejercitar la facultad de anular el contrato mediante la comunicación a la otra parte, el artículo 4.113 PECL señala que tal anulación deberá comunicarse *«en un plazo razonable conforme a las circunstancias, a partir del momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla, o desde el momento en que haya sido libre para actuar»*.

También se regula en el artículo 4.114 PECL, *la confirmación*, como causa de extinción de la acción de anulación de los contratos. Dado que la anulación es una medida que se concede a la parte perjudicada por el vicio de la voluntad o la causa de anulación, es lógico que tal parte tenga la facultad de renunciar a tal remedio.

El artículo 4.116 PECL se refiere a la *anulación parcial* de los contratos, que no es más que otra manifestación del principio *favor negotii*, de conservación del negocio jurídico.

Por último, el artículo 4.115 PECL se refiere a los *efectos de la anulación* de los contratos, señalando que *«cada parte podrá reclamar la restitución de lo que entregó como consecuencia del contrato, devolviendo a su vez lo que hubiera recibido a cambio. Si la restitución en especie no es posible por cualquier motivo, deberá pagarse un importe razonable en proporción a lo recibido»*.

De acuerdo con el anterior artículo, la anulación de los contratos debe dar lugar a la restitución recíproca de las prestaciones, porque no sólo las partes no están obligadas para el futuro, sino que las prestaciones ya realizadas pierden su significación. Y es que la anulación del contrato supone invalidarlo, como si nunca hubiera existido.

Tal artículo encuentra su correspondencia en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil, a tenor de los cuales, *«los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio, con sus intereses»*, y *«mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba»*.

7.4. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

El artículo 4.117 PECL hace referencia a los daños y perjuicios, regulando dos supuestos diferentes en los que la parte perjudicada tendrá derecho a

ella: en primer lugar, en el caso de que el contrato se haya celebrado por error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta, cuando el contratante causante del vicio hubiera sabido o debido saber que existían tales vicios del consentimiento o causas de anulación (no los conocerá, por ejemplo, en los casos de error común o de error provocado por la información incorrecta del otro contratante que actúa de buena fe).

En este caso, la indemnización debe permitir al contratante perjudicado «volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato», por lo que no se comprende el interés positivo propio de la responsabilidad contractual, sino solamente el negativo.

El segundo supuesto en el que hay derecho a indemnización es aquel en el que no se ha ejercido o se ha perdido el derecho a anular el contrato, o bien no existiendo causa de anulación, sin embargo sí ha existido un supuesto de información incorrecta conforme al artículo 4.106 PECL (en el caso de este artículo no existe causa de anulación del contrato, pero sin embargo sí hay derecho a una indemnización, atribuyéndose el riesgo de la inexactitud de la información al contratante que la suministra).

En este supuesto la indemnización estará limitada «a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta».

7.5. EXCLUSIÓN, RESTRICCIÓN Y COMPATIBILIDAD DE ACCIONES

El Capítulo IV de los PECL termina con dos artículos. El primero trata sobre la exclusión o restricción de acciones, señalando que «*los remedios por fraude, amenaza o beneficio excesivo o ventaja indebida y el derecho a impugnar una cláusula abusiva que no haya sido individualmente negociada, no pueden ser excluidos o restringidos*». La razón de esta solución es que en estos supuestos concurre una actuación contraria a la buena fe en alguno de los contratantes.

Por eso, el mismo artículo señala que «*los remedios por error o información incorrecta pueden ser excluidos o restringidos a menos que la exclusión o la restricción sean contrarias a la buena fe o a la equidad*».

Por último, el artículo 4.119 PECL establece la incompatibilidad de los remedios fundados en el incumplimiento y en la invalidez, señalando que «*la parte que tenga derecho a utilizar alguno de los remedios que le concede el presente capítulo y que se encuentre al mismo tiempo en circunstancias que le permiten utilizar un remedio fundado en el incumplimiento, puede optar por cualquiera de ellos*».

BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA LAPUENTE, S., «Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LAPUENTE (coord.), Ed. Colex, Madrid, 2003.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- DE LOS MOZOS, J. L., «El anteproyecto del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía», en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 2002, Tomo V.
- DE LA MATA, A., *Un paso más hacia la unificación del Derecho Privado Europeo*, Aranzadi Civil, núm. 7/2003-8/2003, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M., *Los principios de Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I; Introducción, Teoría del Contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- GARRIGUES, J., *Temas de Derecho Vivo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978.
- GIRÓN TENA, J., *Tendencias generales en el Derecho Mercantil Actual (Ensayo interdisciplinario)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985.
- 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 BARRES BENLLOCH, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil III Contratos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho Mercantil*, Universidad Autónoma de Madrid, 1982.
- MORALES MORENO, A. M., *Validez del contrato*, en *Derecho Privado Europeo*; CÁMARA LAPUENTE (coord.), Ed. Colex, Madrid, 2003.
- *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid, 1988.
- RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. de JOSÉ QUERO MOLARES, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del Derecho Privado Europeo: Los principios de Derecho Contractual Europeo de la Comisión Lando», en *La cooperación judicial en materia civil y la Unificación del Derecho Privado en Europa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- ZIMMERMAN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. española de ANTONI VAQUER ALOY, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1995.

MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA
Abogado de IberForo Madrid

La calificación registral de documentos judiciales

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁREA DE CONOCIMIENTO.—III. ANTECEDENTES.—IV. IMPORTANCIA DEL TEMA.—V. SISTEMAS REGISTRALES: A) SISTEMAS REGISTRALES DE REGISTRO DE DOCUMENTOS. B) SISTEMAS REGISTRALES DE REGISTRO DE DERECHOS. C) SISTEMAS REGISTRALES CONVALIDANTES. D) SISTEMAS REGISTRALES NO CONVALIDANTES.—VI. DOCUMENTOS JUDICIALES: A) ROGATORIAS JUDICIALES. B) ÓRDENES DE INSCRIPCIÓN.—VII. REGISTRACIÓN: A) INSCRIPCIÓN. B) ANOTACIÓN.—VIII. MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR.—IX. PROCEDIMIENTO JUDICIAL.—X. PROCEDIMIENTO REGISTRAL.—XI. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL NO ES UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.—XII. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL Y EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL.—XIII. CALIFICACIÓN REGISTRAL: A) CALIFICACIÓN REGISTRAL POSITIVA: 1. *Registración*. 2. *Liquidación*. B) CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA: 1. *Observación*. 2. *Tacha sustantiva*.—XIV. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.—XV. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES: A) CALIFICACIÓN REGISTRAL POSITIVA DE DOCUMENTOS JUDICIALES. B) CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—XVI. POSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSOS EN CASO DE REITERACIÓN DE MANDATO JUDICIAL DE PRACTICAR UNA INSCRIPCIÓN PREVIAMENTE NEGADA: A) EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 2.011 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984. B) DIRECTIVA NÚMERO 002-2000-SUNARP-SN, PUBLICADA EL 31-5-2000. C) JURISPRUDENCIA REGISTRAL. D) NUEVO REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS DEL 2001. E) REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PREDIOS. F) ARTÍCULO 4 DEL TUO DE LA LOPJ.—XVII. PROBLEMAS SURGIDOS HASTA EL MOMENTO EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—XVIII. TEORÍAS SOBRE LA OBEDIENCIA DEBIDA: A) TEORÍA DE LA GRAVEDAD. B) TEORÍA DE LA APARIENCIA. C) TEORÍA DE LA HABITUALIDAD. D) TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN. E) TEORÍA DEL ERROR. F) TEORÍA DE LA OBEDIENCIA CIEGA. G) TEORÍA DE LA REITERACIÓN. H) TEORÍA QUE NIEGA LA EXISTENCIA DEL DEBER DE OBEDIENCIA. I) TEORÍAS MIXTAS. J) CONCLUSIÓN.—XIX. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES REDUCE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN.—XX. NORMAS PERUANAS QUE REGULAN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES: A) CÓDIGO CIVIL PERUANO: 1. *Código Civil peruano de 1852*. 2. *Código Civil*

peruano de 1936. 3. Código Civil peruano de 1984. B) OTRAS NORMAS QUE REGULAN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—XXI. ACTA DE GUAYAQUIL.—XXII. ASPECTOS PENALES: A) DELITOS QUE PUEDEN COMETER LOS REGISTRADORES CUANDO CALIFICAN DOCUMENTOS JUDICIALES. B) DELITOS QUE PUEDEN COMETER LOS MAGISTRADOS CUANDO ORDENAN INSCRIPCIONES. C) PROPUESTA.—XXIII. CRITERIOS EN TORNO A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—XXIV. CRITERIO A FAVOR DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—XXV. CRITERIO EN CONTRA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—XXVI. OTROS SUPUESTOS EN LOS CUALES EL QUE RECIBE UNA ORDEN DE REGISTRACIÓN PUEDE CALIFICAR SU CONTENIDO: A) EN EL CASO DE PROCESO DE ALIMENTOS. B) EN EL CASO DE LA MATRÍCULA DE ACCIONES. C) EN EL CASO DE ORDEN JUDICIAL CURSADA A UN NOTARIO. D) CONCLUSIÓN.—XXVII. REGISTROS EN LOS CUALES SE PUEDEN REGISTRAR MANDATOS DE REGISTRACIÓN: A) REGISTROS DE BIENES. B) REGISTROS DE PERSONAS. C) REGISTROS DE CONTRATOS.—XXVIII. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA Y CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—XXIX. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—XXX. LEGISLACIÓN EXTRANJERA: A) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—XXXI. APERCIBIMIENTOS E INSTANCIAS REGISTRALES.—XXXII. CONCLUSIONES.—XXXIII. SUGERENCIAS Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS.—XXXIV. FUENTES DE INFORMACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los métodos a utilizarse en el presente trabajo son el análisis y el método funcionalista. Además de estos dos métodos de investigación, en una parte del presente trabajo se aplica el análisis económico del Derecho (1) (2).

Para la elaboración del presente trabajo se ha tomado en cuenta el Derecho peruano y el Derecho positivo y doctrina españoles, y la doctrina

(1) El presente constituye parte importante de un trabajo de mayor extensión por publicar como libro. En esta oportunidad no se incluyen las ejecutorias registrales pertinentes. Dejo constancia que para la elaboración del presente trabajo se ha tomado en cuenta como base la ponencia del suscrito, realizada en Ecuador en el XV Encuentro de Consulta Registral de 2000 y que fue publicado en el libro *Temas de Derecho Registral*, Tomo IV, editado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos el mismo año 2000, entre otros documentos.

(2) CARLOS RAMOS NÚÑEZ considera al análisis económico del Derecho como un método de investigación (RAMOS NÚÑEZ, CARLOS, *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, págs. 71-79). ROBERTO ALFARO PINILLOS y JORGE VELARDE SUSSONI consideran al análisis económico del Derecho como un método de interpretación (ALFARO PINILLOS, ROBERTO y VELARDE SUSSONI, JORGE, *Compendio práctico de contratos civiles, comerciales e informáticos*, pág. 105). Es decir, en la doctrina peruana no existe consenso si el análisis económico del Derecho es un método de investigación o es un método de interpretación.

argentina sobre la calificación registral de documentos judiciales. Sin dejar de lado las enseñanzas del Derecho comparado, concluyendo al aplicar el método comparativo, en especial la microcomparación que es necesario derogar (3), el segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984, en el sentido que, tratándose de documentos judiciales, los funcionarios del Registro aplicarán las normas especiales aplicables, es decir, lo ideal es que se apruebe una norma de remisión que impida malinterpretar el contenido actual del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984.

Podemos afirmar que la escuela que se sigue en este trabajo es la escuela del Derecho libre por la cual existe la función activa de crear Derecho como contraposición a la actividad tradicional de meros aplicadores o intérpretes del Derecho positivo (4) (5).

La calificación registral de documentos judiciales es un tópico del Derecho Registral que para poder ser entendido debemos precisar que no se encuentra desarrollado en el Derecho Procesal, sino en el Derecho Registral, es importante dejar establecido que dicho tópico no se encuentra muy desarrollado en el Derecho peruano, dejando constancia que sí se encuentra desarrollado por la doctrina española y por la doctrina argentina.

Para algunos abogados, el tópico en mención adquiere importancia sólo cuando el Registrador se resiste a registrar la resolución judicial, sin embargo, esto no es así, porque cuando se registra un documento judicial que no debió registrarse, el problema es mayor porque se vulnera la seguridad jurídica del Estado peruano, es decir, se vulnera la seguridad jurídica del Estado peruano cuando un documento no es calificado registralmente y se registra cuando corresponde observarlo o tacharlo.

Es decir, el tópico en mención adquiere especial importancia cuando el documento judicial no se registra y lo mismo ocurre cuando el documento judicial se registra indebidamente porque en este último caso se crea un mal antecedente en cuanto a la calificación registral de documentos judiciales.

El problema se agrava cuando advertimos que existen varias normas en el Derecho positivo peruano que regulan la calificación registral de documentos judiciales de diferente manera, entre las cuales podemos destacar el ar-

(3) La derogación es la cesación parcial de un Código, de una Ley, de un Decreto Legislativo o de un Reglamento, es decir, por la misma se deja sin efecto parte de una norma legal (TORRES MANRIQUE, FERNANDO JESÚS, «Técnica Legislativa (Derogación, Abrogación, Sustitución, Agregado y Modificación)», en *Revista Normas Legales*, Tomo 326, Vol. II, julio de 2003, pág. 151).

(4) TORRES GONZA, ISAAC, «De las Escuelas del Derecho», en *Revista de Ciencias Jurídicas & Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, pág. 79.

(5) El Derecho Positivo es el Derecho puesto en un Estado y se divide en Derecho Positivo vigente y en Derecho Positivo no vigente (TORRES MANRIQUE, FERNANDO JESÚS, «Clasificación de los bienes en el Derecho Positivo peruano», en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 58, septiembre-octubre de 2004, pág. 128).

título 2.011 del Código Civil peruano de 1984, que regula los pedidos de aclaraciones, y además existen otras normas que regulan la calificación registral negativa de resoluciones judiciales como son, entre otras, el Reglamento General de los Registros Públicos. Por lo cual podemos concluir que según unas normas, el Registro no puede observar sino sólo solicitar aclaraciones y según otras normas el Registro sí puede observar resoluciones judiciales.

Sin embargo, las ejecutorias registrales han llegado a establecer que los funcionarios del Registro pueden observar resoluciones judiciales que ordena la registración, es decir, existen muchas ejecutorias registrales en las cuales se confirman observaciones registrales, las cuales son suspensiones de registración. Sin embargo, son pocas las ejecutorias registrales que confirman tachas de inscripción, las cuales son denegatorias de registración.

A simple vista es necesario tener presente que es un tópico que no merece importancia, porque incluso para algunos abogados (6), magistrados y fiscales, simplemente todos los mandatos judiciales deben cumplirse.

Sin embargo, el tópico en mención merece ser estudiado con cuidado porque las registraciones son el resultado de lo que se denomina calificación registral positiva, y en caso de sostener que las órdenes judiciales de registración no son materia de calificación registral es importante dejar constancia que en el Derecho peruano no existe una norma de Derecho positivo que así lo establezca.

En el Estado peruano la calificación registral de documentos judiciales ha sido materia de eventos académicos, tales como seminarios; así como ha motivado encuentros académicos entre magistrados y registradores. Además, ha sido tomado en cuenta por el Comité Latinoamericano de Consulta Registral en Guayaquil (Ecuador)-XV Encuentro.

Para poder comprender la importancia del tópico en mención es necesario tener presente que a ningún titular registral se le puede privar de su derecho de propiedad si no ha participado el mismo en un contrato, como puede ser el contrato de compra-venta, o si no ha sido citado en un proceso judicial, es decir, la registración no puede afectar a una persona que no ha firmado un documento que contiene un contrato y que tampoco se le ha seguido el proceso judicial respectivo, como puede ser un proceso judicial de nulidad de acto jurídico, o un proceso judicial de nulidad de adjudicación judicial o una adjudicación judicial.

La seguridad jurídica es de vital importancia para poder comprender el tópico de calificación registral de documentos judiciales porque, según las normas del Derecho positivo peruano, los documentos judiciales son materia de calificación registral y *de inscribirse documentos judiciales sin califica-*

(6) Nos referimos a los abogados que obtienen resoluciones de registración ilegales o inconstitucionales.

ción registral se atentaría en contra de la seguridad jurídica (7) del Estado peruano.

Es necesario dejar claramente establecido que en los temas especializados, la tendencia es dejarlo al conocimiento de los especialistas, en tal sentido es necesario que el tópico de la calificación registral de documentos judiciales sea dejado al estudio de los registralistas.

Los abogados procesalistas, por lo general, no conocen el tópico materia de estudio y por lo general consideran que con la actual redacción del segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984, los funcionarios del Registro no pueden calificar documentos judiciales.

El tópico adquiere especial importancia cuando advertimos que para muchos abogados penalistas la calificación registral de documentos judiciales no puede efectuarse en el Derecho peruano, es decir, advertimos que para muchos abogados penalistas la calificación registral no tendría sustento en el Derecho peruano. Es más, con las normas actuales, los magistrados especializados en lo penal pueden ser inducidos a error al igual que los señores fiscales, y es posible que registradores terminen siendo procesados por haber calificado documentos judiciales por el delito de violencia y resistencia a la autoridad cuando como sabemos los registradores no pueden ser procesados por dicho delito porque, según nuestro Derecho positivo, se regula la calificación registral de documentos judiciales.

Para poder comprender el tema materia de estudio es necesario precisar que el conocimiento se ha expandido mucho, por lo cual una persona no puede tener todos los conocimientos sobre todos los temas, en tal sentido una persona no puede conocer sobre todos los temas materia de investigación. Este hecho ocurre en todas las profesiones, en tal sentido debemos comprender que un abogado no puede conocer todos los temas de su profesión, así, los abogados se especializan en ramas del derecho de acuerdo a su interés o de acuerdo a su experiencia. Así, es posible que un abogado domine el Derecho Civil, pero no el Derecho Procesal Civil, igualmente es posible que un abogado domine, dentro del Derecho Civil, el Derecho Civil Patrimonial, pero que no conozca otras ramas del Derecho, lo mismo ocurre en cuanto al Derecho Registral en el sentido que es posible que un abogado domine el Derecho Procesal Civil, pero que no domine el Derecho Registral, y también es posible, además, que este último no domine el tópico de la calificación registral de documentos judiciales.

No todos los abogados conocen el Derecho Registral ni están obligados a conocerlo, porque no todos los abogados son registralistas, aunque consideramos que deben conocerlo, por lo cual es necesario difundir el tópico de la calificación de documentos judiciales en los eventos académicos de Dere-

(7) Por la seguridad jurídica se puede prever las consecuencias jurídicas.

cho Registral y también de Derecho Procesal. Así también, sea tratado en los cursos y programas de especialización en Derecho Registral y en Derecho Procesal.

El tópico, materia del presente trabajo, adquiere especial importancia cuando comprendemos que el Registro puede calificar incluso sentencias, es decir, que el tópico adquiere especial importancia cuando advertimos que *el Registro puede incluso dejar de inscribir una sentencia cuando existe algún problema de tal naturaleza que impide que el Registro cumpla la orden judicial de inscripción.*

El tópico en mención adquiere especial importancia cuando comprendemos que el Registro debe calificar documentos judiciales, es decir, por una cuestión de seguridad jurídica es mejor que los documentos judiciales que llegan al Registro sean sometidos a calificación registral, porque *los funcionarios más calificados para decidir si conviene o no una inscripción o una anotación registral son los funcionarios (Registradores y Vocales Registrales) del Registro.*

Es necesario dejar constancia que incluso en los estudios de abogados no existen abogados regístralistas, por lo cual es posible que una demanda sea mal planteada y el Juez puede declarar fundada la demanda cuando corresponde declarar improcedente, es decir, conviene en muchos casos que las demandas y las sentencias sean revisadas por abogados regístralistas.

En la actualidad, el Registro no observa muchas sentencias y más bien observa resoluciones judiciales de embargos y demandas, porque se cree que el mismo no puede entorpecer los pronunciamientos judiciales, es decir, existe cierta resistencia a que las sentencias sean observadas o tachadas en los Registros Públicos.

Para algunos autores los funcionarios del Registro no pueden enmendar la plana a los Magistrados, sin embargo, se ignora que la calificación registral no tiene como función poner fin a un conflicto de intereses, sino que tiene como sustento reducir los costos de transacción y otorgar seguridad a los titulares registrales, acreedores registrales y terceros registrales. En cuanto a los costos de transacción es necesario dejar constancia que a los titulares registrales y a los terceros registrales conviene la calificación registral de documentos judiciales, y en cuanto a la seguridad jurídica conviene la calificación registral de documentos judiciales porque el ordenamiento jurídico peruano regula la calificación registral de documentos judiciales, por lo cual los funcionarios del Registro se encuentran en el deber (8) de calificar los documentos judiciales.

(8) El deber no es igual que la obligación, ya que la obligación se puede ejecutar o exigir judicialmente su cumplimiento, lo que no ocurre en el caso del deber porque los deberes no pueden exigirse judicialmente.

Resulta conveniente insistir en el sentido que la calificación de documentos judiciales se extiende también a las sentencias, ya que para algunos autores en este supuesto no corresponde calificar. Es decir, para algunos tratadistas el Registro no debe practicar la calificación registral respecto de las sentencias que ordenan inscribir determinado acto. Por ejemplo, cuando la orden de inscripción es una de nulidad de inscripción registral o de nulidad de compra venta sostienen que el Registro no debe calificar tal decisión, por que se trata de la santidad de la cosa juzgada en la cual el Registro no puede intervenir, sin embargo, *los funcionarios (Registradores y Vocales Registrales) del Registro se encuentran en el deber (9) de calificar registralmente las sentencias judiciales.*

Para comprender el problema nos puede aclarar el panorama un ejemplo: cuando el Juez en un proceso de nulidad de inscripción no ha citado al titular registral, en tal caso la orden judicial no debe ser obedecida por el Registro porque es peor que se obedezca tal orden.

Para muchos abogados el Registro no puede calificar las sentencias que expide el Poder Judicial, por que en tal supuesto interferiría en sus funciones y en tal sentido corresponde sólo solicitar aclaraciones cuando estamos convencidos que el Registro puede incluso tachar órdenes judiciales de inscripción.

Tópico que merece especial importancia es el tópico de la calificación registral de documentos judiciales de autos de adjudicación judicial, por que para algunos tratadistas es difícil precisar si se trata de una rogatoria judicial o de una orden judicial de inscripción, es decir, para algunos autores la adjudicación judicial es considerada como una orden judicial y para otros tratadistas es considerada como una rogatoria judicial.

Somos del criterio que para un mejor conocimiento del tema por parte de los Magistrados se debe esperar que el litigante agote las instancias registrales, que son dos, y son el Registrador Público y el Tribunal Registral.

Cuando un Magistrado o un Fiscal decide sobre si la calificación registral de documentos judiciales es delito o no, es conveniente que el Poder Judicial, al igual que el Ministerio Público, espere el pronunciamiento del Tribunal para determinar si la calificación registral es correcta o es errónea.

El problema se agrava cuando el Registro solicita aclaraciones del Juzgado y el litigante no está interesado en que se efectúen las aclaraciones necesarias, sino que el litigante está interesado en interponer el recurso de apelación para que el Tribunal Registral se pronuncie sobre el caso. En tal supuesto resulta difícil sostener que un oficio (10) que contiene un pedido de aclara-

(9) Como se precisó anteriormente el deber no es igual que la obligación.

(10) El Reglamento General de los Registros Públicos de 2001 establece en el segundo párrafo de su artículo 44 que los motivos de la observación o aclaración de resolucio-

ción puede ser materia de apelación, pudiendo si apelarse de resoluciones y de esquelas de observación y tachas, y de hojas de liquidación sin ningún problema. Es decir, cuando el Registro solicita aclaraciones, es complejo poder apelar de la decisión del Registrador.

No existen muchos trabajos de investigación en el Derecho peruano sobre la calificación registral de documentos judiciales. Los trabajos realizados (por razones obvias) han sido efectuados por abogados regístralistas y no por abogados procesalistas.

El problema se agrava porque en algunos eventos de Derecho Registral no se ha tratado la calificación registral de documentos judiciales. Es decir, existen muchos especialistas en Derecho Registral que no conocen sobre la calificación registral de documentos judiciales.

La calificación registral de documentos judiciales tiene sustento en el Derecho peruano y también en la práctica registral conforme a las resoluciones del Tribunal Registral, las cuales constituyen el derecho vivo.

Otra razón por la cual se justifica investigar sobre el tópicó en mención es por qué en temas espinosos no corresponde imponer sanciones penales, sino lo que corresponde es investigarlos para determinar cuál es la mejor solución para el problema planteado.

El tópicó en mención es necesario tener en cuenta que ha sido desarrollado poco por los tratadistas, en tal sentido se justifica investigar sobre dicho tópicó.

Cuando la observación se sustenta en una norma de rango constitucional no existe mucho problema, pero no siempre las observaciones tienen sustento en una norma de rango constitucional. Por lo cual cuando la observación se sustenta en Reglamentos Regístrales, el problema se agrava porque para algunos magistrados y fiscales los reglamentos regístrales sólo son de aplicación para los funcionarios del Registro, pero no para los magistrados ni para los fiscales.

Muchos magistrados y fiscales no tienen conocimientos de Derecho Registral, dejando constancia que en el Balotario del Concurso Público, convocado por el Consejo Nacional de la Magistratura, no aparece Derecho Registral como materia que deba ser revisada por parte del postulante. Es decir, muchos magistrados y fiscales no conocen el Derecho Registral, lo cual hace que para ellos sea difícil comprender la importancia de la calificación registral al igual que los fines de la misma, ya que la calificación registral no tiene como finalidad poner fin a un conflicto de intereses sino publicitar situaciones jurídicas válidas, y en caso *de no efectuarse calificación registral de documentos judiciales*,

nes judiciales que ordenen una inscripción, serán comunicados directamente al órgano jurisdiccional correspondiente, mediante oficio cursado por el Registrador, sin perjuicio de la expedición de la esquela respectiva.

el Registro induciría a error con los asientos de registración correspondientes, así, se desnaturalizaría al no cumplir sus fines. Es decir, si el Registro no califica las resoluciones judiciales el registro induciría a error a los titulares registrales, a los terceros registrales y a algunos contratantes.

Si efectuamos un estudio de la legislación hipotecaria española podemos advertir que el Derecho positivo español prevé la posibilidad de calificar en registros públicos las resoluciones judiciales.

Para muchos abogados el problema adquiere importancia sólo cuando el Registro observa las resoluciones judiciales, lo cual es incorrecto por que *cuando se registran resoluciones judiciales que debieron observarse se atenta contra la seguridad jurídica del Estado peruano.*

Otro inconveniente en la calificación registral de documentos judiciales es que el artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984, que regula la calificación de documentos judiciales en el sentido que el Registro sólo puede solicitar aclaraciones, solicitar información complementaria o solicitar el pago de derechos registrales tiene mayor jerarquía que el Reglamento General de los Registros Públicos de 2001, el cual establece que las resoluciones judiciales son materia de calificación registral.

Es decir, la norma que induce a error es el segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984. Por lo cual, otra solución para el problema planteado es que se derogue el segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984. Supuesto en el cual sería de aplicación el Reglamento General de los Registros Públicos de 2001 y las otras normas peruanas que regulan la calificación registral de documentos judiciales.

Otro problema en la calificación registral de documentos judiciales es que *cuando los registradores son procesados por calificar documentos judiciales, son procesados expertos en Derecho Registral por inexpertos en Derecho Registral.*

Otro problema es que ante la inminencia de una denuncia penal, los registradores son inducidos a registrar documentos judiciales cuando corresponde formular observaciones o tachas. Es decir, *los registradores son intimidados vía apercibimiento por parte de los señores magistrados.*

Dejando constancia que es necesario que los Registradores y Vocales Registrales realicen su función sin perturbaciones ni intimidaciones por parte de los señores Magistrados.

Otra causa por la cual se justifica investigar sobre este tema es por que no existen libros de autores nacionales en los cuales se haya investigado la calificación registral de documentos judiciales.

El método a ser empleado principalmente es el método funcionalista, con el cual se tiene en cuenta la realidad social, es decir, se descubre el problema en la realidad social, y no en la teoría. Dejando constancia que el problema puede no existir en la teoría, pero puede existir en la práctica.

Es necesario dejar constancia que el método funcionalista no es muy utilizado por parte de los tratadistas, autores y articulistas, siendo utilizado si el método dogmático por el cual las investigaciones tienen en cuenta los trabajos de investigación sobre el tema o tópico materia de investigación.

Para investigar la calificación registral de documentos judiciales es difícil aplicar el método dogmático por que son pocos los trabajos de investigación existentes sobre la calificación registral de documentos judiciales.

Investigar la calificación registral de documentos judiciales es difícil sin tener en cuenta las ejecutorias registrales, porque en las ejecutorias registrales es donde se aprecian con mayor claridad los problemas presentados en la calificación registral de documentos judiciales.

El tópico de la calificación registral de documentos judiciales es necesario tener en cuenta que merece ser estudiado no sólo en el Derecho peruano, sino también en el Derecho de otros Estados, entre los cuales podemos citar el caso de España, dejando constancia que en las normas hipotecarias españolas se regula la calificación registral de documentos judiciales. Es decir, en otros Estados también corresponde ser estudiado el tópico de la calificación registral de documentos judiciales.

Es decir, el Estado peruano no es el único Estado cuyo Derecho positivo regula y permite la calificación registral de documentos judiciales. Sin embargo, las normas peruanas no son normas claras sino contradictorias entre sí, es decir, para algunas normas sí se puede observar documentos judiciales y para otras normas no se puede observar documentos judiciales, sino sólo se puede solicitar aclaraciones, solicitar información complementaria y solicitar el pago de derechos registrales.

Para algunos autores, el problema se soluciona aplicando el artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984, sólo para las sentencias y no aplicando dicha norma para medidas cautelares, es decir, para algunos tratadistas con el Derecho positivo peruano vigente no existe mucho problema, sin embargo, es necesario tener en cuenta que el problema puede ser mayor cuando el Registrador obedece una orden judicial ilegal o inconstitucional.

En tal sentido para dichos autores si se expide una sentencia de prescripción adquisitiva de dominio de territorios de comunidades campesinas, corresponde inscribirla por que se trata de una orden judicial.

Dejando constancia que el segundo párrafo del artículo 2.011 hace referencia a órdenes judiciales y no a supuestos de rogatorias judiciales.

Algunos abogados, magistrados y fiscales interpretan el artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984 en el sentido que los registradores no pueden calificar documentos judiciales, lo cual complica el tópico materia de estudio. Es decir, en el primer párrafo del artículo en mención se hace referencia a la calificación registral, y el segundo párrafo precisa que no se aplica lo dispuesto en el primer párrafo, lo cual induce a error a muchos abogados,

magistrados y fiscales. En tal sentido debemos precisar que esta interpretación resulta errónea por que no toma en cuenta que los documentos judiciales son materia de calificación registral. Es decir, los documentos judiciales sí son materia de calificación registral.

Esta mala interpretación del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984 ocasiona que en algunos casos se termine inscribiendo documentos judiciales que no debieron registrarse y en otros supuestos terminan siendo procesados los registradores que no obedecieron la resolución judicial de registración.

Para otros abogados, magistrados y fiscales, el problema se soluciona aplicando la primera parte del segundo párrafo del numeral 2 del artículo 169 de la Constitución Política Peruana de 1993, el cual establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones y que concuerda con el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo cual es incorrecto por que los registradores sí pueden calificar documentos judiciales conforme a las normas especiales contenidas en el Reglamento General de los Registros Públicos. Es decir, si bien la Constitución Política Peruana de 1993 y la Ley Orgánica del poder judicial no hacen referencia a la calificación registral de documentos judiciales, los documentos judiciales son materia de calificación registral por seguridad jurídica, ya que el ordenamiento jurídico peruano establece que las resoluciones judiciales son materia de calificación registral.

Otro motivo por el cual resulta complejo el estudio del tópico materia de análisis es por que no existen normas del Derecho positivo peruano que puedan aplicarse supletoriamente para un mejor entendimiento del tópico materia de estudio.

II. ÁREA DE CONOCIMIENTO

En todo trabajo de investigación es conveniente determinar cuál es el área de conocimiento de la investigación realizada, lo cual permite poder comprender qué áreas del Derecho es necesario tener en cuenta en la investigación a realizarse, es decir, cuando se precisa el área del conocimiento la investigación es más cuidadosa y se enriquece más con los conocimientos de las ramas del Derecho relacionadas con el problema materia de investigación.

El área de conocimiento donde se encuentra ubicado el tópico materia de estudio es el Derecho Procesal Civil y el Derecho Registral, sin embargo, el tópico es más propio del Derecho Registral.

Teniendo en cuenta que el tópico materia de estudio se encuentra dentro del área de conocimiento del Derecho Registral, es importante dejar constan-

cia que los que conocen con mayor detalle el presente tema son los abogados especializados en el Derecho Registral (registraristas).

Sin embargo, es de vital importancia, para la calificación registral de documentos judiciales, que los documentos judiciales pueden provenir de juzgados civiles, juzgados penales, juzgados laborales o juzgados de familia. Es decir, resulta importante dejar constancia que en tales supuestos *las órdenes judiciales se encuentran a cargo de magistrados, los que por lo general no conocen de Derecho Registral*.

Las áreas de conocimiento vinculadas a la calificación registral de documentos judiciales, además del Derecho Registral y el Derecho Procesal, también es el Derecho Penal por que es necesario aplicar el Código Penal, el cual prevee y sanciona los delitos de prevaricato y de abuso de autoridad, y también corresponde analizar el delito de violencia y resistencia a la autoridad, dejando constancia que el Código Penal peruano de 1991 prevee y sanciona todos los delitos materia de estudio, sin embargo en la exposición de motivos no se explica los motivos que sustentan la regulación actual.

Dentro del Derecho Procesal es un área de conocimiento relacionada con la calificación registral de documentos judiciales el Derecho Procesal Civil, sin embargo, también se encuentra relacionada la rama del Derecho público conocida como Derecho Procesal penal por que los Juzgados Penales también emiten rogatorias judiciales, como son los embargos penales y las resoluciones por las cuales se incautan bienes.

Es decir, un estudio serio de la calificación registral de los documentos judiciales no puede dejar de lado el Derecho Registral, el Derecho Procesal y el Derecho Penal.

Sin embargo, de acuerdo a cada caso serían materia de estudio otras ramas del Derecho, como son el Derecho Constitucional y el Derecho Societario. Por ejemplo, se aplica el Derecho Constitucional cuando aplicamos la norma constitucional que establece que los territorios de comunidades campesinas son imprescriptibles. Otro ejemplo, pero dentro del Derecho Societario, es que no son registrables en el Registro de Sociedades los embargos sobre las acciones de las sociedades cuyo capital se encuentra dividido en acciones, supuesto en el cual corresponde anotar el embargo en el Registro de carácter privado denominado matrícula de acciones. Dejando constancia que el nombre de matrícula de acciones es introducido por la Ley General de Sociedades vigente.

Es decir, un estudio serio de la calificación registral de documentos judiciales no puede dejar de lado el Derecho Societario y el Derecho Constitucional.

Otra rama del Derecho aplicable para el tópico en mención es el Derecho Canónico, en cuanto existe el Código de Derecho Canónico y el Convenio suscrito entre Santa Sede y el Gobierno peruano, en el cual se establecen

normas especiales para las asociaciones religiosas y también normas especiales que deben ser tomadas en cuenta cuando estudiamos la representación.

Por lo cual podemos afirmar que para la calificación registral de documentos judiciales no puede dejarse de lado el Derecho Canónico.

Es decir, el tópico de la calificación registral de documentos judiciales no puede dejar de lado otras ramas del Derecho que son el Derecho Registral ni el Derecho Procesal Civil, es decir, además de esta área del Derecho y de esta rama del Derecho existen otras ramas del Derecho que son también de aplicación.

Entre más estudiamos el tópico en mención podemos advertir que existen otras áreas del Derecho que deben ser conocidas para poder comprender la calificación registral de documentos judiciales. Es decir, entre más se estudia el tópico en mención, se advierte con mayor detalle la importancia real que merece dentro de los estudios del Derecho, que no puede dejar de ser estudiada por los estudiosos del Derecho, dejando constancia que el tema adquiere especial importancia porque todos los días en el Registro se califican documentos judiciales. Sin embargo, pocos autores pueden sostener que la calificación registral de documentos judiciales es una necesidad, al igual que es una necesidad en todos los otros sistemas registrales de registro de derechos. También son pocos los autores que pueden sostener que no procede la calificación registral de documentos judiciales.

Debemos dejar constancia que los actos inscribibles no son únicamente compraventas, embargos y demandas, por lo cual la gama de posibilidades es importante a ser tomada en cuenta en un estudio serio de la calificación registral de documentos judiciales. Por ejemplo, puede demandarse la impugnación de acto o resolución administrativo, por lo cual corresponde aplicar el Derecho administrativo en la calificación registral de documentos judiciales. Porque el Derecho Administrativo nos orienta en el sentido que el Poder Judicial no se pronuncia sobre el tema materia de impugnación, sino que devuelve el proceso administrativo a la administración para un nuevo pronunciamiento, es decir, también es necesario tener en cuenta el Derecho Administrativo al momento de la calificación registral de documentos judiciales.

Sin embargo, de todas las ramas del Derecho y áreas del Derecho, también merece especial importancia el Derecho Notarial, sobre todo cuando se protocolizan documentos judiciales, es decir, cuando se califican documentos judiciales es necesario tener en cuenta la ley del notariado, al igual que las ejecutorias registrales por que nos orientan en el sentido que una vez protocolizado los documentos judiciales no pueden ser retirados del oficio notarial en el cual hayan sido protocolizados.

También es de aplicación a la calificación de documentos judiciales el Derecho Civil en cuanto a lo referido a las personas jurídicas reguladas por el Código Civil y en cuanto a los derechos reales.

Es decir, para comprender la calificación registral de documentos judiciales no sólo es preciso conocer el Derecho Registral sino que también es necesario conocer otras áreas del Derecho como son el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal, entre otras ramas del Derecho.

El tema adquiere especial importancia también para el Derecho Societario por que en la matrícula de acciones se registran documentos judiciales y los abogados comercialistas no han desarrollado este tópico del Derecho Registral.

Es necesario dejar constancia que en los sistemas registrales de registro de derechos, como es el sistema registral peruano, el Registro no tiene como función publicitar todas las situaciones jurídicas registrables, sino que sólo publicita los actos registrables (11), en los cuales ha recaído calificación registral positiva, es decir, no todos los documentos que se solicita su registración se registran, en tal sentido para muchos abogados que no comprenden la calificación registral de documentos judiciales, el Registro debe cumplir con publicitar las resoluciones judiciales ilegales o inconstitucionales por que se trata de órdenes judiciales de registración.

Es decir, que en los sistemas registrales de registro de derechos, como el sistema registral peruano, no todos los títulos se registran, sino sólo se registran los títulos que están conforme al sistema jurídico peruano.

Para la calificación registral de documentos judiciales es necesario tener en cuenta muchas áreas y ramas del Derecho, entre las cuales podemos mencionar el Derecho Registral, el Derecho Notarial, el Derecho Civil, el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho Societario, el Derecho Penal, el Derecho Constitucional y el Derecho Canónico.

Es decir, para comprender la calificación registral de documentos judiciales es necesario conocer varias ramas del Derecho.

Para comprender la calificación registral de documentos judiciales debe conocerse además el Derecho Urbanístico.

III. ANTECEDENTES

Al momento de realizar trabajos de investigación conviene tener en cuenta los antecedentes de la materia a ser investigada, pero tomando en cuenta no sólo el Derecho Positivo nacional, sino también el Derecho Positivo extranjero y la doctrina (tanto doctrina nacional como doctrina extranjera).

En el Derecho peruano la calificación registral de documentos judiciales no tiene antecedentes legislativos, adquiere especial importancia recién con la aprobación del Código Procesal Civil peruano de 1993, con el cual se le agrega el segundo párrafo al artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984.

(11) Los actos y derechos personales pueden ser registrables y no registrables.

Es decir, en el Derecho peruano la primera norma que regula expresamente la calificación registral de documentos judiciales es el segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984, el cual fue agregado por el Código Procesal Civil peruano de 1993.

Antes de la aprobación del Código Procesal Civil peruano de 1993 no existía ninguna norma en el Derecho Positivo peruano que regulara la calificación registral de documentos judiciales.

Sin embargo, es necesario precisar que en el Estado peruano, el tema adquiere especial importancia cuando se aprueba el Código Procesal Civil peruano de 1993, que agrega el segundo párrafo al artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984. Es decir, que podemos afirmar que el segundo párrafo del artículo 2.011 complicó el problema, lo cual motivó que los autores y articulistas efectuaran los estudios correspondientes.

En el Derecho extranjero podemos afirmar que el tópico ya se encontraba regulado en el Derecho español, en tal sentido las normas hipotecarias españolas permiten en forma expresa la calificación registral de documentos judiciales en algunos supuestos.

Es decir, la calificación registral de documentos judiciales tiene pocos antecedentes, lo cual permite comprender el por qué el tópico en mención es poco estudiado por los autores, ya que por lo general los estudios sobre los distintos temas son resúmenes de otros trabajos de investigación (lo cual se advierte en las notas a pie de los trabajos de investigación, con los cuales se acredita que la investigación es «científica»), sobre todo de trabajos de investigación, lo cual se aprecia cuando se revisa la bibliografía de los trabajos de investigación. Por ejemplo, la rama del Derecho más investigada por parte de los tratadistas es el Derecho Civil, respecto del cual existe mucha bibliografía nacional y extranjera. Otro ejemplo es el Derecho Registral, en el cual existen pocos autores nacionales, dejando constancia que los trabajos de investigación extranjeros sobre el tópico en mención son pocos.

La cantidad de antecedentes en determinada rama del Derecho son las que en muchos casos determinan la existencia de otras investigaciones sobre el tema materia de estudio, es decir, resulta más fácil investigar sobre temas que ya han sido tratados por los autores, y resulta más difícil investigar sobre temas que no han sido tratados por los autores.

Con el texto original del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984 no existía mucho problema por que el Registro calificaba las resoluciones judiciales, lo cual hacía que se respetase la seguridad jurídica y seguridad de las registraciones en el Estado peruano, y con dicha norma el tema no evolucionó mucho en el Derecho peruano, lo cual se advierte por que no existen trabajos de investigación de dicho tiempo, es decir, en dicho tiempo el registro calificaba documentos judiciales y los autores peruanos no escribían sobre la calificación registral de documentos judiciales.

En dicho tiempo, el Registro resolvió en el sentido que las medidas cautelares de no innovar no se registran en el Registro. Dejando constancia que en aquel entonces se encontraba vigente el abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1911.

Es necesario precisar que en la doctrina nacional no encontramos ningún libro dedicado exclusivamente al estudio de la calificación registral de documentos judiciales. Es decir, dentro de la doctrina nacional los antecedentes encontrados respecto de la calificación registral de documentos judiciales sólo encontramos artículos publicados en revistas y en diarios.

Es decir, los antecedentes del tópic en mención los encontramos en el Derecho extranjero, específicamente en el Derecho positivo español y la doctrina extranjera. Por que *el problema no sólo es del Estado peruano, es decir, la calificación registral de documentos judiciales es un tema espinoso en muchos Estados, por lo cual merece ser investigado.*

IV. IMPORTANCIA DEL TEMA

La calificación registral de documentos judiciales, es un tema importante, por lo siguiente:

1. Casi todos los Magistrados en el Perú (12) no tienen conocimientos de Derecho Registral (13) y utilizan estas frases: «los reglamentos registrales (14) son normas internas del Registro, por tanto, no le obli-

(12) COUTURE sostenía que la ejecución debía cumplirse segura y enérgicamente, al grado de que nada impide penalizar su procedimiento, es decir, es forzoso ejecutar lo ejecutable. Pero tal expresión supone la vigencia de dos hipótesis: sólo es ejecutable un título regular, y la irregularidad de cualquier título exige el control jurídico (BRICEÑO SIERRA, HUMBERTO, *Derecho Procesal*, pág. 1515).

Por tanto, la sentencia recaída en el proceso judicial de nulidad de inscripción seguido sin citar ni demandar al titular registral es irregular, y por ello no es ejecutable.

(13) En la Declaración de la «Carta de Buenos Aires», aprobada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral de 1972 se declara: «El Derecho Registral integra el sistema jurídico con normas y principios propios de Derecho Público y Privado, que coexisten y funcionan armónicamente, constituyendo una disciplina independiente de la cual el Derecho Inmobiliario es una de sus principales ramas».

En la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1861, primera Ley Hipotecaria española, culminada como proyecto de ley el 4 de julio de 1859, se hace referencia a la misma como «Ley de terceros». Además el procedimiento registral tiene finalidad y efectos distintos del tradicional procedimiento civil más antiguo y conocido que el procedimiento registral.

(14) Los Reglamentos Registrales que en el Perú regulan los registros de carácter jurídico públicos son los siguientes:

— Reglamento de las Inscripciones de 17-12-36, aprobado por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema.

gan al Magistrado a conocerlas, a respetarlas, ni a cumplirlas», «las decisiones judiciales no son materia de calificación registral y no pueden observarse, conforme al artículo 4 de la LOPJ», «la sola observación registral a la decisión judicial constituye desacato y merece ser sancionado penalmente», «el Registrador no tiene otra alternativa que inscribir sin observaciones de ninguna clase por ser una decisión judicial», entre otras.

-
- Ampliación del Reglamento de las Inscripciones de 22-12-69, aprobado por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema.
 - Reglamento del Registro Mercantil de 15-5-69, aprobado por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema.
 - Reglamento del Registro de Testamentos de 22-1-70, aprobado por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema.
 - Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 87-2004-SUNARP/SN, publicado el 4-3-2004.
 - Reglamento del Registro Público de Minería aprobado por Decreto Supremo 027-82-EM/RPM, publicado el 12-8-82.
 - Reglamento del Registro Público de Contratistas y de Contratos Petroleros, aprobado por D.S. 015-72-EM/DGH, publicado el 5-2-72.
 - Reglamento del Registro General de Pesquería, aprobado por D.S. 007-89-PE, publicado el 6-6-89.
 - Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil, aprobado por D.S. 54-88-TC, publicado el 27-11-88.
 - Reglamento de Inscripciones del Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares, aprobado por Decreto Supremo 001-90-VC, publicado el 19-1-90.
 - Reglamento de Inscripciones de la Prenda Agrícola en el Registro de Predios Rurales, aprobado por Decreto Supremo 020-96-MTC, publicado el 6-1-97.
 - Reglamento de Inscripciones de la Sección Especial de Predios Rurales del Registro de Propiedad Inmueble, aprobado por Resolución del Señor Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 094-96-SUNARP, publicado el 30-5-96.
 - Reglamento de la Ley del Registro Fiscal de Ventas a Plazos, aprobado por D.S. de 26-6-29.
 - Normas Reglamentarias para la Inscripción de Contratos de Prenda Global y Flotante sobre Bienes Fungibles, aprobado por Resolución del Señor Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 072-98-SUNARP, publicado el 9-4-98.
 - Ley 26366, Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.
 - Reglamento General de los Registros Públicos de 2001.
 - Reglamento del Registro de Sociedades de 2001.
 - Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de 2003.

No son todas las normas que regulan el Sistema Registral peruano, sin embargo, las citamos para tener una idea de cuántas y cuáles son; y a nuestro criterio debieran formar un solo cuerpo normativo, no un Código, pero sí una «Ley General de Registros de Seguridad Jurídica a cargo del Sistema Nacional de los Registros Públicos», cuya redacción esté a cargo de una Comisión integrada por juristas y especialistas en Derecho Registral.

2. Para que la orden judicial llegue al Registro transcurre mucho tiempo, incluso años (15), a diferencia de la compra-venta que pueden ser horas, o menos de una hora (16).
3. Falta de conocimiento en nuestro medio de las ventajas del Registro (17).
4. En el Perú las inscripciones no son convalidantes, por tanto, si un proceso judicial no se ha seguido en contra del propietario existe un vicio que el Registro no convalida, no lo sana ni lo cura, por tanto, *debe publicitar que es una inscripción forzada*, para no inducir a error a terceros y no dejar de publicitar las ligerezas de algunas inscripciones forzadas.
5. En el Perú, los señores fiscales formulan denuncia muchas veces cuando no corresponde hacerlo y los señores Magistrados aperturan instrucción cuando corresponde archivar, problemática que es materia de estudio (18) y con el cual se acredita que entre el 60 y 70 por 100 de denuncias no debieron haberse formulado ni tampoco se debió haber aperturado instrucción.

Este defecto del sistema judicial peruano es utilizado por algunos abogados y litigantes para intimidar vía apercibimiento y requeri-

(15) Sobre todo cuando se trata de procesos de conocimiento.

(16) En el Perú es posible adoptar medidas de seguridad para no burlar la inscripción de las *órdenes judiciales*, ni de los *contratos* (evitando la llamada doble venta u otros), estas medidas de seguridad son: la medida cautelar (C.P.C. art. 608 y sigs.) y el bloqueo (Decreto-Ley 18278 y Ley 26481); pero se ha advertido muy poca utilización de las mismas por parte del actor y del notario, respectivamente.

Al referirme a *órdenes judiciales*, me refiero a las sentencias y no a las medidas cautelares, ya que sólo las primeras son consideradas como tales.

(17) La oponibilidad *erga omnes*, las demás contenidas en los Principios Registrales que orientan el Sistema Registral peruano y las garantías que otorga el Sistema Nacional de los Registros Públicos contenidas en el artículo 3 de la Ley 26366:

- a) La autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones.
- b) La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme.
- c) La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro.
- d) La indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley.

(18) El trabajo que abarca esta problemática se titula: *Fiscales provinciales y Jueces Penales, pilares de una fuerte carga laboral cuestionada*, y se vino elaborando por el ex Fiscal Decano de Huancavélica, doctor MÁXIMO ACOSTA SIHUAS, para optar al Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales.

En este trabajo se hace un seguimiento a cien procesos penales, y se critica la tramitación de los mismos, merece ser tomado en cuenta porque su autor ha laborado 23 años divididos entre el Poder Judicial y el Ministerio Público, lo que haría difícil para él aceptar un defecto garrafal de su propio centro de trabajo.

mientos a los registradores para que inscriban o, en caso contrario, se los denuncie al Ministerio Público.

6. La existencia de *ciertos funcionarios que están exentos del deber de obediencia*, entre ellos los que realizan tareas eminentemente técnicas y que en cuanto a su desenvolvimiento en su calidad de expertos no se encuentran sometidos a la recepción de órdenes (19), entre ellos consideramos incluidos a los registradores y a los integrantes del Tribunal Registral, y por ello estarían exentos del deber de obediencia respecto a los Magistrados.

Para aclarar lo indicado plantearemos dos supuestos, dejando a un lado los aspectos teóricos y legales:

- Un ingeniero celebra un contrato para construir un edificio de 20 pisos y luego del estudio de suelos determina que no es posible construir el mismo porque el terreno en el que se pactó construir dicho edificio, no soportará 20 pisos, esto le comunica al propietario del terreno y finalmente no construye el edificio. Como no cumple con construir el edificio es demandado para que lo haga y el ingeniero pierde el proceso judicial, luego el juez le ordena que construya el edificio bajo apercibimiento de ser denunciado por resistencia a la autoridad, y el ingeniero no cumple. En este caso el ingeniero (al igual que en el caso del Registrador) no comete delito, sino que sus conocimientos de experto le han aconsejado que *construir (cumplir la orden judicial) será perjudicial* no sólo por los gastos en vano, sino por que además se expondrán a peligro las construcciones vecinas y a sus ocupantes y también a las personas que circulen cerca de la construcción, como a los mismos trabajadores contratados como albañiles.
- Un médico celebra un contrato para operar a un paciente del corazón, pero luego de realizar los estudios clínicos correspondientes (análisis de sangre, verificación del pulso, presión sanguínea, entre otros), determina que no es posible operarlo por el momento, y primero es necesario que el paciente se estabilice porque, si lo opera, el paciente no resistirá la operación y morirá durante la misma. Al igual que en el caso anterior es demandado para que lo opere y pierde el proceso judicial, luego el juez le ordena que lo opere y el médico no cumple con operar al paciente. En este caso, el médico no comete delito, porque sus conocimientos de experto le han aconsejado que *operar significa redu-*

(19) FIERRO, GUILLERMO J., *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, págs. 35 y 36.

cir el tiempo de vida del paciente hasta la operación, y que las operaciones no son para ello sino para aliviar de males a los enfermos, es decir, significaría someter al paciente a una operación que el médico sabe que no va a ser un éxito.

V. SISTEMAS REGISTRALES

Existen diversos sistemas registrales, sin embargo, en esta oportunidad sólo haremos referencia a cuatro, porque el estudio de los mismos permite comprender con mayor detalle la calificación registral de documentos judiciales.

A) SISTEMAS REGISTRALES DE REGISTRO DE DOCUMENTOS

En los sistemas registrales de Registro de Documentos se publican los derechos luego de una calificación registral que se contrae a la revisión de ciertos requisitos mínimos, en tal sentido, en estos sistemas registrales el registro no certifica quién es propietario sino quiénes son los posibles propietarios.

B) SISTEMAS REGISTRALES DE REGISTRO DE DERECHOS

En los sistemas registrales de Registro de Derechos, el Registro efectúa una revisión minuciosa antes de acceder al registro, por lo que en estos sistemas registrales el registro certifica quién es el propietario de un bien registrado. Dejando constancia que el sistema registral peruano es un sistema registral de Registro de Derechos. Es decir, en los sistemas registrales de Registro de Derechos, la calificación registral tiene mayor amplitud y el registro tiene el deber de determinar quién es el propietario, es decir, tiene el deber de determinar quién es excluyentemente el titular registral. Por lo cual, tratándose de documentos judiciales, el Registro debe efectuar una revisión cuidadosa de los efectos que pueden causar las registraciones.

C) SISTEMAS REGISTRALES CONVALIDANTES

Los sistemas registrales convalidantes se caracterizan porque al inscribir un título, el acto queda convalidado como en el caso de Australia cuando inscribimos una compra venta, en tales supuestos no puede ser cuestionada judicialmente dicha inscripción.

D) SISTEMAS REGISTRALES NO CONVALIDANTES

Los sistemas registrales no convalidantes se caracterizan porque al inscribir un título en el Registro el acto no queda convalidado. En tal sentido, aunque se encuentre registrado el título puede ser cuestionada dicha inscripción judicialmente. Es decir, en estos sistemas registrales pueden tramitarse procesos judiciales de nulidad de inscripciones. El sistema registral peruano es no convalidante.

VI. DOCUMENTOS JUDICIALES

Los documentos judiciales pueden ser de dos clases: rogatorias judiciales y órdenes de inscripción.

Para algunos tratadistas es necesario precisar que las sentencias son órdenes y por tanto no son posibles de calificación registral, con lo cual no estamos de acuerdo por que son las que más perjuicio pueden ocasionar a la publicidad registral, a los titulares registrales y a los terceros registrales.

Es decir, para nosotros la diferencia es ilustrativa para poder comprender el tópico, materia de investigación.

A) ROGATORIAS JUDICIALES

Son supuestos de rogatorias judiciales los supuestos de embargos, demandas y otras medidas cautelares. Sin embargo, es necesario precisar que también son supuestos de rogatoria judicial los otros supuestos de medidas cautelares, como la medida cautelar de no innovar.

B) ÓRDENES DE INSCRIPCIÓN

Son consideradas como órdenes judiciales de inscripción los casos de inscripciones de sentencias inscribibles, como pueden ser las sentencias de nulidad de acto jurídico, adjudicaciones judiciales entre otros supuestos. La adjudicación judicial para algunos abogados es considerada como rogatoria judicial y para otros abogados es considerada como una orden de inscripción. Nosotros somos del criterio que las adjudicaciones judiciales son órdenes de inscripción.

VIL REGISTRACIÓN

La registraci3n es un t3rmino jur3dico gen3rico y las especies de la registraci3n son la inscripci3n y la anotaci3n.

A) INSCRIPCI3N

La inscripci3n es una especie de la registraci3n y se produce cuando ha reca3do en el t3tulo calificaci3n registral positiva y se extienden los asientos de inscripci3n cuando se trata de actos que, en general, transmiten derechos o modifican la realidad registral.

Se considera inscrito un t3tulo cuando var3a la realidad registral, es decir, cuando al tener acogida registral un t3tulo, la realidad registral cambia, por ejemplo, la realidad registral cambia cuando se inscribe una sentencia que declara la nulidad de un acto jur3dico o cuando se inscribe una adjudicaci3n judicial.

B) ANOTACI3N

La anotaci3n preventiva es una especie de la registraci3n. Sobre las anotaciones preventivas, el art3culo 64 del Reglamento General de los Registros P3blicos establece lo siguiente: «*Las anotaciones preventivas son anotaciones provisionales y transitorias que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificaci3n del acto o derecho inscrito*». En tal sentido, se anotan los embargos, las demandas y otras medidas cautelares.

VIII. MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR

Dentro del t3pico de calificaci3n registral de documentos judiciales, merecen especial importancia las medidas cautelares de no innovar.

El art3culo 687 del C3digo Procesal Civil peruano de 1993 establece que ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situaci3n de hecho o de derecho presentada al momento de la admisi3n de la demanda, en relaci3n a personas y bienes comprendidos en el proceso. En el mismo art3culo se precisa que esta medida es excepcional por lo que se conceder3 s3lo cuando no resulte de aplicaci3n otra medida cautelar prevista en la ley.

Es necesario dejar constancia de que en el Registro son poco frecuentes las medidas cautelares de no innovar, por lo que con la regulaci3n actual no

se han tenido a la vista ejecutorias registrales sobre medidas cautelares de no innovar.

Es decir, el desarrollo doctrinario de las medidas cautelares resulta escaso, por lo cual no existe mucha bibliografía nacional sobre las medidas cautelares de no innovar.

De otros Estados no se ha tenido a la vista trabajos de investigación sobre las medidas cautelares de no innovar. Es decir, la calificación registral de documentos judiciales de medidas cautelares de no innovar es un tema que no ha merecido trabajos de investigación por parte de los tratadistas extranjeros. Dejando constancia que la causa de tal problema puede ser por que no en todos los Estados se regula en su legislación procesal las medidas cautelares de no innovar.

Además es necesario dejar constancia que las medidas cautelares de no innovar se encuentran reguladas en el Derecho Positivo peruano como unas medidas cautelares extremas, por lo cual es difícil su desarrollo a través de jurisprudencia y de ejecutorias.

IX. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El procedimiento judicial se caracteriza por tener efectos *interpartes*, y puede ser tramitado ante juzgados civiles, juzgados penales, juzgados laborales y juzgados de familia.

Este procedimiento judicial admite el recurso de oposición.

X. PROCEDIMIENTO REGISTRAL

El procedimiento registral se caracteriza por tener efectos *erga omnes*, es decir, los efectos del procedimiento registral son efectos contra todos.

En tal sentido, algunas veces los efectos de las inscripciones no son en contra de los titulares registrales sino en contra de terceros registrales o, en todo caso, los efectos del procedimiento registral pueden perjudicar a otros titulares registrales, o titulares registrales de otras partidas registrales.

XI. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL NO ES UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es necesario dejar constancia que el procedimiento registral no es un procedimiento administrativo.

Sin embargo, la Ley del Procedimiento Administrativo General induce a error cuando considera al procedimiento registral como un procedimiento

administrativo. Es decir, el procedimiento registral es un procedimiento especial al cual son de aplicación algunas normas del procedimiento administrativo como la impugnación de acto o resolución administrativa. En tal sentido, el procedimiento registral no es un procedimiento administrativo, pero se pueden impugnar judicialmente las resoluciones del Tribunal Registral, para lo cual sería de aplicación las normas pertinentes.

XII. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL Y EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

La diferencia entre el procedimiento registral y el procedimiento judicial es que el procedimiento judicial tiene efectos *inter partes*, mientras que el procedimiento registral tiene efectos *erga omnes*.

Otra diferencia es que en el procedimiento registral no se encuentra permitido el recurso de oposición en contra de una registración.

Otra diferencia es que el procedimiento registral es no contencioso, a diferencia de los procedimientos judiciales, que se clasifican en procedimientos contenciosos y procedimientos no contenciosos.

El Registro tiene sus propias normas y el Poder Judicial tiene sus propias normas, lo cual motiva que algunas veces existan problemas de interpretación por parte de los operadores judiciales.

Es necesario precisar que la finalidad concreta del proceso civil es poner fin a un conflicto de intereses, y dicha finalidad no es una finalidad del proceso registral, sino que el proceso registral tiene como finalidad la publicidad de los actos registrables que cumplen con los requisitos de ley.

XIII. CALIFICACIÓN REGISTRAL

La calificación registral puede ser de dos clases: calificación registral positiva y calificación registral negativa.

A) CALIFICACIÓN REGISTRAL POSITIVA

Son supuestos de calificación registral positiva la inscripción y la liquidación, que son supuestos en los cuales el título se encuentra con los requisitos legales.

1. *Registración*

Se registra un título cuando no existen defectos en el título ni existen obstáculos para la registración.

Cuando se registra un título se redacta el asiento de registración y contra asientos de inscripción no procede el recurso de apelación, ya que en el procedimiento registral la apelación sólo procede contra liquidaciones, tachas y observaciones. Es decir, en el procedimiento registral no se admite la apelación en contra de inscripciones.

Por lo cual podemos concluir que cuando se registran documentos judiciales no cabe la posibilidad de apelar para que el Tribunal Registral revise la calificación registral de documentos judiciales.

2. *Liquidación*

Se liquida un título cuando el título se encuentra con los requisitos de ley, no existen obstáculos, pero la cantidad de dinero pagada no es la que corresponde, es decir, falta pagar una cantidad de dinero. Por ejemplo, por la registración se pagó 20 nuevos soles, pero corresponde pagar 50 nuevos soles, en cuyo caso se liquida el título para que se paguen los 30 nuevos soles que faltan abonar.

B) CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA

Son supuestos de calificación registral negativa la observación y la tacha sustantiva, que son supuestos en los cuales el título no se encuentra con los requisitos legales o existen obstáculos para la registración.

1. *Observación*

Se formula observación cuando el documento puede ser registrado, es decir, cuando el defecto del título presentado solicitando su registración puede ser subsanado. Por ejemplo, se observa un título cuando las copias presentadas al Registro no se encuentran certificadas o se presentan sin adjuntar el correspondiente oficio, el cual es un requisito conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cuando el Registro observa se suspende la registración.

2. *Tacha sustantiva*

Se formula tacha sustantiva cuando el documento no puede ser registrado, es decir, se formula tacha sustantiva cuando el defecto advertido en el título es insubsanable, por ejemplo, es insubsanable un defecto del título cuando se solicita la registración de un embargo de acciones al Registro de Sociedades. Cuando el Registro formula tacha sustantiva, el Registro deniega la registración.

Las tachas registrales son de dos clases: tachas sustantivas y tachas por vencimiento (también conocidas como tachas procesales). Las tachas sustantivas se formulan cuando el título no va a inscribirse y las tachas procesales se formulan cuando, vencida la vigencia del asiento de presentación, el título no se ha registrado.

XIV. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

El Registro recepciona documentos administrativos que son inscribibles, como son el embargo y la adjudicación administrativa, títulos que son materia de calificación registral.

Dejando constancia que la adjudicación administrativa merece especial importancia, pero son pocos los títulos sobre este acto registrable que se presentan al registro.

La mayor cantidad de resoluciones administrativas que se registran son embargos en forma de anotación, al cual se le conoce como embargo en forma de inscripción, sin embargo, corresponde denominarle embargo en forma de anotación, y no en forma de inscripción, por que los embargos no se inscriben sino que se anotan en el registro.

Dentro de los documentos administrativos también es necesario tener en cuenta la insolvencia.

Es necesario precisar que para dichos títulos son de especial importancia el Código Tributario y la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva.

La Exposición de Motivos del Libro de Registros Públicos del Código Civil peruano de 1984 establece que, tratándose de calificación registral de instrumentos administrativos es de aplicación todo lo señalado a propósito de los instrumentos judiciales. Sin embargo, podemos advertir que en la calificación registral de documentos administrativos no existen muchas ejecutorias registrales.

El problema de la calificación registral de documentos administrativos no es muy grave por que a un funcionario administrativo la calificación registral sí es comprendida.

En tal sentido, el problema es menor por que se comprende que entre funcionarios administrativos exista calificación registral.

La adjudicación administrativa es un tema que no ha sido trabajado por los autores nacionales, sino que ha sido desarrollado por los autores españoles.

Es decir, los documentos administrativos que se registran son materia de calificación registral.

El numeral 3 del artículo 118 del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo 135-99-EF, publicado el 19 de agosto de 1999, establece que cuando se trata de embargo en forma de inscripción, debe anotarse en el Registro Público u otro registro, según corresponda, y el importe de las tasas registrales u otros derechos deberá ser pagado por la Administración Tributaria con el producto del remate, luego de obtenido éste, o por el interesado con ocasión del levantamiento de la medida.

En el numeral 2 del mismo artículo se establece que cuando se trate de inmuebles no inscritos procede el embargo en forma de depósito, y en tal supuesto se nombra al deudor tributario como depositario.

En el Derecho positivo peruano no existe norma expresa que regule la calificación registral de documentos judiciales, por lo cual el tópico en mención no ha sido estudiado por parte de los tratadistas nacionales.

Este tópico no es tan interesante como la calificación registral de documentos judiciales.

Es necesario precisar que no sólo en los registros que conforman el sistema nacional de los registros públicos se registran documentos administrativos, sino también en otros registros, como el registro privado denominado matrícula de acciones. Requiriéndose para la registración la calificación registral positiva del título que se solicita registrar. Es decir, en la matrícula de acciones se pueden registrar embargos administrativos y adjudicaciones administrativas.

Los trabajos de investigación sobre la calificación registral de documentos administrativos son menores en cantidad respecto de los trabajos sobre la calificación registral de documentos judiciales. Es necesario precisar que los autores que se ocupan de la calificación registral de documentos judiciales se ocupan también de la calificación registral de documentos administrativos, pero los autores que se dedican al estudio de la calificación de documentos administrativos no se ocupan también de la calificación registral de documentos judiciales.

XV. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Cuando se califican documentos judiciales el resultado puede ser calificación registral positiva y calificación registral negativa de documentos ju-

diciales. Aparentemente adquiere especial importancia sólo la calificación registral negativa de documentos judiciales, sin embargo, ambas adquieren especial importancia, por lo cual nos referiremos a continuación tanto a la calificación registral positiva de documentos judiciales como a la calificación registral negativa de documentos judiciales. Sin embargo, trataremos con mayor detalle la calificación registral negativa de documentos judiciales.

A) CALIFICACIÓN REGISTRAL POSITIVA DE DOCUMENTOS JUDICIALES

La calificación registral de documentos judiciales es positiva cuando el título se encuentra conforme a la ley y tiene acogida registral. Es decir, la calificación registral es positiva cuando el título se registra o se liquida.

Es necesario precisar que cuando el título debió observarse pero se registró, existen problemas por que la registración podría ser atacada judicialmente, no obstante que aparentemente se trata de una registración firme que no puede ser atacada judicialmente.

En tal sentido es conveniente que cuando corresponda tachar, observar o solicitar aclaraciones o información complementaria al Juzgado se proceda de dicha manera.

De esta manera se logra que el registro publicite situaciones jurídicas que han cumplido con los requisitos legales para poder ser registradas.

Es decir, los documentos judiciales no siempre se registran, sino que algunas oportunidades corresponde observar, tachar y otras oportunidades corresponde solicitar aclaraciones o información complementaria al Juzgado por parte de los registradores.

Es importante que cuando el Registrador registra por el apercebimiento del Juzgado se deje constancia en el asiento de registración y en la constancia de registración de tal hecho para no dejar de publicitar que la registración es una registración forzada. Lo mismo ocurre cuando existe otra circunstancia para proceder a la registración.

Es importante dejar constancia de tal hecho también en la constancia de registración por que la partida registral puede extraviarse y el registro podría dejar de publicitar las circunstancias en las cuales se procedió a la registración.

Es necesario precisar que no existe norma que ampare al registro para dejar esta constancia en las registraciones, sin embargo, es necesario dejar estas constancias para publicitar las circunstancias en las cuales se procedió a la registración y no dejar de publicitar la ligereza de algunas registraciones a causa del apercebimiento efectuado en contra de los registradores.

|

B) CALIFICACIÓN REGISTRAL NEGATIVA DE DOCUMENTOS JUDICIALES

La calificación registral de documentos judiciales es negativa cuando el título no tiene acogida registral y en tales supuestos se observa o se formula tacha sustantiva.

Puede observarse, por ejemplo, cuando en el Registro aparece un área diferente a la que aparece en el auto de adjudicación.

Puede tacharse un documento judicial, por ejemplo, cuando se solicita la registración de un embargo de acciones. El embargo de acciones sí se registra, pero se registra en el Registro privado denominado Matrícula de Acciones, que no se encuentra a cargo del Registro sino a cargo de cada sociedad.

En el Perú la calificación de documentos judiciales puede tener los siguientes resultados:

- Registración.
- Observación.
- Tacha.
- Solicitar aclaración o solicitar información complementaria con un Oficio al Juzgado.
- Liquidación.

1. Algunos registradores inscriben el título por el requerimiento o apercebimiento del juez, incluso cuando no se demanda ni se cita al titular registral, y dejan constancia de tal hecho en el asiento de inscripción correspondiente para publicitar las circunstancias en que se extendió dicha inscripción y no dejar de publicitar la ligereza de la misma.

Algunas empresas del Sistema Financiero no aceptan otorgar créditos garantizados con hipoteca sobre fincas que en su correspondiente partida registral obre la circunstancia indicada en el párrafo anterior.

2. alguna vez en el Registro calificué un documento judicial y tenía muchos defectos (no se había citado al titular registral, entre otros), solicité al señor juez la aclaración correspondiente, y éste, a petición del abogado patrocinante, casi me denuncia, por tanto, practiqué la inscripción dejando constancia de dicha circunstancia en el asiento de inscripción.

Luego tomé conocimiento que en mérito a dicha inscripción forzada iniciaron un proceso judicial para lanzar al titular registral no citado, pero en dicho proceso la constancia que había dejado en el asiento de inscripción sirvió para que su abogado patrocinante y los señores Magistrados se dieran cuenta del motivo determinante para haber extendido la inscripción (había sido el apercebimiento del señor juez con el que se avasalló al Registrador). Es decir, los mismos Magistrados dudan de la eficacia de las inscripciones forzadas.

XVI. POSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSOS EN CASO DE REITERACIÓN DE MANDATO JUDICIAL DE PRACTICAR UNA INSCRIPCIÓN PREVIAMENTE NEGADA

En el Perú no está establecido ningún recurso específico para estos casos, ya que las únicas normas que regulan la calificación de documentos judiciales son las siguientes:

- El segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil de 1984 (20).
- Directiva número 002-2000-SUNARP-SN, publicada el 31-5-2000.
- La Jurisprudencia Registral.
- El nuevo Reglamento General de los Registros Públicos de 2001.
- El Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.
- El artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (21) no es de aplicación al caso por lo siguiente:
 - La norma especial prevalece sobre la norma general (22).
 - La norma posterior prevalece sobre la norma anterior (23).

(20) Código Civil peruano de 1984:

«Artículo 2.011. Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica bajo responsabilidad del registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el registrador podrá solicitar al Juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro».

El segundo párrafo fue agregado por el Código Procesal Civil que entró en vigencia el 28 de julio de 1993.

(21) Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S. 017-93-JUS, publicado el 20-6-93):

«Artículo 4. Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera que sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el Derecho de gracia».

(22) El segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil prevalece sobre el artículo 4 del TUO de la LOPJ cuando se trata de calificación de documentos judiciales, porque es norma posterior.

(23) El segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil prevalece sobre el artículo 4 del TUO de la LOPJ cuando se trata de calificación de documentos judiciales, porque es norma específica para este tópico.

Sin embargo, es citada constantemente por los Magistrados para intimidar y avasallar a los registradores, y por ello la menciono.

Esta norma tiene sustento en el párrafo segundo del numeral 2 del artículo 139 de la Constitución (24).

En contra de la decisión del Registrador se puede interponer recurso de apelación, pero ello no soluciona el problema porque éste no se origina en el Registro ni se soluciona con la Resolución del Tribunal Registral; y en todo caso es un medio impugnatorio del que puede hacer uso el presentante del Título y no el Registro, es decir, no existe en el Perú apelación de oficio y tampoco la posibilidad que el Registrador eleve en consulta el Título al Tribunal Registral u otro órgano.

A) EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 2.011 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

No tiene una adecuada redacción y ha originado que muchos Magistrados interpreten dicha norma de manera inapropiada. Lo que se hace notar con la enorme cantidad de apercibimientos y denuncias de los señores Magistrados y Fiscales, respectivamente, y las Resoluciones de los Tribunales Registrales recaídas en documentos de origen judicial presentados al Registro para su registración.

No hace referencia a observaciones ni tachas, ni a obstáculos, y aplicando literalmente la norma sólo contempla tres supuestos de no inscripción:

1. Que el Registrador solicite aclaraciones.
2. Que el Registrador solicite información complementaria.
3. Que el Registrador requiera se acredite el pago de los tributos aplicables.

Termina diciendo: «*sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro*». Los motivos de la inadecuada redacción de este artículo son los siguientes:

1. La Comisión Revisora que propuso la modificación del artículo 2.011 del Código Civil no estuvo integrada por especialistas en Derecho Registral, es decir, no estuvo integrada por abogados registralistas.

(24) Constitución Política del Perú de 1993:

«Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional *ni interferir en el ejercicio de sus funciones*. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni recortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias *ni retardar su ejecución*. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno».

2. La modificación de la norma fue efectuada antes de la Ley 26366 (25), y en dicho tiempo el Registro era distinto, por tanto, quizá se justificaba, en aquel entonces, pero ahora no.

Nos preocupa cómo puede tener vigencia más de siete años este segundo párrafo que comentamos.

B) DIRECTIVA NÚMERO 002-2000-SUNARP-SN, PUBLICADA EL 31-5-2000

Esta norma confirma la problemática de la calificación de los documentos judiciales en el Perú, ya que esta norma solamente se refiere al tema de calificación de documentos judiciales, y deja claro lo siguiente:

1. La aplicación del ordenamiento jurídico debe ser integral por parte de los registradores públicos.
2. Que el Registrador no incurre en responsabilidad civil, penal o administrativa (Código Penal, art. 20, numeral 8), cuando se pretenda que se inscriba un pronunciamiento judicial que afecte a terceros que no forman parte de la relación jurídico-material y procesal y éste deniega la inscripción.
3. Que el plazo de vigencia del asiento de presentación es el mismo que en el caso de títulos que no provienen de sede judicial, que cuando el título proviene de sede judicial.
4. Que el Registrador puede tachar títulos que provienen de sede judicial.
5. En la calificación de un parte que contenga una resolución que ordene la inscripción y verse sobre un derecho de posesión, el Registrador, bajo responsabilidad, deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 2.021 del Código Civil (26), no haré ningún comentario a este numeral porque ha sido perfectamente trabajado por ELVIRA MARTÍNEZ Coco y GUILLERMO GARCÍA MONTUFAR SARMIENTO en la ponencia presentada en el XV Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral llevado a cabo en Guayaquil en el mes de agosto del presente año.

(25) Esta Ley crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, y con la misma se ordena el Sistema Registral en el Perú.

(26) Código Civil peruano de 1984:

«Artículo 2.021. Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles».

6. En aplicación del segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil, en la calificación de un parte que contenga una resolución que ordene la inscripción de una posesión que sea incompatible con los antecedentes registrales, el Registrador, bajo responsabilidad, deberá cumplir con atender a los otros Principios Registrales, tales como el Tracto Sucesivo y demás contenidos en el Libro Noveno del Código Civil (27) y a que ninguna inscripción puede causar perjuicios a terceros ajenos a una relación jurídica-sustancial y procesal incurriendo en abuso del derecho.

Cuando esta norma entró en vigencia dialogué con algunos Magistrados y afirmaron lo siguiente: «le han otorgado facultades a los registradores para observar mandatos judiciales». Pero era desalentadora la respuesta que uno les daba, porque: «los registradores siempre han tenido facultades para ello».

Pensamos que muchos Magistrados aún con esta norma seguirán pensando lo mismo que se indicó en la página 930, teniendo ellos como argumento la jerarquía de normas, lo cual nos preocupa.

C) JURISPRUDENCIA REGISTRAL

Es abundante la Jurisprudencia Registral existente en el Perú, que confirma las observaciones efectuadas por registradores a documentos judiciales que contienen órdenes de registración.

Para no extender el desarrollo de estas líneas, ni tampoco detenernos en casos concretos, sólo hemos seleccionado la Resolución del Tribunal Registral número 031-2000-ORLC/TR publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 4-3-2000, por su alcance general e importante aporte doctrinario, que sobre el pronunciamiento emitido por el órgano jurisdiccional respecto a determinada materia controvertida esta Resolución señala lo siguiente:

«...no pueden ser cuestionadas, directamente o indirectamente en sede registral, correspondiendo, en todo caso, a la parte que considere perjudicada, hacer valer su derecho ante el órgano jurisdiccional competente».

(27) Los Principios Registrales contenidos en el Libro Noveno del Código Civil son los siguientes: Principios de Titulación Auténtica, Rogación, Legalidad, Publicidad Registral (cognoscibilidad general), Legitimación, Fe Pública Registral, Tracto Sucesivo, Prioridad Preferente, Impenetrabilidad (prioridad excluyente).

D) NUEVO REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS DE 2001

Conforme al Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos se regula la calificación registral negativa de documentos judiciales en forma detallada.

E) REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PREDIOS

Este Reglamento fue publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 21-11-2003, y vigente a partir del 19 de enero de 2004, conforme a la Primera Disposición Complementaria y Final del mismo Reglamento. En dicho Reglamento se agregan algunos criterios sobre la calificación registral de documentos judiciales.

En este Reglamento se establece en forma expresa que no procede la apertura de partida registral para anotar embargo en forma de inscripción sobre bien no registrado. Con el anterior Reglamento General de los Registros Públicos, el cual se encuentra derogado, se podía aperturar partida especial, es decir, se aperturaba una partida registral en la cual constaba como primer asiento de registración el embargo en forma de anotación.

También se precisa expresamente que las copias certificadas deben ser acompañadas de un oficio que debe ser cursado por el Juez cuando se ordena una registración. Antes de esta norma no existía ninguna norma registral que regulara el oficio que se acompaña a las copias certificadas materia de registración. Resulta importante cursar el oficio porque el Juzgado, al cursar el oficio, está asumiendo responsabilidad en el sentido que los actuados judiciales de los cuales se han tomado las copias pertinentes se encuentran eficaces, es decir, se acredita con el oficio que los actuados no han sido declarados nulos, ya que en un mismo proceso pueden existir varias resoluciones registrables, pero no todas pueden encontrarse eficaces, porque algunas resoluciones han podido ser declaradas nulas.

En el Reglamento, materia de análisis, se precisa que no se requiere los cinco años de antigüedad del título para la registración, cuando se trata de sentencia que declara la prescripción adquisitiva de dominio o la formación de títulos supletorios.

También se precisa que las resoluciones para poder ser registradas deben haber adquirido la calidad de cosa juzgada, salvo que se trate de resoluciones inmediatamente ejecutables.

En el Reglamento se precisa que si el mandato judicial declara derechos inscribibles a favor de una persona casada deberá señalar en el título la calidad de bien propio o bien conyugal del inmueble y además establece que tratándose de bienes conyugales deberá indicarse el nombre del otro cónyuge.

El Reglamento establece este requisito a los documentos judiciales por que en las partidas registrales es necesario poder determinar la calidad de los bienes, si son bienes propios o si son bienes sociales, y cuando son bienes sociales es necesario que se consigne el nombre de ambos cónyuges, para poder determinar por qué cónyuges se encuentra conformada la sociedad conyugal propietaria del inmueble.

F) ARTÍCULO 4 DEL TUO DE LA LOPJ

Conforme se detalla en la página 6, consideramos que esta norma no es de aplicación a la calificación de documentos judiciales; pero para evitar distintas interpretaciones es necesario que se modifique la misma aclarando que no es de aplicación a la calificación de documentos judiciales.

A quienes sostienen la aplicación de esta norma al tema tratado, habría que preguntarles qué le diríamos al titular registral de una finca, respecto de la cual se ha inscrito una adjudicación judicial, sin haberlo demandado ni citado en el proceso judicial que originó la misma.

XVII. PROBLEMAS SURGIDOS HASTA EL MOMENTO
EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS
JUDICIALES

Los problemas surgidos hasta el momento en la calificación registral de documentos judiciales, de los cuales tenemos conocimiento, son los siguientes:

1. Se ha aperturado instrucción en contra de registradores que se han negado a inscribir mandatos judiciales aberrantes.
2. Se han iniciado procesos judiciales de daños y perjuicios en contra de Registros Públicos por inscripciones producto de la insistencia e intimidación judicial (28).
3. Los fiscales, al momento de formular denuncias en contra de registradores, utilizan frases como la siguiente: «el Registrador, ante la orden judicial de inscripción, *no tiene otra alternativa que inscribir sin observaciones de ninguna clase*».

(28) Incluso estando regulado en el Código Procesal Civil peruano de 1993, el proceso de Responsabilidad Civil de los Jueces (CPC, art. 509 y sigs.).

4. Se intimida (29) a los registradores cuando observan o tachan documentos judiciales, es decir, cuando hacen su trabajo.
5. Los Magistrados, al ordenar inscripciones que no proceden, cometen delito de abuso de autoridad (30).
6. Los Registradores en algunos casos inscriben órdenes judiciales cuando están convencidos que no procede la misma.
7. La sentencia de 11-5-1999, expedida por el Juzgado Mixto de Huancauélica, que entre sus considerandos para absolver al Registrador Público ya acusado por el Ministerio Público, dice literalmente lo siguiente, refiriéndose a dicho Registrador Público: «...ha actuado en forma errónea, sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto...»
Para absolver también se tuvo en cuenta que el Registrador cumplió la orden judicial (31), por tanto, si el Registrador no hubiese inscrito ya habría sido condenado.
8. Que algunos Abogados creen que el procedimiento judicial es la ventana del Registro, es decir, creen que es la manera de lograr que un título se registre cuando no procede su registración.

Digo hasta el momento porque sólo de estos problemas tenemos conocimiento, y no sabemos qué otros problemas se habrán generado, ni tampoco cuántas inscripciones en perjuicio de titular registral o de tercero registral, no citado ni demandado, existen.

(29) En la intimidación o violencia moral, el *coactus* (en este caso el Juez), doblega su libertad intimidándolo (al Registrador), ya que cada persona debe ser dueño de sus actos. Lo que importa es que el Magistrado causa temor en el Registrador cuando amenaza con denunciarlo y logra que esta amenaza sea determinante en su voluntad y en su decisión, logrando, en base a dicha amenaza, que se practique la inscripción, es decir, perturba la voluntad del Registrador creando en él un dilema en el que optará siempre por el mal menor para él.

En la intimidación no importa la gravedad del mal, sino que se perturba la voluntad del Registrador, ya que en este caso se utilizan criterios subjetivos y no objetivos (*Acto Jurídico*, JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, 3.^a edición, 1999, págs. 124 a 130).

El Código Civil peruano de 1984 establece como causa de anulabilidad del acto jurídico la intimidación (arts. 215 y 221, inc. 1).

Debemos aclarar que cuando el Juez, obrando según su competencia, obedece a la Ley no hace violencia, porque la violencia es una fuerza injustificada (*Derecho Procesal*, HUMBERTO BRICEÑO SIERRA, 2.^a edición, México, 1995, págs. 1499 a 1501).

(30) En Cañete, en 1999, el Registrador al recibir un documento judicial que contenía una orden judicial ilegal, remitió copias al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones y esta entidad aperturó investigación en contra del Magistrado que emitió dicha orden judicial ilegal.

Dicho Magistrado era suplente, ya no labora en el Poder Judicial, y desconocemos las causas de ello.

(31) Es decir, canceló el asiento de inscripción a favor del antiguo propietario, sin haber sido demandado ni citado el titular registral para poder ser absuelto.

XVIII. TEORÍAS SOBRE LA OBEDIENCIA DEBIDA

El autor que desarrolla estas teorías es GUILLERMO FIERRO, el cual en su libro *La obediencia debida en el ámbito penal y militar* desarrolla, entre otros temas, las siguientes teorías sobre la obediencia debida (32):

A) TEORÍA DE LA GRAVEDAD

La teoría de la gravedad (33) sostiene que la orden no debe ser obedecida cuando el hecho o acción ordenada reviste una extraordinaria gravedad (*atrocitatem facinoris*).

Aplicando esta teoría, el Registro no debe obedecer órdenes judiciales de registración cuando son inconstitucionales o ilegales, y tampoco debe obedecer las resoluciones judiciales de registración que se encuentran en una situación extrema respecto al ordenamiento jurídico, por ejemplo, no podría registrarse una sentencia de prescripción adquisitiva de dominio sin haber citado al titular registral.

Otro supuesto en el cual la orden judicial de registración no debe ser obedecida, aplicando esta teoría, es el supuesto de una sentencia que declara la prescripción adquisitiva de dominio sobre territorios de propiedad de comunidades campesinas.

Otro ejemplo es cuando no se ha citado al titular registral en un proceso sobre títulos supletorios habiéndose seguido el proceso en contra de terceras personas, sin tener en cuenta que el predio corría registrado a favor de personas no citadas en el proceso.

Otro supuesto en el cual la orden de registración no debe ser obedecida porque el hecho reviste extraordinaria gravedad es cuando se perjudica a un tercero registral no citado en el proceso judicial del cual proviene la orden de registración.

Otro supuesto en el cual la orden de registración no debe ser obedecida es cuando las copias presentadas al Registro no se encuentran certificadas, sino tan sólo son copias simples o siendo copias con sello de certificación, pero la certificación no ha sido firmada.

Otro supuesto en el cual la orden de inscripción no debe ser obedecida es cuando no se ha acreditado ante el Registro con las copias pertinentes que la sentencia ha quedado consentida o ejecutoriada.

(32) FIERRO, GUILLERMO, *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, págs. 15, 16, 49 a la 61.

(33) *Ibid.*, pág. 15.

Otro supuesto en el cual la orden de registraci3n no debe ser obedecida es cuando el juez no ha firmado la orden de registraci3n.

Un supuesto que merece ser tomado en cuenta es cuando se registra una sentencia de rectificaci3n de 1reas y linderos sin acompa1ar copia certificada de los planos y de la memoria descriptiva porque no resulta grave inscribir la sentencia en dicha modalidad. Salvo cuando sean necesarios la memoria descriptiva y planos para determinar si existe superposici3n de 1rea sobre otro predio que ya corre inmatriculado.

Otro supuesto es cuando se registra una adjudicaci3n judicial sin precisar un lindero o una medida perim3trica, porque no resulta grave inscribir la adjudicaci3n judicial en tales circunstancias.

Otro supuesto es cuando se registra una resoluci3n judicial cuyas copias certificadas no se encuentran con fecha de certificaci3n, porque no resulta grave registrar en tales circunstancias.

B) TEORÍA DE LA APARIENCIA

La teoría de la apariencia (34) descansa en el error del que recibe la orden judicial y postula que la orden debe ser cumplida cuando tenga apariencia de licitud.

Esta teoría es compleja de aplicar porque queda al arbitrio de los registradores cuando la orden judicial de registraci3n tiene apariencia de licitud. Sin embargo, es claro que la orden judicial inconstitucional e ilegal no tiene apariencia de licitud.

Es decir, para esta teoría lo que importa es la apariencia de licitud, por lo cual en tal supuesto debe ser cumplida la resoluci3n judicial de registraci3n.

C) TEORÍA DE LA HABITUALIDAD

La teoría de la habitualidad (35) sostiene qu3 orden debe ser obedecida cuando tiene por objeto a acciones concernientes a las relaciones habituales entre el que emite la orden de registraci3n y el que recibe la orden de registraci3n.

Esta teoría resulta difícil de aplicar porque no se puede determinar cu1les resoluciones judiciales son habituales y cu1les resoluciones judiciales no son habituales.

(34) *Ibid.*, p1g. 16.

(35) *Ibid.*

Desde cierta perspectiva, las medidas cautelares pueden ser consideradas como resoluciones judiciales habituales y las sentencias podrían ser consideradas como resoluciones judiciales no habituales, lo cual estaría en contra de lo sostenido por algunos tratadistas en el sentido que diferencian entre rogatoria judicial y sentencias y para estos tratadistas cuando se trata de sentencias se califica conforme al segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984.

Sin embargo, no existe un criterio determinante para distinguir las órdenes de registración que son habituales y las órdenes de registración que no son habituales, por lo cual como se precisó esta teoría resulta difícil de aplicar a la calificación registral de documentos judiciales.

D) TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN

La teoría de la diferenciación (36) distingue entre funcionarios constituidos en autoridades o no, siendo más riguroso el deber de obediencia para los primeros.

Para esta teoría es determinante si el Registrador es autoridad o no lo es, en tal sentido, según cada caso la teoría, materia de estudio, brinda una solución diferente.

Esta teoría es de aplicación cuando los registradores son jefes de oficina, lo cual ocurre en algunas oficinas registrales, sin embargo, no estamos de acuerdo con lo sostenido por la teoría de la diferenciación.

Para nosotros esta teoría no tiene sustento en el Derecho Registral, por lo cual no resultaría de aplicación para el mismo.

Para esta teoría resulta irrelevante solicitar aclaraciones al juzgado por parte de los registradores.

E) TEORÍA DEL ERROR

La teoría del error (37) sostiene que el que recibe la orden de registración tiene el deber de obediencia cuando ignora el contenido ilícito de la orden o cuando lo conoce cree equivocadamente que, no obstante, le debe acatamiento.

Según esta teoría es importante tener en cuenta a la persona que recibe la orden de registración, en el sentido que ella es la que determina si la orden de registración es ilegal o cuando lo conoce cree equivocadamente que, no obstante, le debe acatamiento.

(36) *Ibid.*

(37) *Ibid.*

F) TEORÍA DE LA OBEDIENCIA CIEGA

La teoría de la obediencia ciega (38) sostiene que el que recibe la orden de registración siempre debe obedecerla cualquiera sea el contenido de la orden de registración. Según esta teoría, el único responsable es el que emite la orden de registración. Es decir, según esta teoría el Registro no sería responsable por inscribir resoluciones judiciales, dejando constancia que esta teoría es la que vienen aplicando muchos registradores sobre todo en lo que se refiere a inscripción de sentencias para evitar ser denunciados por el delito de violencia y resistencia a la autoridad.

Para algunos tratadistas esta es la teoría que consagra el artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984, es decir, no toman en cuenta las otras normas del Derecho positivo peruano que regulan la calificación registral de documentos judiciales, con lo cual no estamos de acuerdo.

Para algunos abogados, magistrados y fiscales ésta sería la teoría consagrada por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que concuerda con el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política peruana de 1993. Apoyándose para sostener que ésta es la teoría consagrada en que son normas de mayor jerarquía sobre todo la Constitución Política peruana respecto de las normas que regulan la calificación registral de documentos judiciales. Por lo cual es necesario precisar que la norma especial prima sobre la norma general, es decir, la Constitución es una norma general, es decir, la Constitución no prevee todas las situaciones jurídicas, sino que en la Constitución se consagran por lo general sólo normas generales, pero en la Constitución no se consagran normas especiales salvo algunas excepciones. Por lo cual es necesario precisar que esta teoría no ha sido consagrada en la ley orgánica del poder judicial ni en la Constitución respecto a la calificación registral de documentos judiciales.

Sin embargo, ante la existencia de una orden judicial y el Registrador obedece la orden judicial de registración tanto el Registrador como el Registro no son responsables por la registración, sino que el responsable es el Juez que expidió la resolución de registración.

Para esta teoría el Registrador estaría en el deber de obedecer la orden de inscripción cuando se trata de una sentencia proveniente de un proceso en el cual no se ha citado al titular registral o no se ha citado al tercero registral.

Un ejemplo de cuándo es necesario citar al tercero registral es cuando sigue el proceso otro tercero registral, pero que tiene rango posterior y que le afecte, en tal sentido es necesario citar al tercero registral que le afecta el proceso o la adjudicación judicial.

(38) *Ibid.*

Otro ejemplo en el cual es necesario citar al tercero registral es cuando se discute el derecho que tiene el tercero registral.

Consideramos que esta teoría es una teoría extrema por que para la misma la orden de registración se cumple en todos los casos. Para esta teoría no se necesita que el Registrador solicite aclaración al Juzgado que emitió la orden de registración.

Según esta teoría el Registrador no podría formular observaciones ni tachas sustantivas a mandatos judiciales de registración. Lo cual es un absurdo porque muchas veces para registrar se formulan observaciones porque faltan requisitos para proceder a la registración. Sin embargo, es necesario precisar que según el Derecho positivo peruano es posible formular observaciones y tachas sustantivas en contra de mandatos judiciales de registración.

Por lo cual es necesario precisar que esta teoría no se encuentra consagrada en el Derecho positivo peruano.

G) TEORÍA DE LA REITERACIÓN

La teoría de la reiteración (39) sostiene que el que recibe la resolución judicial debe obedecerla cuando se reitera la orden de registración o se insiste en la registración por parte del Juzgado correspondiente.

Esta teoría es necesario tenerla en cuenta porque para muchos abogados, magistrados y fiscales, esta teoría es la que habría sido consagrada en el segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984. Es decir, según muchos abogados, magistrados y fiscales, el Registrador debe obedecer la orden de registración cuando se reitera o se insiste en la registración del documento judicial.

Es necesario dejar constancia que son muchos los registradores que aplican esta teoría, es decir, cuando la resolución que se ordena registrar es ilegal, solicitan la aclaración al juzgado y si el juzgado insiste en la registración del documento judicial entonces recién proceden a la registración bajo responsabilidad del juzgado.

Es necesario precisar que esta teoría es bastante aplicada en la primera instancia registral.

Desde cierto punto de vista, ésta resulta ser una teoría intermedia que es posible que solucione el problema, tal como se encuentra el Derecho positivo peruano, al ser una teoría que brinda la solución en el sentido que el que insiste en la registración es el responsable por los efectos de la registración.

(39) *Ibid.* 55.

H) TEORÍA QUE NIEGA LA EXISTENCIA DEL DEBER DE OBEDIENCIA

Para la teoría que niega la existencia del deber de obediencia (40) no existe deber de obediencia del Registrador que recibe el mandato de registración, respecto del Juzgado que emite el mandato de registración.

En tal sentido, para esta teoría el Registrador puede formular observaciones y tachas sustantivas en contra de los mandatos de registración.

Es decir, para esta teoría el Registrador no solicita aclaraciones al juzgado sino que formula observaciones o tachas sustantivas.

Es necesario precisar que en todas las teorías el Registrador puede formular observaciones o tachas sustantivas.

I) TEORÍAS MIXTAS

Las teorías mixtas (41) combinan elementos de las teorías anteriores, por lo cual resulta complejo referirnos a las mismas. Sin embargo, hacemos referencia a las mismas para una mejor comprensión de las teorías sobre la obediencia debida.

Es necesario dejar constancia que no son únicas teorías sobre la obediencia debida, sino que sólo hemos citado las más conocidas por parte de los tratadistas.

Las teorías mixtas también se pueden denominar teorías intermedias porque se encuentran en el intermedio de las teorías explicadas con anterioridad, sin embargo no desarrollamos las teorías mixtas por que resulta más complejo referirnos a dichas teorías, máxime que no hemos tenido a la vista fuentes de información sobre dichas teorías.

J) CONCLUSIÓN

Habiéndonos referido a algunas teorías sobre la obediencia debida, podemos afirmar que existen muchas teorías sobre la obediencia debida que podemos aplicarlas a la calificación registral de documentos judiciales, en tal sentido resulta importante determinar que no existe una sola teoría para el cumplimiento o no de las resoluciones judiciales que disponen la registración de un documento judicial. Lo cual nos permite determinar que el legislador debe ser cuidadoso al consagrar determinada teoría al momento de legislar.

(40) *Ibid.* 35 y 36.

(41) *Ibid.*, pág. 16.

Por lo cual podemos afirmar que cuando se registran documentos judiciales, el responsable por tal decisión es el juzgado correspondiente y no el registro ni el Registrador, ya que se registran los documentos judiciales muchas veces aplicando la teoría de la obediencia ciega, supuesto en el cual es responsable el Juez por la registración de la sentencia o de la medida cautelar.

Podemos concluir que en el Estado peruano se aplica más de una teoría sobre la obediencia debida, lo cual se advierte en los documentos judiciales que han sido materia de calificación registral por parte del Registro, lo que se aprecia tanto en los documentos judiciales, que son calificados en primera instancia registral y en segunda instancia registral.

Sin embargo, el tema sólo se encuentra desarrollado en la calificación registral y no en otros registros como en el registro privado denominado matrícula de acciones cuando se registra una adjudicación judicial, un embargo, una demanda, una medida cautelar de no innovar u otra resolución judicial que disponga la registración. Es decir, el tema adquiere especial importancia no sólo en el Registro Público sino que también adquiere importancia en la calificación del registro privado como es la matrícula de acciones.

Es necesario dejar constancia que las teorías de la obediencia debida son desarrolladas tomando como referencia la orden de un superior a un inferior, por lo cual es necesario precisar que el Registrador no es inferior respecto al magistrado. Sino que el Registrador es un funcionario que actúa con autonomía conforme a la Ley 26366, que consagra la autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones como una garantía del sistema nacional de los registros públicos, garantía sin la cual no podría admitirse la existencia de un sistema registral, por que se generaría inseguridad jurídica.

Los tiempos del magistrado visitador que visitaba cada cierto tiempo el registro ya han quedado en el pasado, en tal sentido ya no se admite la figura del magistrado visitador, y aún en dicho tiempo el Registrador no debía obediencia al magistrado en lo referido a la calificación registral de documentos judiciales ni tampoco existía el problema por que en dicho tiempo el segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984 no existía.

La obediencia debida es un tema que no es sólo de aplicación al Derecho Penal sino que también es de aplicación a otras áreas del Derecho como el Derecho Registral, como anteriormente se explicó cada teoría con ejemplos sobre la calificación registral de documentos judiciales.

Para nosotros el Registrador no debe obediencia al magistrado por que el Registrador actúa como experto en materia registral al momento de calificar los documentos judiciales y los que actúan en su condición de expertos no se encuentran sometidos al deber de obediencia conforme lo precisa GUILLERMO FIERRO en su libro *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*.

Podemos concluir que en el Derecho positivo peruano no se consagra expresamente ninguna teoría sobre la obediencia, en tal sentido con la regulación actual resultan de aplicación varias teorías de la obediencia debida a la calificación registral de documentos judiciales. Con lo cual podemos afirmar que no existe un solo criterio respecto al deber de obediencia al momento de la calificación registral de documentos judiciales, sino que son de aplicación varios criterios.

Otra conclusión respecto a la obediencia debida al momento de la calificación registral de documentos judiciales es que las sentencias también son materia de calificación registral por parte de los registradores.

Otra conclusión es que no es el único supuesto de calificación de documentos judiciales por que también se califican las resoluciones judiciales cuando se ordena la registración en el Registro privado denominado matrícula de acciones, ya que en tal supuesto no debe obedecer la orden de inscripción si no se ha citado en el proceso al propietario de las acciones o no se ha citado al acreedor de un accionista cuyo derecho se encuentra garantizado con una prenda sobre acciones. Sin embargo, dejamos constancia que casi no está trabajado este tema por que casi no han existido problemas en las resoluciones judiciales registrables en la matrícula de acciones y por que las órdenes de registración son pocas respecto del registro privado denominado matrícula de acciones. Es decir, el tema de la registración en el registro privado denominado matrícula de acciones no se encuentra desarrollado en el Derecho peruano. Sin embargo las características de la calificación registral en el registro, denominado matrícula de acciones, no se encuentran reguladas en el Derecho positivo peruano. No habiendo tenido a la vista normas del Derecho extranjero en el cual se precise los alcances de la calificación en la matrícula de acciones.

Las teorías de la obediencia debida han sido desarrolladas poco por los tratadistas, lo que no permite desarrollar con mayor detalle las teorías en torno a la obediencia debida en el presente trabajo de investigación.

Dejamos constancia que se han analizado las teorías sólo en los pedidos de registraciones y no en los pedidos de publicidad formal por que en los pedidos de publicidad formal se viene aplicando casi por todos la teoría de la obediencia ciega.

XIX. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES REDUCE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Los títulos presentados al Registro se clasifican de la siguiente manera:

1. Documentos notariales.
2. Documentos administrativos.

3. Documentos judiciales, que principalmente son sentencias, embargos y demandas (42) (43) (44) (45).
4. Documentos consulares.

En tal sentido es necesario precisar que todos los títulos son sujetos a calificación registral (46), por lo cual es necesario precisar que si bien todos los documentos que solicitan su registración son sujetos a calificación registral, también es necesario precisar que los documentos judiciales son sujetos a calificación registral, pudiendo presentarse dos supuestos que son los siguientes:

1. Calificación de medidas cautelares (47).
2. Calificación de sentencias (órdenes judiciales).

Las medidas cautelares se anotan y las sentencias se inscriben en el Registro.

Por lo cual podemos afirmar que la calificación registral no es igual cuando se trata de medidas cautelares que cuando se trata de sentencias, ya que los efectos en ambos casos no son los mismos.

Además es necesario precisar que el Sistema Registral peruano como un Sistema Registral de Registro de Derechos lo que busca, a través de las inscripciones, es determinar a bajos costos quién es el verdadero propietario y no quiénes son los posibles propietarios, por lo cual es necesario precisar que la calificación registral en los Sistemas Registrales de Registro de

(42) Las medidas cautelares de no innovar judiciales denominadas por algunos abogados como bloqueos judiciales son poco frecuentes en el Registro. Sin embargo, ya se ha determinado que en la actualidad son registrables (anteriormente dichas medidas cautelares no se registraban conforme se advierte de las ejecutorias registrables correspondientes), y teniendo en cuenta que no son sentencias se anotan en el Registro. Dejando constancia que las medidas cautelares de no innovar se anotan en el Registro no sólo de predios sino también en el Registro de Propiedad Vehicular y Registro de Sociedades, entre otros registros de bienes. Es decir, las medidas cautelares de no innovar se anotan también en el Registro privado denominado Matrícula de Acciones.

(43) Las medidas cautelares de no innovar son las medidas cautelares más difíciles de dictar por parte de los Juzgados correspondientes.

(44) El artículo 687 del Código Procesal Civil peruano de 1993 establece que ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de Derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional, por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.

(45) No se ha tenido a la vista ejecutorias registrables sobre medidas cautelares de no innovar en las cuales se disponga la anotación de dichas medidas cautelares.

(46) El Reglamento General de los Registros Públicos de 2001 detalla con mayor amplitud los alcances de la calificación registral.

(47) Las medidas cautelares generalmente son embargos y demandas.

Derechos reduce los costos de transacción (48), ya que gracias a la misma podemos determinar con exactitud quiénes son los propietarios de los bienes registrados, lo que no ocurre en los Sistemas Registrales de Registro de Documentos.

En tal sentido, el Reglamento General de los Registros Públicos de 2001 (49) regula específicamente la calificación registral de documentos judiciales, al igual que la regula el Código Civil peruano de 1984, y la Directiva número 002-2000-SUNARP-SN, publicada el 31-5-2000, sin embargo, es claro que la calificación registral de documentos judiciales se encuentra mejor regulada en el Reglamento General de los Registros Públicos de 2001 y en la Directiva mencionada. Dejando constancia que el Código Civil peruano de 1984 regula en el artículo 2.011 la posibilidad que el Registrador solicite aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables al Juzgado correspondiente.

Por lo cual es necesario dejar claramente establecido que la entidad especializada en calificación de documentos judiciales y en disponer registraciones es el Sistema Nacional de los Registros que en no todos los casos dispone inscripciones ya que, como sabemos, la calificación registral puede ser positiva y negativa, y concretamente puede tener los siguientes resultados:

1. Registración (50).
2. Liquidación.
3. Observación.
4. Tacha (51).
5. Solicitud de aclaración o solicitud de información complementaria.

(48) Para SANTOS PASTOR se entiende por costos de transacción los que origina la identificación, reunión, negociación y el efectivo cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes, y para POLINSKY los costos de transacción incluyen los costos de identificación de las partes con las que uno va a tratar, los costos que implica reunirse con dichas partes, los del proceso de negociación y los costos de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue. Es decir, los costos de identificación forman parte de los costos de transacción.

(49) El anterior Reglamento General de los Registros Públicos no regulaba la calificación registral de documentos judiciales.

(50) Las especies de la registración son la inscripción y las anotaciones preventivas.

(51) La tacha registral es de dos clases: tacha sustantiva y tacha procesal. La tacha sustantiva es cuando el título no puede registrarse, por ejemplo, no puede registrarse cuando se trata de un título que contiene una transferencia de acciones o embargo de acciones o una prenda con desplazamiento. La tacha procesal es cuando vence el plazo de vigencia de presentación y el título no se ha inscrito. Por lo que en este caso nos referimos a la tacha sustantiva.

Es decir, que en el Sistema Registral peruano y en todos los otros Sistemas Registrales de Registro de Derechos (52), la calificación registral no siempre es positiva, es decir, en los Sistemas Registrales de Registro de Derechos los títulos no siempre se registran.

Sin embargo, es necesario precisar que la función del Sistema Nacional de los Registros Públicos es disponer inscripciones y anotaciones preventivas además de la publicidad formal (53) correspondiente.

En el caso que las órdenes judiciales se registrasen sin calificación registral con las registraciones no se podría determinar con exactitud quiénes son los propietarios de los predios registrados, lo que haría que aumenten los procesos judiciales (ya que en algunos casos se necesitarían procesos judiciales para determinar quién es el propietario) (54), lo que traería como consecuencia que los costos de transacción se eleven.

En tal sentido, cuando se inscribe una adjudicación judicial (55) (56) (57) (58), lo que ha ocurrido es que si bien dicha inscripción puede ser

(52) Existen diversas clasificaciones de los sistemas registrales, por lo cual podemos precisar que los sistemas registrales se clasifican en sistemas registrales de registro de derechos y sistemas registrales de registro de documentos. En los sistemas registrales de registro de derechos, el registro determina quién es el propietario, mientras que en los sistemas registrales de registro de documentos el registro determina quiénes son los posibles propietarios. El sistema registral peruano es un sistema registral de registro de derechos, por lo que la calificación registral en dicho sistema registral es una calificación registral de mayor amplitud, lo cual se aprecia con mayor claridad en el Reglamento General de los Registros Públicos de 2001.

(53) La publicidad registral puede ser publicidad formal y publicidad material.

(54) En este caso nos referimos a los bienes inscritos no sólo en el Registro de Predios, sino también en el Registro de Propiedad Vehicular (donde se inscriben los vehículos), en el Registro de Sociedades (donde se inscriben las participaciones sociales), y en todos los demás registros de bienes. En este caso no nos referimos al Registro privado denominado Matrícula de Acciones.

(55) Se inscriben las adjudicaciones judiciales cuando la calificación registral es positiva, y teniendo en cuenta que la calificación registral en adjudicaciones judiciales también puede ser negativa, no todas las adjudicaciones judiciales se inscriben.

(56) Cuando se registra la adjudicación judicial trae como consecuencia la traslación de dominio un predio en el Registro de Predios, de un vehículo en el Registro de Propiedad Vehicular, o de unas participaciones en los Registros de Bienes correspondientes, entre otros supuestos de inscripciones. Es decir, la adjudicación judicial no sólo puede ser de predios, sino también de otros bienes que incluso pueden ser bienes no registrables como escritorios o estantes entre otros bienes.

(57) Las adjudicaciones judiciales también pueden ser respecto de acciones de sociedades que tengan su capital dividido en acciones como son, entre otros casos, las Sociedades Anónimas, en cuyo caso no son materia de calificación registral, por que las acciones no se inscriben en los Registros de Bienes del Sistema Nacional de los Registros Públicos, sino en el registro privado, que es el Libro Matrícula de acciones que llevan dichas sociedades.

(58) No todas las adjudicaciones judiciales se registran, por lo cual es necesario precisar que pueden ser materia de observación las adjudicaciones judiciales cuando exis-

cuestionada judicialmente (cuando la calificación registral no ha sido adecuada y cuando ha existido insistencia judicial en la inscripción), es necesario dejar constancia que la calificación registral trae como consecuencia que los costos de información se reduzcan, por que es más fácil y económico determinar quién es el propietario. Y teniendo en cuenta que los costos de información forman parte de los costos de transacción (59), es que la calificación registral de documentos judiciales reduce los costos de transacción.

Cuando se inscribe una sentencia que declara la nulidad (60) (61) de un contrato (62) de compra-venta es necesario dejar constancia que lo que importa para el Registro es que se remitan las copias certificadas correspondientes y el oficio del Juzgado, y que se haya citado a los contratantes para que puedan haber hecho uso del derecho de defensa en el proceso judicial del cual provengan las copias certificadas correspondientes, ya que el Registrador lo que verifica es que se haya citado a los contratantes.

La calificación registral de documentos judiciales reduce los costos de transacción por que cuando existe calificación registral es más fácil determinar con quién corresponde celebrar el correspondiente contrato (63) o firmar

te discrepancia en cuanto a los propietarios y en cuanto al área y linderos o fábrica, y en tales supuestos corresponde formular la correspondiente observación o solicitar la aclaración correspondiente al Juzgado, conforme al segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984.

(59) Es decir, que cuando posteriormente a la registración de una decisión judicial, se desea contratar, se reduce los costos de transacción cuando la calificación registral ha estado correctamente efectuada. Por ejemplo, cuando se inscribe una traslación de dominio por adjudicación judicial, si la calificación registral ha estado correctamente efectuada se reduce los costos de transacción cuando respecto del bien se celebra un contrato de compra-venta, arrendamiento, fideicomiso u otro contrato en el cual interese entre otros aspectos identificar al propietario y no a los posibles propietarios.

(60) Para demandar la nulidad de un contrato es necesario tener en cuenta las causales establecidas en el artículo 219 del Código Civil peruano de 1984.

(61) Los procesos se clasifican en procesos declarativos, procesos de ejecución y procesos cautelares. Dejando constancia que los procesos de nulidad de actos jurídicos y de nulidad de contratos son procesos declarativos.

(62) No todas las sentencias de nulidad de contrato se registran, por lo cual es necesario precisar que pueden ser materia de observación las sentencias que declaran la nulidad de un contrato cuando no se haya citado a los contratantes y en tal supuesto corresponde formular la correspondiente observación o solicitar la aclaración correspondiente al Juzgado conforme al segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984. Por ejemplo, no es inscribible en Registros Públicos la sentencia que declara la nulidad de un contrato de transferencia de acciones, en cuyo caso corresponde formular la correspondiente tacha sustantiva.

(63) Los contratos nominados regulados en la Sección Segunda del Libro VII titulado Fuentes de las Obligaciones, del Código Civil peruano de 1984, son los siguientes: compra-venta, permuta, suministro, donación, mutuo, arrendamiento, hospedaje, comodato, prestación de servicios, fianza, renta vitalicia y juego y apuesta. Además de estos con-

el documento correspondiente por el cual se constituya el derecho real (64) correspondiente o la garantía correspondiente.

Dejando constancia que la calificación registral reduce los costos de transacción no sólo en los casos de documentos judiciales sino también en otras clases de documentos (65) como en el caso de documentos notariales y documentos administrativos, como puede ser en el caso de compra ventas a través de escrituras públicas, caso en el cual se presentan los partes notariales de la correspondiente escritura pública al Registro Público correspondiente, lo mismo ocurre cuando se trata de compra ventas de participaciones de sociedades.

XX. NORMAS PERUANAS QUE REGULAN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Las normas principales que regulan la calificación registral de documentos judiciales en el Estado peruano son las siguientes:

A) CÓDIGO CIVIL PERUANO

En el Estado peruano han regido tres Códigos Civiles, estando vigente en la actualidad el de 1984, por lo cual estudiaremos los mismos en lo referido al tópico estudiado.

1. *Código Civil peruano de 1852*

El Código Civil peruano de 1852 no regulaba la calificación registral de documentos judiciales.

tratos existen otros contratos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes: contrato de cuenta corriente, factoring, fideicomiso, leasing, franquicia, Know How y Joint Venture, entre otros contratos.

(64) Los derechos reales regulados en el Código Civil peruano de 1984 son los siguientes: derechos reales principales que son: la posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, superficie y servidumbres; y derechos reales de garantía que son: prenda, anticresis, hipoteca y derecho de retención. Es decir, los derechos reales se clasifican en derechos reales principales y derechos reales accesorios o derechos reales de garantía.

(65) La calificación registral se fundamenta también en el análisis económico del derecho, porque económicamente podemos demostrar que la calificación registral y la calificación registral de documentos judiciales reducen los costos de transacción. Para el registro es más fácil ejercer la función calificadora cuando se someten a calificación registral los documentos judiciales.

2. *Código Civil peruano de 1936*

El Código Civil peruano de 1936 no regulaba la calificación registral de documentos judiciales.

3. *Código Civil peruano de 1984*

El texto original del Código Civil peruano de 1984 no regulaba expresamente la calificación registral de documentos judiciales, estando regulado si en el segundo párrafo del artículo 2.011 de dicho Código, por una modificatoria introducida por el Código Procesal Civil peruano de 1993.

B) OTRAS NORMAS QUE REGULAN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Las otras normas que regulan la calificación registral de documentos judiciales en el Estado peruano son el Reglamento del Registro de Pesquería, la Directiva número 002-2000-SUNARP-SN, publicada el 31-5-2000, el Reglamento General de los Registros Públicos, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, la Directiva número 010/88-ONARP-JEF-DGNR y la Directiva 010/87-ONARP-JEF.

XXI. ACTA DE GUAYAQUIL

En el Acta de Guayaquil del XV Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral existe una recomendación para que en los Estados en los cuales no se regula la calificación registral de documentos judiciales, se regule dicho tópico.

Sin embargo, en la actualidad no todos los Estados cuentan con un procedimiento para la calificación registral de documentos judiciales.

XXII. ASPECTOS PENALES

A) DELITOS QUE PUEDEN COMETER LOS REGISTRADORES CUANDO CALIFICAN DOCUMENTOS JUDICIALES

El delito que pueden cometer los registradores cuando califican documentos judiciales son el delito de violencia y resistencia a la autoridad.

Sin embargo, es necesario precisar que en el caso peruano los registradores públicos no pueden cometer este delito debido a que en el Código Penal peruano de 1991 se prevee y sanciona este delito como delito cometido por particulares, y los registradores públicos, cuando observan o solicitan aclaraciones, no actúan como particulares sino como funcionarios públicos.

Quizá al momento de legislar no se tuvo el debido cuidado, pero en todo caso es como se encuentra previsto y sancionado el delito en mención, por lo cual en el Derecho peruano los funcionarios públicos no pueden cometer el delito de violencia o resistencia a la autoridad, sino sólo los particulares.

B) DELITOS QUE PUEDEN COMETER LOS MAGISTRADOS CUANDO ORDENAN INSCRIPCIONES

Los delitos que pueden cometer los magistrados cuando ordenan inscripciones es el delito de prevaricato, abuso de autoridad y usurpación de funciones.

El delito de prevaricato se configura en este caso cuando los magistrados expiden un pronunciamiento en contra del texto claro y expreso de la ley, por ejemplo, cuando el mandato de inscripción es una orden de inscripción de una sentencia de prescripción adquisitiva de dominio de territorios de comunidades campesinas, porque conforme a la Constitución Política peruana los territorios de las comunidades campesinas son imprescriptibles. En este caso el perjudicado es el titular registral.

El delito de abuso de autoridad lo cometen los magistrados cuando en su calidad de funcionarios públicos se exceden en sus atribuciones en perjuicio de un tercero que en este caso sería el tercero registral, por ejemplo, cuando se dispone judicialmente la cancelación de un asiento de inscripción cuando no se ha citado al titular registral, ya que si se inscribe sentencia en contra del titular registral se lo debe haber citado en el proceso del cual provenga la orden judicial.

Otro supuesto de delito de abuso de autoridad es cuando a un acreedor hipotecario, que tiene asegurado su derecho con una hipoteca inscrita en segundo orden, se le pretende conceder derechos por encima de otra hipoteca que se encuentra inscrita como primera hipoteca.

Otro supuesto es el caso de la orden de inscripción de una adjudicación judicial, sin haber citado al titular registral, es decir, en los procesos de los cuales provengan órdenes de inscripción de adjudicaciones judiciales debe citarse necesariamente al titular registral.

Otro supuesto sería el caso de cuando se ordena inscribir la sucesión intestada de una persona que ya se inscribió la sucesión intestada.

Otro supuesto es cuando se dispone inmatricular un terreno que ya se encuentra inmatriculado.

Otro supuesto es cuando se dispone inmatricular un terreno que ya se encuentra inmatriculado en parte, por ejemplo, se dispone inmatricular un terreno de 100 metros cuadrados pero de esos 100 metros cuadrados ya corren inmatriculados 50 metros cuadrados.

Otro supuesto es cuando se dispone inmatricular un terreno sin los requisitos de ley.

Otro supuesto es cuando, sin precisarlo en forma expresa, se dispone duplicar la partida registral.

Otro supuesto es cuando se ordena una inscripción o anotación sin los requisitos de ley, por ejemplo, sin cursar el correspondiente oficio.

Todos los supuestos mencionados anteriormente son tenidos en cuenta cuando se reitera la orden de inscripción o de anotación. Porque frente a una orden de registración puede solicitarse la correspondiente aclaración al amparo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984.

El Código Penal peruano de 1991 prevee y sanciona el delito de usurpación de funciones en su artículo 361.

En el Derecho positivo peruano quien decide registraciones son los registradores públicos, y quien decide las sentencias son los magistrados, sin embargo, en algunas oportunidades los magistrados deciden registraciones, lo que no es acorde al Derecho positivo peruano.

La calificación registral de documentos judiciales se encuentra regulada en el Derecho positivo peruano por diferentes normas, sin embargo, ocurre que algunas veces los magistrados intimidan a los registradores vía apercibimientos o requerimientos para que los registradores procedan a extender algunas registraciones que conforme a ley no proceden. Es necesario dejar constancia que son pocos los supuestos en los cuales se ha apercibido a los miembros del Tribunal Registral.

Por lo cual debemos precisar que la división del trabajo establece que cada uno debe obrar dentro de sus funciones, sin embargo, el problema se agrava cuando intervienen los fiscales y éstos formulan denuncias en contra de los registradores públicos por el delito de violencia y resistencia a la autoridad.

Es importante dejar establecido que los registradores no expiden sentencias, al igual que los magistrados no deben disponer registraciones, por lo cual cada quien debe obrar dentro de sus funciones.

Cuando un magistrado ordena una registración que puede consistir en una inscripción o en una anotación, se extralimita en sus funciones, por que según el Derecho positivo peruano los magistrados no ordenan ni deciden registraciones, sino que en el Derecho positivo peruano las registraciones las deciden los registradores públicos y los vocales registrales.

En tal sentido podemos afirmar que cuando un magistrado decide registrar comete delito de usurpación de funciones y el problema se agrava para el Registrador por que en la práctica es más fácil que los fiscales formulen denuncia en contra de un Registrador que en contra de un magistrado. Es decir, el problema se agrava por que en la práctica es difícil que se procese a los magistrados.

Para mayor detalle es necesario dejar constancia que los magistrados no sólo no tienen facultad para ordenar registraciones sino que tampoco pueden expedir licencias de obra, por que existen funcionarios competentes para dichos trámites.

Otro ejemplo es el caso de las licencias de funcionamiento y del Ruc, que no pueden ser expedidos por los magistrados, sino que existen funcionarios públicos especializados en dichas funciones y cuando un magistrado inscribe en el Ruc o cuando expide una licencia de funcionamiento comete delito de usurpación de funciones.

Lo mismo ocurre respecto a la expedición de libretas electorales, ya que los magistrados no pueden decidir si se expide o no una libreta electoral, por que existen funcionarios especializados que son los que deciden cuando corresponde expedir una libreta electoral y si un magistrado expide una libreta electoral comete delito de usurpación de funciones.

Otro ejemplo es el caso de las autorizaciones para la constitución de instituciones financieras, ya que los magistrados no pueden decidir si se expide o no una autorización para la constitución de una institución financiera, por que existen funcionarios especializados de la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros que son los que deciden cuándo corresponde expedir una autorización para la constitución de una institución financiera, y si un magistrado autoriza la constitución de una institución financiera comete delito de usurpación de funciones.

Otro ejemplo es el caso de la expedición de títulos profesionales y grados académicos, ya que los magistrados no pueden decidir si se expide el título profesional o el grado académico, por que existen funcionarios especializados en las universidades que son los que deciden cuándo corresponde expedir un título profesional o un grado académico, y si un magistrado expide un título profesional o un grado académico comete delito de usurpación de funciones.

Es decir, cuando los magistrados se extralimitan en sus funciones existen algunos supuestos en que las funciones que ejercen los magistrados corresponden a otros funcionarios públicos, supuesto en el cual se configura el delito de usurpación de funciones.

El delito de usurpación de funciones ha sido trabajado poco por los tratadistas, por lo cual es difícil estudiar el delito de usurpación de funciones. Para algunos autores este delito se denomina usurpación de autoridad. Para otros tratadistas se denomina a este delito como ejercicio de funciones y/o

atribuciones ajenas y también como ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo.

Es necesario precisar que los magistrados ni siquiera deciden registraciones en los procesos de impugnación de acto o resolución administrativa, ya que cuando se obtiene sentencia consentida o ejecutoriada favorable en dicho proceso el juzgado no dispone inscripciones sino que el expediente es devuelto a registros públicos para que nuevamente sea calificado, es decir, para que se emita nueva calificación registral.

Por lo cual es necesario precisar que los magistrados no deciden registraciones en el Derecho positivo peruano vigente.

Sin embargo, los magistrados muchas veces ordenan registraciones y no son procesados por parte de los fiscales, ya que no son denunciados por parte de los registradores, por falta de tiempo y por que en la práctica resulta más difícil procesar a un magistrado que procesar a un registrador público.

Es necesario precisar que los magistrados en muchas oportunidades ordenan registraciones, pero el problema sólo se agrava cuando las registraciones no proceden por estar en contra del Derecho positivo peruano. Es decir, que no existe mayor problema en la práctica cuando se ordena una registración que sí procede conforme al Derecho positivo peruano, al margen que se configure el delito de usurpación de funciones.

Para algunos tratadistas los registradores son los únicos que ordenan registraciones, por lo cual es necesario precisar que los magistrados no tienen facultades para ordenar registraciones.

Igualmente los funcionarios municipales son los únicos que expiden licencias de obra, y no puede existir mandato judicial por el cual se conceda una licencia de obra.

La división del trabajo establece que cada autoridad tiene sus propias competencias y atribuciones, lo cual trae como consecuencia la división del trabajo y la división de los poderes del Estado.

Es decir, que el Registrador tiene sus propias funciones entre las cuales se encuentran las de disponer o decidir registraciones, y ninguna otra autoridad puede decidir registraciones. Salvo el caso del Tribunal Registral que decide registraciones en segunda instancia registral. Es decir, el Registrador y el Tribunal Registral son los únicos que deciden registraciones.

Los Registradores son los únicos que al igual que los vocales del Tribunal Registral pueden decidir registraciones, lo cual se sustenta en que dichos funcionarios públicos son los expertos en decidir registraciones, y toda materia especializada es encargada para que sea decidida por los expertos en dicha materia, por ejemplo, las denuncias son encargadas a los fiscales por que los fiscales son los expertos en decidir denuncias penales.

Es necesario precisar que para algunos fiscales al recibir una orden judicial de denuncia en contra de un Registrador por parte de un magistrado, los

fiscales no tenían otra opción que denunciar al registrador público, es decir, en la práctica los registradores se encuentran en desventaja cuando el problema se traslada a un escenario penal. Ya que muchos fiscales se encuentran convencidos que ante la orden de denuncia penal de los magistrados en contra de los registradores, los fiscales creen que les deben obediencia a los magistrados en materia de su competencia. Con lo cual no estamos de acuerdo. Ya que en materia de su competencia cada quien debe obrar de acuerdo a las normas que reglamentan sus atribuciones, por ser independientes o autónomos según sea el caso. Es decir, somos del criterio que los fiscales no deben obediencia a los magistrados en materia de su competencia. En tal sentido, quien decide a quién se denuncia y a quién no se denuncia no son los magistrados sino que son los fiscales los cuales deben cumplir sus funciones con autonomía. Por lo cual podemos afirmar que cuando un magistrado denuncia a un registrador público no siempre corresponde que los fiscales formalicen denuncia en contra de los registradores públicos.

Es necesario precisar que igualmente los registradores cometen delito cuando expiden sentencias o deciden procesos judiciales como si fuesen magistrados.

También es necesario precisar que no existe norma en el Derecho positivo peruano que faculte a los magistrados a decidir registraciones en el Estado peruano, por lo que carece de sustento que un magistrado decida registraciones en el Estado peruano.

Esto ocurre en casi todos los Estados, es decir, en casi todos los Estados los magistrados no tienen facultades para decidir registraciones, por que no existe una norma del Derecho positivo que así lo faculte de manera expresa.

Es necesario precisar que si bien todas las autoridades deben obediencia a los magistrados conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (salvo los expertos, y entre ellos los registradores por ser expertos en materia registral), debemos precisar que todas las autoridades deben respetar las funciones de otras autoridades, por que podría generarse inseguridad jurídica cuando otras autoridades deciden y no las autoridades establecidas por ley.

También es necesario precisar que cuando los magistrados expiden sentencias no deben ordenar registraciones, por que como se precisó anteriormente, los magistrados no tienen facultades para disponer registraciones. Es conveniente aclarar que cuando un magistrado declara fundada una demanda de título supletorio no debe ordenar la registración por que en tal supuesto comete delito de usurpación de funciones, sino debe declarar que lo actuado constituye título supletorio.

Resulta conveniente precisar que en la práctica muchas veces los magistrados son inducidos a error por parte de los litigantes, por que son ellos los que solicitan que se aperciba de ser denunciados por el delito de violencia o resistencia a la autoridad a los registradores públicos.

Resulta necesario precisar que no hemos tenido a la vista ejecutorias sobre denuncias efectuadas por registradores en contra de magistrados por el delito de usurpación de funciones, lo que dificulta el estudio del tema materia de análisis.

Es decir, el delito materia de análisis en el caso de los magistrados (usurpación de funciones) ha sido desarrollado poco por los tratadistas y no ha sido desarrollado por las ejecutorias, lo cual dificulta el estudio del tópico materia de análisis.

Conviene precisar que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial resulta de difícil aplicación por que casi todas las autoridades son expertas en su especialidad.

Sin embargo, conviene aclarar que lo que ocurre con las registraciones es que éstas deben ser el resultado de lo que conocemos como calificación registral positiva y no el resultado de apercibimientos en contra de los registradores públicos.

Lo delicado de las registraciones está en los efectos de las mismas, por que las registraciones producen efectos para las partes interesadas, los cuales son de especial cuidado al momento de extender registraciones, que pueden consistir en inscripciones o en anotaciones preventivas.

Un efecto de una inscripción puede ser de privar del derecho de propiedad a un propietario de un terreno registrado, por ejemplo, cuando se cancela el asiento a favor del antiguo propietario, a consecuencia de una sentencia de prescripción adquisitiva de dominio.

Cuando una resolución se encuentra fuera del ordenamiento procesal se la declara nula dentro del mismo procedimiento, pero cuando una registración ha sido extendida fuera del ordenamiento jurídico no se la puede declarar nula a través de un auto sino que se requiere iniciar otro proceso judicial en el cual se declare nula la registración a través de una sentencia. En tal sentido para extender una registración se requiere especial cuidado, el cual tienen los registradores al momento de extender registraciones por tener el carácter de expertos en extender registraciones.

El artículo 952 del Código Civil peruano de 1984 induce a error cuando establece que la sentencia es título suficiente para la cancelación del asiento a favor del anterior propietario, por que pareciera que los magistrados podrían ordenar cancelaciones de asientos de registración, sin embargo, esto no es así, ya que los registradores son los únicos que deciden registraciones y cancelaciones de asientos de registración.

Para muchos registradores la solución es trasladar la responsabilidad al Juez por la registración, ya que en caso contrario se le procesa al Registrador por el delito de violencia y resistencia a la autoridad. Es decir, normalmente la responsabilidad por las registraciones recae sobre los registradores públicos y sobre el Tribunal Registral, pero en estos supuestos la responsabilidad se

trasladaría a los magistrados que ordenan la registración. Pero esta alternativa tiene como consecuencia que el Registro se aleja de sus funciones consistentes en otorgar seguridad jurídica y conviene no tomar en cuenta esta posición por que se encuentra en contra de la seguridad jurídica del Estado peruano, ya que la función del registro es otorgar seguridad jurídica. Es decir, aún en el caso que la responsabilidad se traslade al magistrado que ordena la registración ilegal o inconstitucional el problema se agrava por que se atenta contra la seguridad jurídica del Estado peruano.

La clave del asunto es comprender que no deben existir registraciones forzadas, provengan de donde provengan, sino que las inscripciones deben ser el producto de lo que se denomina calificación registral positiva. Porque, en caso contrario, el registro no cumpliría su función, que consiste en proteger a los titulares registrales y a los terceros registrales. Es decir, el registro debe cumplir su función logrando que las registraciones no sean forzadas por haberse utilizado apercibimientos en contra de los registradores o en contra del Tribunal Registral.

Un supuesto de registración ilegal es cuando se registra sin consignar estado civil del titular registral, supuesto frecuente cuando se trata de mandatos judiciales de adjudicación judicial. Es decir, dichas inscripciones deben practicarse consignando el nombre del cónyuge cuando se trata de bienes sociales, pero en la práctica muchas veces se ordena la inscripción sin indicar el estado civil o el nombre del cónyuge del adjudicatario. Desde un punto de vista procesal no existe mayor problema por que la adjudicación ya fue realizada, pero registralmente sí existe el problema por que no se puede extender registraciones sin precisar el estado civil del adjudicatario o sin precisar el nombre del cónyuge del adjudicatario cuando este último es casado.

Es decir, los problemas que se generan en el proceso no son los mismos que se generan en registros públicos. Por lo cual debemos precisar que no deben practicarse registraciones sin lo que se denomina calificación registral positiva, por que en tal caso se atenta contra la seguridad jurídica del Estado peruano.

Es necesario precisar que es necesario modificar el Código Procesal Civil peruano de 1993 para que los requisitos exigidos en registros públicos sean exigidos también por los magistrados al momento de expedir sus resoluciones.

Es decir, es conveniente comprender que si todos se dedican a decidir registraciones, entonces se desnaturaliza la función del registro que tiene el monopolio de la calificación registral y el monopolio de decidir registraciones. En tal sentido, si existe un monopolio de administrar justicia, también existe otro monopolio para decidir registraciones. Por lo cual, además de los registradores públicos y el Tribunal Registral, ninguna otra autoridad puede decidir registraciones en el Estado peruano.

Imaginémonos qué sucedería si otras autoridades, además de los registradores y el Tribunal Registral, decidirían registraciones, se generaría un caos por que muchos usuarios del registro tendrían un camino para burlar la calificación registral.

Es necesario dejar constancia que los más capacitados y experimentados en decidir registraciones son los registradores y el Tribunal Registral, por lo cual, es necesario precisar que en tal sentido son los únicos funcionarios que deciden registraciones en el Estado peruano.

Los Estados se organizan a través de monopolios, es decir, se asignan determinadas funciones con carácter de excluyentes para otras autoridades, en tal sentido, ninguna otra autoridad puede ejercer dichas funciones, sino sólo dichas autoridades o dicha autoridad, por ejemplo, la única autoridad que reconoce comunidades campesinas es el Ministerio de Agricultura. En tal sentido, ninguna otra autoridad puede reconocer comunidades campesinas y si alguna otra autoridad reconoce comunidades campesinas comete delito de usurpación de funciones.

Los registros son encargados a los registradores y al Tribunal Registral para que éstos decidan las registraciones que sean convenientes, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establece la ley y los reglamentos registrales.

En caso de admitir que los magistrados puedan decidir registraciones, existiría un problema por que los magistrados no conocen los reglamentos registrales, que son normas especiales que establecen requisitos necesarios para acceder al registro.

Es decir, en caso de admitir que otra autoridad decida registraciones, se podría generar un caos por que podrían existir de esta manera partidas registrales problema.

Lo conveniente es que siempre las materias especializadas sean encargadas a funcionarios especializados, lo cual es conveniente para que cumplan los requisitos establecidos en las leyes y en los reglamentos.

En caso de admitirse que otras autoridades decidan registraciones podrían generarse inconvenientes por que se podrían extender registraciones sin los requisitos que establece la ley y los reglamentos registrales.

En el Estado peruano el problema se agrava por que son pocos los abogados que conocen la materia registral, es decir, son pocos abogados los que conocen los requisitos para acceder al registro.

Es necesario precisar que en los cursos de especialización dictados en el Estado peruano no se incluye la calificación registral de documentos judiciales como tema, lo cual trae como consecuencia que sean pocos abogados los que conozcan el problema de la calificación registral de documentos judiciales.

En caso de admitir que los magistrados ordenen registraciones, se generaría otro problema consistente en que los magistrados deberían ampliar sus

conocimientos que, por lo general, sólo se adquieren en la práctica. Al igual que existen conocimientos para expedir sentencias que por lo general sólo se adquieren en la práctica.

Es necesario precisar que el delito de usurpación de funciones en el tópico de la calificación registral de documentos judiciales no se encuentra desarrollado por parte de los tratadistas, lo cual dificulta su estudio y análisis, sin embargo, es necesario precisar que los estudios sobre dicho tema inciden en los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y violencia y resistencia a la autoridad. Es decir, los estudios sobre los delitos en la calificación de documentos judiciales no desarrollan el delito de usurpación de funciones.

Revisados los anteriores trabajos sobre la calificación de documentos judiciales podemos concluir que no se ha trabajado este tópico o este delito de la parte penal del tópico la calificación registral de documentos judiciales. En tal sentido es necesario que los posteriores estudios profundicen los comentarios y análisis de este delito por que estudiando este delito es como mejor se comprende la importancia de separar las dos funciones relacionadas al tópico materia de estudio, funciones que son la función judicial y la función registral.

Para algunos registradores el problema se soluciona comprendiendo que los magistrados concluyen su trabajo con la expedición de la sentencia y al momento de cursar el oficio al registro, por lo cual no existiría posibilidad de aperebir a los registradores y no existiría posibilidad de procesar a los registradores. Sin embargo, es necesario precisar que no en todos los supuestos los magistrados denuncian a los registradores, sino que en algunos supuestos los registradores son denunciados por las partes litigantes, en tal sentido es necesario comprender que no es necesario que los magistrados denuncien a los registradores para que estos últimos sean procesados por parte de los jueces penales.

El problema se agrava por que como lo precisó MÁXIMO ACOSTA SIHUAS, en el Estado peruano muchas veces se apertura instrucción cuando corresponde archivar, lo cual recién se hace cuando acaba el proceso penal.

No obstante lo expuesto anteriormente es necesario que los estudios posteriores sobre este tópico sean realizados tomando en cuenta la realidad nacional en el tópico la calificación registral de documentos judiciales.

Es necesario precisar que siempre es bueno recurrir a la doctrina extranjera, sin embargo, en este tópico no existen muchos trabajos sobre la calificación registral de documentos judiciales en el ámbito penal.

Es necesario precisar que el esquema para muchos magistrados es de enfrentamiento entre magistrados y registradores, sin embargo es necesario precisar que el esquema que corresponde tener en cuenta es el de colaboración entre dos autoridades que tienen poder de decisión, y ante la orden judicial ilegal o inconstitucional el registro no hace otra cosa que resguardar

la seguridad jurídica del Estado peruano. Es decir, no es que el registro se resista a cumplir una orden judicial, sino que es su misión hacerlo, cuando no existen los requisitos necesarios para las registraciones.

En tal sentido podemos afirmar que el trabajo de los registradores es controlar el acceso al registro, aún en el caso de órdenes judiciales, por que así lo establece el Derecho positivo peruano. Y podemos afirmar que las únicas personas que controlan el acceso al registro son los registradores y el Tribunal Registral.

Es necesario precisar que las ejecutorias registrales se encuentran más trabajadas que las normas registrales sobre la calificación registral de documentos judiciales, pero dichas ejecutorias registrales se encuentran dispersas, lo cual dificulta su estudio por parte de los tratadistas.

Es necesario precisar que en la doctrina nacional sobre la calificación registral de documentos judiciales no encontramos ningún libro que desarrolle sólo el tópico de la calificación registral de documentos judiciales. Los trabajos existentes en la doctrina nacional son trabajos breves sobre parte del tópico de calificación registral de documentos judiciales, los cuales por lo general se encuentran contenidos en libros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y en la Revista Ofired de la entonces Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari.

Dentro de los alcances del presente trabajo, se ha analizado de la manera más apropiada la calificación registral de documentos judiciales en la parte penal, sobre todo en lo que se refiere al delito de usurpación de funciones.

Es necesario precisar que cuando un Registrador registra un mandato judicial de registración ilegal o inconstitucional puede ser procesado por abuso de autoridad, pudiendo en tal supuesto centrar su defensa en la obediencia debida que alegue que le debe el Registrador al magistrado. Sin embargo, es necesario precisar que los registradores no le deben obediencia a los magistrados por que los registradores actúan en su condición de expertos en materia registral y los expertos no deben obediencia a otras autoridades.

Para poder comprender la importancia de la calificación registral de documentos judiciales es necesario tener en cuenta las teorías sobre la obediencia debida.

C) PROPUESTA

Luego de haber analizado los delitos que pueden cometer los registradores públicos y los Magistrados cuando se trata de calificación registral de documentos judiciales, proponemos que cuando exista negativa a inscribir documentos judiciales se opte por la apelación para que el Tribunal Registral se pronuncie y de esta manera un tercero disponga lo conveniente,

logrando de esta manera que no se piense que la negativa a inscribir el documento judicial es injustificada y que no tiene fundamento. Dejando constancia que el procedimiento registral tiene dos instancias a las cuales se denomina instancias registrales.

Dejando constancia que a criterio del suscrito es necesaria una modificación legislativa para que las denuncias penales en contra de los registradores públicos por calificar documentos judiciales sólo puedan proceder cuando se han agotado las instancias registrales. En tal sentido los fiscales no podrán formular denuncias en contra de los registradores públicos cuando en la calificación de un documento judicial no ha existido pronunciamiento por parte del Tribunal Registral, igualmente para que los Magistrados no puedan aperturar instrucción en contra de los registradores públicos cuando en la calificación de un documento judicial no ha existido pronunciamiento por parte del Tribunal Registral. Incluso sería conveniente una norma adicional en el sentido que corresponde declarar nulo todo lo actuado cuando se atenta contra dichas disposiciones.

Resulta importante precisar que igual trámite consideramos debe ocurrir cuando se ha solicitado aclaraciones al Juzgado por parte del Registrador Público. Sin embargo, es necesario precisar que a nuestro criterio resulta discutible apelar del contenido de un oficio, por lo que es un caso bastante interesante cuando se ha solicitado aclaraciones al amparo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984, y el interesado desea apelar ante el Tribunal Registral.

XXIII. CRITERIOS EN TORNO A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Respecto a la calificación registral de documentos judiciales existen diferentes posiciones que son las siguientes:

1. Criterio a favor de la calificación registral de documentos judiciales.
2. Criterio en contra de la calificación registral de documentos judiciales.
3. Criterio intermedio. Para algunos tratadistas esta posición es desacertada, ya que no fija un criterio determinado sino que el criterio varía de acuerdo a cada supuesto planteado o de acuerdo a cada título que se presenta al Registro solicitando su registración.

XXIV. CRITERIO A FAVOR DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Los juristas y tratadistas que sostienen esta posición se fundamentan en lo siguiente:

1. Los Registradores tienen facultad para calificar documentos de origen judicial, porque el Derecho positivo peruano así lo establece expresamente en las siguientes normas:
 - 1.1. La Directiva número 002-2000-SUNARP-SN, publicada el 31-5-2000.
 - 1.2. El último párrafo del artículo 32, segundo párrafo del artículo 44, artículo 45 y artículo 51 del Reglamento General de los Registros Públicos, publicado el 23-7-2001.
2. La Jurisprudencia Registral ha establecido que sí corresponde observar documentos judiciales cuando la inscripción de éstos viola los principios registrales.
3. La legislación de otros Estados establece que sí se puede observar documentos judiciales e incluso en algunos Estados se regula un procedimiento especial para estos supuestos, y a algunos de éstos se les denomina *per saltum*.
4. El Registrador es autónomo en sus decisiones conforme al inciso a) del artículo 3 de la Ley 26366.
5. La calificación registral no consiste en un simple archivo de documentos, sino que consiste en un examen minucioso que efectúan los registradores públicos dentro de los alcances que establece el Derecho positivo peruano.
6. La doctrina nacional y sobre todo la doctrina extranjera sostiene que sí es posible calificar documentos de origen judicial.
7. Las órdenes judiciales en contra de normas expresas constituyen delitos de abuso de autoridad y prevaricato en otros casos.
8. Si se inscribe en contra de las normas registrales, se atenta contra la institución del Registro.

XXV. CRITERIO EN CONTRA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Los juristas y tratadistas que sostienen esta posición se fundamentan en lo siguiente:

1. En el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política se establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco pueden dejar sin efecto sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.
2. El artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

«Artículo 4. Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativo, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera que sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia».
3. La cosa juzgada se cumple y quien se considere perjudicado puede hacer valer su derecho con arreglo a la ley, entre otros interponer demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta conforme al artículo 178 del Código Procesal Civil.
4. La Constitución establece expresamente en el numeral 1 del artículo 146 de la Constitución Política que los Magistrados sólo están sometidos a la Constitución Política del Estado, por tanto, los Magistrados no están sometidos a los Reglamentos Registrales.
5. Cuando el Registrador no cumple las órdenes judiciales de inscripción, comete delito de violencia y resistencia a la autoridad.
6. La cosa juzgada debe respetarse por que si no se atenta contra la santidad de la cosa juzgada.
7. Los registradores no son parte en el proceso ni tampoco son contralores de la actividad jurisdiccional.

XXVI. OTROS SUPUESTOS EN LOS CUALES EL QUE RECIBE
UNA ORDEN DE REGISTRACIÓN PUEDE CALIFICAR
SU CONTENIDO

Hemos seleccionado dos supuestos en los cuales el que recibe una orden de registración puede calificar su contenido que son el caso de alimentos y el caso de la matrícula de acciones.

A) EN EL CASO DE PROCESO DE ALIMENTOS

En el caso que se ordene retener por orden judicial más del 60 por 100 de los haberes del obligado.

Cuando los magistrados ordenan el embargo de más del 60 por 100 de los haberes del obligado, la autoridad que recibe la rogatoria judicial puede dejar de cumplir la rogatoria judicial por que el Código Procesal Civil prohíbe que se embargue más del 60 por 100 de los haberes del obligado.

No existen normas que regulen la calificación de las rogatorias judiciales en estos supuestos, lo que no permite efectuar un estudio adecuado del tópico materia de análisis.

B) EN EL CASO DE LA MATRÍCULA DE ACCIONES

En el caso que se disponga judicialmente el embargo de acciones de una persona que en la matrícula de acciones no aparece como propietario. La matrícula de acciones es un Registro privado de bienes, en el cual pueden registrarse demandas, embargos, medidas cautelares de no innovar, sentencias de ineficacia y otras sentencias, así como adjudicaciones judiciales.

La matrícula de acciones no tiene normas que regulen la calificación de los documentos que se solicita registrar, sin embargo, somos del criterio que son de aplicación supletoria las normas que regulan la calificación registral de documentos judiciales en los registros a cargo del Sistema Nacional de los Registros Públicos. En todo caso, las inscripciones realizadas en la matrícula de acciones requieren de una previa calificación.

Del Derecho extranjero no hemos tenido a la vista normas que regulen la registración en el registro privado denominado matrícula de acciones.

No existen normas que regulen la calificación de las rogatorias judiciales en estos supuestos, lo que no permite efectuar un estudio adecuado del tópico materia de análisis.

C) EN EL CASO DE ORDEN JUDICIAL CURSADA A UN NOTARIO

En el supuesto que se ordene judicialmente a un notario que devuelva el expediente protocolizado, el notario no debe devolver el expediente protocolizado por que lo prohíbe la ley del notariado y las ejecutorias registrales, no obstante que se trata de un mandato judicial.

En tal sentido, el Juez debe ser cuidadoso antes de ordenar la protocolización de un expediente judicial.

No existen normas que regulen la calificación de los mandatos judiciales en estos supuestos, lo que no permite efectuar un estudio adecuado del tópico materia de análisis.

D) CONCLUSIÓN

Luego de haber analizado estos tres supuestos podemos concluir que los registradores no son los únicos que no deben obediencia ciega a los Magistrados, sino que existen otras personas que también efectúan verificación o calificación de las órdenes judiciales.

XXVII. REGISTROS EN LOS CUALES SE PUEDEN REGISTRAR MANDATOS DE REGISTRACIÓN

Los Registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos se clasifican en registros de bienes, registros de personas y registros de contratos. Dejando constancia que en este caso sólo nos referiremos a los registros que conforman el sistema nacional de los registros públicos (66).

Los Registros en los cuales se pueden registrar mandatos de registración son principalmente Registros de bienes, sin embargo, en los Registros de personas y en los Registros de contratos también pueden registrarse mandatos de registración.

Para algunos abogados son más complejos los Registros de bienes y los Registros de personas jurídicas, y más sencillos los Registros de personas naturales y los Registros de contratos, sin embargo, el Registro fiscal de ventas a plazos, que es un Registro de contratos o de garantías, también es un Registro complejo.

(66) En el presente trabajo no se estudia lo relativo a las resoluciones de registración en Registros de marcas, patentes y derechos de autor. Sin embargo, el presente trabajo también es de aplicación a dichos Registros de Bienes.

A) REGISTROS DE BIENES

Son Registros de bienes el Registro de propiedad inmueble, el Registro de propiedad vehicular y los Registros de sociedades cuyo capital se encuentra dividido en participaciones. Además de los Registros a cargo del Sistema Nacional de los Registros Públicos existen otros Registros de bienes como el Registro privado denominado matrícula de acciones, que no se encuentra a cargo del sistema nacional de los registros públicos sino a cargo de cada sociedad cuyo capital se encuentra dividido en acciones.

Los Registros de bienes se clasifican en Registros de bienes muebles y Registros de bienes inmuebles, al cual se le conoce como Registro de propiedad inmueble.

Los Registros de bienes pueden acoger mandatos de registración de embargos, de demandas, de adjudicaciones judiciales, de sentencias de ineficacia, otras sentencias y de medidas cautelares de no innovar.

Los mandatos de registración de medidas cautelares de no innovar son escasos.

B) REGISTROS DE PERSONAS

Son Registros de personas los Registros de personas jurídicas y de sociedades cuyo capital no se encuentra dividido en participaciones.

Los Registros de personas se clasifican en registros de personas jurídicas (como es el Registro de empresas individuales de responsabilidad limitada) y registros de personas naturales (como es el Registro de mandatos y poderes).

Los Registros de personas pueden acoger mandatos de registración de demandas, de sentencias de ineficacia, otras sentencias, y de medidas cautelares de no innovar.

En los Registros de personas no pueden anotarse embargos, dejando constancia que los Registros de personas, en los cuales corren registradas sociedades cuyo capital se encuentra dividido en participaciones, también funcionan como Registros de bienes, y en Registros de bienes sí procede anotar embargos.

Los mandatos de registración de medidas cautelares de no innovar son escasos.

En los Registros de personas no se registran resoluciones de adjudicaciones judiciales y embargos.

C) REGISTROS DE CONTRATOS

Son registros de contratos o de garantías los registros de prendas sin desplazamiento (registro de prenda industrial, registro de prenda agrícola, etc.), y el registro fiscal de ventas a plazos.

La prenda de transporte no se considera como un registro de contratos por que las prendas de transporte corren registradas en el registro de propiedad vehicular, que es un registro de bienes en el cual corren registrados los vehículos y las prendas vehiculares, al igual que otros actos registrables.

Los registros de contratos pueden acoger mandatos de registración de demandas, de sentencias de ineficacia, otras sentencias, y de medidas cautelares de no innovar.

En los registros de contratos el bien no corre registrado sino sólo registrada la garantía, por tanto, no procede anotar embargos en partidas de contratos o de garantías. En tal sentido no procede anotar embargos en partidas registrales en las cuales corren registradas prendas industriales o prendas agrícolas entre otras prendas sin desplazamiento.

En los registros de contratos tampoco procede registrar adjudicaciones por que el bien no corre registrado sino sólo la garantía.

Los mandatos de registración de medidas cautelares de no innovar son escasos.

XXVIII. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
Y CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS
JUDICIALES

La Corte Suprema de Justicia del Estado peruano puede pronunciarse sobre la calificación registral de documentos judiciales en los procesos sobre impugnación de acto o resolución administrativa.

Es necesario precisar que la Corte Suprema de Justicia del Estado peruano no se ha pronunciado sobre la calificación registral de documentos judiciales.

XXIX. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y CALIFICACIÓN
REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES

El Tribunal Constitucional del Estado peruano puede pronunciarse sobre la calificación registral de documentos judiciales en los procesos sobre acción de amparo.

Es necesario precisar que el Tribunal Constitucional del Estado peruano no se ha pronunciado sobre la calificación registral de documentos judiciales.

XXX. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

De la legislación extranjera hemos seleccionado a la legislación española, la cual es necesario tener en cuenta si se desea efectuar una microcomparación del tópico materia de estudio.

A) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La legislación hipotecaria española sí contiene normas expresas que regulan la calificación registral de documentos judiciales. En tal sentido, en España se encuentra desarrollado el tópico a nivel de trabajos de investigación, destacando especialmente el trabajo de investigación de MENA y SAN MILLÁN.

XXXI. APERCIBIMIENTOS E INSTANCIAS REGISTRALES

Cuando existe resistencia al cumplimiento de resoluciones judiciales es posible que los juzgados utilicen apercibimientos, pero estos corresponde utilizarlos cuando la resolución judicial es conforme al Derecho positivo peruano y no corresponde utilizarlos cuando la resolución se encuentra en contra del Derecho positivo peruano. Por que en tal supuesto se vulnera la seguridad jurídica del Estado ya que, según el Derecho positivo peruano, los documentos judiciales son materia de calificación registral por parte del registro y lo que persiguen los apercibimientos es que no exista calificación registral de documentos judiciales. Máxime que los registradores por su condición de expertos en materia registral no deben obediencia a los magistrados. Es decir, los apercibimientos corresponde utilizarlos cuando se debe obediencia al Juzgado, y no corresponde utilizarlos cuando no existe deber de obediencia al Juzgado.

Es necesario precisar que de los casos en los cuales se ha efectuado el estudio correspondiente se llega a determinar que los apercibimientos que se ordenan en contra del registro casi siempre llegan a la primera instancia registral, es decir, los apercibimientos que llegan al registro casi siempre llegan al registrador público. En tal sentido, son pocos los apercibimientos en contra del Tribunal Registral.

Es decir, la casuística también es importante en la primera instancia registral que constituye el registrador público. Supuestos en los cuales

el Tribunal no se pronuncia por no existir apelación en dichos expedientes registrales.

Es necesario precisar que el presente trabajo no tiene como finalidad que los apercibimientos sólo existan en primera instancia registral, sino que la finalidad del presente trabajo es el estudio de la realidad registral en torno a la calificación registral de documentos judiciales.

Sin embargo, somos del criterio que resulta un error utilizar los apercibimientos en contra de los registradores, ya que ante la observación o tacha sustantiva efectuada por los registradores siempre queda el camino de la segunda instancia registral vía apelación, para que el Tribunal Registral se pronuncie en el sentido si procede o no la registración ordenada por el Juzgado.

Para nosotros utilizar apercibimientos en contra del registro es tratar de imponer la fuerza sobre la razón o sobre el Derecho, para nosotros utilizar apercibimientos es desconocer que existe un ordenamiento jurídico, el cual rige y regula la calificación registral de documentos judiciales, ya que todas las observaciones y tachas son efectuadas con sustento legal, por que las mismas son fundamentadas jurídicamente, lo que no ocurre en el caso de los apercibimientos, por que utilizar apercibimientos en contra de observaciones y tachas con fundamento legal no procede en nuestro ordenamiento jurídico, y es un hecho ilegal o inconstitucional, que no debe ocurrir, por que se atenta en contra de la seguridad jurídica del Estado peruano, por que según el Derecho positivo peruano el registro sí puede suspender y denegar registros al Poder Judicial. Máxime que no es el único supuesto en el cual se deja de cumplir una orden judicial, ya que existen otros casos como el registro privado matrícula de acciones, el proceso de alimentos y la orden cursada a los notarios.

Es necesario precisar que en vez de utilizar apercibimientos corresponde interponer recurso de apelación para que el Tribunal Registral se pronuncie sobre la procedencia o no de la calificación registral de mandatos judiciales en cada supuesto determinado.

Los apercibimientos utilizados en contra del registro lo que hacen es intimidar al registro, lo que no permite cumplir con su función a cabalidad. Ya que siempre existe el temor de una denuncia penal por realizar su función con arreglo a ley.

El problema radica que con los apercibimientos el registro registra mandatos judiciales que se encuentran en contra del Derecho positivo peruano, lo que no debe ocurrir.

Frente a los apercibimientos es posible que el registro denuncie al magistrado que los utiliza o presente acción de amparo, pero en la práctica registral no se ha advertido la utilización de dichos caminos para solucionar el problema que generan los apercibimientos. Por que se configura el delito de abuso

de autoridad cuando el juzgado dicta resolución que afecta ilegalmente a un titular registral o a un tercero registral.

En tal sentido son mayores los procesos en los cuales se procesa a registradores que procesos en los cuales se procesa a magistrados. Dejando constancia que no hemos recibido noticia de procesos en los cuales se procese a magistrados por insistir en una registración ilegal o inconstitucional, sino sólo de procesos en los cuales se procesa a registradores por dejar de cumplir mandatos judiciales de inscripción de sentencias judiciales.

XXXII. CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado el tema de calificación registral negativa de documentos judiciales, formulamos conclusiones en los siguientes términos:

I. Habiéndonos referido a algunas teorías sobre la obediencia debida podemos afirmar que existen muchas teorías sobre la obediencia debida que podemos aplicarlas a la calificación registral de documentos judiciales, en tal sentido resulta importante que no exista una sola teoría para el cumplimiento o no de las resoluciones judiciales que disponen la registración de un documento judicial o la publicidad formal.

II. Podemos afirmar que cuando se registran documentos judiciales, el responsable por tal decisión es el Juzgado correspondiente y no el Registro ni el Registrador, ya que se registran los documentos judiciales muchas veces aplicando la teoría de la obediencia ciega, supuesto en el cual es responsable el Juez por la registración de la sentencia o de la medida cautelar.

III. Podemos concluir que en el Estado peruano se aplica más de una teoría sobre la obediencia debida, lo cual se advierte en los documentos judiciales que han sido materia de calificación registral por parte del registro, lo que se aprecia tanto en los documentos judiciales, que son calificados en primera instancia registral y en segunda instancia registral.

IV. El tópico estudiado sólo se encuentra desarrollado en la calificación registral y no en otros registros como en el registro privado, denominado matrícula de acciones cuando se registra una adjudicación judicial, un embargo, una demanda, una medida cautelar de no innovar u otra resolución judicial que disponga la registración. Es decir, el tema adquiere especial importancia no sólo en los Registros Públicos (entre los que podemos citar también a los registros de marcas, patentes y derechos de autor a cargo de Indecopi en el Derecho peruano) sino que también adquiere importancia en la calificación del registro privado como es la matrícula de acciones.

V. Es necesario dejar constancia que las teorías de la obediencia debida son desarrolladas tomando como referencia la orden de un superior a un

inferior, por lo cual es necesario precisar que los registradores no son inferiores respecto a los Magistrados. Sino que el Registrador es un funcionario que actúa con autonomía conforme a la ley 26366, que consagra la autonomía de sus funcionarios en el sistema nacional de los registros públicos, garantía del Sistema Nacional de los Registros Públicos, garantía sin la cual no podría admitirse la existencia de un sistema registral, por que se generaría inseguridad jurídica.

VI. Los tiempos de los Magistrados visitadores que visitaban cada cierto tiempo el Registro, ya han quedado en el pasado, en tal sentido ya no se admite la figura de los Magistrados visitadores, y aún en dicho tiempo los registradores no debían obediencia a los Magistrados en lo referido a la calificación registral de documentos judiciales ni tampoco existía el problema por que en dicho tiempo el segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984, no existía.

VII. La obediencia debida es un tópico que no es sólo de aplicación al Derecho Penal, sino que también es de aplicación a otras áreas del Derecho como el Derecho Registral, como anteriormente se explicó cada teoría con ejemplos sobre calificación registral de documentos judiciales.

VIII. Para nosotros los registradores no deben obediencia a los Magistrados por que los primeros actúan como expertos en materia registral al momento de calificar los documentos judiciales y los que actúan en su condición de tales no se encuentran sometidos al deber de obediencia, conforme los precisa GUILLERMO FIERRO en su libro *La obediencia debida*.

IX. Podemos concluir que en el Derecho Positivo peruano no se consagra exclusivamente ninguna teoría sobre la obediencia debida, en tal sentido con la regulación actual resultan de aplicación varias teorías sobre la misma en lo referido a la calificación registral de documentos judiciales. Con lo cual podemos afirmar que no existe un solo criterio respecto al deber de obediencia al momento de la calificación registral de documentos judiciales, sino que son de aplicación varios criterios.

X. Las sentencias también son materia de calificación registral por parte de los registradores.

XI. No es el único supuesto de calificación la calificación registral de documentos judiciales porque también se califican las resoluciones judiciales cuando se ordena la registración en el Registro privado, denominado matrícula de acciones, en tal supuesto no debe obedecer la orden de registración si no se ha citado en el proceso al propietario de las acciones o no se ha citado al acreedor de un accionista cuyo Derecho se encuentra garantizado con una prenda sobre acciones. Sin embargo, dejamos constancia que no está trabajado este tópico por que casi no han existido problemas en las resoluciones judiciales registrables en la matrícula de acciones y porque las órdenes de registración son pocas respecto del Registro privado denominado matrícula de acciones. Es

decir, el t3pico de la registraci3n en el Registro privado denominado matr3cula de acciones no se encuentra desarrollado. Por lo cual debemos precisar que las caracter3sticas de la calificaci3n registral en el Registro privado denominado matr3cula de acciones no se encuentran reguladas en el Derecho positivo peruano. No habiendo tenido a la vista normas del Derecho extranjero en el cual se precise los alcances de la calificaci3n en la matr3cula de acciones.

XII. Las teor3as de la obediencia debida han sido desarrolladas poco por los diferentes autores, lo que no permite desarrollar con mayor detalle dichas teor3as en torno a la obediencia debida en el presente trabajo.

XIII. Dejamos constancia que se han analizado las teor3as s3lo en los pedidos de registraciones y no en los pedidos de publicidad formal por que en estos pedidos se viene aplicando casi por todos la teor3a de la obediencia ciega.

XIV. La obediencia de los registradores a los Magistrados en muchos casos perjudica a los titulares registrales y acreedores registrales, por lo cual los primeros deben ser muy cuidadosos al momento de calificar documentos judiciales.

XV. La obediencia de los registradores a los Magistrados ocasiona inseguridad jur3dica a los agentes econ3micos, lo que desincentiva la inversi3n privada. Dejando constancia que el Derecho registral forma parte del Derecho empresarial.

XXXIII. SUGERENCIAS Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Luego de haber desarrollado el t3pico calificaci3n registral negativa de documentos judiciales, formulamos sugerencias y propuestas legislativas en los siguientes t3rminos:

I. Es necesario que en una ley se regule la calificaci3n registral de documentos judiciales en la cual se precise los alcances de la calificaci3n registral de documentos judiciales, que adem3s que en ning3n caso se pueden perjudicar derechos de titulares registrales ni de acreedores registrales.

II. Es necesario tambi3n establecer de qui3n es la responsabilidad cuando se registra un mandato judicial.

III. Es necesario que se establezca que en ning3n supuesto se pueden extender inscripciones sin los requisitos de ley.

IV. Es necesario que se respete adecuadamente el art3culo 4 de la Ley Org3nica del Poder Judicial.

V. Es necesario regular a qui3n puede reclamar judicialmente quien sea perjudicado, si es al Registro, al Registrador, al Juez, al Poder Judicial o al Estado.

VI. Es necesario tener en cuenta que el Derecho comparado demuestra que en esta parte de la legislaci3n el Derecho peruano se encuentra bastante

avanzado y se regula en el Estado peruano la calificación de documentos judiciales como ocurre con el Estado español.

VII. Es necesario derogar el segundo párrafo del artículo 2.011 del Código Civil peruano de 1984.

VIII. Es necesario derogar las normas del Reglamento General de los Registros Públicos peruano de 2001, que regula la calificación registral de documentos judiciales.

IX. Es necesario modificar el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial peruana.

X. Es necesario modificar el párrafo segundo del numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política peruana.

XI. Es necesario introducir en el Derecho Positivo peruano una adecuada regulación legal sobre la calificación registral de documentos judiciales.

XXXIV. FUENTES DE INFORMACIÓN

Para la elaboración del presente trabajo se han tenido en cuenta las siguientes fuentes de información de autores peruanos y extranjeros. No se han tenido en cuenta sólo libros, sino también revistas, por lo cual a esta parte del trabajo no se le puede denominar bibliografía.

ALFARO PINILLOS, ROBERTO y VELARDE SUSSONI, JORGE: *Compendio práctico de contratos civiles, comerciales, bancarios e informáticos*, Vol. I, Lima (Perú), 2000.

AYASTA GONZÁLEZ, JULIO: *El Derecho Comparado y los sistemas jurídicos*, Lima (Perú), 1991.

BRICEÑO SIERRA, HUMBERTO: *Derecho Procesal Civil*, México, 1995.

DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN: «Calificación de documentos judiciales», en *La calificación registral*, Tomo I, pág. 1011. FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Madrid (España), 1996.

DURKHEIM, EMILIO: *La división social del trabajo*, Editorial Schapire, Buenos Aires (Argentina), 1967.

FIERRO, GUILLERMO: *La obediencia debida en ámbito penal y militar*, Buenos Aires (Argentina), 1984.

GIMENO-BAYÓN COBOS, RAFAEL: «Calificación registral de documentos judiciales», en *La calificación registral*, Tomo I, pág. 1015. FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Madrid (España), 1996.

GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER: «Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables. Capítulo relativo a documentos judiciales», en *La calificación registral*, Tomo I, pág. 912. FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Madrid (España), 1996.

- HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO: «Calificación registral y su eficacia preventiva en los ámbitos civil y penal», en *La calificación registral*, Tomo I, pág. 1044. FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Madrid (España), 1996.
- KEMELMAJER DE KARLUCCI, AÍDA: «Calificación registral de documentos de origen judicial», en *Derecho Registral y Notarial. Materiales de enseñanza*, Tomo I, pág. 221, Lima (Perú), 1997.
- LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ: *Acto jurídico*, Lima (Perú), 1999.
- MENA Y SAN MILLÁN, JOSÉ MARÍA: «Calificación registral de documentos judiciales», en *La calificación registral*, Tomo I, pág. 921. FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Madrid (España), 1996.
- MOISSET DE ESPANES, LUIS: *La publicidad registral*, Lima (Perú), 2004.
- NIZAMA VALLADOLID, MEDARDO: *Técnicas de estudio e investigación jurídica. Principios básicos que influyen en la formación de los abogados y juristas investigadores*, Lima (Perú), Ediciones 2004.
- RAMOS NÚÑEZ, CARLOS: *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Lima (Perú), 2000.
- SILVA DÍAZ, MARTA: «Calificación negativa de los documentos judiciales. Posibilidades de interponer recursos en caso de reiteración del mandato judicial de practicar una inscripción previamente negada (La experiencia peruana)», en *Temas de Derecho Registral, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos*, Lima (Perú), tomo IV, 2000, págs. 147-176.
- SOLÍS ESPINOZA, ALEJANDRO: *Metodología de la investigación jurídico-social*, Lima (Perú), 1991.
- SORIA ALARCÓN, MANUEL: *Estudios de Derecho Registral*, Lima (Perú), 1997.
- TORRES GONZA, ISAAC: «De las Escuelas del Derecho», en *Revista de Ciencias Jurídicas & Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, pág. 79, Lima (Perú).
- TORRES MANRIQUE, FERNANDO JESÚS: «Calificación de documentos judiciales», en *Temas de Derecho Registral*, Tomo IV, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos SUNARP, pág. 75, Lima (Perú), noviembre de 2000.
- *Calificación registral de documentos judiciales en el Derecho peruano*, Editorial Ediyusa, Lima (Perú), 2000.
- «La clasificación de los bienes en el Derecho Positivo peruano», en *Revista Jurídica del Perú* del mes de septiembre de 2004, Tomo 58, pág. 127, Lima (Perú), 2004.
- «Codificación en el Derecho peruano», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, núm. 1, año 1, Lima (Perú).
- *Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos*, Lima (Perú), abril de 2004.
- *Derecho Empresarial*, Lima (Perú), abril de 2004.
- *Derecho Registral*. Libro por publicar.

- «El Registro reduce los costos de transacción», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, núm. 1, año 1, Lima (Perú), pág. 76.
- *Introducción al Derecho y latín jurídico*, Lima (Perú), abril de 2004.
- *Investigación jurídica*. Trabajo por publicar.
- *Manual del abogado corporativo*. Libro por publicar.
- «Técnica Legislativa (Derogación, Abrogación, Sustitución, Agregado y Modificación)», en *Revista Normas Legales*, Tomo 326, Vol. II, Lima (Perú), julio de 2003.

FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE

Abogado (*)

(*) *Ex Registrador Público* de la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari (Perú), en las Sedes Registrales de: Ica, Nasca, Pisco, Huanta y Huancavélica. *Ex Jefe de la Oficina Registral de Huancavélica*. *Ex representante de la Procuraduría Pública* a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Justicia, en los procesos judiciales en los que era parte la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari, tramitados en el distrito judicial de Huancavélica, en mérito a las delegaciones otorgadas por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Justicia. *Ex Presidente de la Comisión Especial de Transferencia de los Registros de Propiedad Vehicular y de Prenda de Transportes* de la Dirección Subregional de Circulación Terrestre de Huancavélica al Sistema Nacional de los Registros Públicos. *Ex miembro de la Comisión de Transferencia del Registro de Vehículos Menores* de la Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de Huancavélica a la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari. *Expositor en diversos eventos académicos en el Perú y en el extranjero*. Maestría en la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Postgrado en Derecho de Trabajo, Derecho Administrativo, Contratos Modernos, Negociación, Diplomado en Función Jurisdiccional, Despacho Judicial, Conciliador Extrajudicial, estudios de Arbitraje en el Colegio de Abogados de Lima, estudios en la Academia de la Magistratura y de Pedagogía Universitaria. *Autor de diversos artículos* en materia jurídica en la Revista Normas Legales, en Legal Express de Gaceta Jurídica, en el libro Temas de Derecho Registral publicado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos de Perú, en la Revista de Ciencias Jurídicas y Medios alternativos de Resolución de Conflictos, en la Revista Ofired de la Oficina Registral Regional. Los Libertadores Wari, en el Diario Oficial El Peruano y en el Periódico Visión Regional de Huancavélica y de los siguientes libros: Derecho Empresarial, Garantías, Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos, La enseñanza del Derecho, Introducción al Derecho y Latín Jurídico, Manual del Abogado Corporativo, Derecho Registral, Personas Jurídicas y Calificación Registral de Documentos Judiciales. Segundo puesto del Taller de Investigación Jurídica 2004 en la categoría Maestrías, organizado por la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. *Artículos por publicar*: Investigación Jurídica, Corretaje Inmobiliario, Hipoteca, Nociones de Derecho Penal, Hipoteca, Responsabilidad Civil, El Delito de Falsificación de Documentos y la Publicidad Registral. *Libro por publicar*: Diccionario de Derecho Registral y Notarial. *Libro en preparación*: Diccionario Jurídico.

RESOLUCIONES DE LA
DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Resolución de 3-1-2005
(*BOE* 4-3-2005)
Registro de la Propiedad de Yeste

BIEN. PATRIMONIAL MUNICIPAL. ENAJENACIÓN DIRECTA DEL MISMO.

No cabe, en el presente caso, la enajenación directa de un bien patrimonial municipal porque la subasta pública es la regla general en esta materia, sin que el hecho de haber quedado desierta la subasta se erija en una excepción a dicha regla, pues las normas reguladoras no la contemplan como tal (sí contemplan la permuta bajo ciertas condiciones, lo que aquí no ha tenido lugar). Procede, por tanto, la celebración de una nueva subasta.

Resolución de 10-1-2005
(*BOE* 5-3-2005)
Registro de la Propiedad de Palencia, número 1

REPRESENTACIÓN. RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. SU CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA.

Reinterpretando de manera diferente la Resolución de 12-4-2002, reitera la DGRN que el Registrador debe limitarse a calificar que el documento presentado a inscripción contiene la reseña de «modo adecuado» y que se ha incorporado el juicio notarial de suficiencia de las facultades del representante, debiendo ser su contenido y «la calificación» hecha por el Notario, congruente con el negocio formalizado; sin que el Registrador pueda, en ningún caso, solicitar que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas, o que se le transcriban facultades o que se le tes-

timonie total o parcialmente contenido alguno de dicho documento auténtico del que emanan las facultades representativas.

A juicio siempre del Centro Directivo, es la nota de calificación el momento procedimental único e idóneo para exponer todos y cada uno de los argumentos jurídicos que fundamentan la decisión del Registrador, sin que sea el informe en defensa de la nota el acto adecuado para ello, debiendo reducirse el mismo a cuestiones de mero trámite (obviando la DGRN que las normas reguladoras del recurso gubernativo recogen como preceptivo y obligatorio dicho informe).

Resolución de 12-1-2005

(BOE 4-3-2005)

Registro de la Propiedad de Gergal

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. DE INSCRIPCIONES INTERMEDIAS SIN CONSENTIMIENTO DE QUIENES EN ELLAS ERAN TITULARES REGISTRALES Y QUE OTORGARON LAS ESCRITURAS CORRESPONDIENTES.

No cabe modificar el aprovechamiento urbanístico y los gastos de urbanización, interviniendo sólo el Ayuntamiento y los actuales titulares registrales pretendiendo la rectificación de las inscripciones intermedias, sin consentimiento de quienes en ellas figuraban como titulares registrales y otorgantes de las respectivas escrituras que motivaron tales asientos. Cuestión distinta es que lo solicitado hubiese sido sólo la rectificación de la última inscripción, ya que entonces serían suficientes aquellos consentimientos (el del Ayuntamiento y los actuales titulares registrales).

Resolución de 13-1-2005

(BOE 3-3-2005)

Registro de la Propiedad de Carlet

TRACTO SUCESIVO. NULIDAD DE HIPOTECA. NECESIDAD DE QUE EL TITULAR REGISTRAL SEA PARTE EN EL PROCEDIMIENTO.

Adjudicada una finca en un procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 LH e inscrita la adjudicación y practicada la cancelación de las cargas posteriores, a excepción de una anotación preventiva de demanda posterior a la certificación de cargas, y presentada posteriormente sentencia declarando la nulidad de dicha hipoteca, de la ejecución del título al portador que la misma garantizaba y también de la adjudicación en procedimiento entablado contra persona distinta del cesionario del remate, al encontrarse ya caducada dicha anotación de demanda no cabe inscribir la sentencia por no haber sido parte el titular registral actual, dado el efecto radical y automático de la caducidad de la anotación.

Resolución de 14-1-2005
(BOE 7-3-2005)
Registro de la Propiedad de Vila-Real, número 1

CADUCIDAD. TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN PRESENTADO UNA VEZ CADUCADA LA ANOTACIÓN DEL EMBARGO DERIVADA DE LA EJECUCIÓN. IMPROCEDENCIA DE LA CANCELACIÓN DE LAS CARGAS POSTERIORES.

Caducada una anotación preventiva de embargo, con independencia de que haya sido o no formalmente cancelada, no pueden cancelarse las cargas posteriores decretadas en el auto de adjudicación, pues el testimonio de dicho auto se presentó una vez producida la caducidad de dicha anotación, y ello con independencia de la preferencia sustantiva de los respectivos derechos, que no puede verse alterada por la no cancelación de asientos posteriores.

La situación del embargo con anotación caducada es similar a la del embargo no anotado, que es eficaz y puede ejecutarse, aunque se encuentre con más dificultades para cancelar, en su caso, las cargas posteriores.

Resolución de 15-1-2005
(BOE 7-3-2005)
Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO MODIFICANDO TODAS LAS ESCRITURAS INTERMEDIAS HASTA LLEGAR A LOS TITULARES ACTUALES.

No cabe rectificar las inscripciones intermedias sin consentimiento de sus respectivos titulares registrales y que otorgaron las correspondientes escrituras. Otra cosa hubiese sido que sólo se rectificase la última inscripción, pues para ello hubiera bastado el consentimiento de quienes otorgaron la escritura que dio lugar a la misma.

Resolución de 17-1-2005
(BOE 4-3-2005)
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 3

REPRESENTACIÓN. RESEÑA IDENTIFICATIVA DEL PODER. SEGREGACIÓN.

El Registrador debe limitarse a comprobar que el Notario ha realizado el juicio de suficiencia y que las facultades reseñadas incluyen las necesarias para realizar la escritura.

A pesar de la imprecisión en la redacción de la escritura de poder, debe entenderse que la segregación hecha de 7.836 metros cuadrados no está fuera de los límites del poder que faculta al apoderado para segregar 7.500 metros cuadrados, por analogía respecto de los excesos de cabida que no pasan de la vigésima parte de la cabida inscrita.

Resolución de 18-1-2005

(BOE 4-3-2005)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 1

RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO.

No está legitimado para su interposición quien compareció como mandatario verbal en la escritura, pues aunque luego haya mediado ratificación, ésta aparece circunscrita a la conclusión del negocio ratificado, además de no abarcar aquélla a actos posteriores al momento en que la misma tuvo lugar.

Resolución de 19-1-2995

(BOE 4-3-2005)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6

TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA SOBRE FINCA INSCRITA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DE AQUÉLLA CONTRA LA QUE SE SIGUE EL PROCEDIMIENTO, HABIENDO SIDO AQUÉLLA NOTIFICADA DE LA DEMANDA ANTES DE LA VENTA A SU FAVOR, PERO QUE ACCEDE AL REGISTRO DESPUÉS DE LA ESCRITURA DE DICHA VENTA.

No cabe practicar la anotación, a pesar de las posibles sospechas de una actuación fraudulenta, pues la finca en cuestión consta ya inscrita, en el caso concreto, a nombre de persona distinta de aquélla contra la que se siguió el procedimiento.

Resolución de 20-1-2005

(BOE 3-3-2005)

Registro de la Propiedad de Valoría la Buena

INMATRICULACIÓN. POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ARTÍCULO 206 DE LA LH.

Es aplicable la certificación administrativa del artículo 206 de la LH a un caso de adquisición por ministerio de la ley de un bien vacante inscrito a favor de un titular registral desconocido, desde hace más de treinta años, pues aunque el supuesto no es propiamente de reanudación del tracto sucesivo por no existir transmisiones intermedias, al tratarse de una adquisición por ministerio de la ley, sí podría practicarse dicha inscripción a través de la aludida certificación como medio inmatriculador que es, publicando edictos y suspendiendo efectos, máxime cuando se ha notificado al titular registral de igual modo que el exigido para reanudar el tracto.

Resolución de 21-1-2005
(BOE 8-3-2005)
Registro de la Propiedad de Pollenca

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO CANCELADA POR CADUCIDAD.
RESTABLECIMIENTO DE LA MISMA DECRETADA JUDICIALMENTE.

Supuesto de hecho: Practicada, en su día, una anotación preventiva de embargo en ejecución ordinaria seguida contra una persona determinada y adjudicados luego al actor los bienes embargados, se cancela por caducidad dicha anotación, declarándose posteriormente por sentencia firme —dictada en procedimiento seguido contra los actuales titulares registrales, a los que no se considera terceros— la nulidad de las actuaciones de aquel procedimiento, incluida la adjudicación a la parte actora, así como la retroacción al trámite del artículo 1.490 de la anterior LEC.

Estima el Centro Directivo que el Registrador no puede entrar en el fondo de la decisión judicial firme o que sea ejecutable conforme a las leyes ni siquiera en los trámites del procedimiento, si bien puede calificar la competencia del Juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido, los obstáculos que surjan del Registro, y las formalidades extrínsecas del documento, no siendo competencia del Registrador la calificación de la personalidad actora ni la legitimación procesal, pero sí aquellos casos en que se pueda producir una situación de indefensión procesal de quien aparece protegido en el Registro, y ello con independencia del modo en que el mismo haya sido emplazado.

Aunque la sentencia firme hable de inscripción respecto del asiento a practicar, lo procedente es una anotación de prórroga por cuatro años, debiendo comunicarse dicha circunstancia al Juzgado que conoce del último procedimiento, al haberse decretado aquélla en virtud de mandamiento dictado en un procedimiento distinto de aquél en que se ordenó la ejecución.

Resolución de 22-1-2005
(BOE 8-3-2005)
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

OPCIÓN DE COMPRA. NOTIFICACIÓN DE SU EJERCICIO. EJERCICIO UNILATERAL POR EL OPTANTE.

Concedido un derecho de opción de compra a un tercero, por unos cónyuges casados en régimen de separación de bienes de una finca propiedad de ambos en proindiviso y otra propiedad privativa de la esposa y pactada en la escritura de constitución del derecho de opción, que la misma podría ejercitarla por sí solo el optante, no cabe notificar a uno sólo de los cónyuges, y no a los dos, aunque la notificación se haga en el domicilio familiar, pues se pactó que la notificación se hiciera a ambos. A juicio de la Dirección General, el caso sería más discutible si los cónyuges estuvieran casados bajo el régimen de gananciales y no de separación de bienes.

Resolución de 28-1-2005

(BOE 8-3-2005)

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 7

PROPIEDAD HORIZONTAL. ANEJO. INNECESARIEDAD DE QUE PARA LA CONFIGURACIÓN DEL MISMO SEA PRECEPTIVA LICENCIA DE SEGREGACIÓN O DIVISIÓN.

Es innecesaria tal licencia porque la configuración de un anejo (en este caso, un jardín) no supone segregación o división, pues se estructura como tal dentro de la propiedad horizontal. Sí sería necesaria en caso de desvinculación del mismo.

Resolución de 31-1-2005

(BOE 23-3-2005)

Registro de la Propiedad de Pola de Laviana

CONVENIO REGULADOR: SU IDONEIDAD PARA LA INSCRIPCIÓN DE DETERMINADOS ACUERDOS DE LOS CÓNYUGES. DONACIÓN: NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA Y ACEPTACIÓN.

Supuesto de hecho: Adjudicada la única finca inventariada en un convenio regulador a la esposa, se reconoce al marido, con carácter previo a dicha adjudicación, el derecho a ser compensado por el otro partícipe en determinada suma de dinero y quedar así pagado de su participación en los gananciales, añadiéndose que el esposo procede a la cesión de su parte, en la sociedad ganancial, a favor de los hijos del matrimonio, integrándose dicha cantidad en el bien adjudicado a la esposa, y constituyéndose una comunidad de bienes con distinta participación entre la esposa y los hijos, sujeta a las normas del condominio, quedando pagado el referido esposo.

Entiende la Dirección General que la claridad en la redacción del convenio brilla por su ausencia, pues si la adjudicación de la finca se ha efectuado íntegramente a uno de los cónyuges (la madre), no cabe que, por vía de atribución inicial de un derecho de crédito a favor del otro (el padre), éste ceda dicho crédito en forma de participación en el inmueble como si le hubiera efectivamente correspondido al cedente una cuota en la finca adjudicada, pues ello implicaría una supuesta donación del padre a los hijos, carente de objeto —que ya ha ingresado en el patrimonio de la madre—, aparte de exigir ello la correspondiente escritura pública y la pertinente aceptación de los hijos debidamente representados.

Resolución de 2-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Alcobendas, número 2

CANCELACIÓN. TRACTO SUCESIVO. NULIDAD. DE DONACIÓN POR SENTENCIA FIRME DICTADA EN PROCESO PENAL SEGUIDO ÚNICAMENTE CONTRA EL DONANTE.

No cabe cancelar una inscripción de donación declarada nula en un proceso penal por sentencia firme, habiéndose dirigido el procedimiento sólo contra el donante, sin intervención del titular registral donatario.

Resoluciones de 3, 4, 21, 22 y 23-2-2005; 10, 12, 14, 15 y 16-3-2005
(BOE 6-4-2005) (BOE 21-4-2005)

Registros de la Propiedad de Estepona, número 2; Málaga, número 10; Madrid, número 19; Durango; Mataró, número 3; Gijón, número 5; San Bartolomé de Tirajana, número 1

RECURSO GUBERNATIVO. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA. CALIFICACIÓN: NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DE LA NOTA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA.

A juicio siempre del Centro Directivo, es la nota de calificación el momento procedimental único e idóneo para exponer todos y cada uno de los argumentos jurídicos que fundamentan la decisión del Registrador, sin que sea el informe en defensa de la nota el trámite adecuado para ello, debiendo reducirse el mismo a cuestiones de mero trámite (obviando la DGRN que las normas reguladoras del recurso gubernativo recogen como preceptivo y obligatorio dicho informe).

Reinterpretando de manera diferente la Resolución de 12-4-2002, reitera la DGRN que el Registrador debe limitarse a calificar que el documento presentado a inscripción contiene la reseña de «modo adecuado» y que se ha incorporado el juicio notarial de suficiencia de las facultades del representante, debiendo ser su contenido y «la calificación» hecha por el Notario, congruente con el negocio formalizado, sin que el Registrador pueda, en ningún caso, solicitar que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas, o que se le transcriban facultades o que se le testimonie total o parcialmente contenido alguno de dicho documento auténtico del que emanan las facultades representativas.

Reitera nuevamente la Dirección General que no pueden tenerse en cuenta las alegaciones del Registrador contenidas en el informe, pues éste debe limitarse a cuestiones de mero trámite, sin que quepa adiciónar en el mismo argumento alguno y, mucho menos, hacer una contestación al recurso interpuesto. Por eso, lo que hay que notificar a los interesados no es la decisión de mantener la calificación, sino precisamente su rectificación y la consiguiente inscripción del título.

No lo es una motivación aparente o formal basada en la citada de preceptos legales sin acompañamiento de la motivación, pues la motivación debe ser material, esto es, con determinación de los criterios jurídicos esenciales de la decisión, sin necesidad de un razonamiento exhaustivo o pormenorizado.

Nota: Entendemos que no es una Resolución de la DGRN el lugar adecuado para denunciar la apertura de expediente, ya sea un Registrador o un Notario. Si termina el expediente en sentido favorable a alguno de aquéllos, ¿tendría la misma publicidad la resolución definitiva del expediente?

Resolución de 5-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

Fallecido un estadounidense en España cuyo domicilio, antes de su traslado a nuestro país, era el Estado de Nueva York, habiendo contraído matrimonio en otro estado de Norteamérica, sobreviviendo su cónyuge y siendo titular de inmuebles en España, constanding algunos adquiridos en régimen de comunidad y otros por mitades indivisas, se presenta escritura de herencia en la que el cónyuge viudo declara que la ley sucesoria aplicable es la del Estado de Nueva York —su último domicilio en aquel Estado—, por lo que debe transferirse al mismo la titularidad exclusiva de ambos, resuelve la DG:

— La ley aplicable al caso es la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, incluyéndose dentro de su esfera los derechos que por causa de muerte corresponden al cónyuge supérstite.

— Al ser plurilegislativo el régimen aplicable a los distintos estados federales de Estados Unidos, habrá que acudir a la ley interna estadounidense por no existir ningún acuerdo o tratado al respecto entre España y aquel país.

Prueba del Derecho Extranjero: Debe éste ser alegado y probado, siendo posible tal prueba por las autoridades públicas que desempeñen funciones no jurisdiccionales y que efectúen juicio de suficiencia por tener conocimiento de la misma.

Si el Notario no tiene conocimiento directo del Derecho extranjero, cabe informe diplomático o consular, siendo posible otro tipo de documento bien judicial, notarial o administrativo, expedido por autoridad extranjera debidamente apostillado o, en su defecto, legalizado y si el Notario autorizante desconoce la lengua de redacción, debe traducirse por intérprete oficial.

— Constancia registral del régimen económico extranjero. El artículo 92 no exige la expresión, en principio, de cuál sea ese concreto régimen, sino que se haga constar que la adquisición se efectúa conforme a aquél, quedando diferida la prueba para un momento posterior; por lo que, si en el Registro se hizo constar indebidamente la forma de adquisición, para la rectificación será preciso acreditar debidamente tal régimen y sin perjuicio de terceros, pues caso de existir los mismos, la rectificación precisará el consentimiento de estos últimos.

Resolución de 7-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz

COMPRAVENTA. TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO. OTORGAMIENTO DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA AUTORIZADA POR NOTARIO ALEMÁN CON ARREGLO AL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE ESE ESTADO.

Aunque conforme a la regla *locus regit actum* formalmente puede ser correcto un documento notarial autorizado conforme a la legislación del país

en que se otorgue, a los efectos de acreditar el consentimiento de las partes, sin embargo, no puede pretenderse que siendo distinto el sistema jurídico de transmisión de inmuebles en aquel país respecto del nuestro (el documento fue autorizado en Alemania), tal documento surta efectos traslativos del dominio en relación con inmuebles sitos en España.

Sí sería posible que los otorgantes extranjeros se competiesen a otorgar o ratificar la oportuna escritura ante Notario español, escritura que entonces ya sería inscribible, por concurrencia de aquéllos en el otorgamiento, o por apoderamiento expreso conferido en aquella escritura otorgada en el país extranjero.

Resolución de 8-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. NULIDAD DEL TESTAMENTO DE UNO DE LOS TITULARES REGISTRALES ADQUIRENTES POR COMPRA.

Aunque en principio cabe tal tipo de anotación cuando pueda derivarse de ella una alteración registral, no lo es en el presente caso, pues los adquirentes titulares registrales lo fueron por título de compraventa, de tal manera que la declaración de nulidad del testamento de uno de ellos no les afectaría.

Resolución de 9-2-2005

(BOE 28-4-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

HIPOTECA. EN PARTE EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA. PODER: SUFICIENCIA DE LAS FACULTADES CONFERIDAS EN EL MISMO. CONFLICTO DE INTERESES.

Concedido un préstamo para financiar la compra de una vivienda con carácter solidario a dos padres y su hija, se constituye hipoteca ese mismo día bajo el número siguiente de protocolo, en garantía del referido préstamo sobre ese inmueble adquirido por expresada hija, estando la misma representada por su padre, quien actúa, además, en su propio nombre. Frente a la calificación del Registrador que estima que no se determina la parte de hipoteca que se constituye en garantía de deuda propia y la que lo es en garantía de deuda ajena, entiende la Dirección General que es inscribible la escritura porque el préstamo es solidario de manera que, respondiendo de todo él el hipotecante, la hipoteca está constituida en garantía de deuda propia y, asimismo, frente a la opinión del Registrador que considera insuficiente el poder por no facultar al apoderado para garantizar con hipoteca préstamos concedidos a terceros, considera que está salvado en el propio poder el conflicto de intereses y, además, porque el objeto del préstamo es pagar con el mismo la vivienda comprada por la representada.

Resolución de 10-2-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11

CANCELACIÓN. DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA. UNA VEZ CANCELADA, NO AFECTA A TITULARES REGISTRALES POSTERIORES.

Inscrita una finca a nombre de una persona determinada, quien la adquirió de un anterior titular el cual, a su vez, la adquirió como consecuencia de una ejecución hipotecaria, y habiéndose tomado en su día una anotación preventiva de una querella penal, la cual fue cancelada por la referida ejecución hipotecaria, tal anotación no produce ya efecto registral alguno, aunque luego prospere dicha querella y se declare la nulidad de la venta anterior y de la hipoteca, no afectando, por tanto a los titulares registrales posteriores, cuyos asientos no pueden ser cancelados sin haber intervenido en el correspondiente procedimiento. La determinación de si dichos titulares posteriores son o no terceros y si su personalidad jurídica es sólo formal, corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia.

Resolución de 11-2-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Nájera

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: EFECTOS DE SU DESESTIMACIÓN PARCIAL.

Anotada una demanda en la que lo solicitado era: 1. La declaración de dominio del actor sobre una mitad indivisa de unas fincas. 2. La cancelación en cuanto a dicha participación indivisa de los respectivos asientos a favor del demandado, y 3. La condena al mismo a la disolución de la sociedad civil que tenía con el demandante, y recaída sentencia desestimando las pretensiones recogidas bajo los números 1 y 2 precedentes, estimando sólo la del número 3, declarando que se proceda a la liquidación de dicha sociedad civil y que se haga la rendición de cuentas correspondiente en ejecución de sentencia, y resultando declarada, en este último trámite, una deuda a favor del actor, fallándose que debe quedar saldada la misma adjudicando al mismo las fincas que fueron objeto de anotación, debe denegarse la inscripción de dicha adjudicación derivada de tal rendición de cuentas porque la acción reivindicatoria entablada por el actor no prosperó, lo que conlleva el que no se puedan cancelar las posteriores inscripciones contradictorias que en la demanda se pidieron, sin que la anotación de demanda suponga dar cobijo a la petición de disolución y liquidación de la sociedad civil, que carece de trascendencia real.

Resolución de 12-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de San Lorenzo del Escorial, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. AMPLIACIÓN DE LAS CANTIDADES QUE INICIALMENTE CONSTAN GARANTIZADAS POR LA ANOTA-

CIÓN MEDIANTE NOTA AL MARGEN DE ESTA ÚLTIMA. PRIORIDAD REGISTRAL.

Aunque el fallo de la sentencia no se pronuncie sobre el carácter del bien que da lugar al recurso de los fundamentos jurídicos de aquella, resulta desvirtuada la presunción de su ganancialidad y acreditado el carácter privativo del precio con el que fue adquirido, por lo que es inscribible el documento presentado.

Resolución de 12-2-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO, RECURSO GUBERNATIVO: SU VIGENCIA, EN CASO DE INTERPOSICIÓN DEL MISMO.

No es el recurso gubernativo la vía adecuada para rectificar los asientos ya practicados en el Registro. El supuesto de hecho plantea también la cuestión de la vigencia del asiento de presentación cuando se ha interpuesto recurso que resulta desestimado por silencio negativo al no resolver la Dirección General en el plazo de tres meses, problema que ya ha sido resuelto por el artículo 327 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por el artículo 135.6 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, al disponer que «en caso de desestimación presunta por silencio administrativo, la prórroga del asiento de presentación vencerá cuando haya transcurrido un año, y un día hábil, desde la fecha de la interposición del recurso gubernativo».

Resolución de 14-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Granada, número 1

DOCUMENTOS JUDICIALES. CALIFICACIÓN. SOCIEDAD DE GANANCIALES: PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO DEL BIEN ADQUIRIDO.

Inscrita una tercera parte indivisa de una finca con carácter presuntivamente ganancial a favor de una señora, se presenta un testimonio de sentencia en juicio verbal sobre formación de inventario en autos de liquidación de la sociedad de gananciales, sin que en el fallo de la sentencia se aluda expresamente a dicho bien, aunque en el fundamento de derecho sí se declara probado el carácter privativo del precio con que el mismo se adquirió, no incluyéndose, lógicamente tal bien en el inventario, denegando el Registrador la práctica de la inscripción por no recogerse en el fallo el carácter del bien que consta en el aludido fundamento de derecho. La DGRN estima el recurso, pues aunque el carácter de dicho bien no resulte del fallo, sí ha quedado probado en la propia sentencia el carácter privativo del precio de su adquisición, lo que deberá hacerse constar en el Registro mediante la correspondiente nota marginal.

Resolución de 14-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Santander, número 2

RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACIÓN.

Procede su inadmisión por no haber sido acreditada auténticamente la representación voluntaria de la persona natural legitimada para recurrir después de haber sido requerida para ello y haber transcurrido el plazo para efectuarlo.

Resolución de 15-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Jávea

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO PRIVADO. COMPRAVENTA. CIRCUNSTANCIAS EXIGIBLES EN EL DOCUMENTO QUE DEBE DE CONTENER LA INSCRIPCIÓN. TRACTO SUCESIVO. INMATRICULACIÓN. ADQUIRENTE CASADO: CONSTANCIA DEL NOMBRE DEL CÓNYUGE CUANDO EL ACTO AFECTA A LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

No puede el Juez elevar a público documentos intermedios a los que no se refiere la sentencia.

Es necesario precisar en el documento presentado a inscripción, las circunstancias que respecto de las personas y fincas preceptúa el artículo 9 LH y 51 RH.

En caso de inmatriculación por título público, se precisa acreditar la previa adquisición por el transmitente.

Debe denegarse la inscripción cuando la finca consta inscrita a nombre de persona distinta del transmitente o causante.

Cuando el bien adquirido puede afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, debe constar el nombre y apellidos del cónyuge del adquirente.

Resolución de 15-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 6

DOCUMENTOS JUDICIALES. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA DEL TITULAR REGISTRAL EXPRESÁNDOSE SU FIRMEZA, PERO NO QUE HAYAN TRANSCURRIDO LOS PLAZOS DE CADUCIDAD DE LA PERTINENTE ACCIÓN DE RESCISIÓN.

Dictada en rebeldía una sentencia, no basta con que la misma sea firme, sino que es necesario que haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde, debiendo esperarse para la práctica de la inscripción pertinente al transcurso del plazo máximo extraordinario de 16 meses previsto por el artículo 502 de la LEC para el caso de que el demandado no hubiera podido

ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por seguir subsistiendo la causa de fuerza mayor.

Resolución de 16-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 2

PRIORIDAD. COLISIÓN DE DERECHOS. CONDICIÓN RESOLUTORIA EN GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO CONSTITUIDA EN ESCRITURA COMPLEMENTARIA DE OTRA PREVIA EN QUE SE PACTÓ TAL PRECIO, Y ACCEDIENDO TAL CONDICIÓN AL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A UNA HIPOTECA INSCRITA SOBRE LA FINCA VENDIDA.

Siendo compatibles la hipoteca y la condición resolutoria, es inscribible esta última, pues caso de su ejercicio, subsistirá la hipoteca, resolviéndose la colisión de derechos, en el presente caso, conforme al sistema del rango hipotecario.

Resolución de 16-2-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 2

RECURSO GUBERNATIVO. CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO UNA VEZ CANCELADO POR CADUCIDAD EL PRIMITIVO ASIENTO DE PRESENTACIÓN Y HABIENDO TRANSCURRIDO UN LARGO PLAZO DESDE LA REALIZACIÓN DE AQUELLA CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA.

No puede prosperar la pretensión del recurrente consistente en que la calificación del Registrador sustituto suponía la declaración de inscribibilidad de la escritura si se presentaban ciertos documentos, que son los que ahora se presentan, pues caducado el asiento de presentación originario, no estamos ya ante el mismo recurso, sino ante una nueva calificación y es esta última contra la que cabe el recurso, debiendo tenerse en cuenta que el recurso es contra la calificación del Registrador sustituido y no contra la del sustituto, cuyo alcance no es otro que remover los defectos observados por aquél.

Resolución de 17-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Alora

INMATRICULACIÓN. RECTIFICACIÓN DE FINCA YA INMATRICULADA, AMPLIANDO SU SUPERFICIE Y CAMBIANDO SUS LINDEROS INCLUYENDO UNA OBRA NUEVA ANTES NO DECLARADA.

No es posible que acceda al Registro, por vía de rectificación, una porción de terreno que no ha sido previamente inmatriculada, cuando se modifica la cabida y linderos de la finca, lo que viene, además, reforzado, cuando se

pretende inmatricular por tal vía, una vivienda o una edificación que se dice existente sobre el inmueble, debiendo acreditarse, además en tal caso, que la construcción se realizó con la oportuna licencia o justificar la concurrencia de alguno de los casos que prevé el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 17-2-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Barbate

INMATRICULACIÓN. EXPEDIENTE DE DOMINIO.

Procede no acceder a la inscripción de un auto aprobatorio de expediente de dominio para la inmatriculación de una finca, porque es requisito exigible la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica, así como el certificado de la Demarcación de Costas, por lindar la finca con el dominio público marítimo y, además, fundamentalmente, porque, a juicio de la Registradora, la finca procede de otra que ya se encuentra inmatriculada, como ya se hizo constar en su día en la certificación expedida, por lo que el procedimiento adecuado sería el de reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

Resolución de 18-2-2005
(BOE 6-4-2005)
Registro de la Propiedad de Roa

TRACTO SUCESIVO. SU REANUDACIÓN MEDIANTE EXPEDIENTE DE DOMINIO.

Es inscribible el testimonio del auto reanudador del tracto porque del mismo resulta que su promotor adquirió la finca, por venta judicial, ya que los herederos del titular registral se negaron a otorgar la correspondiente escritura de venta.

Resolución de 18-2-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Escalona

EXCESO DE CABIDA. DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. OBRA NUEVA: SU AMPLIACIÓN. ACREDITACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

Dada la entidad del exceso declarado, aunque la certificación catastral que se acompaña coincide con la superficie actual de la finca, la existencia de cambios de linderos y la falta en la certificación municipal que se acompaña de la constancia del mismo, plantea dudas fundadas de la identidad de la

finca o la existencia de una posible doble inmatriculación, por lo que aquella certificación catastral resulta insuficiente para ello, debiendo acudirse entonces al expediente de dominio, al acta de notoriedad o, en su caso, a una nueva inmatriculación.

Lo que ampararía una calificación suspensiva sería la inadecuación o contradicción entre la denominación atribuida al negocio jurídico y su contenido, por lo que no es defecto que impida la inscripción el que la escritura se denomine de rectificación y de obra nueva, siempre y cuando la misma cumpla con los requisitos reglamentariamente exigidos (art. 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio).

Resolución de 19-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

CALIFICACIÓN. SUSTITUTORIA. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA RECURRIR. PROPIEDAD HORIZONTAL. CONSTITUCIÓN EN DICHO RÉGIMEN DE UN EDIFICIO ANTIGUO: NO CABE PRESUMIR SU DERRIBO Y UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN.

El plazo de un mes para recurrir ha de contarse desde la fecha de la calificación sustitutoria y no desde la calificación del Registrador sustituido.

Si la configuración exterior del edificio es la misma y sólo se han realizado algunas modificaciones, no cabe presuponer que el edificio sea distinto del que figura inscrito.

Resolución de 19-2-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 5

CADUCIDAD. DE ANOTACIONES PREVENTIVAS PRORROGADAS REGISTRALMENTE CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEC.

De conformidad con el principio general del derecho del carácter no retroactivo de las normas, salvo que en ellas se disponga lo contrario, y también aplicando la Instrucción de la DGRN, de 12 de diciembre de 2000, las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud de mandamiento presentado en el Registro antes de la entrada en vigor de la nueva LEC, deben regirse por la legislación anterior, mientras que aquellas anotaciones preventivas prorrogadas por mandamiento presentado una vez en vigor aquella Ley, caducarán automáticamente una vez transcurrido el plazo por el que se haya decretado la prórroga, computado desde la fecha misma de la correspondiente anotación de prórroga, siendo posible, conforme a la Ley, practicar sucesivas y ulteriores prórrogas.

Resolución de 21-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6

QUIEBRA. DERECHO DE OPCIÓN INSCRITO POSTERIORMENTE. CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES AL EJERCICIO DE TAL DERECHO.

Inscrita una finca a favor de una S. A. declarada en quiebra, constando inscrita con anterioridad a tal declaración un derecho de opción de compra y con posterioridad a éste otras cargas posteriores, y presentada luego una escritura por la que los síndicos de la quiebra, como representantes de la optataria y el representante del optante convienen la compraventa en ejercicio por la última del derecho de opción, con independencia de si los síndicos pueden o no, sin intervención del Juez, realizar los actos formalizados en dicha escritura, y se precisa para cancelar derechos posteriores al ejercicio de la opción la oportuna consignación íntegra del precio a favor de los titulares cuyos derechos deben ser cancelados, no siendo inscribible la escritura porque la compraventa quedó consolidada de manera que no quiere el contrato si no se cumple la condición estipulada en la escritura y que se transcribe en la Resolución y además, porque la consignación se ha hecho, no en favor de los titulares de cargas posteriores, sino a favor del vendedor quebrado, de manera que aquéllos pueden ver burlados sus derechos.

Resolución de 21-2-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Alfaro

TERCERÍA DE DOMINIO. TRACTO SUCESIVO. SENTENCIA QUE DECLARA EL DOMINIO DE LOS TERCERISTAS Y QUE ORDENA LA CANCELACIÓN DEL EMBARGO, QUE NO CONSTA REGISTRALMENTE ANOTADO.

Es inscribible la sentencia que reconoce la propiedad del tercerista, habiéndose acreditado su adquisición con anterioridad al embargo, si bien no es posible la cancelación del mismo, por no haber tenido su correspondiente reflejo en el Registro. El tracto sucesivo queda cumplido, ya que el tercerista había adquirido la finca por contrato privado celebrado con el deudor embargado, cuya eficacia ha sido reconocida judicialmente.

Resolución de 22-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACIÓN COMO CONSECUENCIA DE SEPARACIÓN JUDICIAL. NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN PREVIA DE DICHA SENTENCIA EN EL REGISTRO CIVIL.

Presentada una escritura de liquidación de sociedad conyugal como consecuencia de una separación judicial, es necesario acreditar la previa inscrip-

ción de dicha separación en el Registro Civil, o bien aportando la sentencia que estableció dicha separación, en la que conste que el Juez ha dado conocimiento de dicha sentencia al encargado del Registro Civil correspondiente, bien mediante acreditación de la inscripción de dicha sentencia.

Resolución de 23-2-2005
(BOE 6-4-2003)
Registro de la Propiedad de Albocasser

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS. DIVISIÓN.

Dividido un local, que es elemento privativo de una propiedad horizontal, por su titular registral en tres, cuya suma de sus superficies es nueve metros cuadrados superior a su matriz y suspendida la inscripción por la diferencia de superficies, acompañándose a la escritura certificación de la junta de propietarios en que todos los condueños acuerdan unánimemente tal división con expresión de la superficie de cada uno de los locales resultantes, entiende el Centro Directivo que, si bien el negocio jurídico formalizado implica una modificación del título constitutivo, dada la escasa entidad de la diferencia de superficie, inferior a la vigésima parte, y que la misma puede deberse a la configuración interna de los nuevos locales, y que la junta de propietarios ha acordado tal división en los términos dichos que resultan de aludida certificación, considera inscribible, por tanto, la escritura.

Resolución de 25-2-2005
(BOE 6-4-2005)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 19

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Inscrita una finca a favor de una persona física concreta, que era Obispo de una Diócesis determinada, no es inscribible el título otorgado por la Archidiócesis, pues aquella persona es distinta de quien realiza el otorgamiento.

Resolución de 26-2-2005
(BOE 6-4-2005)
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos

PARTICIÓN. DE HERENCIA. LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES PREVIA. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE.

Siendo la liquidación de la sociedad de gananciales operación previa a la partición hereditaria, se requiere el consentimiento del cónyuge viudo, aunque lo pretendido sea sólo la inscripción de los bienes privativos del causante, pues aquella operación es previa a la determinación del haber hereditario.

Resolución de 28-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 7

PROPIEDAD HORIZONTAL. ANEJO. INNECESARIEDAD DE QUE PARA LA CONFIGURACIÓN DEL MISMO SEA PRECEPTIVA LICENCIA DE SEGREGACIÓN O DIVISIÓN.

Es innecesaria tal licencia porque la configuración de un anejo (en este caso, un jardín) no supone segregación o división, pues se estructura como tal dentro de la propiedad horizontal. Sí sería necesaria en caso de desvinculación del mismo.

Resolución de 1-3-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Denia, número 2

EXTRANJEROS. HERENCIA. ACREDITACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO APLICABLE.

No hay norma alguna que exija aportar documentos distintos de los referidos por el artículo 14 de la LH y 80 del RH, para la inscripción de una herencia, pero sí es necesaria la prueba del Derecho Extranjero aplicable al caso, como así viene exigido también en el ámbito procesal (cfr. art. 281.2 de la LEC), salvo que el Registrador lo conozca, siendo recomendable, aunque no el único medio, un informe jurídico emitido por el Notario español, bajo su responsabilidad, antes que una certificación del contenido que literalmente recoja la legislación extranjera aplicable, pues la traducción de la misma puede dar lugar a interpretaciones no muy adecuadas.

Resolución de 2-3-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Balmaseda

PRIORIDAD. ASIEN TO DE PRESENTACIÓN. NEGATIVA A PRACTICARLO, SIENDO EL TÍTULO PRESENTADO UNA INSTANCIA POR LA QUE SE SOLICITA LA CANCELACIÓN DE UN ASIEN TO QUE SE ESTIMA INDEBIDAMENTE PRACTICADO.

Siendo la instancia presentada un mero documento privado, no es la misma el título hábil para lograr la cancelación de la anotación preventiva prorrogada, no siendo, pues, en el presente caso, susceptible de causar asiento de presentación.

La negativa a practicar el asiento de presentación supone poner nota al pie de dicho título con indicación de las omisiones advertidas y de los medios de subsanación que se pueden emplear, debiendo comunicarse tal decisión al remitente o a quien entregó el título en el mismo día o en el día siguiente hábil, siendo susceptible de recurso de queja ante la Dirección General, conforme al artículo 329 de la LH.

Resolución de 3-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 5

TRACTO SUCESIVO. EJECUCIÓN. ADJUDICACIÓN DE FINCA QUE CONSTA YA INSCRITA A NOMBRE DE TERCERO EN BASE A UNA EJECUCIÓN ANTERIOR.

Encontrándose una finca inscrita a nombre de tercera persona en base a una ejecución anterior, no es posible inscribir la compraventa derivada de un expediente de apremio por débitos debidos a la falta de pago de la cuota de una Junta de Compensación, y ello aunque el título de ejecución por el que la recurrente resultó adjudicataria pueda ser preferente al que dio lugar a la inscripción a favor del tercero, pues ya consta cancelada la anotación en virtud de la ejecución que determinó la adjudicación a favor de este último, quien figura actualmente como titular registral de la finca, y sin perjuicio de que, en su caso, se pueda acudir a los Tribunales de Justicia, a efectos de determinar la nulidad de la cancelación practicada en su día respecto de dicha anotación.

Resolución de 4-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 2

HIPOTECA. EN GARANTÍA DEL FIADOR.

En una primera escritura se constituye una hipoteca sobre una finca del deudor, en garantía de un préstamo hipotecario. En una segunda escritura un tercero se compromete con el deudor a pagar el citado préstamo, si el deudor no paga. El deudor, a su vez, constituye una segunda hipoteca sobre la misma finca a favor del fiador, para asegurarle el cobro de la posible obligación futura que el deudor podría tener con el fiador, derivada del afianzamiento prestado.

El Registrador se niega a inscribir la segunda hipoteca, pues entiende que el derecho del fiador contra el deudor, si paga por el deudor, se confundiría con el derecho del primer acreedor hipotecario, en cuya posición jurídica se subrogaría. Y no puede haber dos hipotecas garantizando una misma obligación.

La DGRN rechaza los argumentos del Registrador, de acuerdo con la doctrina más reciente, según la cual la obligación que el deudor mantiene con el fiador que ha pagado es diferente de la obligación del deudor para con el acreedor. Y ello es así, incluso en el caso de que el fiador, por razón del pago, se subroge en todos los derechos y obligaciones del acreedor contra el deudor, pues en el caso de que se ejerciten dichos derechos y no se produzca el reembolso total tendrá el fiador abierta la posibilidad de acudir por el resto no pagado contra el deudor. Se vería más claro si la finca hipotecada a favor del fiador hubiera sido una segunda finca contra la que acudir, después de haber ejecutado la primera. Son por tanto dos obligaciones diferentes (la del acreedor-deudor, y la del fiador-deudor), susceptibles de dos garantías diferentes.

Resolución de 5-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Tías

RECURSO GUBERNATIVO. IGUALDAD EN LOS SUPUESTOS DE HECHO, EN EL RECURRENTE Y EN LA NOTA DE CALIFICACIÓN. PRIORIDAD: SU ALCANCE RESPECTO DE DOCUMENTOS PRESENTADOS POSTERIOR- MENTE Y RESPECTO DE AQUÉLLOS QUE TAMBIÉN PRESENTADOS LUEGO SÓLO PRETENDEN QUE SE TOMEN EN CONSIDERACIÓN EN LA CALIFICACIÓN. REPRESENTACIÓN: FORMA DE ACREDITARLA, MEDIAN- DO INTENTO DE REVOCACIÓN PREVIA DEL RESPECTIVO PODER A TRAVÉS DE UN DOCUMENTO PRESENTADO POSTERIORMENTE A LAS ESCRITURAS CALIFICADAS.

Cabe la resolución conjunta en un solo expediente cuando media igualdad en los supuestos de hecho, en el propio recurrente y en el contenido de las notas de calificación. A efectos del principio de prioridad, la calificación de un título debe realizarse atendiendo a lo que del mismo resulte y a la situa- ción registral que exista en el momento de su presentación, sin que puedan ser obstáculo para la práctica del asiento pertinente otros títulos, aunque puedan resultar incompatibles, que se hayan presentado posteriormente; no debiendo, además, tomarse en consideración documentos que dudosamente debieron ser presentados ulteriormente con el solo fin de denunciar situacio- nes anormales de posibles títulos inscribibles. No acreditadas por el represen- tante de la entidad vendedora sus facultades representativas al tiempo de otorgarse la escritura de venta, sí deben entenderse acreditadas luego cuando ratifica su anterior actuación por otra escritura exhibiendo al Notario la copia de su poder, dando fe este último de ello y del contenido transcrito, todo lo cual presupone su vigencia, no pudiendo tomarse en consideración el docu- mento presentado posteriormente que sólo persigue la revocación de dicho poder pues, aparte de lo antes dicho, a mayor abundamiento, en ningún momento se acredita tal revocación, quedando tal cuestión sujeta a la apre- ciación de los Tribunales.

Resolución de 7-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farnés

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. NO CABE AQUÉL PARA RECTIFICAR ASIENTOS YA PRACTICADOS.

No es el recurso contra la calificación la vía adecuada para lograr la rectificación de asientos ya practicados, pues aquél sólo procede contra la negativa del Registrador a extender los mismos, bien suspendiendo o dene- gando su práctica.

Resolución de 8-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Belchite

CANCELACIÓN. CADUCIDAD. HIPOTECA CUYA EJECUCIÓN CONSTA INICIADA EN EL REGISTRO. INAPLICABILIDAD EN TAL CASO DEL ARTÍCULO 82.5 DE LA LH. NECESIDAD DE QUE LA FIRMA DE QUIEN SUSCRIBE LA SOLICITUD EN LA QUE SE INTERESA LA CANCELACIÓN CONSTE LEGITIMADA.

Es requisito imprescindible en tal caso que la firma de quien suscribe la instancia conste legitimada notarialmente, o bien que se firme y ratifique ante el Registrador.

No cabe la cancelación por caducidad que prevé el artículo 82.5 de la LH, porque constando en el Registro el inicio de la ejecución hipotecaria, consta, pues, interrumpido el plazo de prescripción de tal acción.

Resolución de 9-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Cullera

SOCIEDAD DE GANANCIALES. BIEN INSCRITO EN 1907 A NOMBRE DE PERSONA CASADA, «SIN CONDICIÓN ESPECIAL ALGUNA», Y SIN EXPRESARSE EN LA INSCRIPCIÓN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL ADQUIRENTE. REPARCELACIÓN: FALTA DEL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO PARA INSCRIBIR LA TRANSMISIÓN DE SUS PARTICIPACIONES SOBRE LAS FINCAS RESULTANTES DE LA REPARCELACIÓN. INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL CAUSANTE EN LAS FINCAS DE RESULTADO, DE IGUAL PARTICIPACIÓN QUE LA QUE CONSTABA EN EL TÍTULO REPARCELATORIO, AUN SIENDO MENOR QUE LA QUE REFLEJABA LAS FINCAS DE ORIGEN.

Presumiéndose gananciales los bienes al tiempo en que tuvo lugar su adquisición por el causante y no habiéndose discutido que el régimen económico matrimonial vigente cuando tuvo lugar aquélla, era el legal supletorio de la sociedad de gananciales propio del territorio de Derecho Civil común, la carga de la prueba relativa a la privatividad de la parte indivisa comprada por el cónyuge finado correspondió, en su día, a éste, y una vez fallecido, a sus herederos y, en su defecto, a los herederos de estos últimos, todo lo cual conduce a considerar como ganancial dicha participación indivisa; por lo que, como consecuencia de ello, falta el consentimiento del interesado o interesados para la práctica de la inscripción de la transmisión de sus participaciones sobre las fincas resultantes de la parcelación, siendo suficiente con que se subsane el defecto aludido en primer lugar para poder así inscribir las participaciones adjudicadas al causante en la reparcelación, a nombre de los ahora recurrentes en los folios de las fincas de resultado; sin que, por otra parte, haya dejado de actuar correctamente el Registrador cuando se limitó a inscribir a nombre del causante en los folios de las fincas resultantes la misma participación que resultaba a su favor en el título reparcelatorio, aunque aquélla fuese menor de las que ostentaba en las fincas de origen, sólo siendo

posible impugnar tales inscripciones acudiendo a la vía contencioso-administrativa contra el expediente aprobatorio de la reparcelación.

Resolución de 16-3-2005

(BOE 19-4-2005)

Registro de la Propiedad de Pamplona, número 1

CALIFICACIÓN. DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIA QUE SE EXTRALIMITA DE LO PEDIDO EN LA DEMANDA.

El Registrador debe cumplir las resoluciones judiciales firmes, sin que pueda entrar en el fondo del asunto, aunque la sentencia pueda extralimitarse de lo solicitado en la demanda.

No cabe cancelar los asientos posteriores a la inscripción de un derecho de opción de compra en cuya titularidad se subrogó quien era acreedor del titular de aquel derecho, como consecuencia del ejercicio de la acción subrogatoria, sobre la base del testimonio de una sentencia firme —de cuya demanda se tomó anotación en su día—, porque para la efectividad de dichas cancelaciones no sólo basta con que se pidan en la demanda y que hayan quedado reflejadas en la respectiva anotación, sino que se precisa se ordenen las mismas en virtud del mandamiento correspondiente dictado en ejecución de sentencia, por remitirse a esto último aquella sentencia firme.

Resolución de 17-3-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Valls

TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUIEBRA. RETROACCIÓN. SUPUESTO ANTERIOR A LA NUEVA LEY CONCURSAL.

No cabe practicar una anotación preventiva de quiebra con constancia de la fecha de retroacción de la misma, cuando las fincas afectadas se encuentran inscritas a nombre de persona distintas del quebrado.

Resolución de 18-3-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. NO CABE AQUÉL PARA RECTIFICAR ASIENTOS YA PRACTICADOS.

No es el recurso contra la calificación la vía adecuada para lograr la rectificación de asientos ya practicados, pues aquél sólo procede contra la negativa del Registrador a extender los mismos, bien suspendiendo o denegando su práctica.

Resolución de 19-3-2005
(BOE 19-4-2005)
Registro de la Propiedad de Santa Fe

CALIFICACIÓN. SUSTITUTORIA. RECURSO GUBERNATIVO: SU INTERPOSICIÓN DEBE CIRCUNSCRIBIRSE AL DEFECTO INCLUIDO EN LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUIDO CONFIRMADO POR EL SUSTITUTO. PODER: SU INTERPRETACIÓN RESPECTO DE LAS FACULTADES CONFERIDAS.

La interposición del recurso gubernativo ha de circunscribirse únicamente al defecto incluido en la calificación del Registrador sustituido que haya sido confirmado por el Registrador sustituto.

A juicio del Centro Directivo, no existe extralimitación del poder conferido para vender una determinada finca registral, y realizar, a tal efecto, segregaciones de la misma, aunque el negocio contenido en la escritura calificada se refiera a la segregación y venta de una finca procedente de otra que, a su vez, se segregó de aquélla a la que se refiere el poder.

Resolución de 21-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 7

RECURSO GUBERNATIVO. INFORME DEL REGISTRADOR. OBRA NUEVA: SU RECTIFICACIÓN. PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.

Reitera la Dirección General su doctrina de que el informe del Registrador no es el momento procedimental idóneo para incluir nuevos argumentos o fundamentos en defensa de la nota de calificación.

No cabe pedir otorgamiento de escritura de ampliación de obra nueva, ni nueva licencia y constitución del seguro decenal, porque las modificaciones hechas en la escritura de rectificación constan ya contenidas, en su día, en el proyecto para el que se obtuvo licencia en la escritura originaria, según así manifiesta el arquitecto director de las obras en la propia escritura, a quien le corresponde realizar tal aseveración. Ahora bien, puesto que la subsanación supone el nacimiento de nuevos elementos privativos, la alteración de cuotas y la modificación, en suma, de los Estatutos, se requiere unanimidad de los propietarios sin que sea título adecuado para la operatividad de tal rectificación el acta notarial autorizado al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial.

Resolución de 21-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro de la Propiedad de Sigüenza

CONVENIO REGULADOR. BIENES PRIVATIVOS INCLUIDOS EN EL MISMO.

Realizada la liquidación de la sociedad de gananciales en un convenio regulador, por divorcio de los cónyuges, incluyéndose en el inventa-

rio bienes privativos de los mismos, y rechazada la inscripción por ser las fincas inventariadas privativas y no gananciales de los ex cónyuges, y aportado posteriormente por el propio recurrente, con posterioridad a la interposición del recurso, auto denegando la aclaración por él solicitada, resolviendo que no cabe utilizar el convenio regulador para proceder a la liquidación de bienes que no sean gananciales, declara el Centro Directivo, con fundamento exclusivo en el auto que resuelve la aclaración planteada, que no cabe la inscripción por inadecuación entre el procedimiento utilizado y el carácter de los bienes inventariados, y porque sería distinto el tratamiento jurídico de la causa de adquisición de los bienes, según los mismos fuesen privativos o gananciales, como distinto sería su régimen fiscal. No resuelve, sin embargo, la Dirección General el verdadero problema de interés práctico sobre si es posible o no incluir bienes privativos en el convenio regulador suscrito por quienes estaban casados bajo el régimen de gananciales.

Resolución de 22-3-2005

(BOE 21-4-2005)

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 2

DEROGACIÓN. DE NORMAS. SILENCIO ADMINISTRATIVO: POSITIVO. CONCESIÓN DE LICENCIA POR TAL VÍA.

Una norma general posterior no deroga a una norma especial anterior, si aquélla no lo dice expresamente.

El Registrador tiene que dar por adquirido el derecho que se pretende, por la vía del silencio administrativo positivo, y practicar el asiento correspondiente, salvo que le resulte notoriamente que tal derecho no ha llegado a adquirirse por ser contrario, en el presente caso, al planeamiento.

Registro Mercantil

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 11-1-2005.

(BOE 3, 4, 5-3-2005).

Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife.

AUMENTO DE CAPITAL. APORTACIÓN DINERARIA. FECHA DEL DEPÓSITO.

La fecha del depósito no puede ser anterior en más de dos meses a la del acuerdo de aumento. Puede ser coincidente con ésta o incluso posterior.

Resolución de 29-1-2005
(BOE 8-3-2005)
Registro Mercantil de Valencia, número II

OBJETO SOCIAL.

La actividad «arrendamiento de inmuebles» no incluye como especie la de leasing o arrendamiento financiero, cuya causa es la financiación empresarial, distinta de la de aquellos otros contratos cuya causa es el cambio o derecho de goce.

Resolución de 1-2-2005
(BOE 6-4-2005)
Registro Mercantil de Valencia II

AUMENTO DE CAPITAL. IDENTIDAD DE LOS SUSCRIPTORES.

La exigencia del artículo 178 LSRL de expresar la identidad de los adjudicatarios de las participaciones puede cumplirse manifestando en la escritura los datos que expresa el artículo 38 RRM, o remitiéndose a los que constan en el Registro, con expresión de que no han variado.

Resolución de 4-2-2005
(BOE 15-3-2005)
Registro Mercantil de *Zaragoza*

DEPÓSITO DE CUENTAS. INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL.

Es obligatorio incorporar la información medioambiental. No es quien presenta las cuentas quien decide si la información es o no relevante y, además, el no incluirla no significa que no sea relevante.

Resolución de 21-2-2005
(BOE 4-4-2005)
Registro Mercantil de Santander

DEPÓSITO DE CUENTAS. ASOCIACIÓN.

Una Asociación, cuya naturaleza jurídica sea la de una organización con régimen asociativo específico no incluido en el ámbito de aplicación de la Ley de Asociaciones, al no haber sido declarada de utilidad pública y actuar con ánimo de lucro, debe depositar sus cuentas en el Registro Mercantil si su volumen de negocio lo exige, conforme a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Resolución de 24-2-2005
(BOE 6-4-2005)
Registro Mercantil de Lleida

DENOMINACIÓN SOCIAL.

Es contraria a las buenas costumbres, conforme a los criterios sociales dominantes, la denominación «Jutge Penjat, S. L.» (Juez Ahorcado, S. L.).

Resolución de 28-2-2005
(BOE 13-4-2005)
Registro Mercantil de Valencia

DEPÓSITO DE CUENTAS. CALIFICACIÓN.

El Registrador puede y debe calificar la validez del contenido de los documentos y, por tanto, es defecto que impide el depósito, el que el capital que figura en las cuentas no coincida con el que consta inscrito.

Es necesario aportar con el recurso los originales de los documentos calificados o testimonio de los mismos.

Resolución de 8-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro Mercantil de Valladolid

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA.

Aunque cabe la delegación de la facultad de convocar junta, no debe confundirse dicha delegación con la atribución estatutaria del poder de representación al Presidente. Esta facultad se limita a las relaciones externas de la sociedad, por lo que no está legitimado para convocar.

Resolución de 9-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro Mercantil de Valencia

RECURSO GUBERNATIVO.

Conforme al principio de legitimación, se presume la exactitud de los asientos registrales. Sólo cabe interponer recurso contra calificaciones desfavorables, no contra las que desembocan en la práctica del asiento.

Resolución de 10-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro Mercantil de Barcelona II

DECLARACIÓN DE UNIPERSONALIDAD.

Es inscribible la realizada en la propia escritura de transmisión de las participaciones por el administrador que asume el compromiso de hacerla constar en el libro de socios.

Resolución de 11-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro Mercantil de Barcelona XV

CIERRE REGISTRAL POR BAJA EN HACIENDA. ACUERDOS SOCIALES. DOCUMENTACIÓN.

La baja provisional de la sociedad en el índice de entidades jurídicas impide la inscripción del cese de los administradores.

Es necesaria la legitimación notarial de la firma del que suscribe el acta de decisiones de socio único, así como, en general, el de las actas que documenten los acuerdos sociales.

Resolución de 12-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Valencia IV

TRANSFORMACIÓN. EXPERTO.

La valoración del patrimonio no dinerario de una sociedad limitada que se transforma en anónima debe efectuarse por un experto designado por el Registrador Mercantil.

Resolución de 14-3-2005
(BOE 21-4-2005)
Registro Mercantil de Cantabria

REDUCCIÓN DE CAPITAL A CERO.

En la convocatoria debe constar que la reducción es a cero y la advertencia que establece el artículo 144.1.c).

Es preciso analizar el informe del auditor para comprobar que realmente existen las pérdidas.

Registro de Bienes Muebles

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 4-1-2005
(BOE 4-3-2005)
Registro de Bienes Muebles. A Coruña

RECURSO.

La DG no es competente para alterar el rango de dos asientos ya practicados. Eso sólo puede producirse por acuerdo Ínter partes o a través de un procedimiento judicial.

Resoluciones de 5, 12, 13, 14, 15, 18, 19-1-2005
(BOE 3, 4, 7 y 8-3-2005)
Registro de Bienes Muebles. Barcelona, Almería

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. MODELOS OFICIALES.

Los contratos de arrendamiento financiero deben recogerse en los modelos oficiales aprobados por la DGRN, aunque cabe la inscripción de los que consten en documento público siempre que respeten el contenido mínimo impuesto por la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 19-7-1999 que tiene la consideración de Reglamento.

Resoluciones de 7 y 24-1-2005
(BOE 4, 8-3-2005)
Registro de Bienes Muebles. Sevilla, Asturias

RESERVA DE DOMINIO.

No cabe la enajenación de un bien afecto a una reserva de dominio puesto que ésta no es una mera carga, sino un reconocimiento de la titularidad del vendedor. Sólo cabría el embargo de los derechos que sobre el bien en cuestión correspondan al deudor.

Resolución de 10-1-2005
(BOE 5-3-2005)
Registro de Bienes Muebles. Valencia

NOTIFICACIÓN AL NOTARIO. IDENTIFICACIÓN DEL VEHÍCULO

El contrato de arrendamiento financiero formalizado en modelo oficial intervenido por Notario, tiene el valor de documento público y, por tanto, debe notificarse al Notario la calificación recaída.

Para practicar operaciones registrales sobre vehículos, basta con que queden identificados por la matrícula o el número de bastidor de forma alternativa, a menos que el Registrador tuviera dudas fundadas sobre su identidad.

Resolución de 11-1-2005

(BOE 5-3-2005)

Registro de Bienes Muebles. Vizcaya

CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN DE EMBARGO.

Por el principio de prioridad, ejecutado un bien previamente anotado el embargo, se produce la purga de las cargas posteriores. La cancelación no se produce de oficio, sino por documento judicial cuya calificación se extiende a sus formalidades extrínsecas, tracto, competencia y adecuación del procedimiento; no a su pureza ni sus fundamentos jurídicos.

Resolución de 17-1-2005

(BOE 7-3-2005)

Registro de Bienes Muebles. Vizcaya.

RECURSO.

La Dirección General no es competente para resolver un conflicto de leyes. El recurso no puede interponerse sobre calificaciones positivas. No puede prorrogarse una anotación cancelada.

Resoluciones de 20, 21 y 22-1-2005

(BOE 7, 8, 8-3-2005)

Registro de Bienes Muebles. Barcelona

IDENTIFICACIÓN DE VEHÍCULO.

Reitera doctrina de anteriores Resoluciones en el sentido de que para practicar operaciones registrales sobre vehículos, basta con que queden identificados por medio de la matrícula o del número de bastidor de forma alternativa, a menos que el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la identidad de aquél; aunque, siendo conocidos ambos datos, sería conveniente consignarlos para evitar dobles inmatriculaciones o el acceso al Registro de titularidades incompatibles.

Resolución de 25-1-2005

(BOE 8-3-2005)

Registro de Bienes Muebles. Almería

MODELOS OFICIALES. IDENTIFICACIÓN DE VEHÍCULO.

Los contratos de arrendamiento financiero deben recogerse en los modelos oficiales aprobados por la DGRN, aunque cabe la inscripción, si constan

en documento público, respetando el contenido mínimo impuesto por la Ordenanza.

Para practicar operaciones registrales sobre vehículos, basta con que queden identificados por medio de la matrícula o del número del bastidor de forma alternativa.

Resolución de 26-1-2005

(BOE 8-3-2005)

Registro de Bienes Muebles. Almería

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. MODELOS. INSCRIPCIÓN PREVIA EN EL REGISTRO MERCANTIL

Los contratos de arrendamiento financiero deben recogerse en los modelos oficiales aprobados por la DGRN, aunque cabe la inscripción de los que consten en documento público siempre que respeten el contenido mínimo impuesto por la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 19-7-1999 que tiene la consideración de Reglamento.

Para poder inscribir bienes a nombre de una SRL es precisa su previa inscripción en el Registro Mercantil, aunque cabría la inscripción a nombre de los socios como integrantes de la sociedad en formación si así se solicita.

Resolución de 27-1-2005

(BOE 8-3-2005)

Registro de Bienes Muebles. Almería

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. MODELOS OFICIALES.

Los contratos de arrendamiento financiero deben recogerse en los modelos oficiales aprobados por la DGRN, aunque cabe la inscripción de los que consten en documento público, siempre que respeten el contenido mínimo impuesto por la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 19-7-1999, que tiene la consideración de Reglamento.

Resolución de 23-2-2005

(BOE 6-4-2005)

Registro de Bienes Muebles. Barcelona

HIPOTECA MOBILIARIA. MAQUINARIA GRAVADA CON HIPOTECA INMOBILIARIA.

Dado el carácter constitutivo de la hipoteca, es el momento de la inscripción al que debe ir referida la exigencia de que el bien hipotecado esté libre de cargas.

Resolución de 24-2-2005
(BOE 6-4-2005)
Registro de Bienes Muebles. Toledo

ANOTACIÓN DE EMBARGO.

Conforme al artículo 165 RH, el mandamiento debe insertar literalmente la resolución que ordena el embargo con su fecha.

Resolución de 25-2-2005
(BOE 6-4-2005)
Registro de Bienes Muebles. Cádiz

BUQUES. TRACTO. MALA FE.

Conforme a los principios de tracto sucesivo y de tutela judicial efectiva, no puede inscribirse la adjudicación de un buque que aparece inscrito a favor de persona distinta del demandado y que no ha sido parte en el procedimiento. La mala fe no puede ser apreciada por el Registrador. En resoluciones sobre incapacidad son los Tribunales los que deben dictar las medidas cautelares pertinentes.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

VECINDAD CIVIL Y REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 de febrero de 2005.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—Doña Blasa formuló demanda contra su esposo don José Carlos, solicitando se decretase la separación de los cónyuges y se estableciesen como definitivas las medidas provisionales acordadas por auto de 28 de noviembre de 2000. Don José Carlos, por su parte, interesó que se acogiesen las peticiones de su esposa, salvo en lo referente a la *compensación económica solicitada*.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la pretensión deducida, declarando la separación de los cónyuges, atribuyendo a la esposa y a sus hijos el ajuar doméstico y el domicilio conyugal y estableciendo una ayuda mensual para la hija del matrimonio que aún siendo mayor de edad no contaba con ingresos propios, así como *una compensación económica de 40.000 ptas. mensuales durante 18 años a favor de la demandante*. No se hizo declaración en cuanto a costas.

En fase de apelación, la Audiencia Provincial *revocó* la resolución del Juzgado «absolviendo al demandado de los pedimentos de la actora, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias», según textualmente se hace constar en la sentencia de 16 de enero de 2002.

Doña Blasa ha interpuesto el presente recurso de casación por interés casacional, acompañando el texto de las sentencias de esta Sala a cuya doctrina entiende se opone la resolución de la Audiencia Provincial.

Fallo.—Se declara haber lugar al recurso de casación, por interés casacional, interpuesto por doña Blasa contra la sentencia dictada el dieciséis de enero de dos mil dos por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, conociendo en grado de apelación de los autos de separación matrimonial número 223/00, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Quart de Poblet, resolución que se casa y parcialmente se anula, exclusivamente *en cuanto se refiere a la afirmación de la clase de régimen a que se hallaba sometido el matrimonio de la actora y su esposo demandado, que habrá de entenderse que es el de separación de bienes*.

Doctrina.—Matrimonio contraído por personas de diferente vecindad civil antes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil. Varón con vecindad

foral balear y mujer con vecindad común que contraen matrimonio en Ibiza, que desarrollan su convivencia postmatrimonial en la propia isla durante más de un año, y que no otorgan en ningún momento capitulaciones matrimoniales. Sujeción al régimen correspondiente a la vecindad civil del marido. Aplicación del régimen de separación absoluta de bienes. Irrelevancia del hecho de que en una declaración del IRPF los cónyuges hicieran constar que estaban sometidos al régimen de gananciales. La firma de tal declaración no es asimilable al otorgamiento de capitulaciones.

COMENTARIO

I. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: SEPARACIÓN DE BIENES o GANANCIALIDAD

A) *Argumentos de la recurrente a favor del régimen de separación*

Expone la recurrente que a su juicio los cónyuges estaban sujetos al régimen matrimonial de separación de bienes, ya que el demandado era de vecindad foral balear, por haber nacido en Ibiza y ser hijo de personas aforadas, y además, el matrimonio se había celebrado en Ibiza el 18 de abril de 1973, donde residieron los cónyuges hasta que a finales de 1974 se trasladaron a Valencia. Por ello había solicitado la indemnización prevista en el artículo 1.438 del Código Civil, petición a la que el demandado se opuso, alegando que al ser la actora de vecindad civil común, el matrimonio estaba sometido al régimen de gananciales.

B) *Argumentos de la parte recurrida a favor del régimen de gananciales*

No es posible la existencia de régimen de separación, dado el escasísimo tiempo que vivieron los cónyuges en Ibiza, en tanto que durante un largo período residieron en Valencia, donde hacía 26 años había nacido el segundo de sus hijos. Se subraya, además, que en una declaración de renta obrante en autos se hacía constar que el régimen matrimonial de los interesados era el de gananciales.

Se añade que, por otra parte, aun cuando el matrimonio hubiese estado sometido al régimen de separación, tampoco sería procedente la indemnización que solicitaba la esposa, pues dicha compensación sólo puede fundarse en la existencia de una desigualdad patrimonial en el momento de la separación, en perjuicio del cónyuge que careciere de retribución o la tuviere insuficiente y que además se haya dedicado a la casa.

Finalmente se indica que en caso de inexistencia de bienes durante el matrimonio no podría aplicarse el artículo 1.438 del Código Civil, y esto es lo que ha sucedido en el caso de litigio, pues la esposa había reconocido en confesión que no habían adquirido nada durante su unión.

II. VECINDAD CIVIL Y MOMENTO DEL MATRIMONIO

La recurrente, en apoyo de su tesis en cuanto a la determinación de la ley vigente en los matrimonios contraídos —como el de los litigantes— antes de

la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1973-1974, invoca la doctrina sentada por las sentencias de esta Sala cuyo testimonio acompaña.

En la *sentencia de 6 de octubre de 1986* (1) se afirma que antes de las mencionadas reformas, *el Código Civil imponía la sujeción de los cónyuges al régimen económico matrimonial correspondiente a la vecindad civil del varón, en atención al principio de unidad familiar* y se añade que la reforma de 1974 había mantenido como punto de conexión la ley personal del marido en el momento de contraerse el matrimonio, la cual habría de aplicarse a falta de capitulaciones matrimoniales y de carencia de una ley nacional común durante el matrimonio, concluyendo que era la vecindad civil del varón la que discernía de modo inalterable y fijaba para siempre —salvo la posibilidad de capitular— el régimen económico matrimonial.

Y, en la *sentencia de 10 de diciembre de 1952*, se da igualmente por sentado que *la vecindad foral del varón, al tiempo de contraer el matrimonio, determinaría los efectos patrimoniales del mismo* (2).

III. APLICACIÓN DE LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL (ANTERIOR A LA REFORMA DE 1973)

Los litigantes contrajeron matrimonio el 18 de abril de 1973, fecha en que aún no habían entrado en vigor la ley de Bases 3/1973, de 17 de marzo, ni el Decreto 1836, de 31 de mayo de 1974, de reforma del Título Preliminar del Código Civil.

Por ello, se mantenía vigente la redacción originaria de los artículos 9, 12, 13 y 14, así como el artículo 15, cuyo penúltimo párrafo establecía que, *en todo caso, la mujer casada seguiría la condición de su marido*.

Tras la reforma de 1973-1974, el artículo 9.3 dispuso que el cambio de nacionalidad no alteraría el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acordasen los cónyuges, en tanto que el artículo 16.1 se remitía al Capítulo IV (Normas de Derecho Internacional Privado, art. 8 al 12) para resolver los conflictos de leyes que pudieran surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional.

Después de la promulgación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre (y lo mismo tras la Ley 11/2003, de 29 de septiembre), el artículo 9.2 señala las leyes que, en cada supuesto, han de regir los efectos del matrimonio, disponiendo que a falta de ley personal común, y de elección de otra realizada por los cónyuges en documento auténtico, antes de contraer matrimonio, *se aplicaría la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, la del lugar de celebración del matrimonio*.

A su vez, el artículo 16.3 establece que los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9, y, en su defecto, por el Código Civil.

A la vista de todo ello, sostiene la recurrente que, teniendo en cuenta la fecha y el lugar de celebración del matrimonio de los litigantes y el punto de

(1) Sentencia de 6 de octubre de 1986 (LA LEY JURIS. 11373-JF/0000).

(2) En términos análogos se expresan la *sentencia de 23 de marzo de 1992* (LA LEY JURIS. 14604-R/1992) y la *de 15 de noviembre de 1991* (LA LEY JURIS. 14320-R/1992).

residencia postmatrimonial (Ibiza), así como que no habían otorgado capitulaciones matrimoniales, *el régimen a que ha de someterse su sociedad conyugal es el de separación absoluta de bienes, como prevenía el artículo 66 de la Ley 5/1961, de 19 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares y actualmente establece el artículo 67 del Texto Refundido de la misma (Real Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear).*

La sentencia objeto de estudio señala que «concurren los siguientes datos relevantes en orden al tema objeto de controversia:

- a) Que el matrimonio se contrajo en Ibiza, antes de la reforma de 1973-74;
- b) Que el marido demandado tenía su vecindad civil en dicha isla en tanto que la esposa ostentaba la común;
- c) Que la convivencia post-matrimonial se desarrolló igualmente en Ibiza durante más de un año; y
- d) Que los cónyuges no han otorgado en momento alguno capitulaciones.

Frente a dichas circunstancias ha de calificarse de absolutamente *irrelevante* el hecho de que en una declaración para el impuesto sobre la renta se hiciera constar que los cónyuges estaban sometidos al régimen de gananciales, dada la concreta finalidad que pretendía tal declaración, y la evidencia de que la firma de la misma en modo alguno puede considerarse asimilable al otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales».

IV. APLICACIÓN o INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.438 DEL CÓDIGO CIVIL

Resta por determinar si el acogimiento del recurso respecto al particular a que acabamos de referirnos puede extenderse al pronunciamiento de la sentencia impugnada que deja sin efecto la pensión compensatoria temporal que, en atención a cuanto dispone el artículo 1.438 del Código Civil, había establecido el Juzgado de Primera Instancia (3).

Afirma la Audiencia Provincial que la indemnización que prevé el citado precepto sólo será procedente en aquellos casos en que el sostenimiento de las cargas del matrimonio no haya absorbido todas las retribuciones que pudieran haber percibido los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, de tal modo que a los mismos les hubiera sido posible llevar a cabo la adquisición de bienes.

Implícitamente está entendiendo el Tribunal de apelación que si el levantamiento de cargas familiares ha requerido no sólo la aplicación de la totalidad de los emolumentos que por su trabajo hubieran cobrado los esposos sino también el trabajo personal para la casa de alguno de ellos y de estas circunstancias derivase la imposibilidad de los mismos de incrementar su patrimonio, no podría hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude el artículo 1.438 del Código Civil, por cuanto uno

(3) Recordemos que en el régimen de separación hay que proveer al sostenimiento de las cargas del matrimonio por ambos cónyuges. El citado artículo añade que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará a la extinción del régimen.

y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservarían posiciones y posibilidades económicas análogas a aquéllas que tenían durante la vigencia del mismo.

A partir de este planteamiento, la Sala de instancia considerando acreditada —por confesión de la esposa— la no existencia de bien alguno adquirido durante el matrimonio, concluye que es inaplicable el artículo 1.438 del Código Civil y revoca la sentencia del Juzgado.

Nos encontramos, así, ante una declaración de hechos probados, que no puede ser alterada en el presente recurso de casación por interés casacional, lo que impide extender el acogimiento parcial del mismo a que antes nos hemos referido al tema de la denegación a la esposa de la pensión compensatoria que había sido fijada en primera instancia.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de Familia

DIVORCIO. PENSIÓN COMPENSATORIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE FEBRERO DE 2005.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—El Juez de Primera Instancia número doce de Palma de Mallorca dictó sentencia con fecha 8 de octubre de 2001, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallo: Que estimando la demanda presentada por don Luis Antonio debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio entre el ya mencionado don Luis Antonio y doña María Dolores, con adopción de las siguientes medidas:... 6. "Don Luis Antonio abonará en concepto de pensión compensatoria para su esposa la cantidad que se determine en ejecución de la presente resolución y que se obtenga de actualizar, conforme al índice en su día establecido, la pensión que en idéntico concepto fue fijada en la sentencia que decretaba la separación conyugal de los hoy litigantes. Dicha cantidad se actualizará anualmente con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Dicha pensión deberá ser abonada por el señor Luis Antonio hasta el próximo 1 de enero de 2004, fecha en que quedará extinguida automáticamente la indicada pensión de no haberlo hecho con anterioridad por alguna de las circunstancias que se recogen en el artículo 101 del Código Civil"».

Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones respectivas de don Luis Antonio y doña María Dolores, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, de fecha 25 de abril de 2002, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallamos: ...debemos revocar en parte dicha resolución; y en su lugar: 2.º Se dejan sin efectos los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia apelada, apartados número 4 y párrafo segundo del apartado 6 ...».

Por la Procuradora doña Matilde Teresa Segura Seguí, en nombre y representación de don Luis Antonio, se interpuso recurso de casación respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, de fecha 25 de abril de 2002.

Fallo.—La apreciación del Juzgador de 1.^a Instancia, fijando la extinción del derecho de pensión compensatoria en la fecha 1 de enero de 2004 es ponderada y razonable, por lo que procede restablecer el pronunciamiento adoptado en el párrafo segundo del apartado 6 del fallo que había sido revocado por la sentencia recurrida.

Doctrina.—Posible fijación con *carácter temporal* de la pensión compensatoria tras el divorcio, siempre que cumpla la función reequilibradora que le es propia por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para tal limitación. Inexistencia de prohibición legal sobre la temporalización del artículo 97 del Código Civil. Interpretación normativa adecuada a la realidad social actual (art. 3.1 del Código Civil). Señalamiento del plazo de duración de la pensión en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio producido por el divorcio.

COMENTARIO: EXAMEN DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL:
¿PUEDE FIJARSE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON CARÁCTER TEMPORAL?

I. INTERÉS CASACIONAL DE LA SENTENCIA

La sentencia objeto de examen tiene su origen en un recurso de casación por «interés casacional», pues existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en cuanto al punto a estudiar, esto es, si la pensión compensatoria tiene un carácter temporal o debe ser vitalicio (1).

El problema a analizar parte de los siguientes puntos:

- El matrimonio llevaba separado tres años cuando se solicitó el divorcio. Fruto de su relación tenían un único hijo en común que era menor (2).
- La esposa sobre la que había recaído su guarda y custodia estaba retirada del mundo laboral.
- La sentencia de 1.^a Instancia falló que el esposo debería abonar en concepto de pensión compensatoria la cantidad que se determine en

(1) El artículo 97 del Código Civil dispone que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...».

(2) Concretamente: matrimonio celebrado el 17 de enero de 1986; separación conyugal acordada el 15 de febrero de 1999; edad de la señora María Dolores —cuarenta años—; existencia de un hijo de diez años cuya custodia se atribuye a la madre; convivencia efectiva de doce años, durante los cuales la señora María Dolores se dedicó al cuidado del esposo, hijo y hogar conyugal; situación de gran invalidez del señor Luis Antonio, con necesidad de una tercera persona para que le auxilie en las múltiples actividades cotidianas, aunque tiene (según la sentencia de la AP, fundamento quinto) «un importante patrimonio mobiliario del que disfruta, de más de 100 millones de pesetas»; los litigantes son condóminos de dos inmuebles que ocupan respectivamente; capacitación profesional y posibilidad de obtener una ocupación remunerada después de un período de «reciclaje» de conocimientos para recuperar los varios años de alejamiento de su actividad profesional.

ejecución de la presente resolución. Cantidad que se actualizará anualmente y que deberá ser abonada hasta el 1 de enero de 2004, fecha en que quedará extinguida automáticamente.

— Fallo que fue revocado en este punto por la sentencia de la Audiencia.

El criterio de la *limitación temporal* de la pensión es seguida de forma casi general por la «jurisprudencia menor» (3), y este era el argumento que predominó en la sentencia del juzgador de 1.^a Instancia.

Frente al criterio contrario que se mantuvo en la Audiencia favorable a la existencia de sentencias (4) en las que se establece que dicha pensión no aparece configurada ni contemplada en el Código Civil como una prestación de carácter temporal y limitado, sino al contrario, como indefinida y sin sujeción a plazo ni a término. Sin perjuicio que la sentencia pueda ser modificada en caso de alteración sustancial de la circunstancia o resultar extinguida por desaparición del desequilibrio económico que justificó su creación (arts. 100 y 101 del Código Civil).

La formulación del recurso de casación por interés casacional en relación con el carácter vitalicio de la pensión compensatoria se centra en dos cuestiones que dan lugar a una conclusión clara e injusta:

I. Inexistencia de norma en relación con el carácter ni temporal ni vitalicio de la figura.

II. Y en cuanto a la posibilidad de existencia de modificación de las medidas, si se produce una variación de las circunstancias es de difícil, si no imposible demostración, pues «es "prácticamente inútil", ya que se exige la variación sustancial de las circunstancias, lo que se traduce en la práctica en la necesidad de demostrar la "desaparición" de la causa que la motivó y dejar en manos de la beneficiaria de la pensión, en muchas ocasiones, la decisión de variar o no sustancialmente las circunstancias que motivaron la determinación de dicha pensión. Simplemente basta alegar que no es posible incorporarse al mercado laboral, a pesar de tener edad y cualificación para ello, percibir ingresos no demostrables, o mantener una relación sentimental de carácter estable, pero sin convivencia, hechos todos ellos difícilmente demostrables por la parte que los alega y sobre quien recae la carga de la prueba».

III. De todo lo cual resulta que la pensión compensatoria se convierte en una pensión vitalicia, ya que nunca se podrán modificar las medidas por falta de cambio sustancial en las circunstancias que la motivaron, en claro perjuicio del obligado al pago de la misma.

La única forma de cambiar o modificar esta conclusión a la que se llega parte de la modificación del segundo punto expuesto, esto es, *de analizar cada caso concreto para determinar si existe o no posibilidad de temporalizar la pensión* (5).

(3) Por ejemplo, sentencias de la AP de León de 28 de abril de 1995 (LA LEY JURIS. 1076706/1995), de la AP de Córdoba, de 13 de mayo de 1995 (LA LEY JURIS. 1076619/1995) o de la AP de Gerona, de 25 de marzo de 1995 (LA LEY JURIS. 1073760/1995).

(4) Sentencias de 22 de junio de 2000 (LA LEY JURIS. 213022/2000), 30 de abril de 2001 (LA LEY JURIS. 782220/2001), 15 de febrero y 14 de marzo de 2002 (LA LEY JURIS. 1111130/2002).

(5) SSAP de Granada, de 15 de mayo de 2000 (LA LEY JURIS. 175197/2000) y 29 de enero de 2001 (LA LEY JURIS. 710918/2001), SSAA PP de Oviedo, de 19 de marzo

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL CARÁCTER TEMPORAL DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

De la evolución jurisprudencial se desprende que en la actualidad la doctrina es favorable a limitar temporalmente la pensión compensatoria cuando las circunstancias del caso lo permitan (basándose en argumentos tales como ser la solución más equitativa y adecuada a la realidad social del momento actual; la no consideración en ningún caso de la pensión compensatoria como una renta vitalicia; el carácter compensatorio de dicha pensión; y la necesidad, basada en estrictas razones de justicia, de incentivar, aun mínimamente, la iniciativa del cónyuge beneficiario, para dar lugar a una situación de autonomía y no de dependencia, que es lo que el carácter indefinido de la pensión perpetua posibilita y que se debe evitar) (6).

Además, siguiendo la evolución del criterio jurisprudencial, se puede concluir que *del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibrador a. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio.*

Así nos encontramos con que la doctrina jurisprudencial se acerca a los postulados señalados por la doctrina científica que señala que el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura (7).

No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero *sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge.*

Aunque tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.

de 1999 (LA LEY JURIS. 408961/1999) y 29 de mayo de 2000 (LA LEY JURIS. 158477/2000), y Valencia, Sección 9.^a, de 25 de octubre de 2000 (LA LEY JURIS. 333488/2000) que recoge la de Zamora de 10 de diciembre de 1997).

(6) La propia sentencia objeto de comentario señala en el Fundamento de Derecho segundo que «la problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales —y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral—, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años noventa, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización —unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad—, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria».

(7) Díez-Picazo y Gullón (*Instituciones de Derecho Civil*: Vol. II/2, Derecho de familia. Derecho de Sucesiones, 2.^a ed., 1998. Tecnos, pág. 92) resaltan que «la hipótesis para la que el Código lo establece (art. 97) queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente

El tema se concreta en la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, *puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio* —que constituyó la *condicio iuris* determinante del nacimiento del derecho a la pensión—.

La propia sentencia objeto de comentario realiza una exégesis de todos los argumentos utilizados en esta evolución jurisprudencial.

Así, en *contra* de la temporalización se ha dicho que...:

- El precepto del artículo 97 no la establece; se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido.
- Es contraria a la *ratio* del precepto.
- Contradice la literalidad de los artículos 99 y 101 del Código Civil.
- Quedarían sin contenido los artículos 100 y 101.
- Supone una condena de futuro sin base legal.
- Significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta.
- Y, que la pensión compensatoria «tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estáticamente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado periodo de tiempo».

A su *favor* se sostiene que:

- El artículo 97 del Código Civil no la recoge expresamente, pero tampoco la excluye.
- No contradice los artículos 99, 100 y 101 del Código Civil, y en absoluto es contrario a la *ratio* legal.
- El artículo 97 no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que la *ratio* del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación.
- Se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal.

mejor y otro peor parado; y, además, el cotejo de esa situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas...»

- No constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza.
- El matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión.
- El derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable.
- La temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional (y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de «evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral», y se hace especial hincapié en que «se potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral» por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral).
- Se resalta que: no cabe dejar en manos de una de las partes que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor.
- Evita la incertidumbre o situaciones de excesiva provisionalidad; y se aduce el carácter dispositivo —se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo (8).
- La realidad social (art. 3.1) la admite —se alude a la debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1981 hasta la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y el mercado laboral—.
- Se alegan las dificultades prácticas en que se encuentran los Tribunales en relación con la aplicación del artículo 101; el efecto beneficioso de la disminución de la litigiosidad —con sus diversas perspectivas ventajosas—; necesidad de justicia o equidad, sin afectar a la estabilidad de la norma y a la seguridad jurídica, e incluso la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, de acuerdo con el artículo 10 CE; además de que —se razona— si cabe la extinción del derecho o su modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro interesado o su sustitución por una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes, ningún obstáculo debe oponerse a la delimitación temporal en función de las circunstancias que concu-

(8) Habiendo reconocido el carácter dispositivo, las sentencias del TS, de 2 de diciembre de 1987 (LA LEY JURIS. 53987-JF/0000) y 21 de diciembre de 1998 (LA LEY JURIS. 1607/1999) y RDGRN de 10 de noviembre de 1995 (LA LEY JURIS. 272/1996).

rran; y, finalmente, desde una moderna posición doctrinal se entiende que la pensión compensatoria temporal está implícitamente recogida en el artículo 101 del Código Civil, si por cese de la causa que la motivó se considera «de las circunstancias que provocaron el desequilibrio económico, y es posible la previsión de la “desconexión”».

Por otro lado, dirigiendo la mirada hacia el legislador europeo, la sentencia objeto de examen destaca que «desde una perspectiva diferente a la expuesta debe destacarse el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo, de 20 a 24 de octubre de 1980).»

Y en las últimas legislaciones que han tratado el asunto, tanto nacionales (9) como autonómicas (10), se centran en su carácter temporal.

III. ANÁLISIS DEL PRECEPTO Y SOLUCIÓN APORTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Entiende el juzgador casacional que «La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias —*sui generis*—. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia —que atiende al concepto de necesidad—, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria, que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un

(9) La sentencia habla de «el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio».

Con fecha 5 de mayo de 2005, ha tenido entrada en la Cámara del Senado el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, relativo *al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio*.

Nos interesa el artículo «Nueve. El artículo 97 queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 97. El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una *compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única*, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.

(10) Vid. el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio, en cuyo artículo 86.1.d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció.

modus vivendi, o a un derecho de nivelación de patrimonios. Como consecuencia de ello procede decir, además de que no resulta excluida por el artículo 97 del Código Civil —el que no la recoja no significa que la prohíba—, que la pensión temporal no afecta a la regulación de los artículos 99, 100 y 101 del Código Civil, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada. Por consiguiente, *la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida —vitalicio—*.

Pero también se hace eco de que «el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del artículo 97 del Código Civil adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el artículo 3.1 del Código Civil, con arreglo a que "se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"» (11).

En resumen, «la ley no prohíbe la temporalización, se adecúa a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias».

Con un criterio muy acertado, el juzgador señala que «los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y sin ánimo exhaustivo, cabe citar: *la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos precisen atención futura; estado de salud y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje o volver —reinserción—* al

(11) La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela —sentencias de 31 de marzo de 1978 y 7 de enero (LA LEY JURIS. 2230/1991) y 25 de abril de 1991 (LA LEY JURIS. 1170-JF/0000), entre otras—, tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 —sentencias de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970—, como con posterioridad —sentencias de 31 de marzo de 1978 y 28 de enero de 1989—, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad —sentencias de 10 de abril de 1995 (LA LEY JURIS. 16809-R/1995) y 18 de diciembre de 1997—. Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las sentencias de 17 de mayo de 1982 y 6 de junio de 1984 (LA LEY JURIS. 49159-NS/0000) —sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilismo originario en relación con el art. 1902 del Código Civil—; 10 de diciembre de 1984 (LA LEY JURIS. 9450-JF/0000) —el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería—; 13 de julio de 1994 (LA LEY JURIS. 27318-JF/0000) —innecesariedad en determinadas situaciones de la unanimidad ex art. 16 LPH—; 18 de diciembre de 1997 (LA LEY JURIS. 206/1998) —realidad social del mundo laboral—; 13 de marzo de 2003 (LA LEY JURIS. 1438/2003) —evitar supuestos de abuso notorio de derecho—.

anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.

Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión.

Se trata de apreciar la *posibilidad de desenvolverse autónomamente*. Y se requiere que sea posible la *previsión ex ante de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad*; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo o adivinación».

Y, también se refiere al *plazo*, el cual estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación —como en realidad en todas las apreciaciones a realizar—, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

PROPIEDAD HORIZONTAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. TÍTULO CONSTITUTIVO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—PUEDE INSCRIBIRSE EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL AUN CUANDO NO SE HAYA OTORGADO EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA MISMA. EN CONSECUENCIA, PARA CUALQUIER OPERACIÓN QUE SUPONGA MODIFICACIÓN DEL MISMO, COMO ES UNA SEGREGACIÓN, SE NECESITA EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS INTERESADOS. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE DICIEMBRE DE 2004.)

Antecedentes.—Se presenta a inscripción una escritura de segregación y venta de dos edificaciones o habitaciones («Taller de Tío Evaristo» y «El Pajar») de una casa. En el registro, y bajo un mismo número de finca registral, se han inscrito en sucesivas inscripciones diferentes, las edificaciones, partes de una casa, con sus respectivas descripciones. Las edificaciones son independientes y existe un patio que es elemento común a ellas. El Registrador de la Propiedad suspende la inscripción solicitada por entender que sobre la finca matriz de la que se quiere segregar tales edificaciones, está establecido régimen de propiedad horizontal de hecho, al encontrarse tales edificaciones o habitaciones inscritas bajo un mismo número de finca registral, y por lo tanto, para llevar a cabo la segregación pretendida, como ésta afecta al título constitutivo de la Propiedad Horizontal, es necesario el consentimiento de todos los interesados.

Se recurre la calificación del Registrador por entender que sobre la finca en cuestión no existe régimen alguno de propiedad horizontal, sino una copropiedad romana, en la que sólo son elementos comunes los patios y las puertas que dan entrada a la casa. Patios que no se han visto afectados por las operaciones realizadas, pues han quedado excluidos de los documentos, y por tanto puede llevarse a cabo la segregación y compraventa solicitada.

La DGRN desestima el recurso y confirma la nota del Registrador estableciendo la siguiente:

Doctrina.—Entiende que se ha formado una propiedad horizontal de hecho, pues ésta presupone «la existencia de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre diferentes pisos o locales de un edificio susceptible de aprovechamientos independientes por tener salida a un elemento común o a la vía pública, derecho que lleva como anejo un derecho inseparable de copropiedad sobre los elementos comunes, quedando constituido este régimen, entre otros supuestos, desde el momento mismo en el que los elementos susceptibles independientes pasan a pertenecer por cualquier título a diferentes personas, lo que se da claramente en el supuesto objeto del presente recurso, en el que de los asientos del registro, resulta que las partes de casa tienen titulares diferentes. Y precisamente el régimen de Propiedad Horizontal es el adecuado para regular las situaciones en las que se produce una coexistencia entre derechos de propiedad individual y copropiedad sobre elementos comunes, como en el caso que nos ocupa, aun cuando el único elemento común sea el patio de acceso a las distintas edificaciones.

Es por ello que debe considerarse que nos encontramos ante una verdadera Propiedad Horizontal, aun cuando no se haya otorgado el título constitutivo de la misma, debiendo por tanto observarse la normativa referente a la misma y en consecuencia, y conforme al artículo 17 de su Ley reguladora, exigirse el consentimiento de los diferentes titulares para la modificación de la misma».

COMENTARIO

La DGRN resuelve sobre si se ha constituido válidamente un régimen de propiedad horizontal sin otorgarse el título constitutivo correspondiente, a través del denominado régimen de propiedad horizontal de hecho, al amparo del artículo 2.b) LPH, y en consecuencia, si así ha sido, considera que ha de aplicarse el régimen establecido por esta Ley a todo su funcionamiento. En concreto, será necesario el consentimiento de todos los interesados para segregarse partes del edificio constituido con dicho régimen, tal y como exige el artículo 17 LPH, por consistir esas operaciones en modificaciones del título constitutivo.

El artículo 2.b) LPH dice que: «Esta Ley será de aplicación: b) a las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal». A su vez, el artículo 396 del Código Civil describe las comunidades especiales a las que se aplica la propiedad horizontal, señalando que existirán cuando sobre los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública exista un derecho de propiedad separada que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio.

Según estos preceptos, es cierto que las edificaciones o habitaciones de que trata esta resolución son de aprovechamiento independiente con salida a un patio (elemento común), que están inscritas a nombre de personas distintas, bajo un mismo número de finca registral (matriz), sobre las que puede

haber un derecho de propiedad propio, y que, por lo tanto, se adaptan a lo que se entiende por propiedad horizontal de hecho; pues desde luego no existe ningún título constitutivo concreto de la misma.

La jurisprudencia del TS y DGRN recogen el reconocimiento de la existencia de propiedad horizontal desde el momento en que por cualquier título idóneo (transmisión *mortis causa*, división cosa común) existan sobre un edificio titularidades dominicales privativas de dos o más personas respecto a distintos departamentos del mismo. Es decir, que la propiedad del inmueble les pertenece de forma *pro indivisa*, o sea, con atribución de partes físicamente individualizadas (RRDGRN de 26 de junio de 1987 y 18 de julio de 1995). Lo esencial en la propiedad horizontal es la inseparabilidad entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre la parte privativa, y la participación en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes (RDGRN de 28 de febrero de 2000). No es por tanto, un tipo común de comunidad de bienes, sino un supuesto de coexistencia de propiedad privada de los elementos privativos (propiedad separada) y comunidad, ambos inseparables (STC de 14 de junio de 1999).

Dos parecen los elementos necesarios, entonces, para que exista Propiedad Horizontal: *a)* Existencia de un edificio dividido en pisos, locales o partes susceptibles de aprovechamiento independiente; *b)* Existencia de varias titularidades dominicales distintas que recaen de forma exclusiva sobre cada una de esas partes y en copropiedad normal sobre los elementos comunes.

Parece desprenderse de los hechos descritos que sí que existen partes separadas del edificio con propiedad exclusiva sobre las mismas (así parece, pues disponen de ellas de forma individual); existen, también, elementos comunes (el patio), y la duda es si realmente hay o no una relación entre esa propiedad exclusiva y la copropiedad en los elementos comunes, es decir, si se da o no la naturaleza mixta que implica la propiedad horizontal.

Normalmente, esa relación se establece por voluntad de las partes, pues son ellos los que deciden establecer el régimen de propiedad horizontal o, por el contrario, el de una copropiedad o comunidad de bienes normal. Y esa voluntad queda plasmada en el título constitutivo (escritura pública de división horizontal), que se inscribe en el Registro. Si no existe título constitutivo puede establecerse dicho régimen de hecho, como ya hemos explicado, pero, al carecer de título constitutivo, considero que debe quedar perfectamente claro que la voluntad de las partes era, precisamente, la de atribuir sobre cada parte o edificio una propiedad exclusiva con una propiedad común en determinados elementos —comunes— indisolublemente unidas.

Es cierto que la existencia del título constitutivo, como dice ECHEVERRÍA SUMMERS, «no es necesaria para que exista Propiedad Horizontal, sirviendo únicamente para garantizar su plena eficacia jurídica» (1). Sin embargo, y siguiendo a este autor, para su plena eficacia, y como derecho real que es, exige su plena oponibilidad, considero necesario su perfecta determinación, y por tanto, imprescindible que si no hay título, al menos debe deducirse claramente la existencia de ese régimen de propiedad horizontal. Lo cual quedaría perfectamente claro en ese título constitutivo.

(1) Véase, ECHEVERRÍA SUMMERS, F., AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 540.

Ya hemos dicho que se admite por jurisprudencia y doctrina esa propiedad horizontal de hecho, y aquí considero que puede admitirse, pues si no probablemente se deberían haber inscrito esas partes como fincas independientes del todo (propiedad exclusiva y excluyente sobre cada una), si no se quieren relacionar con la propiedad común de los patios, o por el contrario, si se hubiese querido una copropiedad, se debería haber inscrito la totalidad de la casa, atribuyendo cuotas respectivas a distintos titulares. Sin embargo, se inscriben bajo el mismo número de una sola finca, y cada edificación o habitación se inscribe en inscripciones sucesivas en el mismo folio, lo que hace pensar en la propiedad horizontal.

Pues bien, entiendo la apreciación de la DGRN, en el sentido de dar por supuesto que existe un régimen de propiedad horizontal de hecho, pues, y valga la redundancia, los hechos así lo hacen sospechar. Pero mi crítica no se dirige tanto a la doctrina de esta resolución, sino al hecho mismo de cómo se practicó la inscripción. Es decir, cuando se inscribió esa propiedad, y en aras del principio de especialidad, debió quedar perfectamente determinado qué es lo que se quería constituir, pues de otro modo se puede generar cierta incertidumbre para los terceros. Como bien dice la Resolución de 26 de junio de 1987 y que recoge la propia DGRN en su fundamento segundo de derecho, «la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino al contrario el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico, que entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos, si bien esa libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y los límites derivados de la trascendencia *erga omnes* del status jurídico de los bienes».

En efecto, la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, es decir, su oponibilidad, hace necesario que estos queden perfectamente determinados, para ser tenidos como tales (2) (res), y además si se inscriben en el Registro esa determinación se convierte en radical, pues el principio de especialidad registral no es sino la base o complemento de la oponibilidad. De tal forma que sin especialidad no hay oponibilidad, pues es imposible oponer algo a un tercero que no está perfectamente concreto y definido.

Además, el principio de especialidad registral se extiende sin duda a la necesidad de especificar el título de atribución del derecho, tal y como lo confirman diversas resoluciones de la DGRN (3). En este sentido vale la pena

(2) La DGRN se ha manifestado muchas veces con ocasión de la admisión o no de un *numerus apertus* de derechos reales, en el sentido de permitir cierto *numerus apertus* de los mismos, siempre que el pretendido derecho real cumpla ciertos requisitos necesarios para ser tenido por tal, entre los cuales está la exigencia de que quede perfectamente determinado el objeto y contenido del derecho. Entre otras, véase: RRDGRN de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1 de marzo de 1939, 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959 y 20 de septiembre de 1966.

(3) Véanse las siguientes Resoluciones que ponen de manifiesto la necesidad de expresar la causa del derecho o título de atribución: 6 de febrero de 1958, 12 de febrero de 1958, 3 de septiembre de 1982, 30 de junio de 1987, 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 2 de noviembre de 1992, 11 de junio de 1993 y 19 de enero de 1994.

destacar la Resolución de 6 de febrero de 1958, que afirma que no cabe inscribir una escritura en la que no queda claro el título de atribución de determinados bienes procedentes en parte de una renuncia a los derechos hereditarios de la viuda y en parte a la donación de los bienes que le corresponden en la liquidación de gananciales. Por tanto, la determinación del título transmisivo de un derecho no puede quedar al arbitrio de las partes, ni resultar indefinido, pues como dice GÓMEZ GÁLLIGO (4), es presupuesto necesario para poder ejercer la facultad-deber de calificación del Registrador.

Todo lo cual me lleva a considerar que, en este caso, y probablemente con la admisión de la constitución de la propiedad horizontal de hecho, en cierto modo se olvida este principio, y se dificulta la oponibilidad. Pues a la vista está que no queda claro cuál es el tipo de derecho inscrito (propiedad horizontal o comunidad de bienes) y por tanto la eficacia de lo inscrito, sobre todo en relación con terceros.

A lo mejor debería haber correspondido al Registrador, en estricta aplicación del principio de especialidad, concretar qué tipo de derecho se está inscribiendo, pudiendo ser éste uno de los supuestos en los que el derecho que se pretende inscribir reflejado en el documento que se presenta, no coincide exactamente con el objeto de la inscripción (situación jurídica inscribible), debiendo matizarlo el Registrador en aras de su determinación y de la seguridad jurídica.

Desde aquí me gustaría, por respeto al principio de especialidad, que se cuidara o exigiera una mayor concreción a la hora de inscribir los derechos de propiedad que pueden constituir una propiedad horizontal de hecho. Para ello me parece oportuno exigir que conste cuál es la voluntad de las partes, que no es sino, en definitiva, la causa o título de atribución del derecho que se pretende inscribir, aunque no se plasme en un título constitutivo formal de división horizontal.

Sólo de este modo creo que el derecho será plenamente eficaz *erga omnes*, pues estará perfectamente determinado en cuanto a su contenido, extensión, límites y título de atribución, exigencias todas ellas del principio de especialidad.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. CADUCIDAD ASIENTOS.—NO ES POSIBLE CANCELAR LA INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA POR CADUCIDAD DEL ASIENTO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 82.5 LH, POR LO QUE CORRESPONDE CANCELARLA A TRAVÉS DE OTRA ESCRITURA PÚBLICA DONDE CONSTE EL CONSENTIMIENTO CANCELATORIO DE SU TITULAR (ART. 82.1 LH). (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE MARZO DE 2005.)

Antecedentes.—Con fecha 24 de marzo de 2004 tiene entrada en el Registro una instancia privada de D. F. Catalán solicitando la cancelación por caducidad de hipoteca que gravaba una finca de su propiedad, constituida a favor del Banco Zaragozano, al haber transcurrido veintitrés años conforme al artículo 82.5 LH.

(4) Véase GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El principio de especialidad», en *RCDI*, 1994, noviembre-diciembre, págs. 2389 y sigs.

La Registradora de la Propiedad deniega la cancelación solicitada, pues entiende que la misma no puede llevarse a cabo a través del artículo 82.5 LH. El supuesto de cancelación por caducidad previsto en el artículo 82.5 LH opera únicamente en el caso de que no coste en el Registro la interrupción de la prescripción de la acción hipotecaria. Y en el presente caso, el 11 de julio de 1985 se solicitó por el Juzgado número 2 de Zaragoza certificación de cargas de la finca al haberse iniciado el procedimiento judicial sumario, lo que supone interrupción de la prescripción conforme al artículo 1.973 del Código Civil y 82.5 LH. La nota marginal correspondiente a dicha certificación de cargas se canceló el 28 de febrero de 2001 porque la prescripción ya estaba interrumpida.

Recurrida la calificación por el presentante, la DGRN desestima el recurso y confirma la nota del registrador, estableciendo la siguiente:

Doctrina.—«El principio de legalidad recogido en el artículo 3 LH con carácter general y particularmente en el artículo 82 de la misma Ley para la cancelación de las inscripciones hechas en virtud de escritura pública exige el otorgamiento de otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o sus causahabientes o representantes legítimos, no siendo aplicable en este caso la cancelación por caducidad, puesto que ésta sólo podrá operar —conforme a lo dispuesto en el párrafo quinto del mismo art. 82 de la Ley Hipotecaria— cuando no conste en el Registro la interrupción del plazo de prescripción de la acción hipotecaria recogido en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria y es indudable que el inicio de un procedimiento de ejecución no es sino una reclamación del acreedor, que conforme al artículo 1.973 del Código Civil interrumpe el plazo de prescripción de la acción».

COMENTARIO

Parece claro que no procede la cancelación del asiento de hipoteca por caducidad, tal y como recoge el artículo 82.5 LH.

Este párrafo 5.º, añadido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, establece una excepcional manera de cancelar asientos, por caducidad, cuando hayan prescrito las condiciones resolutorias o hipotecas inscritas. Pero además, dicho artículo exige que transcurra un año más desde la prescripción para poder cancelar los asientos. Eso sí, siempre que en el registro no conste que hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca.

En el caso que se *analiza*, se solicita la cancelación por caducidad de la hipoteca al haber transcurrido ya veintitrés años desde su constitución, y como la acción hipotecaria prescribe a los veinte, más uno que exige el artículo 82.5 LH, es posible, según el presentante, la cancelación conforme al artículo citado.

No obstante, no se cumplen todos los requisitos, pues sí que consta en el Registro, a través de la nota marginal correspondiente, la certificación de cargas necesaria en el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca. Luego no hay duda de que se ha interrumpido la prescripción de la acción hipotecaria, pues se ha iniciado su ejecución.

Compartimos el parecer de la DGRN, y creemos que no cabe llevar a cabo la cancelación solicitada por la vía excepcional de la caducidad del asiento

que establece el artículo 82.5 LH, ya que no se cumplen todos los requisitos por él expresados, y no queda más remedio que cancelar por el procedimiento normal, establecido en el artículo 82.1 LH, que establece la necesidad de otorgar escritura pública con el consentimiento para la cancelación del titular del derecho que se cancela (negocio jurídico cancelatorio).

Por otra parte, considero que la caducidad que recoge este artículo 82.5 LH, se refiere a la caducidad del propio asiento, y no tanto del derecho de hipoteca, que como bien establece, no tiene señalado plazo alguno, y lo que prescribe es la acción hipotecaria. La intención del legislador al establecer este supuesto excepcional de cancelación fue el dejar sin efecto aquellas inscripciones que ya no debían producir efecto, es decir, extinguidas, para «limpiar» el Registro de inscripciones «inútiles». No es el derecho el que ha caducado, sino el propio asiento. Eso sí, el derecho recogido por ese asiento que caduca es, asimismo, claudicante, pues ha transcurrido el plazo para su vigencia.

Confirma esta idea el hecho de que poder cancelar el asiento, no basta que transcurra el plazo de prescripción correspondiente al derecho en sí, sino un año más; luego, está claro que la caducidad es del asiento y especial y distinta a la del propio derecho, pues sólo un año después de caducar éste (el derecho) puede cancelarse por caducidad el asiento.

Además, hay que tener en cuenta que este párrafo 5.º proviene del artículo 177.2.º RH, introducido por la reforma del RH a través del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, donde se estableció como un supuesto de caducidad de asientos, tal y como se expresaba en el propio artículo 177 RH que en su párrafo primero comienza: «Los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad...», y continúa en el segundo: «del mismo modo se procederá respecto a los asientos...». Igualmente, de la Exposición de Motivos se deducía que el supuesto del artículo 177.2 RH era de caducidad de asientos, pues en ella se afirmaba que existía la necesidad de que «no sólo los asientos que en sí mismo caduquen puedan ser cancelados de oficio por el Registrador (caso de las anotaciones preventivas), sino también aquellos otros relativos a derechos sometidos a caducidad en su ejercicio, al margen de lo que pueda haber ocurrido extrarregistralmente, fiel al principio de inoponibilidad respecto a terceros de lo no inscrito». Parece clara la equiparación de la cancelación de estos asientos a la propia de las anotaciones preventivas (caducidad del asiento), y con independencia de si los derechos que contienen se han extinguido o no en la realidad extrarregistral, luego, hemos de concluir que el legislador estaba pensando en caducidad del propio asiento.

La STS de 31 de enero de 2001 declaró la nulidad del párrafo 2.º del artículo 177 RH por estimar la contradicción que existía entre el plazo señalado en el mismo para la caducidad del asiento (que equivale al de prescripción de las acciones: quince años para condiciones resolutorias, veinte para hipotecas) con los establecidos en las legislaciones forales de Cataluña y Navarra (treinta años para la prescripción de acciones derivadas de condiciones resolutorias).

Y ha sido la Ley 24/2001 la que ha vuelto a introducir este párrafo en el actual 82.5 LH, ahora sí, corrigiendo la contradicción señalada y expresando ahora que se procederá a cancelar las condiciones resolutorias y las hipotecas que tengan señalado plazo cuando «haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de las correspondientes garantías».

Salvados los obstáculos señalados por el TS, en esencia, se trata del mismo párrafo, que hoy se ha incluido en el artículo 82 LH, por lo que hemos de considerar que si allí se trataba de caducidad de asientos, hoy, y en este artículo de la Ley, también.

Si se trata de un supuesto de caducidad de asientos y no de derechos, me parece oportuno recordar brevemente, desde estas líneas, en qué consiste la caducidad de asientos y su relación con la cancelación, pues a veces se ven como supuestos distintos, ambos tendentes a extinguir un asiento del Registro, mientras que, según mi opinión, la caducidad es presupuesto de la propia cancelación.

CADUCIDAD DE ASIENTOS

La caducidad del asiento supone la extinción del mismo por el simple transcurso del tiempo cuando tuviera fijado un plazo de duración. El asiento que caduca es plenamente válido y eficaz hasta el día del vencimiento del plazo. Por eso, se denomina a este presupuesto de cancelación como un caso de ineficacia sobrevenida del asiento.

Los autores coinciden en el concepto de la caducidad del asiento, si bien unos (1) ponen el énfasis en que es causa de extinción de asientos, y otros (2) en que deja sin eficacia o valor el mismo asiento. También se pone de relieve por la doctrina (3), la necesidad de regular la caducidad de asientos, precisamente, para facilitar la expulsión del Registro de las inscripciones y cargas «viejas» que sólo entorpecen su función. Esta necesidad fue uno de los principios de reforma que introdujo la Ley Hipotecaria de 1944-46.

La caducidad de asientos se caracteriza por su automatismo, tiene efecto automático (Resolución de 26, 27, 29 de junio y 27 de julio de 1998) (4). Por lo tanto, para cancelar el asiento caducado no será necesario ni el consentimiento del titular ni resolución judicial, basta que transcurra el tiempo determinado para que sea procedente cancelar. El asiento registral deja de existir en cuanto se cumple el plazo de su vigencia; en ese momento, sin necesidad de ningún otro requisito, es necesario que se cancele, que se «tache», porque es como si ese asiento ya no existiera. Otro rasgo fundamental de la caducidad de asientos

(1) Cfr. SERRANO ALONSO, E., *Conceptos fundamentales de Derecho Hipotecario*, Ed. Forum, Oviedo, 1993, pág. 114; CANO TELLO, C., *Manual de Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 254; DE LA RICA Y ARENAL, R., *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arrenal*, Tomo II, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 89; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 343.

(2) Cfr. DE LA RICA MARITORENA, R., «La cancelación registral», *RCDI*, 1974, pág. 1310; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 247; Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 424-425; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 162.

(3) Cfr. en este sentido, y para el análisis de los problemas que la caducidad de cargas e inscripciones antiguas conlleva, a MENCHÉN BENÍTEZ, B., «Sobre la modernización del Registro de la Propiedad», *AAMN*, tomo XIX, págs. 154-156; FLÓREZ QUINONES Y TOMÉ, V., «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», *AAMN*, 1946, tomo III, págs. 127 y sigs.

(4) Todas estas resoluciones confirman «el carácter radical y automático de la caducidad como medio de extinción de asientos que nacen con vida limitada».

es que no afecta para nada a la existencia del derecho inscrito (5). La jurisprudencia registral perfila estas características de la caducidad, poniéndolas de manifiesto, por ejemplo, en las Resoluciones de 9 de noviembre de 1955, de 16 de marzo de 1959, de 25 de marzo de 1959 (6). La Resolución de 16 de marzo de 1959, además, encuentra su fundamento en «la necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico» de donde se deduce que «no es susceptible de interrupción ni su vida puede prolongarse, cuando se trata de asientos registrales, más allá del término señalado por el legislador; transcurrido el cual, los asientos deberán reputarse inexistentes, aun cuando subsista el derecho anotado».

El hecho de que la caducidad del asiento no afecte a la existencia del derecho inscrito es lo que le diferencia de la caducidad del derecho. Mientras la caducidad del derecho lleva a la extinción del mismo, y a la correspondiente necesidad de cancelar ese asiento, la caducidad del asiento se produce sin que el derecho, por él publicado, se haya extinguido. La doctrina lo ha considerado así, tradicionalmente, basta ver las opiniones de LACRUZ BERDEJO (7), DíEZ PICAZO (8), ROCA SASTRE (9) y FLÓREZ QUINONES Y TOMÉ (10).

Hay que examinar, ahora, cuál es la relación de la caducidad del asiento con la cancelación registral. Hay autores que sitúan a la cancelación y a la caducidad en líneas paralelas. Ambas son modos o medios de provocar la

(5) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., «Elementos de Derecho Civil», III bis, *ob. cit.*, pág. 247; SERRANO ALONSO, E., «Conceptos fundamentales de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 114; CANO TELLO, C., «Manual de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 254.

(6) Véanse las siguientes Resoluciones: Resolución de 9 de noviembre de 1955: «la jurisprudencia y la doctrina atribuyen a la caducidad carácter radical y automático que extingue, por el mero transcurso del plazo legal, el asiento que nació con vida limitada». La Resolución de 16 de marzo de 1959 ratifica que la caducidad opera de modo automático por el simple transcurso del tiempo; transcurrido el cual, los asientos registrales se extinguen aunque subsista el derecho anotado. La Resolución de 25 de marzo de 1959 repite que la caducidad opera automáticamente y tiene virtualidad suficiente para que cesen los efectos y limitaciones que la anotación lleve consigo.

(7) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., «Elementos de Derecho Civil», III bis, *ob. cit.*, pág. 247. Para este autor, la caducidad y el derecho «son dos entes distintos y autónomos: la vida del derecho no queda afectada por la pérdida de valor del asiento».

(8) Cfr. DíEZ PICAZO, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», tomo II (1978), *ob. cit.*, pág. 424. Por su parte, explica esta característica basándose en la independencia que existe entre la realidad jurídica extrarregistral y la realidad jurídica del Registro que hace posible que un derecho inscrito o anotado subsista o viva con independencia de la subsistencia del asiento registral. De esta forma, puede ocurrir que «haya perdido vigencia el asiento registral y que, sin embargo, continúe intacta y subsistente la relación jurídica extrarregistral».

(9) Cfr. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», *ob. cit.* (1995), págs. 163 y 169. Diferencia claramente estos conceptos, al decir que «la caducidad del asiento se refiere a la publicidad registral o continente tabular», y la caducidad del derecho «a lo registrado o contenido de los asientos del Registro». Sintetiza su pensamiento en la siguiente frase: «aunque en ambos casos el juego extintivo es el mismo, varía la materia extinguida, que allí (caducidad del derecho) es el derecho registrado y aquí (caducidad del asiento) es el asiento registral en sí», «la caducidad del asiento no significa la del derecho anotado», la separación entre asiento y derecho es clara.

(10) Cfr. FLÓREZ QUINONES Y TOMÉ, V., «La extinción de cargas y la nueva Ley Hipotecaria», *ob. cit.*, pág. 188. Afirma que «la caducidad del asiento no significa la del derecho anotado», la separación entre asiento y derecho es clara.

ineficacia de un asiento, pero distintas entre sí, sin relación alguna de dependencia entre ellas. Se basan estos autores, principalmente, en que la cancelación tiene su fundamento en la extinción del derecho inscrito; extinguido el derecho hay que cancelar el asiento que lo contenía para dejarlo sin efecto; y la caducidad del asiento actúa con independencia de la subsistencia o extinción de dicho derecho, transcurrido el plazo de vigencia del asiento, éste caduca y queda sin eficacia. Son instituciones distintas que coinciden únicamente en dejar sin eficacia o vigencia un asiento ya inscrito. LACRUZ BERDEJO (11) las distingue perfectamente, ya que «la cancelación se dirige a testimoniar la extinción de un derecho y es consecuencia de ella, en cambio la caducidad se mantiene siempre en el plano librario, en el cual, independientemente de si el derecho existe todavía o desapareció hace mucho tiempo, priva de existencia jurídica al asiento afectado». A esta opinión de LACRUZ, hay que objetar que es cierto que la cancelación tiene, por regla general, como fundamento, la extinción del derecho inscrito, pero, sin embargo, existen también cancelaciones basadas únicamente en el asiento registral, sin tener en cuenta el derecho que contienen. Se está hablando, por ejemplo, del supuesto examinado en el punto anterior: la nulidad formal del asiento, que provoca indiscutiblemente la cancelación del mismo. Cancelación consecuente de la ineficacia originaria del asiento, ordenada por la Ley Hipotecaria, y sin tener en consideración la extinción o no del derecho publicado. Si, en este caso, es procedente la cancelación desconectada del derecho inscrito, y admitida por la Ley, quiere decir que la extinción del derecho inscrito no es condición imprescindible y definitiva de la cancelación (12). Por lo tanto, no se podrá marcar la línea divisoria, entre ambas figuras comparadas, en la previa extinción del derecho inscrito, tal y como hace LACRUZ BERDEJO. CANO TELLO (13) recoge en líneas generales el pensamiento de LACRUZ, aunque admite —confirmando el criterio que aquí se ha defendido— que la cancelación también puede producirse con independencia del derecho, pero que, sin embargo, y por regla general constata su extinción.

DÍEZ PICAZO (14) supera la diferencia entre ambas basada en la previa extinción del derecho inscrito. Más bien al contrario, las coloca mucho más próximas una de la otra, precisamente, por ser las dos supuestos de lo que denomina la «mecánica registral» para dejar sin efecto un asiento sin tener en cuenta si se extinguió o no el derecho inscrito. No obstante, sigue planteando sus relaciones de manera paralela, sin interrelacionarse: ambas son formas de producirse la pérdida de vigencia de un asiento —independientemente de su subsistencia o no en el ámbito jurídico extrarregistral—, que actúan separadamente ante la producción de un supuesto u otro. Desde mi punto de vista, este enfoque no es el correcto porque no son dos modos de extinción o de constatar la pérdida de vigencia de los asientos registrales, sino que su relación debe alinearse en el eje causa-efecto.

(11) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., «Elementos de Derecho Civil», III bis, *ob. cit.*, pág. 247.

(12) Aunque como ya quedó expuesto en el punto anterior, la extinción del derecho inscrito sí que es, de modo general, la premisa básica de la cancelación, siendo la ineficacia del asiento la excepción.

(13) Cfr. CANO TELLO, C., «Manual de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 254.

(14) Cfr. DÍEZ PICAZO, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», tomo II, (1978), *ob. cit.*, págs. 424 y 425.

Cuando un asiento pierde su vigencia por el transcurso del tiempo (caducidad), lo conveniente es proceder a su cancelación para constatar su extinción. Caducado un asiento, su consecuencia inmediata debe ser la cancelación del mismo. Así lo han mantenido DE LA RICA MARITORENA (15) y CHACÓN (16). Otros preceptos del Reglamento Hipotecario también disponen la cancelación de asientos que han caducado; en este sentido los artículos 206.13, 207, relativos a la cancelación por caducidad de las anotaciones preventivas en general, y el 209 sobre la cancelación de anotaciones preventivas de derechos hereditarios cuando hayan caducado. El 201 RH dispone, a su vez, que se cancele la anotación preventiva de suspensión de cancelación cuando haya transcurrido el plazo que la Ley le señala; procede también cancelar por caducidad las notas que constatan la existencia de un derecho de retorno arrendaticio; de igual manera el artículo 87 RH ordena cancelar las menciones que han caducado. Todas estas disposiciones indican que la caducidad y la cancelación no son dos modos distintos de extinguir asientos, sino que una —la caducidad— es presupuesto de la otra —cancelación—. Otro argumento para defender que la caducidad es un presupuesto determinante de la cancelación, se encuentra en la crítica que DE LA RICA Y ARENAL (17) hacen a la deficiente redacción del artículo 77 LH, que incluye entre los motivos de extinción de las anotaciones preventivas a la cancelación, conversión y caducidad. Para este autor la enumeración contenida en este artículo es repetitiva porque «la caducidad no es un medio formal de extinguir un asiento, sino causa jurídica determinante de su extinción, que ha de provocar un asiento o nota de cancelación». Como en la cancelación va implícita la caducidad, bastaría, según DE LA RICA, decir que los medios de extinción de las anotaciones preventivas son la caducidad y la conversión. La caducidad no es, por lo tanto, un medio autónomo de extinción de asientos registrales, sino el hecho desencadenante de una cancelación registral que pone fin definitivamente a ese asiento caducado. En una línea de argumentación parecida, PAU PEDRÓN (18) critica, también, el artículo 77 LH, en cuanto recoge tres modos de extinción de las anotaciones preventivas, cuando según él, «el verdadero modo de extinción de ésta —anotación preventiva— es la cancelación, toda vez que aun la anotación caducada —por haber transcurrido el plazo de su vigencia— debe ser objeto de la pertinente cancelación», no obstante, cree conveniente el estudio por separado de estas dos figuras.

Como conclusión de los párrafos precedentes, se puede decir que la caducidad del asiento es un presupuesto determinante de la cancelación registral, debida a la ineficacia sobrevenida del asiento por el transcurso del plazo que tenía establecido en virtud de la Ley, y con independencia de la existencia o no del derecho objeto del mismo en la realidad jurídica extrarregistral. Cadu-

(15) Cfr. DE LA RICA MARITORENA, R., «La cancelación registral», *ob. cit.*, pág. 1310: «la caducidad provoca la cancelación».

(16) Cfr. CHACÓN, J., «Cancelaciones que establece la Ley y el Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, 1950, pág. 503. Afirma que a la caducidad sigue la cancelación en los supuestos regulados en los artículos 87 y 89 RH, referentes a la caducidad de menciones que ordena cancelar.

(17) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R., «Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal», *ob. cit.*, pág. 89.

(18) Cfr. PAU PEDRÓN, A., *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Fundación para la Formación de Altos Profesionales (FUFAP), Madrid, 1996, pág. 259.

cado un asiento, debe cancelarse, y entonces dejará de producir todos los efectos derivados de la publicidad registral.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. NO EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA AL PISO SOBREELEVADO E INDEPENDIENTE QUE NO QUEDA ABARCADO EN LA SUPERFICIE PERIMETRAL DE LA NAVE HIPOTECADA Y NO APARECE DESCRITO NI EN LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA FINCA, NI EN LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO EJECUTADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE JUNIO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

Antecedentes de hecho.—El supuesto de hecho que da origen a la STS de 8 de junio de 2004 (RJ2004/3817) parte de la concesión por parte del Banco de Crédito Agrícola, S. A. (en el pleito, Caja Postal, S. A.) de un préstamo hipotecario, por importe de 20.000.000 de ptas., a dos hermanos —don Clemente y don Luis Pablo—, préstamo que había quedado formalizado en escritura pública el 10 de julio de 1987, donde se establecía que el vencimiento tendría lugar seis años después, concretamente en diciembre de 1993. Incumplida la obligación de pago por parte de los prestatarios, el Banco ejercita la correspondiente acción de ejecución judicial hipotecaria por el procedimiento previsto en el artículo 131 LH que finaliza con la adjudicación de la finca hipotecada al reclamante, por un precio de 21.000.000 de ptas. Dicha finca figuraba inscrita en el Registro como «Casa situada en el número X, de la calle X, de Sabiote, con una superficie de 890 m². En el asiento registral constaban también los linderos de superficie y el hecho de que en la misma había «instalada una fábrica de harinas», pero no aparecía descrita la vivienda que existía sobre la expresada nave; pese a ello, el adjudicatario, en la entrega de la posesión de la finca objeto del remate, recibe también la posesión de la referida vivienda.

Realizada la liquidación del saldo deudor del préstamo, tras la adjudicación de la finca hipotecada, resulta todavía adeudada la cantidad de 13.113.822 pesetas en concepto de capital e intereses, de modo que el Banco plantea una nueva demanda de juicio ejecutivo que es desestimada por carecer de fuerza ejecutiva el título presentado. Posteriormente, interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, en reclamación de la expresada cantidad, del cual deriva el recurso que conoce el TS. Este proceso termina con una sentencia de 26 de septiembre de 1997, en la que el Juzgado de Primera Instancia de Úbeda condena a los demandados a pagar a la Entidad de crédito la suma antes indicada con los intereses correspondientes. Pero en el procedimiento se discute algo más, pues la parte demandada opone una excepción de enriquecimiento injusto derivada del hecho de que sobre la finca hipotecada existía una vivienda, no dividida en propiedad horizontal, que no entraba en la ejecución; ello exige determinar si la expresada vivienda, ubicada sobre la nave industrial y no inscrita, cuya valoración asciende a 14.681.100 pesetas, forma parte o no de la finca hipotecada y si constituye o no una mejora de la edificación. En relación a esta cuestión, el Juzgado de Primera Instancia considera que la vivienda de referencia formaba parte de la finca

hipotecada. Su Resolución es recurrida en apelación por la parte demandada, ante la AP de Jaén, quien revoca la decisión del Juzgado. Entiende, el órgano *ad quem*, que se había producido un enriquecimiento injusto a favor de la parte demandante (Banco), pues no cabía extender la hipoteca a la vivienda existente sobre la nave hipotecada, ya que dicha vivienda, ni estaba incluida en la descripción de la finca, ni constituía una mejora añadida a ésta conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 LH.

Frente a la Resolución de la Audiencia, la Caja Postal, S. A., presenta recurso de casación ante el TS, alegando: de una parte, la extensión de la hipoteca a las modificaciones, mejoras y todo lo comprendido en los límites de la finca conforme al título, hipotecario-registral, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 109 y 110 LH, así como lo decidido por la STS de 10 de junio de 1995 (RJ 1995, 4915) [en ella, el TS entendió incluido en el título todo lo comprendido dentro de los límites de una finca rústica, aunque no figurase descrito en aquél ni en la escritura de préstamo]; de otra, la infracción de la jurisprudencia del TS sobre el justo título de la adquisición (el Auto de adjudicación en las subastas) que subsanaba, a efectos del tercer rematante, los posibles defectos que afectarían al título. Nuestro Alto Tribunal resalta la irrelevancia del segundo de los motivos alegados por la parte recurrente, pues lo verdaderamente discutible es si la vivienda, no descrita en el título que sirvió para la ejecución hipotecaria, entra o no en dicho título, desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia con base en los argumentos que, de forma resumida, exponemos a continuación.

Doctrina.—En el Fundamento de Derecho tercero, el TS estudia el primer motivo alegado por la parte recurrente, el de más enjundia jurídica, y lo rechaza aduciendo que:

a) Ni en el título registral de la finca, ni en la descripción que de la misma se hace en la escritura de préstamo hipotecario, como bien que garantiza la devolución del dinero recibido en préstamo, consta la vivienda objeto de controversia.

b) La expresada vivienda goza de una individualidad física y real respecto de la nave. Tiene acceso propio, independiente al de la fábrica y un valor económico sustantivo que, por sí sólo, hubiera servido para garantizar, en buena parte, la devolución del préstamo hipotecario.

c) La referencia a la aplicación extensiva de la hipoteca a los bienes relacionados en los artículos 109 y 110 LH no puede comprender a la vivienda sobreelevada, con más de cuarenta años de antigüedad. El primero, limita esa extensión a las accesiones naturales, a las mejoras y a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados; el segundo, por su parte, aclara únicamente que la elevación de edificios u otras obras semejantes no deben constituir «agregación de terrenos (excepto por accesión natural)» y que las nuevas construcciones son aquéllas que se realicen donde antes no las hubiere.

d) No cabe aplicar al caso lo decidido en la STS de 10 de junio de 1995 (RJ 1995, 4915); y ello porque la referencia a la integración del título que en la misma se hace se refiere a una finca rústica delimitada por sus linderos o límites de superficie, a todo cuyo contenido abarcan el título y la hipoteca (según la Sala), aún a falta de la descripción dentro del mismo de un pequeño aeródromo, pues éste forma parte del contenido de ese contorno cerrado.

Al segundo, y último, de los motivos alegados se refiere el Alto Tribunal en el Fundamento de Derecho cuarto. En él señala que, habiéndose decidido en la sentencia que la vivienda no entraba en el título que sirvió para la ejecución de la hipoteca, el enriquecimiento injusto se produce al ser entregada la posesión de la misma (vivienda) al rematante-adjudicatario, sin perjuicio de que el Auto judicial de adjudicación (que no describió dicho bien) pueda o no servir de justo título para amparar en el mismo el dominio del tercer adquirente sobre la finca propia (la que en realidad se subastó).

COMENTARIO

La sentencia, objeto del presente comentario, plantea un problema sobre el que la doctrina y la jurisprudencia ya habían tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad: el relativo a la extensión de la hipoteca a los pisos sobre-elevados no declarados ni mencionados en la escritura de constitución del préstamo hipotecario.

Nuestro Alto Tribunal, en el fallo, reitera la doctrina que sentara en su más que cuestionada sentencia de 15 de diciembre de 1997¹ (RJ1997, 8980), indicando que las expresadas edificaciones están excluidas del objeto al que se extiende la hipoteca. No es de extrañar, por tanto, que los argumentos utilizados para rechazar, en el supuesto litigioso, la extensión de la hipoteca a la vivienda ubicada sobre la fábrica de harinas coincidan, en buena medida, con los apuntados en aquella inaudita sentencia: la inaplicabilidad de lo dispuesto en los artículos 109 y 110 LH al caso concreto; la omisión de la descripción de la vivienda ubicada sobre la nave industrial en la escritura de constitución de la hipoteca; y la independencia e individualidad de la vivienda respecto de la nave industrial en que se encuentra la fábrica de harinas. A ellos se suma, ahora, la existencia de un enriquecimiento injusto.

1. LA INAPLICABILIDAD DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 109 Y 110 LH AL SUPUESTO LITIGIOSO

Los artículos 109 y 110 LH son dos preceptos claves en materia de extensión objetiva de la hipoteca. El primero establece que *«la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados»*. El segundo, en su párrafo primero, matiza, que *«se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario»: «Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere»*.

De estos preceptos se infiere que todo incremento patrimonial producto de una especial actividad que desemboca en un aumento de valor de la finca, debido al gasto o independientemente de él, constituye una mejora. Sin embargo, ninguno de ellos aclara si el concepto de mejora engloba únicamente las realizadas con posterioridad a la constitución de la garantía hipotecaria,

o si también pueden reputarse como tales las realizadas con anterioridad que no han sido declaradas ni inscritas en el Registro de la Propiedad.

A favor de la primera de las dos posibilidades descritas se muestra nuestro TS en la sentencia que analizamos cuando señala que la referencia a la aplicación extensiva de la hipoteca a los bienes a que se refieren los expresados preceptos no puede comprender a la vivienda sobreelevada que goza de una antigüedad de más de cuarenta años. De esta forma, consciente de que el supuesto litigioso no encaja en ninguno de los contemplados por el artículo 110 LH, como advirtiera en la STS de 15 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8980), el Alto Tribunal confiere a las sobreelevaciones preexistentes al tiempo de la constitución de la hipoteca, no inscritas en el Registro, un trato similar al que reciben las nuevas edificaciones; es decir, un trato radicalmente distinto del otorgado a las sobreelevaciones realizadas con posterioridad a la constitución de la garantía, a las cuales, sí se extiende la hipoteca a tenor de lo dispuesto en el precepto hipotecario.

La segunda, por su parte, ha quedado patente, tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial. En el doctrinal, las edificaciones existentes en la finca que se aporta como garantía hipotecaria han sido calificadas, unas veces, como elemento accesorio o pertenencia [DÍEZ GARCÍA, H., en «Comentario a la STS de 15 de diciembre de 1997», *CCJC*, núm. 46, enero-marzo, 1998, marg. 1263, págs. 393-400], y otras, como elemento integrante, [ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., en *Derecho Hipotecario*, T. IV, vol. 1.º, 7.ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, pág. 570; CHICO ORTIZ, J. M., en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 1433; DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, págs. 169, 170 y 241-247; LLOPIS GINER, J. M., en «La extensión de la hipoteca a las construcciones realizadas antes de su constitución. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 15 de diciembre de 1997», *RDP*, mayo, 1999, pág. 409 y 410, y en su comentario del artículo 110 LH, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART, T. VII, vol. 6.º, artículo 104-130 LH, Edersa, 2000, Madrid, págs. 244 y 245]. En el jurisprudencial, cabe destacar la RDGRN de 21 de febrero de 1995 (*RJ* 1995, 1735), la STS de 10 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 4915), o la SAP de Palencia de 16 de marzo de 1998 (*AC* 1998, 3923). Tal posición encuentra su razón de ser en tres ideas. La primera estriba en que sí, tal y como tiene establecido el TS en sus sentencias de 21 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 10359) y 28 de febrero de 1991 (*RJ* 1991, 1607), «para juzgar cómo actúa el concepto de extensión de la hipoteca, debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende», es decir, si el concepto de extensión objetiva de la hipoteca no se refiere a una situación estática (la existente al tiempo de la constitución de la hipoteca), sino «a una situación dinámica que puede experimentar cambios o modificaciones, constante la hipoteca», cuyo estado final se precisa en el momento de la ejecución (1), el expresado artículo 110 LH bien puede interpretarse «en el sentido de entender incluidas en la órbita de la hipoteca aquellas mejoras que existan al tiempo de la ejecución, siempre y cuando pertenezcan al hipotecante» [DÍEZ GARCÍA, H., en «Comentario...»,

(1) El propio TS se hace eco de esta cuestión en su sentencia de 15 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8980), pero la pasa por alto en la de 8 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3817).

op. cit., pág. 398; BLASCO GASCO, F. DE P., en *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1994, págs. 28 y 29]. La segunda, en el hecho de que el artículo 110 LH se encuentra informado por el principio según el cual «lo accesorio sigue a lo principal»; desde esta perspectiva, hipotecado lo principal, también queda gravado lo accesorio, independientemente de que ese «accesorio» haya sido incorporado a la finca en un momento anterior a la constitución de la hipoteca, pues, conforme a las reglas generales de la accesión, dichos «elementos habrán pasado ya a formar parte de la finca que posteriormente va a ser objeto de garantía» [véase LLOPIS GINER, J. M., en «La extensión...», *op. cit.*, pág. 409; Díez GARCÍA, H., en «Comentario...», *op. cit.*, págs. 397-399]. La tercera, en que si la expresada mejora, anterior a la constitución del gravamen, ya pudo ser tenida en cuenta por el acreedor a la hora de valorar el inmueble gravado, no hay razón «para excluirla del alcance de la garantía cuando es un elemento incorporado ya a la finca» [DÍEZ GARCÍA, H., en «Comentario...», *op. cit.*, págs. 397-399].

Por nuestra parte, convenimos con el TS en que el concepto de «mejora» que contemplan los expresados preceptos viene referido al incremento de valor que experimenta la finca con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Pero, ello no significa que la sobreelevación no inscrita no pueda verse afectada por la hipoteca que se constituye con posterioridad; todo depende de que entendamos la nave y la vivienda como fincas distintas o como partes de una misma finca, y, en este último caso, de lo que, consideremos, constituye el objeto sobre el que recae la hipoteca.

Si consideramos que la nave y la vivienda son fincas independientes, cuestión que estudiaremos más adelante, hipotecada la nave, la vivienda no se verá afectada por la hipoteca a menos que hubiese sido expresamente mencionada en la escritura de constitución del gravamen. En cambio, si entendemos que conforman una misma finca, la conclusión no es tan sencilla; la búsqueda de una solución al problema podría organizarse entonces a partir las palabras de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL [*Derecho Hipotecario*, T. IV, vol. 1.º, *op. cit.*, págs. 567 y 568, nota al pie núm. 2], quienes subrayan que, dentro de la noción de «extensión objetiva de la hipoteca», hay que distinguir entre aquello sobre lo que recae la garantía hipotecaria y aquello a lo que se extiende la misma. En este orden de cosas parece que los problemas derivados de la existencia de edificios o de nuevas plantas al tiempo de la constitución de la garantía deben abordarse desde el análisis de lo que, *ab initio*, constituye el objeto de la hipoteca, es decir, desde la determinación del objeto sobre el que, desde el principio, recae la expresada garantía real. De esta idea participa no sólo la AP de Teruel en su sentencia de 20 de enero de 1999 (AC 1999, 90) al determinar la interpretación que debe darse a la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario según la cual «la hipoteca constituida se extenderá... a los edificios construidos en las fincas hipotecadas por los deudores o hipotecantes», sino también algunos autores [BLASCO GASCO, F. DE P., en *Objeto...*, *op. cit.*, pág. 54, o SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., en «La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 3111-3115].

Ninguna duda ofrece a este respecto el supuesto en el que la construcción ha sido declarada y consta inscrita en el Registro de la Propiedad; pero, ¿qué ocurre si, como en el supuesto que da origen a la sentencia que comentamos, la construcción ni ha sido declarada ni ha accedido al Registro? ¿Debe entenderse que lo hipotecado es la finca tal cual consta en el Registro de la Propiedad o cabe entender que lo hipotecado es la finca tal cual existe en la

realidad extrarregistral al tiempo de la constitución del expresado gravamen? Para contestar a esas preguntas debemos tener en cuenta, de un lado, el carácter constitutivo que la Ley atribuye a la inscripción de la hipoteca; y, de otro, los principios de especialidad y de tracto sucesivo que rigen en nuestro Derecho Inmobiliario Registral.

Quienes defienden que lo que constituye el objeto de la hipoteca es la finca, tal cual consta descrita en el Registro, parten de una interpretación un tanto literalista del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca y de los principios registrales de especialidad o determinación y de tracto sucesivo. En este sentido, afirman que la hipoteca sólo nace con la inscripción registral y que el principio de especialidad o determinación obliga a fijar, con la mayor claridad, los bienes sobre los que se constituye el gravamen. Sobre esta base, y teniendo en cuenta que el principio de tracto sucesivo exige la continuidad y concatenación entre los asientos registrales respecto de sus titulares, PRESA DE LA CUESTA [«Comentario de la RDGRN de 6 de febrero de 1986», en *RCDI*, núm. 574, mayo-junio, 1986, pág. 881], señala, por ejemplo, que, siendo la hipoteca un derecho cuya inscripción tiene carácter constitutivo, «no podrá este derecho tener vida sino en cuanto a todo aquello que consta en los libros registrales, con exclusión de lo que teniendo vida extrarregistral carezca, sin embargo, de inscripción». Por su parte, LLOPIS GINER [«La extensión...», *op. cit.*, pág. 409] sostiene que, siendo la hipoteca un derecho real, que no transfiere la posesión al acreedor, cuya inscripción tiene carácter constitutivo, su única forma de publicidad es la registral; por ello, concluye, «sólo lo que el Registro publica puede ser hipotecado». Parece, por tanto, que los expresados autores entienden que el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca se refiere también al objeto de la garantía, es decir, a la descripción de los elementos objetivos sobre los que recae o a los que alcanza el contenido del expresado gravamen; pero, obvian dos cuestiones: 1) pese a la evolución apreciada en nuestra doctrina y jurisprudencia, hoy por hoy, sólo se confiere cierto valor a los datos físicos del inmueble en el ámbito del principio de legitimación, no en el de la fe pública registral; y 2) la expresión de la descripción del objeto hipotecado en función de lo resultante de los títulos presentados a inscripción puede implicar la no coincidencia, total o parcial, de la realidad registral con las declaraciones de los interesados o con la realidad extrarregistral.

Los defensores de la tesis opuesta —la que considera que lo que constituye, *ab initio*, el objeto de la hipoteca es la finca tal y como existe en la realidad extrarregistral— mantienen, por su parte, que el carácter constitutivo de la inscripción en el caso de la hipoteca se refiere al derecho mismo, no a su objeto, y que el principio hipotecario de especialidad o determinación debe interpretarse en el sentido de que no es posible hipotecar parte de una finca registral sin haber segregado o dividido horizontalmente, con anterioridad, la unidad inmobiliaria. Participe de ella, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA [«La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 3121, 3123 y 3124], entiende que, hipotecado un solar, descrito en el asiento registral como ineditado, la edificación preexistente queda afecta a la garantía ya que las partes, pudiendo hacerlo, no han llevado a cabo las oportunas operaciones civiles y registrales a fin de excluirla del alcance objetivo de la garantía; y, añade, la «contaminación» del Registro originada por la inadecuación existente entre la realidad registral y la extrarregistral debe resolverse a favor de esta última. Aunque sus palabras aluden a la «nueva edificación» preexistente, nada impide su traslado al ámbito que

nos ocupa: el de las sobreelevaciones existentes al tiempo de la constitución de la hipoteca, pero no declaradas ni inscritas en el Registro de la Propiedad. Esta última teoría casa, además, perfectamente con la doctrina sentada por la DGRN en su Resolución de 6 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 1008), alegada, entre otros, por DÍEZ GARCÍA [«Comentario...», *op. cit.*, pág. 399], o BLASCO GASCO [*Objeto...*, *op. cit.*, págs. 67-69], para defender la posibilidad de que la hipoteca grave la finca tal y como se encuentre en la realidad extrarregistral, aunque dicha realidad difiera de la registral. En ella, refiriéndose, no a un supuesto de sobreelevación, sino de edificación (no inscrita) existente al tiempo de la constitución del gravamen, el Centro Directivo proclama: «la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda no constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca, pues ésta se extenderá a aquella aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato (art. 110 de la Ley), lo que no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código Civil».

2. LA OMISIÓN DE REFERENCIA ALGUNA A LA VIVIENDA EXISTENTE SOBRE LA NAVE INDUSTRIAL EN QUE SE ENCUENTRA LA FÁBRICA DE HARINAS

Merecedor de interpretaciones de índole diversa es también el argumento relativo a la omisión de referencia alguna a la existencia de la expresada construcción sobre la nave destinada a fábrica de harinas. Así, por ejemplo, podemos decir que para quienes, como el TS, consideran que la nave y la vivienda constituyen dos fincas independientes una de la otra, y para quienes entendiéndolo que son una sola, sostienen que conforme al principio de especialidad no puede entenderse hipotecado, lo que no consta expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca, dicha omisión determina la no afectación de la vivienda. Sin embargo, para aquellos que defienden que la vivienda no inscrita, existente al tiempo de la constitución del gravamen, es parte integrante del inmueble, dicha omisión no constituye en puridad un argumento válido para negar la extensión de la hipoteca a la expresada vivienda. Algo parecido sucede con quienes defienden que el objeto de la hipoteca es la finca, tal y como existe en la realidad extrarregistral; desde esta perspectiva, la constancia de la expresada construcción en la escritura de constitución de la hipoteca únicamente facilitaría la prueba de la previa existencia de la construcción si tal circunstancia fuese posteriormente debatida [así lo pone de relieve BLASCO GASCO, F. DE P., en «Objeto...», *op. cit.*, pág. 69, a la luz de la citada RDGRN de 6 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 1008)].

3. LA INDIVIDUALIDAD FÍSICA Y REAL DE LA EXPRESADA VIVIENDA CON RESPECTO A LA FÁBRICA, POR CUANTO TIENE UN ACCESO PROPIO E INDEPENDIENTE Y UN VALOR ECONÓMICO SUSTANTIVO

El Alto Tribunal insiste en la individualidad física y real de la vivienda en relación a la nave industrial para justificar su decisión; desde su punto de vista, la nave y la vivienda son dos fincas distintas, pues cada una tiene un acceso propio e independiente desde la vía pública. Tal razonamiento puede comprenderse si tenemos en cuenta que, en el sentido material, la finca ur-

vana no es sino un espacio o volumen delimitado que forma una unidad en el tráfico jurídico: dos espacios, dos fincas.

Desde la doctrina, en cambio, se ha señalado que la expresada individualidad no permite justificar la no extensión de la hipoteca a la vivienda sobrelevada. Adaptando sus palabras al caso que nos ocupa, LLOPIS GINER [«La extensión...», *op. cit.*, pág. 409], diría que si bien es posible hablar de una «independencia material» entre la nave industrial y la vivienda, «esa independencia física no se materializa en el ámbito jurídico» de modo que no cabe hablar de unidades jurídicas independientes. A su juicio, para que tal exclusión tuviera lugar, el deudor-hipotecante debería haber utilizado alguno de los mecanismos que le brinda la ley. Uno de ellos encuentra su principal apoyo en la autorizada opinión de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL [*Derecho Hipotecario*, Tomo IV, vol 1.º, *op. cit.*, pág. 586, núm. 1], quienes afirmaban: «cuando lo que se quiere hipotecar es únicamente una porción de la finca, se impone la segregación de la misma». Desde esta perspectiva, parece que si se quería evitar la extensión de la hipoteca a la vivienda sobrelevada debería haberse procedido, previa o simultáneamente a la constitución de la garantía, a la segregación de la parte de la finca que se pretendía hipotecar; en otras palabras, si el propietario-hipotecante sólo quería gravar la nave industrial, debería haber declarado la obra nueva y dividido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, haciendo constar su voluntad de ceñir la garantía a uno solo de los elementos independientes que conformaban el edificio: la nave industrial; tal división debería haber accedido, además, al Registro, a fin de que pudiera hacerse valer frente al acreedor y frente a un tercero. Así lo ponen de relieve DÍEZ GARCÍA [«Comentario...», *op. cit.*, págs. 399 y 400], LLOPIS GINER [«La extensión...», *op. cit.*, pág. 410] o SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA [«La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 3121, 3123, 3125 y 3132; esta autora alude también a la constitución, respecto del edificio, de un derecho real de superficie con carácter transitorio y no perpetuo, a favor de un tercero o del propio dueño del edificio cuyo suelo pretende hipotecar, como fórmula para excluir la edificación del alcance objetivo de la hipoteca].

4. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DEL DEMANDANTE

Tras determinar que la vivienda no entraba en el título que sirvió para la ejecución hipotecaria, el TS, al igual que hiciera la AP, reconoce la existencia de un enriquecimiento injusto en favor de la parte demandante (Caja Postal, S. A.). Dicho enriquecimiento —dice— se produce al ser entregada la referida vivienda al rematante-adjudicatario, sin perjuicio de que el Auto judicial de adjudicación (que no describió dicho bien) sirva o no de título para amparar en el mismo el dominio del tercer adquirente sobre la finca propia (la que en realidad se subastó). Parece, por tanto, que la vivienda, la cual suponemos no fue tasada al tiempo de la constitución de la garantía, sí fue tomada en consideración a la hora de fijar el valor con el que el bien había de salir a subasta; es por ello que debe apreciarse la existencia de ese enriquecimiento sin causa. Sin embargo, el Tribunal no entra a valorar la protección conferida al rematante-adjudicatario por el Auto de adjudicación de la subasta que alegaba la parte recurrente. La «sorprendente» ambigüedad que muestra el TS en este punto se debe a la utilización, una vez más, del término «sin perjuicio» para evitar entrar en el meollo de una cuestión. La noción de enriquecimiento

injusto tampoco ha pasado inadvertida a la doctrina, especialmente a quienes mantienen que la hipoteca grava la finca tal y como se encuentra en la realidad extrarregistral. En este ámbito, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA [«La hipoteca...», *op. cit.*, págs. 3125-3133] no ha dudado en acudir a ella para intentar resolver el conflicto de intereses que puede surgir entre el propietario—deudor hipotecante—y el adjudicatario cuando, no habiendo resultado tasada la sobreelevación al tiempo de la constitución de la hipoteca, por el juego del principio de la accesión, una vez ejecutada la garantía, el adjudicatario deviene propietario de la construcción íntegra.

FELISA-MARÍA CORVO LÓPEZ

1.4. Sucesiones

TÍTULO NOBILIARIO. EL ARTÍCULO 1692.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—TÉCNICACASACIONAL: NECESIDAD INEXORABLE DE CITA EN EL MOTIVO DE CASACIÓN DEL PRECEPTO O PRECEPTOS INFRINGIDOS. QUIEN ACCEDE A LA POSESIÓN DE UN TÍTULO POR MUERTE DE QUIEN LO OSTENTA, NO HEREDA A ÉSTE, SINO AL PRIMERO QUE FUE LLAMADO, DEL CUAL HEREDA POR DERECHO DE SANGRE Y NO POR DERECHO HEREDITARIO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Várela.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia presenta el actor, M. S. A., demanda contra los herederos, sucesores y causahabientes de J. T. V., suplicando que se proceda a declarar la nulidad o ineficacia jurídica de cualquier cesión o acto administrativo hecho indebidamente a favor de la línea de los demandados, en cuanto dichos actos pueden perjudicar el derecho del demandante a poseer, usar y llevar con sus honores y preeminencias el título de Castilla de Marqués de B., concedido por el Rey de España Don Carlos I en 1529 a J. T. V.

También se pedía la imposición de costas a la parte demandada, «si hubiera oposición temeraria a esta demanda».

A. T. G., demandada, contestó por su parte a la demanda, oponiéndose a la misma, y formuló reconvencción solicitando que se dictara sentencia declarando que ostentaba mejor y preferente derecho que el demandado para poseer, usar y disfrutar con sus honores y preeminencias el título de Castilla de Marqués de B., teniendo en cuenta, además, que A. T. G. es la poseedora de la merced litigiosa. Se pedía la expresa imposición de costas a la parte contraria.

Hubo escrito de réplica por parte del demandante, M. S. A., suplicando al Juzgado que dictara sentencia estimando íntegramente la demanda, declarando lo suplicado en ella y con expresa imposición de costas a la parte demandada y contestó a la demanda reconvenccional suplicando que fuese desestimada y que fuese condenada en costas «por su temeridad al litigar sin traer llamamiento sucesor del fundador del vínculo litigioso».

En la demanda se hacía constar que, de los posibles litigantes pasivos, sólo conocía a A. T. G., ignorando el nombre y circunstancias de los demás, por lo que solicitó su emplazamiento por edictos.

A. T. G. formuló escrito de súplica en donde se remite al suplico de la contestación a la demanda y de la demanda reconvenzional, renunciando a la réplica.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvezion. En cuanto a las costas, se imponen a A. T. G., tanto las de la demanda original como las de la reconvenzional.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por G. S. (1), desestimando totalmente la demanda presentada por M. S. A., y manteniendo inalterable, por haber devenido firme, el pronunciamiento desestimatorio de la reconvezion formulada por A. T. G.

En cuanto a las costas de la primera instancia relativas a la demanda se imponen a M. S. A. Las concernientes a la reconvezion corresponden a A. T. G., por ser firme la sentencia, y las de la apelación ante la Audiencia deberán ser abonadas por cada parte y las comunes por mitad.

Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia por M. S. A., se pide que se dicte sentencia declarando haber lugar al recurso de casación, que se anule la sentencia recurrida y se reponga la dictada en la primera instancia en la que se declaraba el mejor derecho de M. S. A. a ostentar el título de Marqués de B., con expresa imposición de costas de las anteriores instancias y del recurso de casación a G. S.

El Supremo declaró no haber lugar a la casación y condenó al recurrente al pago de las costas causadas. Se mantiene, por tanto, la sentencia dictada por la Audiencia.

Doctrina.—Ante la acusación que se hacía en el recurso de que no se había pronunciado sobre el fondo de la cuestión litigiosa, consistente en el mejor derecho que ambas partes aducían sobre una merced nobiliaria, y no hace declaración alguna sobre cuál de las partes personadas ostenta un mejor y preferente derecho sucesorio al marquesado en litigio, responde el Supremo con la doctrina que viene sosteniendo sobre este punto en el sentido de que «las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas» (2).

En cuanto al parentesco, es doctrina del Supremo que debe quedar perfectamente acreditado, tanto éste como la ascendencia con el fundador del vínculo, por lo que no reconoce llamamiento sucesorio alguno en el caso de autos a G. S.

Dentro del Derecho nobiliario se lleva con sumo rigor la prueba del parentesco consanguíneo. Han de quedar constatadas de forma plena e indubitada todas y cada una de las conexiones del árbol genealógico de la persona que pretende ostentar un título respecto de las personas de las que trae causa hasta llegar al fundador o el último poseedor del título nobilia-

(1) G. S. se subrogó en el derecho de su padre que había fallecido después de haberse personado al haber sido emplazado al juicio mediante edictos.

(2) Cita las sentencias de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995 y 24 de enero de 2001.

rio (SSTS de 24 de febrero de 1981, 22 de marzo de 1978, 17 de noviembre de 1973).

La prueba del parentesco con el fundador ha de ser, según el Supremo, plena, total y exhaustiva, ya que es fundamental que exista el parentesco o vínculo de la sangre para poder seguir disfrutando del título.

Dice esta sentencia que *una de las notas esenciales de los títulos nobiliarios está constituida por la consanguinidad, es decir, la unión entre personas por parentesco natural que descienden de una misma raíz o tronco.*

Los medios probatorios del parentesco no tienen un *numerus clausus*, si bien, lo normal es que se aporten las certificaciones del Registro Civil y, a falta de éstas, las partidas de bautismo u otras que consten en los libros parroquiales, pero, según tiene declarado el Supremo, se admiten cualesquiera otros medios probatorios (3).

Otro punto importante en esta sentencia lo constituye el de la propiedad del título que, según diversas sentencias del Supremo, corresponde única y exclusivamente al primer concesionario, fuente única de todo llamamiento sucesorio, mientras que los sucesivos titulares solamente poseen la merced sin poder disponer de ella (4).

El orden o criterio a seguir en los títulos nobiliarios es el sucesorio, diciendo el Tribunal Supremo que no se puede cuestionar el orden sucesorio ya que es inalterable (5).

Los títulos se conceden a una persona por sus méritos, por eso dice el Supremo en esta sentencia que *con los títulos o mercedes se pretende premiar los méritos del llamado como primer titular, o los de sus antepasados que trascendieron a su propia existencia... con los títulos se premia una estirpe o linaje.*

En cuanto a la transmisibilidad de los títulos estos son, en palabras del Supremo, *transmisibles a perpetuidad (salvo que se concedan por méritos tan personalísimos que se extingan por la muerte del mismo), la consecuencia será que para hablar de linaje y de premio a una estirpe es indispensable que en los sucesivamente llamados concorra el vínculo de consanguinidad.*

COMENTARIO

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de ir perfilando una doctrina en torno al Derecho nobiliario en distintas sentencias, de modo que, como se ha expuesto en el apartado anterior, hay una serie de conceptos que han quedado perfectamente claros en torno a este tema.

El Derecho nobiliario parte de un título que se concede a una persona como reconocimiento a sus méritos o a los de sus antepasados. En la mayoría de los casos son transmisibles a los parientes consanguíneos, siendo esencial que el parentesco quede perfectamente probado por cualquiera de los medios a los que antes se ha hecho referencia.

(3) SSTS de 22 de marzo de 1978, 28 de septiembre de 1972, 3 de abril de 1972 y 5 de abril de 1973.

(4) En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1971, 19 de junio de 1976, 22 de marzo de 1978, 5 de noviembre de 1982 y 7 de mayo de 1976.

(5) SSTS de 19 de abril de 1961, 26 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964, 7 de diciembre de 1965, 7 de julio de 1986 y 13 de octubre de 1993.

El título pertenece a la persona a la que le fue concedido, es la única que realmente ostenta la propiedad del mismo, siendo los sucesivos titulares meros poseedores del mismo. Dice el Supremo que constituye una regla general en materia de sucesión de títulos nobiliarios que *quien accede a la posesión de un título por muerte de quien lo ostenta, no hereda a éste, sino al primero que fue llamado, del cual hereda por derecho de sangre y no por derecho hereditario.*

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

INDEMNIZACIÓN. PROPORCIONALIDAD ESTABLECIDA EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—La Entidad «Servicios de Transportes de Automóviles y Mercancías, S. A. (Setram)» formula demanda de reclamación de cantidad contra «Agf-Unión Fénix Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.» con fundamento en los siguientes hechos: El día 10 de junio de 1993, la actora suscribe con la demandada una póliza de seguros de transporte terrestre de mercancías que tiene por objeto garantizar las expediciones que efectúe la asegurada de las mercancías reseñadas, pactando que el «pleno máximo garantizado» se establece de la forma siguiente: la cantidad máxima cubierta por la compañía y en cuya cifra se fija el límite de su responsabilidad, por cada medio de transporte y viaje será de ciento veinte mil doscientos dos euros y cuarenta y dos céntimos de euro y se añade la cláusula por la que se anulan y se dejan sin efecto «cuantas condiciones generales impresas de la póliza se opongan, amplíen, modifiquen o contradigan a las particulares mecanoscritas que anteceden». El día 11 de junio de 1993 uno de los camiones incluido en la póliza, que transportaba tres tractores sufre un accidente de circulación en Francia, causándose daños admitidos en la carga por importe de ciento ocho mil setecientos cuarenta y un euros y noventa y nueve céntimos de euro y gastos de salvamento admitidos por importe de siete mil ciento treinta y cuatro euros y ochenta y tres céntimos de euro, siendo el hecho objeto de cobertura.

Doctrina.—La necesidad de interpretación flexible del principio de la congruencia se concreta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando manifiesta que no se precisa necesariamente una exactitud literal y rígida entre el fallo de las sentencias y las pretensiones deducidas, sino que basta que se dé racionalidad, lógica jurídica necesaria y adecuación sustancial y el hacer una justicia más efectiva y que no se infringe el principio de congruencia en aquellos casos en que los términos del suplico y del fallo no son literalmente iguales, siempre que respondan a una unidad conceptual y lógica, y sin que se haya alterado sustancialmente la pretensión procesal. En la sentencia impugnada se confirma la del Juzgado de Primera Instancia y en el fallo de ésta se condena «al pago de la cantidad que se fije en ejecución de senten-

cia en la forma establecida en el fundamento jurídico tercero de la sentencia», pues en dicho fundamento se toman como parámetros «la cantidad reclamada incluidos los gastos de salvamento que se reconocen»; se incluyen, por lo tanto, dichos gastos de salvamento que, en efecto, han sido reconocidos por las partes. Además, es cierto que, en realidad, al denunciar la interpretación del contrato lo que se está discutiendo es un pretendido error judicial al apreciar la prueba documental, lo que casacionalmente no puede ser admitido. La doctrina más general ha señalado que las normas o reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1.281 de dicho Código, de tal manera que, si la claridad de los términos de un contrato no deja dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal. La regla que contiene el artículo 1.288 no es rígida ni absoluta y para su aplicación ha de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten de esta manera resulta relegado el precepto. El artículo 1.288 no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido sino que origina varios con análogo grado de credibilidad.

COMENTARIO

En atención a la doctrina tenida en cuenta se advierte que la regla proporcional tiene los siguientes presupuestos: en primer término, que la suma asegurada sea inferior al valor del interés asegurable, entendido como valor real, bien sea calculado como valor venal o valor en uso; en segundo lugar, que la circunstancia de que la suma asegurada sea inferior al valor del interés asegurable se produzca en el momento de la producción del siniestro; y por último, que el siniestro produzca un daño parcial del interés, pues si el daño es total, la indemnización del asegurador será igual a la suma asegurada, que opera como límite máximo de esa indemnización. En tal supuesto, aún cuando en principio pueda decirse que aquí se aplica la proporción del cien por cien, el juego de la regla proporcional no tiene trascendencia práctica, pues se llegaría al mismo resultado, se contempla un daño parcial o, si se quiere, el siniestro no lesiona en su totalidad el valor del interés asegurado. Es aquí cuando se va a producir una disminución de la indemnización con relación a la suma asegurada por aplicación de la regla proporcional. Además, la Ley de Contrato de Seguro impone en este caso al asegurador el cumplimiento de una debida diligencia para hacer las investigaciones y peritaciones necesarias para la determinación de su deuda y su cumplimiento dentro del plazo de tres meses marcados por su artículo 20. Deber de diligencia que no incumple si el retraso se debe a causa que no le es imputable o que está justificada. Dentro de la causa justificada se incluye la circunstancia de si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador.

NULIDAD DE CONTRATO DE VENTA. PRESUNCIÓN DE LA SIMULACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE DICHO CONTRATO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

Antecedentes.—Doña Rosa Hernández Brito, viuda y causahabiente del demandado don Francisco García Hernández, recurre la sentencia que, revocando la de Primera Instancia, da lugar en parte a la demanda y declara la nulidad, por simulación absoluta, de la compraventa consignada en escritura pública de 12 de mayo de 1976, otorgada como vendedora por la entidad «Los Tulipanes, S. L.», a favor de don Francisco García Hernández, cónyuge de la recurrente, así como la nulidad de las inscripciones registrales producidas por dicha escritura, por entender que pese a haber fijado como precio de las fincas rústicas, objeto de la venta, el de tres mil cinco euros y seis céntimos de euro, que se sostiene es un precio vil, ya que dos años antes habían sido vendidas las mismas a la sociedad «Vista Panorámica, S. A.», por sesenta y tres mil ciento seis euros y veintisiete céntimos de euro; sin embargo, el precio que se confiesa en la escritura como recibido, no se acredita en autos.

Doctrina.—En realidad, para que se declare la nulidad de la compraventa no es suficiente la vileza o nimiedad del precio sino que se exigen otras circunstancias capaces de hacer derivar la prueba presuntiva a la determinación de la inexistencia del precio, circunstancias que la sentencia recurrida no puso de manifiesto en sus consideraciones de derecho para llegar a la conclusión de la existencia de nulidad absoluta del contrato por falta de causa.

COMENTARIO

La posición del tribunal está en concordancia con la doctrina de la Sala que mantiene la declaración de nulidad de la compraventa, en cuya escritura se confiesa, por el vendedor, el pago del precio, por no haber justificado, en juicio, el comprador demandado el pago y además, en el mismo sentido, la consideración de que tratándose de la prueba de la falta de pago, de acreditar un hecho negativo, no puede serle impuesta al actor, cuando es fácil para el demandado la prueba del hecho de pago, por estar en su poder, generalmente, los documentos acreditativos de haber efectuado el mismo.

CONTRATO DE OBRA. RECLAMACIÓN DEL PRECIO DE UNA OBRA COMO AÑADIDA A LA CONTRATADA Y NO INCLUIDA EN LA PRESUPUESTADA Y YA PAGADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE FEBRERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—Se inicia la demanda de una empresa contratista de un edificio reclamando una determinada cantidad de dinero en concepto de unidades de obra ejecutadas sobre las previstas en el proyecto.

Doctrina.—El Juzgado tenía que haber compensado el importe de las obras no ejecutadas como substitutivas de las proyectadas por ser «lo más ajustado a Derecho» o, en otro caso, «haber hecho uso de lo dispuesto en el artículo 630 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suponiendo la falta de ejercicio de dicha facultad por el Juez una infracción de los artículos 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución. Pero es incomprensible discernir si lo que mediante el mismo se pretende de esta Sala es una reposición de actuaciones para la práctica de diligencias para mejor proveer, una nueva valoración de la prueba pericial en el sentido que propone la recurrente, la condena de la parte contraria por abuso de derecho o, en fin, una corrección al Juez de Primera Instancia por haberse detenido en razones formales pese a la evidencia de que resolvió sobre el fondo. La recurrente se sirve de esto para quejarse de la sentencia desfavorable de primera instancia, pese a no ser ésta la impugnada en casación, para protestar de la «habilidad» de la parte contraria, que habría logrado llevar al juez a su terreno, y para exponer su propia valoración de la prueba pericial a modo de conclusiones previas a la sentencia de primera instancia, no sin reprochar también al Juez la falta de ejercicio de una facultad que, como tal facultad, no puede exigirse ni imponerse mediante el recurso de casación. Resulta, así, que el artículo 24 de la Constitución se instrumentaliza por la recurrente para eludir el rigor formal del recurso de casación y los requisitos de ineludible cumplimiento que la ley procesal impone a los motivos fundados en quebrantamiento de forma por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, utilización abusiva del citado precepto constitucional contra la que esta Sala ha tenido que alertar reaccionando contra ella en numerosas ocasiones. Además, la doctrina legal sobre el alcance de la recepción provisional de la obra reprocha a la sentencia recurrida el haber compensado una cantidad correspondiente a obras ejecutadas al margen del proyecto y presupuesto con la correspondiente a otras obras incluidas en los mismos proyecto y presupuesto pero no ejecutadas, compensación improcedente por aplicarse a dos cantidades no homogéneas y una de las cuales, la correspondiente a obras contratadas pero no ejecutadas, sería inexigible a partir de la recepción provisional de la obra por representar una deuda pagada y extinguida desde entonces.

COMENTARIO

En este iter procesal las obras proyectadas pero no ejecutadas se habrían substituido por otras distintas pero de importe equivalente, en tanto las detalladas en la demanda inicial serían otras ajenas por completo al proyecto y presupuesto y por tanto a pagar además de lo ya satisfecho por las dueñas de la obra y se recurre así en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión consistente en defender un motivo de casación no desde los hechos que la sentencia impugnada declara probados sino desde los que el recurrente considera como tales, y en este caso, por ende, no sin contradicciones internas difíciles de salvar, porque si la propia recurrente admite que según el informe pericial «la mayor parte de las partidas» de tres apartados de su demanda sí planteaban al margen de la cantidad presupuestada, ella misma está reconociendo que con otras no sucedía lo mismo. Y si a lo antedicho se une, de un lado, la inequívoca declaración probatoria del tribunal sentenciador sobre las obras no realizadas por la recurrente a la vista

de las aclaraciones de los peritos, «siempre excluyendo que hubieren sido reemplazadas por otras», y, de otro, que la recepción provisional de la obra como indicativa de su terminación, no empece a que, en general y salvo lo especialmente pactado, sólo la recepción definitiva tenga efectos liberatorios para el contratista, ni dicha recepción provisional impone el pago por el comitente de obras no realizadas, incumbiendo al contratista probar que lo reclamado, además de lo ya cobrado, corresponde a un contrato distinto.

CONTRATO DE COMPRAVENTA. SU RESOLUCIÓN Y CONGRUENCIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE MARZO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don José de Asís Garrote.

Antecedentes.—Se declara resuelto un contrato de compraventa de bienes muebles a plazo celebrado el 14 de julio de 1993 por los litigantes, la entidad actora como vendedora y el demandado como comprador, por incumplimiento de éste, y en consecuencia, condena al demandado a que devuelva el equipo electrónico audio musical, y a ésta le concede el derecho de retener en concepto de indemnización la cantidad inicialmente entregada, que constituía el precio del bien objeto de compra, habiéndose convenido que una cantidad restante había de ser pagada en meses consecutivos entre el 14 de agosto de 1993 y el 14 de julio de 1994. Se acredita la pérdida de documentos originales del contrato de compraventa y las letras de cambio que para el pago del precio aplazado fueron libradas, pérdida que se produjo, con ocasión de haber endosado el actor el contrato y las letras a favor de la entidad proveedora del material que fue objeto de la venta a plazos.

Doctrina.—Se basa la presente litis en ese contrato de compraventa en el que son comprador y vendedora, respectivamente, el demandado y la entidad demandante, por lo que no se puede hablar cuando se ejercita por la entidad vendedora la acción de resolución del contrato, de que falta la legitimación de los respectivos titulares de las relaciones jurídicas nacidas de ese contrato, y de acuerdo con el principio de la relatividad contractual preconizada en el artículo 1.257 del Código Civil, al proclamar que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, por lo que carece de fundamento la pretendida legitimación pasiva de sociedades ajenas al contrato, aunque se hubiera acreditado que el equipo musical se hubiese instalado en el establecimiento señalado y éste fuera propiedad de la sociedad objeto de litigio y ello porque en la sentencia de primera instancia se dejó patente que la compraventa tuvo lugar única y exclusivamente entre los litigantes, por lo que al entrar a conocer del fondo del asunto y después de la fundamentación quedada implícitamente admitida las excepciones procesales resultarían desestimadas. Se invoca también otro precepto del Código Civil, el artículo 1.282 que establece que para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos o posteriores al contrato, y a lo largo de la argumentación, para nada se refiere, la parte recurrente, a que actos coetáneos o posteriores cabe deducir, que no fuera la intención del comprador la de obligarse al pago de las cantidades aplazadas, antes al contrario, cuando sostiene que el comprador del equipo es el demandado, porque paga de la cuenta corriente de que es titular personal la canti-

dad inicial, y domicilia el pago de las letras de cambio en esa misma cuenta, para deducir que los titulares de la relación jurídico-material que se ventila en el juicio son las partes demandante y la demandada.

COMENTARIO

Se estima acreditado que el contrato de compraventa de muebles a plazos referente a un equipo electrónico audio musical se celebra entre la entidad actora y el demandado, y ello en base a las fotocopias del contrato, el original se extravió al ser enviado a la entidad endosataria, y las de las letras de cambio, que fueron giradas por la vendedora para el pago de las cantidades aplazadas a cargo del comprador que firmó el acepto en nombre propio, por lo que la relación jurídico-material que da lugar al procedimiento se basa en un contrato de compraventa en el que son comprador y vendedora respectivamente el demandado y la entidad demandante.

CULPA EXTRACONTRACTUAL. INEXISTENCIA DE DAÑO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MARZO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Antecedentes.—Se basa ahora la Sala en la reclamación de una indemnización de daños causados por culpa extracontractual que tiene su apoyo en una serie de cartas de proveedores existentes en autos en que niegan al actor la posibilidad de ampliación del crédito y de su propio negocio ante la existencia de unos embargos.

Doctrina.—La infracción al artículo 1.228 del Código Civil, según el cual: «los asientos, registros y papeles privados únicamente hacer prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habría de aceptarlos en la parte que le perjudique», se refiere a una modalidad muy singular de documentos, limitada a los estrictamente particulares o «papeles domésticos», caracterizados por elaborarse por los interesados para su exclusiva información, manteniéndolos consigo y sin destino para tener publicidad o entregarlos a otra persona. Del texto legal se pone de manifiesto, así como de su interpretación jurisprudencial, que la fuerza probatoria de tales documentos se produce frente a los autores de los mismos que quedan vinculados por las manifestaciones y declaraciones en ellos contenidas, pero sin que tal fuerza probatoria actúe frente a terceros, no autores de los mismos y que no han pretendido valerse de ellos en el litigio, como ocurre en nuestro caso con los demandados. La denuncia a los también artículos 1.216 y 1.218 del Código Civil al no haber tenido en cuenta la Sala de instancia los documentos aportados en el periodo probatorio en segunda instancia viene a desvirtuar la declaración de la sentencia recurrida en cuanto a la pasividad del actor en orden a evitar el daño en un tiempo muy inferior anterior a aquél en el que empezaron a surgir los problemas.

COMENTARIO

De todo lo visto se deduce la inexistencia de prueba sobre el daño cuya indemnización se pretende y la falta de prueba de la producción del daño, siendo necesario para la exigencia de responsabilidad por culpa extracontractual al amparo del artículo 1.902 del Código Civil la producción de un resultado dañoso e inalterada la declaración fáctica sobre la inexistencia en el caso del daño alegado.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. DAÑOS EN EDIFICIOS POR OBRAS DE EXCAVACIÓN EN SOLAR CONTIGUO.—RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA DE LA EMPRESA CONTRATISTA QUE HACE EL VACIADO. DAÑOS MORALES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE FEBRERO DE 2005.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Várela.

Antecedentes.—Doña M.^a E. residía en un piso de un inmueble de la ciudad de León, siendo la única persona que continuaba en la casa, tras el desalojo del resto de los inquilinos previa indemnización. La citada inquilina no había recibido compensación aún por no acreditar la condición de arrendataria. No estaba incluida en la relación de derechos y bienes a expropiar.

El edificio debía ser derribado por su calificación como fuera de ordenación del Plan Municipal de Ordenación. Al estar calificado fuera de ordenación y siendo su destino final el derribo, había limitación en cuanto a la clase de obras a acometer, realizándose solamente pequeñas reparaciones.

El 14 de enero de 1994 por Decreto de la Alcaldía fue promovido el correspondiente expediente y el edificio fue declarado en situación de ruina inminente parcial, declarándose la ruina inminente total por Decreto de 18 de enero.

Los arquitectos D. R. y D. C., como colaboradores del Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos D. J., fueron encargados del Proyecto de Dirección y Liquidación de la urbanización del sector correspondiente de la Junta de Compensación de ese Polígono. D. A. actuó como aparejador en la infraestructura, estudio, seguridad, aprobación, control y seguimiento del Plan de Seguridad y Urbanización del mismo sector. Los dos arquitectos citados y otros tres más tenían encomendada, a su vez, la dirección de la segunda fase de edificación de «El Corte Inglés», al igual que el aparejador, sin que ninguno de los tres interviniese en la primera fase, que era la ejecución de un muro pantalla.

El Corte Inglés encargó a «Rodio Cimentaciones Especiales, S. A.», el vaciado del solar y la ejecución del muro pantalla. Como consecuencia de dicho vaciado más la acción de la lluvia, se produjeron desperfectos en el inmueble donde vivía la demandante que determinaron la declaración de su ruina.

El 15 de enero, doña M.^a E. fue desalojada por la policía, precintando el inmueble y el acceso al mismo.

Doña M.^a E. interpuso juicio declarativo de menor cuantía contra la Junta de Compensación, la empresa constructora encargada de las obras, el Ayuntamiento de León y los dos arquitectos y el aparejador.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de León dictó sentencia absolviendo a todos los demandados y condenando en costas a la demandante.

Fue apelada la sentencia por doña M.^a E., y la Sección Segunda de la Audiencia de León desestimó el recurso, confirmándose íntegramente la sentencia de instancia, imponiendo a la parte apelante las costas de la alzada.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación en nombre y representación de doña M.^a E., al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC 1881) por infracción del artículo 1.902 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial aplicable al mismo.

La recurrente considera que la sentencia impugnada no ha valorado que la empresa contratista ha aplicado una máquina excavadora contra los cimientos de la casa donde ella residía, pese a tratarse de una empresa con profesionales. Considera también que los arquitectos son culpables porque ellos dirigieron las obras referidas, y existe también responsabilidad del Ayuntamiento por no evitar el derribo de la casa habitada por la actora, permitiendo incluso los trabajos de la excavadora.

«La sentencia del Juzgado, asumida por la de apelación, analiza las posibles responsabilidades civiles en que han podido incurrir los codemandados».

Respecto de los arquitectos y aparejador considera que «entre sus atribuciones no tenían incluida actuación alguna sobre las parcelas de equipamiento y no intervinieron en la primera fase de ejecución de la obra de «El Corte Inglés», por lo que no se les imputa negligencia de la que se pueda derivar para ellos responsabilidad civil».

En relación con la Junta de Compensación, propietaria del inmueble afectado, la sentencia argumenta que «al haberse transmitido la titularidad, e indemnizado a sus antiguos dueños y a cuantos justificaron tener derechos en el mismo, no adoptó ninguna medida cautelar de aseguramiento de la casa para evitar su ruina, mas como el destino final del inmueble era la demolición, lo que sin duda retrasaba la actora con su negativa a abandonarlo en tanto no fuera indemnizada, y la causa productora de la situación de ruina era ajena a la Junta y tampoco se demostró la omisión por ella de una acción que impidiera el evento o que contara con el tiempo, los medios y la capacidad suficientes para efectuarla, concluye que ha de ser absuelta de los pedimentos de la actora».

También el razonamiento de la sentencia de instancia respecto de la actuación del Ayuntamiento, declara la sentencia que no se puede proceder a considerar que ha habido una actuación culposa o negligente, ya que allí sólo se tramitó el expediente de ruina.

En una primera parte el razonamiento que se hace respecto de la empresa constructora termina alegando lo siguiente: «...por lo que si algún perjuicio se llegara a demostrar que ha causado su negligente actuación, sin duda a ella correspondería repararlos».

Y continúa la sentencia aludiendo a los posibles daños materiales que solicita la actora y que considera que no existen, pues el destino final del edificio era el derrumbamiento, independientemente de si puede correspon-

derle algún tipo de indemnización tras la resolución de un recurso contencioso-administrativo que está pendiente. Cuando se detiene en los daños morales afirma la sentencia: «...en cuanto a los daños morales no poniendo en duda que los haya tenido, si tenemos en cuenta que los mismos no provienen propiamente de la actuación de "Rodio Cimentaciones Especiales, S. A.", sino que por el contrario son fruto de todo el proceso de desalojo de la vivienda en que estaba inmersa, el cual se remata al instante al que la Junta de Compensación, entidad promotora de dicho sector la comunica que debe dejar libre la vivienda que ocupa por estar el inmueble fuera de ordenación, calificación contra la que según consta en el informe del Arquitecto Municipal no hizo alegación en su momento...».

«Esta Sala acepta los razonamientos de la instancia, excepto el consignado en el párrafo precedente, concerniente a que los daños morales, cuya existencia es admitida, no provienen de la actuación de la empresa constructora; en contra de lo allí argumentado, se sienta en esta sede que la actuación negligente de esta codemandada en el vaciado del solar y la ejecución del muro pantalla, provocó la declaración de ruina del edificio, sin que la acción de la lluvia, por sí sola, hubiera alcanzado tal resultado y fue decisiva para el desalojo de doña M.^a E., de su vivienda antes del momento de que su salida procediera legalmente por las vicisitudes de la situación urbanística del inmueble y del reconocimiento de su calidad de arrendataria, y ocasionó los consiguientes daños morales a la actora, que aquí se valoran en la suma de 36.060,73 € en atención a que ésta, con sesenta y tres años de edad, cuando se plasmó el desalojo del lugar donde moraba desde el año 1970, sufrió evidentes trastornos al situarla fuera de su domicilio y entorno habitual, amén de los gastos inherentes a su ulterior residencia de otro orden, con el correspondiente traslado del mobiliario y bienes personales; al respecto corresponde recordar que la doctrina jurisprudencial mantiene la posición de que la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado».

COMENTARIO

En primer lugar, al leer las líneas precedentes puede parecer excesiva la transcripción de parte importante de los Fundamentos de Derecho de la misma; sin embargo son necesarios para el conocimiento y posible entendimiento del fallo de la Sala.

Efectivamente la Sala asume el razonamiento de la sentencia de Instancia de por qué debe absolver a los distintos codemandados, a excepción de considerar que sí existen daños morales, y que éstos provienen de la actuación negligente de la empresa a quien encargaron la excavación del solar contiguo al que vivía la actora.

Estamos de acuerdo en considerar la existencia de daño moral, que aunque dicha figura no se encuentra específicamente nominada en el Código Civil, encaja perfectamente en el espíritu del artículo 1.902 del citado cuerpo legal, cuando establece que «hay que reparar el daño causado». Según ha dejado entrever la sentencia de instancia y ha corroborado el TS, a la actora se le ha causado un daño que se ha calificado como moral. El contenido por

el que se puede considerar que existe daño moral lo pone de manifiesto claramente la STS de 31 de mayo de 1983, que afirma: «Así, actualmente predomina la idea de "daño moral" representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas o actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extramatrimonial o de la personalidad. De ahí que, ante, frente, o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del *lucro censans* y/o *damnum emergens*, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado».

Pero aunque estemos de acuerdo en que ha existido un daño moral, y que esto ha llevado a la Sala a estimar en parte el recurso, dadas las circunstancias del caso, se puede pensar que:

a) La consideración de la valoración del daño, se ha hecho atendiendo al principio de indemnidad, es decir, queriendo evitar un enriquecimiento del perjudicado se ha beneficiado a los codemandados, encauzando el posible perjuicio en daño moral, excluyendo la posibilidad de un daño patrimonial, que desde luego existe si se tiene en cuenta el futuro de la actora.

b) ¿Se puede afirmar que la responsabilidad ha existido exclusivamente de la empresa que ha hecho el vaciado? Es sabido que uno de los presupuestos necesarios para que se pueda afirmar que existe responsabilidad extracontractual es la demostración del nexo causal entre el hecho y el daño. Es evidente que la ejecución material de la excavación la llevó a cabo la empresa que ha sido condenada, porque ella fue la que ejecutó materialmente el vaciado.

Sin embargo, la Junta de Compensación era propietaria del inmueble al habersele cedido la titularidad del mismo, y aunque había indemnizado a los antiguos dueños y a los que justificaron tener derechos sobre el mismo, sabían de la existencia de la inquilina que llevaba residiendo 25 años en el inmueble, por lo que su actuación fue negligente y deberían haber comunicado, bien a la empresa que ejecutó las obras o a la propietaria actual del terreno donde se iba a construir un Centro Comercial, el estado del inmueble y la situación de ocupación del mismo.

Asimismo, el Ayuntamiento estaba tramitando el expediente de ruina del inmueble, por lo tanto era conocedor de la situación en la que se encontraba el mismo y del efecto que una excavación contigua podía producir en el citado inmueble. Para ejecutar obras se tienen que conceder licencias por los organismos municipales.

Si a lo anterior le aplicamos lo afirmado por la STS de 16 de mayo de 2001, al entender que «Asimismo viene entendiendo la jurisprudencia que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas o efectos y que no cabe considerar como no eficiente, la que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última», se podría considerar que la responsabilidad debería recaer no solamente en la entidad que

llevó a cabo el vaciado y excavación sino en todos los agentes intervinientes en el proceso que tuvo como efecto la caída del muro y ruina total del edificio.

Para terminar y quizá como curiosidad, sorprende que no se haya demandado también a «El Corte Inglés», propietaria del terreno, porque no queda claro, o si no de la construcción que se va a hacer. Habría habido una clara responsabilidad basada en la culpa *in eligendo* e incluso *in vigilando*.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

RESPONSABILIDAD SANITARIA. CONTAGIO DE HEPATITIS VÍRICA POR TRANSFUSIÓN DE SANGRE CONTAMINADA.—RESPONSABILIDAD DEL BANCO DE SANGRE QUE SUMINISTRÓ EL PLASMA AL HOSPITAL. INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTROLES QUE EXIGEN LAS NORMAS REGLAMENTARIAS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMOR DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—Una mutualidad de previsión social reclama a la Cruz Roja los daños causados a una paciente por contagio del virus de la hepatitis C, como consecuencia de una transfusión realizada en el transcurso de una intervención quirúrgica en un centro médico perteneciente a la citada mutualidad.

El Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 1997. Estimó la demanda, formulada por «Quinta de Salut L'Aliança, Mutualitat de Previsió Social», contra Cruz Roja Española, condenando a la demandada a satisfacer a la actora la suma de nueve millones de pesetas (9.000.000 de ptas.), más los intereses legales desde la interposición de la demanda y costas. Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha 7 de julio de 1998. Desestimó el recurso interpuesto por la Cruz Roja Española contra la anterior resolución confirmando íntegramente la misma, con imposición de costas de esta alzada a la parte recurrente.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Doctrina.—Cruz Roja Española interpone recurso de casación que se articula en tres motivos, todos ellos con fundamento en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la LEC, de los que destacamos, por su interés, el primero y el último.

En el primer motivo se denuncia la infracción del artículo 1.252 del Código Civil y de la jurisprudencia sobre la presunción de cosa juzgada, por cuanto pese a que Cruz Roja no había sido parte en el proceso instado por la señora Mari Luz contra Quinta de Salud, la Audiencia entendió que la afirmación de la sentencia recaída respecto a la existencia de nexo causal entre la transfusión realizada a dicha mutualista y el contagio por la misma sufrido, produce el efecto de cosa juzgada, que sólo puede ser destruido por prueba en contrario que incumbe aportar a la ahora recurrente.

Se alega por la recurrente que no concurren las identidades subjetivas, ni tampoco existían entre la mutualidad y Cruz Roja los vínculos de solidaridad que exige el artículo 1.252 del Código Civil.

El Tribunal Supremo considera «...que pese a la falta de concurrencia del requisito de identidad subjetiva que establece el artículo 1.252, esta Sala, en reciente sentencia de 14 de julio de 2003, ha tenido ocasión de recordar la doctrina del TC, según la cual los órganos jurisdiccionales han de ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando hayan de decidir sobre una relación o situación respecto a la cual la sentencia recaída se encuentre en estrecha conexión (sentencia 151/2001, de 2 de julio), incluso aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el artículo 1.252 del Código Civil (sentencias 171/1991, de 16 de septiembre y 219/2000 de 18 de septiembre), pues si bien la libertad de interpretación de la norma ha de ser respetada como parte integrante de la propia función jurisdiccional, debe tenerse en cuenta que los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal vedan a los jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, pues la protección jurisdiccional carecería de efectividad si se permitiera reabrir en cualquier circunstancia lo ya resuelto por sentencia firme (sentencias 189/1990, de 26 de noviembre; 67/1989, de 7 de junio, y 77/1983, de 3 de octubre).

...en definitiva, se trata de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma que... puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla.

Sin duda es en este sentido cómo ha de entenderse la afirmación de la sentencia recurrida respecto a que el nexo causal entre el suministro de sangre y el contagio es materia ya juzgada o tiene carácter prejudicial en el presente proceso, por haber sido establecido en el litigio precedente sostenido por la señora Mari Luz contra Quinta de Salud.

Sin embargo, es necesario significar que estas partes contendientes han llegado a una transacción poniendo fin a sus diferencias.

Como ha declarado esta Sala, toda transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica diferente, provocando el nacimiento de nuevos vínculos y obligaciones, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y sustituye la relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida.

Si se admitiese la permanencia de los efectos jurídicos de una sentencia así novada, se estaría aceptando la posibilidad de instrumentalizar la Administración de Justicia al servicio de una de las partes, quien, además de incumplir lo convenido, podría intentar la satisfacción de sus pretensiones en base a situaciones pretéritas y caducadas (sentencias de 10 de julio de 2002, 29 de julio de 1998 y las que en ellas se mencionan).

Obligado resulta afirmar que si la sentencia dictada en el anterior proceso ha dejado de ser vinculante para la señora Mari Luz y Quinta de Salud, que eran quienes en él litigaban, difícilmente puede admitirse que pueda desarrollar con respecto a Cruz Roja Española los efectos prejudiciales a que se refiere la Audiencia en la resolución objeto de recurso.

...tratándose del ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual contra la entidad que, como se dijo, había reconocido ser quien suministrara las unidades de sangre transfundidas... ha de calificarse de correcta la decisión del Juzgado de exigir a Cruz Roja —por ser quien había manipulado y confeccionado un producto tan esencial y vital, desde su extracción y almacenamiento hasta la puesta a punto para su aplicación—, la demostración de la inexistencia de la responsabilidad que por la actora se le imputaba, acre-

ditando la total diligencia con que se habían llevado a cabo las labores mencionadas.

...si bien el reproche que ha formulado la recurrente negatorio de la existencia del efecto o presunción de cosa juzgada, debe ser aceptado, no puede echarse en olvido la doctrina de esta Sala (sentencias de 15 de febrero y 18 de abril de 1992 y 9 de septiembre de 1991, entre otras) de que la característica de este recurso extraordinario es producir, caso de ser estimado, una alteración del fallo de la sentencia impugnada, por lo que la casación no puede ser acogida si ha de mantenerse dicho fallo, aunque sea por razonamientos jurídicos distintos de los que aquella resolución había tenido en cuenta.

En el último de los motivos se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia acerca de la responsabilidad médico sanitaria, aludiendo al hecho de que por la sentencia de apelación se afirma que no nos hallamos ante un caso de responsabilidad del artículo 1.902, ya que al existir una vinculación entre las partes, la responsabilidad de autos debe analizarse a la luz de la culpa contractual.

Se argumenta por la parte recurrente que, según la doctrina de esta Sala, la existencia de un contrato no obsta a la conceptualización de la responsabilidad médica como contractual o extracontractual. A ello añade que la obtención, conservación y utilización terapéutica de la sangre humana constituye un conjunto de actos médicos y, finalmente, que la actividad médica entraña una obligación de medios y no de resultados, por lo que no cabe admitir una inversión de la carga de la prueba, debiendo entenderse determinada la medida de la diligencia por la *lex artis ad hoc*.

En cuanto a la alegación de la recurrente ... ha de aceptarse que no son recíprocamente excluyentes, como parece deducirse de la resolución recurrida, la existencia de un contrato entre las partes y la posible concurrencia en alguna de ellas de responsabilidad extracontractual, como repetidamente ha declarado esta Sala. Afirmándose por el Tribunal Supremo ... que la función que desarrollan los bancos de sangre ha de calificarse de paramédica o sanitaria...

Quien además añade que resulta de aplicación la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios que establece en su artículo 27 que la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la utilización de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro corresponde a la firma que figure en su etiqueta, reforzándose en el artículo 28 las garantías para los perjudicados cuando necesariamente los bienes o servicios incluyan, por su propia naturaleza o por estar reglamentariamente establecido, niveles determinados de pureza, eficacia y seguridad y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones para los consumidores o usuarios, como en todo caso ha de exigirse a los servicios sanitarios.

En ...materia de donación de sangre y las actividades de los bancos de sangre, la valoración de la diligencia debe hacerse a la luz de las normas reglamentarias, que exigen una serie de controles y pruebas que no pueden considerarse practicadas con la rigurosidad y contundencia precisas.

En conclusión, la afirmación de la sentencia recurrida acerca de la naturaleza de la responsabilidad de la recurrente ... ha de calificarse de algo accesorio en orden a la imputación a Cruz Roja de los daños causados por la transfusión realizada por Quinta de Salud La Alianza...

COMENTARIO

La presente sentencia trata de un contagio de hepatitis C por una transfusión de sangre.

La hepatitis C es una enfermedad crónica de hígado cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, pueden estar indeterminadas, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima, tratándose de un daño que puede calificarse de continuado, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005.

El virus de la hepatitis C (VHC) fue identificado y descrito a mediados de 1989, pero hasta el año 1990 no se dispuso de medios técnicos adecuados para prevenir su transmisión a través de la sangre y productos hemoderivados, en forma de un test de detección de anticuerpos del VHC, que empezó a aplicarse con carácter obligatorio en todas las unidades de sangre o plasma extraídas en los bancos de sangre, a tenor de lo dispuesto en la según marca la Exposición de Motivos de la Ley 14/2002, de 5 de junio, de enfermedad y subvenciones (*BOE* de 6 de junio de 2002).

Centrándonos en el presente caso, para comprenderlo es necesario partir de los siguientes hechos probados:

Doña M.^a Luz, el 9 de enero de 1989, fue sometida a una operación en un centro médico de la mutualidad Quinta de Salud La Alianza, Mutualidad de Previsión Social, en el transcurso de la cual se le transfundió sangre contaminada por el virus de la hepatitis C.

En un primer proceso del que el presente trae causa, doña M.^a Luz reclamó una indemnización por daños sufridos por el contagio de la hepatitis C a la citada mutualidad. Condenándose (por autos 1120/1993 del JPI, núm. 27 de Barcelona), a abonar a la paciente la cantidad de 10.000.000 de pesetas más intereses.

Sin embargo, tras dictarse dicha resolución, ambas partes llegaron a una transacción por la que la mutualidad abonaba 9.000.000 de pesetas y la señora Mari Luz se daba por totalmente saldada y finiquitada, obligándose a no ejecutar la sentencia, aun cuando fuera firme y a hacer constar esta renuncia ante el Juzgado.

En proceso posterior, la mutualidad reclama al banco de sangre de la Cruz Roja, el pago de la cantidad abonada a la señora Mari Luz, por ser la entidad sanitaria que proveía en exclusiva de hemoderivados y plasma y por considerarse probado que la hepatitis C fue consecuencia de las transfusiones que hubieron de practicarse en el curso de la operación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión, con imposición de costas a la parte demandada y su resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial, que condenó a la recurrente al pago de las costas de la alzada.

Varias son las cuestiones que plantea esta sentencia que resultan de interés:

Por un lado, los efectos de la cosa juzgada en un proceso precedente sobre un proceso posterior, y por otro, la responsabilidad de la entidad sanitaria que suministró sangre contaminada con el virus de la hepatitis C a un hospital.

En cuanto a los efectos de cosa juzgada, Cruz Roja denunció infracción de la jurisprudencia de cosa juzgada porque, pese a no ser parte en el primer proceso entre la paciente contagiada por la hepatitis C y la mutualidad, en el

proceso posterior la Audiencia entendió que la afirmación de la sentencia respecto a la existencia de nexo causal entre la transfusión realizada a la paciente y el contagio de la hepatitis C, produce el efecto de cosa juzgada, que sólo puede ser destruido por prueba en contrario de la Cruz Roja.

El Tribunal Supremo considera que pese a la falta de concurrencia subjetiva que establece el artículo 1.252 de la LEC, los órganos jurisdiccionales han de ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando hayan de decidir sobre una situación, relación o situación respecto a la cual la sentencia recaída se encuentre en idéntica conexión (la propia sentencia recoge en su apoyo, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1991, de 18 de septiembre de 2000, de 14 de julio de 2003). En este sentido, señala el Tribunal Supremo, ha de entenderse la afirmación de la sentencia recurrida respecto a que el nexo causal entre el suministro de sangre y el contagio es materia ya juzgada para el presente proceso.

Sin embargo, es muy importante destacar que el caso que analizamos las partes llegaron a una transacción poniendo fin a sus controversias.

Tal y como señala el artículo 1.809 del Código Civil, la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

Como pone de relieve el profesor LASARTE (1): «la transacción consiste básicamente en un arreglo o un acuerdo que pretende erradicar la intervención jurisdiccional y el seguimiento de procesos judiciales que muchas veces se prologan excesivamente en el tiempo...».

En este sentido, como señala la sentencia, ambas partes se conceden prestaciones recíprocas, la paciente: «abandona su primitiva pretensión (15.000.000 de pesetas) y aún la cantidad que le reconocía el Juzgado (10.000.000 de pesetas, más los intereses devengados desde la fecha de la reclamación judicial), conformándose con percibir únicamente 9.000.000 de pesetas y renunciando a ejecutar la sentencia de primera instancia, "aunque gane firmeza"». Y a su vez la mutualidad de previsión social: «obtiene una importante rebaja del numerario que tendría que desembolsar y deja la puerta abierta a una acción de repetición contra la entidad que considera causante del daño».

Es necesario destacar cuáles son los efectos de la transacción acordada por los litigantes, y cómo ésta influye en un proceso posterior. Ya que debe entenderse que las relaciones de las partes, a partir de su fecha, se rigen por lo convenido en ella, sus efectos novatorios no pueden ponerse en duda.

La propia Sala señala que: «toda transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica diferente, provocando el nacimiento de nuevos vínculos y obligaciones, de suerte que sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y sustituye la relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida».

Además continúa afirmando que: «Si se admitiese la permanencia de los efectos jurídicos de una sentencia así novada, se estaría aceptando la posibilidad de instrumentalizar la Administración de justicia al servicio de una de las partes, quien, además de incumplir lo convenido, podría intentar la satis-

(1) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, contratos, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 429.

facción de sus pretensiones en base a situaciones pretéritas y caducadas (aparte de otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2002, 29 de julio de 1998 y las que en ellas se mencionan)».

Por ello, si la sentencia dictada en el anterior proceso dejó de ser vinculante para las partes que en él litigaban, difícilmente puede admitirse que pueda desarrollarse con respecto a Cruz Roja Española los efectos prejudiciales en el proceso posterior seguido por la mutualidad.

Pese a lo dicho, debe tenerse presente que la Audiencia ha confirmado la sentencia de primera instancia, en la que Cruz Roja reconoce expresamente que había sido quien suministra los hemoderivados y plasma a la mutualidad y siendo notorio que los contagios de este tipo se hallan en íntima conexión con las transfusiones de sangre. ..., la Sala declara la responsabilidad extracontractual de la Cruz Roja por cuanto habiendo quedado reconocido que era quien había suministrado las unidades de sangre transfundidas a la paciente contagiada, ha de calificarse de correcta la decisión del Juzgado de exigir a Cruz Roja la demostración de la inexistencia de la responsabilidad que por la mutualidad se le imputaba.

En conclusión, si bien no hay efectos de cosa juzgada en el proceso seguido por la mutualidad, no puede olvidarse que las características del recurso de casación son producir, caso de ser estimado, una alteración del fallo de la sentencia impugnada, por lo que la casación no puede ser acogida si se ha de mantener el fallo, aunque sea por razonamientos jurídicos distintos de los que aquella resolución había tenido en cuenta, por lo que se desestima el motivo.

En cuanto a la responsabilidad de la Cruz Roja, está fuera de toda duda, por ser quien suministraba la sangre contaminada y por ser quien había manipulado y confeccionado un producto tan esencial y vital desde su extracción y almacenamiento hasta la puesta a punto para su aplicación.

Cruz Roja estima que se han infringido los artículos relativos a la responsabilidad extracontractual, al considerar la Audiencia que no nos hallamos ante un caso de responsabilidad del artículo 1.902, ya que al existir una vinculación entre las partes, la responsabilidad de autos debe analizarse a la luz de la culpa contractual y se argumenta por la recurrente que, según la doctrina de esta Sala, la existencia de un contrato no obsta a la conceptualización de la responsabilidad médica como contractual o extracontractual. A ello añade que la actividad médica entraña una obligación de medios y no de resultados, por lo que no cabe admitir una inversión de la carga de la prueba. El Tribunal Supremo acepta que no son recíprocamente excluyentes, la posible concurrencia en alguna de ellas de responsabilidad extracontractual, como repetidamente ha declarado esta Sala.

En el supuesto que nos ocupa, considerará el Tribunal Supremo que «la función que desarrollan los bancos de sangre ha de calificarse de paramédica o sanitaria, lo que... no implica una suavización de la diligencia con que la misma ha de ser ejecutada». Siendo de aplicación los artículos 27 y 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en cuya virtud «la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la utilización de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro corresponde a la firma que figure en su etiqueta», reforzándose posteriormente al señalar que: «las garantías para los perjudicados cuando necesariamente los bienes o servicios incluyan, por su propia naturaleza o por estar reglamentariamente establecido, niveles determinados de pureza, eficacia y seguridad y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en

debidamente para los consumidores o usuarios, como en todo caso ha de exigirse a los servicios sanitarios».

La valoración de la diligencia que tuvo en su actuación la Cruz Roja debe hacerse a la luz de las normas reglamentarias que exigen una serie de controles y pruebas que no pueden considerarse practicadas con la rigurosidad y contundencia precisas.

Como afirma MONTES PENEDÉS en un interesante trabajo (2): «desde que entró en vigor la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en 1984 hasta 1999, y especialmente desde que entró en vigor la Ley 22/1994, creo que no hay ningún género de duda en que las enfermedades causadas por medicamentos (como la sangre y hemoderivados), en virtud del artículo 6.3 de la Ley de Responsabilidad Civil por daños causados por Productos Defectuosos, generan responsabilidad y deben ser indemnizados aun cuando sean desconocidos por la ciencia o técnica».

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

(2) MONTES PENEDÉS, J., «Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio del VIH y VHC», en la *Revista práctica de daños*, diciembre de 2003, pág. 18.

2. DERECHO MERCANTIL

JUNTA GENERAL DE SOCIEDAD ANÓNIMA.—ASISTENCIA DE UN ACCIONISTA COMO REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA Y, A SU VEZ, REPRESENTADO POR UN TERCERO. CONSECUENCIA: REVOCACIÓN DEL NEGOCIO REPRESENTATIVO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 OCTUBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—El 29 de junio de 1992, la mercantil «José Sánchez Peñate, S. A.», celebró junta general ordinaria, de la cual se levantó acta notarial con la misma fecha. Según resulta de la citada acta notarial, asistieron a la junta, personalmente o mediante representación, socios que representaban el 97,9 por 100 del capital de la sociedad. Entre ellos, don Serafín, el cual fue representado en la junta por don Luis A. y la entidad Josilac, S. L., la cual fue representada en la junta por don Serafín. La sociedad Josilac, S. L. era entonces titular del 51,3 por 100 del capital social de «José Sánchez Peñate, S. A.» y don Serafín, del 0,3 por 100 del mismo.

Los acuerdos adoptados en la junta lo fueron por mayoría, en ningún caso inferior al 53 por 100 del capital presente y representado en ella, y con el voto favorable de los citados socios «Josilac, S. L.» y don Serafín.

Tras la celebración de la mencionada junta, otros 17 accionistas de «José Sánchez Peñate, S. A.» procedieron a demandar a la sociedad ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Las Palmas de Gran Canaria. Entre otros pedimentos se solicitaba que se declarara la nulidad de la inscripción de la entidad Josilac, S. L., en el Libro Registro de Acciones nominativas de la sociedad demandada «José Sánchez Peñate, S. A.». En segundo lugar y, por lo que aquí interesa, que también se decretara la nulidad de los acuerdos sociales adoptados por tal entidad en su junta general ordinaria celebrada el citado día 29 de junio de 1992.

Con fecha 10 de noviembre de 1997, el Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando la nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la entidad demandada en su junta general ordinaria de 29 de junio de 1992 y desestimando los demás pedimentos de la actora.

Interpuesto recurso de apelación contra el pronunciamiento de primera instancia, la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, fechada el 22 de junio de 1999, confirmándola con todos sus pronunciamientos.

Así las cosas, la entidad «José Sánchez Peñate, S. A.» recurre en casación ante el Tribunal Supremo, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

Primero: Por infracción del artículo 6.3 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial relativa a su aplicación, que se cita en la exposición del motivo, en relación con el inciso segundo del párrafo 3.º del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Segundo: Por infracción, mediante interpretación indebida del artículo 106.3, inciso segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 3.1 del Código Civil.

En opinión de la sociedad recurrente, en la sentencia objeto de recurso se ha infringido el artículo 6.3 del Código Civil y la doctrina que lo interpreta

en relación al artículo 106.3 de la Ley de Sociedades Anónimas —primer motivo—. También se habría infringido, por interpretación indebida, el artículo 106.3 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el artículo 3.1 del Código Civil —segundo motivo—.

El Tribunal Supremo, tras estudiar ambos motivos de consuno, los estima casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial.

Doctrina.—El hecho de comparecer en la junta el socio representado y el representante, no puede llevar como consecuencia la nulidad de la junta.

En primer lugar, se esgrime el principio general de *conservación de los acuerdos sociales*. Con arreglo a este principio, la revocación *ope legis* del poder representativo acaecido en la junta cuya nulidad se pretende con todas sus consecuencias, no puede tener unos efectos más dañinos que la propia revocación y las consecuencias lógicas de la misma —en este caso inane dado el juego de mayorías y *quorum* especificados—.

El artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas no deja entrever consecuencia alguna de ineficacia por la «doble participación», lo que por otra parte sería absolutamente ilógico e indicación de una disciplina normativa impropia de la agilidad racional en relación al área socio-económico en que se desenvuelve la sociedad mercantil.

En segundo término, la consecuencia de esa sobre-intervención social se limita a la revocación del poder o mandato conferido, asumiendo el accionista titular asistente todas sus acciones con la facultad inherente de ejercitar el derecho de voto correspondiente a todas ellas.

COMENTARIO

El objeto de estas líneas se centra, exclusivamente, en el segundo aspecto de la sentencia. El relativo a la asistencia a la junta general de un socio, como representante de una sociedad de responsabilidad limitada —Serafín como representante de Josilac, S. L.— y a su vez, siendo representado por otra persona en su calidad de accionista —Luis A., representando a Serafín—.

I. DERECHO DE ASISTENCIA A LA JUNTA GENERAL Y A SER REPRESENTADO

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre —TRLSA—, recoge una serie de derechos mínimos o esenciales del accionista. Entre esa amalgama de derechos, el artículo 48 contempla el de asistir y votar en las juntas generales, y el de impugnar los acuerdos sociales. La doctrina mayoritaria usualmente incardina los derechos de asistencia y voto en la categoría de los derechos políticos, administrativos o corporativos. Tanto el derecho de asistencia como el de voto que, son derechos absolutamente distintos e independientes, permiten al socio participar en la formación de la voluntad social mediante la adopción de acuerdos en la junta general. Asimismo, facilitan el control de los administradores de la sociedad y, en último término, coadyuvan en la consecución de otro tipo de derechos: los económico-patrimoniales.

El mencionado precepto tiene una conexión directa con el artículo 106 del TRLSA dedicado a la «Representación». Reza textualmente, lo siguiente:

«1. Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Los estatutos podrán limitar esta facultad.

2. La representación deberá conferirse por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos previstos en el artículo anterior para el ejercicio del derecho de voto a distancia, y con carácter especial para cada junta.

3. La representación es siempre revocable. La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación».

Este artículo se circunscribe a la representación voluntaria. En este ámbito, y siguiendo los postulados mayoritarios sobre representación en general, la representación voluntaria se sustentaría en una relación de mandato entre el accionista y su representante.

El representante debe actuar en nombre, por cuenta y en interés del accionista que le ha otorgado su confianza. A tal fin, va encaminado el contenido del artículo 107 del TRLSA. En él se determinan las relaciones en materia de instrucciones y, en general, los vínculos entre accionista y representante, en el supuesto de «solicitud pública de representación».

El apartado 1 del referido artículo 106 concibe la representación de los accionistas en las juntas generales como un derecho irrenunciable. «*Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Los estatutos podrán limitar esta facultad*». Para que la limitación a la que se refiere el último inciso pueda ser válida, deberá ser de tal naturaleza que no impida, de hecho, la supresión del derecho de representación del accionista. En la mayoría de los supuestos, tales limitaciones se referirán a la persona del representante. Así, los Estatutos podrían prohibir que la representación se confiara a determinado tipo de personas (*ad ex*, administradores de sociedades con un objeto social análogo), o exigir que la representación se otorgue a personas con unas concretas cualidades (ser accionista con una antigüedad mínima). Sea como fuere, las limitaciones dispuestas en los Estatutos se aplicarán a los supuestos de representación convencional o voluntaria. Nunca en los casos de representación legal.

Tras afirmar que la representación es siempre revocable, el último inciso del artículo 106.3 recoge que «*La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación*». Este reconocimiento expreso de la revocabilidad de la representación se introdujo tras la aceptación de una enmienda presentada por el grupo socialista. Enmienda que carecía de motivación alguna sobre este concreto punto. No obstante, la carencia de justificación «auténtica», el ámbito de la revocabilidad de la representación se discute en el seno de temas de enorme relevancia práctica como son los pactos de sindicación de acciones.

Como es sabido, la representación de los accionistas en la junta general es un elemento esencial en determinados acuerdos de sindicación. Sin embargo estos acuerdos pueden verse alterados si se admite, sin restricción alguna, la revocación de la representación. Pues bien, las dudas que en algún momento pudieron surgir al respecto fueron taxativamente zanjadas con la entrada en liza de la acotación contenida en el artículo 106.3. La representación es siempre revocable. No hay matiz o excepción alguna a este principio. De esta manera se anula o limita la eficacia a las cláusulas de irrevocabilidad propios de ciertos pactos de sindicatos de accionistas.

La introducción del segundo inciso, esto es, que «*la asistencia personal a la junta del representante tendrá valor de revocación*» se ha justificado señalando que «*presumiblemente se ha pretendido con ello eliminar cualquier duda acerca de la inadmisibilidad de los pactos de irrevocabilidad, propios de determinados pactos de sindicación*» (1). Como veremos en la última parte de este comentario, caben otras interpretaciones sobre este concreto punto.

II. ¿REPRESENTACIÓN PARCIAL?

En la sentencia objeto de este comentario la parte demandante pretendía la nulidad de los acuerdos sociales conseguidos en la junta general. El sustento para ello: que la representación que ostentaba Luis A. del socio Serafín viciaba la constitución de la referida junta. De ahí la necesidad de proclamar la nulidad de sus acuerdos.

Según la tesis de la recurrida, el vicio de representación se basaba en la asistencia de Luis A., representando al socio Serafín, a pesar de estar actuando personalmente éste en dicha junta. La consecuencia, según sus postulados y con sustento en lo dispuesto en el artículo 106.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, no sería otra que la nulidad de pleno derecho de la referida junta y, por ende, los acuerdos tomados en ella.

Desde este momento debe subrayarse un aspecto fundamental en la sentencia objeto de comentario. La asistencia «personal» a la junta del socio Serafín no se hacía, al amparo de su posición de socio —ya que se encontraba representado por Luis A.—, sino como representante de la mercantil Josilac, S. L.

La sentencia afirma que «*la tesis de anulación radical no puede sostenerse. El hecho de comparecer en la junta el socio representado y el representante, no puede llevar como consecuencia la nulidad de la junta*». Sustenta su razonamiento en dos argumentos:

En primer lugar, el Tribunal Supremo opta por seguir, sin ambages, la línea marcada por su sentencia de 25 de febrero de 1992. En ella vino a establecer que la consecuencia del vicio del negocio representativo estudiado —«sobre-intervención social»— debía ser la revocación del negocio representativo. Textualmente la sentencia señalaba que «*la asistencia de una parte a la misma junta general de accionistas, para la que había conferido además delegación por una cuantía determinada a otras personas, revoca, de hecho y de derecho, el poder o mandato conferido, a asumir el accionista titular asistente todas sus acciones con facultad inherente de ejercitar el derecho de voto correspondiente a todas ellas*».

La sentencia viene pues a negar la posibilidad de la llamada «representación parcial». Esto es, negar la posibilidad de que un socio asista a la junta con algunas de sus acciones, mientras que con otras asiste un representante (2). De la lectura de este párrafo de la STS de 25-2-1992, se desprende que

(1) Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación de los accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 70.

(2) Al respecto, ver RONCERO SÁNCHEZ, A., «La representación parcial del socio», en *RdS*, \, 1993, págs 157-161, quien sostiene su validez, y FARRANDO MIGUEL, L., «La asistencia mixta del socio a la junta general. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992», en *RDM*, 211-212, 1994, págs. 213-227 —niega la posibilidad de lo que el denomina «asistencia mixta»—.

el Tribunal obtiene su negativa a admitir la representación parcial en el último inciso del artículo 106.3. La asistencia personal del socio revoca el poder o mandato conferido al asumir el accionista titular todas sus acciones.

Sin embargo la STS de 20-10-2004, objeto de comentario, se detiene en la transcrita coma, omitiendo el resto de la frase y amputando su contenido. Frase que nosotros rescatamos de la STS de 25-2-1992 y que continuaba: «ante la evidencia de admitir una conducta de los representantes contraria o diversa de la del propio titular presente en la misma Junta». Esto es, la sentencia de 20-10-2004, silencia el segundo elemento que justificó la decisión del juzgador en la sentencia precedente: la posibilidad de enfrentamiento entre representante y representado. El denominado «voto divergente».

La cuestión litigiosa de la STS de 25-2-1992 se reducía a dilucidar si un accionista, que asiste personalmente a la junta, puede a la vez asistir representado por otra persona a esa misma junta, pero no representando las mismas acciones sino otras. Es decir, que la accionista titular sólo delegó parte de sus acciones —10.000— y se reservó el resto —otras 10.000—, acudiendo a la junta tanto ella como su representante —aunque a éste no se le permitió la asistencia que pretendía—. Se trataba de un único accionista que, admitase la expresión, «dividía» su posición accionarial en dos bloques.

Pues bien, en dicho pronunciamiento, el TS mostró su rechazo a la «representación parcial». A la asistencia a la Junta de ambas personas, representante y representado, sobre dos pilares. Como ya hemos señalado, en primer lugar, sostenía que la asistencia del socio a la misma junta para la que se otorgó representación, de parte de sus acciones, deber calificarse de contraria a la esencia de la representación. Ello comporta una revocación al menos tácita del mandato representativo. En segundo término, el Tribunal afirma que aceptar la validez de la asistencia mixta abre la posibilidad inadmisibles de que un representante en el mismo acto a que asiste el representado pueda manifestar su voluntad contraria a la del *dominus negoti* —voto divergente— (3).

Pues bien, en la sentencia que nos ocupa no hay división en bloques de las acciones de un mismo accionista. No hay representación parcial o mixta. Y tampoco existe la «posibilidad» de voto divergente alguno. En la sentencia del 92 era una hipótesis, puesto que no se permitió la entrada al representante. En la sentencia objeto de comentario es un hecho cierto. Representante y representado votaron en el mismo sentido, lo cual vendría a debilitar la argumentación sobre el «voto divergente» o no unitario.

En la sentencia 20-10-2004, objeto de este breve apunte, existe la concurrencia de dos socios distintos representados por personas distintas. Serafín —representado por Luis A.— y Josilac, S. L. —representado por Serafín—. No hay representación parcial alguna. Serafín no ha dividido su número de acciones en dos bloques para poder asistir personalmente y, a su vez, representado por Luis A.

(3) En este sentido se ha señalado que «Sobre la base de los trabajos de la doctrina española ... coincidente con la doctrina más moderna de otros países, se puede concluir que el voto divergente (instrumentado o no a través de representantes) es admisible siempre que no responda a propósitos ilícitos. No parece siquiera que sea necesario «un fundamento equitativo para su ejercicio». Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación de los accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 60.

La Sala obvia tal circunstancia, a nuestro entender determinante, y concluye que esa «doble intervención» sólo puede afectar al negocio representativo y dejar fuera de juego al 0,3 por 100 del capital titularidad del socio Serafín, representado en la junta general por Luis A. Sin embargo, continúa, no puede afectar a los acuerdos de la junta en cuanto a su validez y eficacia. Sobre todo, añade, cuando el capital asistente a la junta alcanzaba el montante de 97,9 por 100 y el capital de Josilac, S. L. era el 51,3; lo que, según el propio pronunciamiento, significa que la mayoría podía perfectamente prescindir del 0,3 por 100 representado por Luis A.

No se puede objetar esa supuesta doble intervención, trayendo a colación la sentencia del TS de 25-2-1992. Como ya hemos apuntado, ese pronunciamiento resolvía un supuesto de «representación parcial» o «asistencia mixta» que aquí no se produce.

En la sentencia del TS 20-10-2004, objeto de estas líneas, no hay identidad fáctica. No se trata de un acto unitario sino de actos distintos. El accionista-representado Serafín, ejercita, mediante su representante Luis A., su derecho de asistencia y voto derivado de una serie de acciones. Las correspondientes a su participación en el capital social con el 0,3 por 100. Por su parte, el accionista-representado Josilac, S. L., ejercita los suyos derivado de otras acciones, mediante su representante Serafín. Acciones que representan el 51,3 por 100 del capital. Existen, en suma, dos posiciones de socio distintas, pertenecientes a socios distintos. No existe, «doble intervención» ni «representación parcial» alguna y, en consecuencia, no cabría objetar vicio alguno en el negocio representativo.

Es sabido que la «representación parcial» está expresamente prohibida en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Su artículo 49.3 lo recoge taxativamente al afirmar que «la representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado». Parte de la doctrina, cuyos postulados no compartimos, sostiene que, puesto que la LSA no contiene norma alguna de este tenor, no cabe negar la posibilidad de la «representación parcial» en el ámbito de las sociedades anónimas.

Por nuestra parte estimamos que la «representación parcial» del accionista individual carece de soporte legal. Sin entrar en detalles, por razones de espacio, cabe apuntar que compartimos el fallo de la sentencia de 25 de febrero de 1992, no sus argumentos. Dadas las circunstancias y la finalidad del caso debatido, la representación parcial otorgada a favor del letrado, parecía tener una clara intención elusoria. No sería otra que la asistencia técnica a la junta de una persona sin legitimación, al amparo del negocio representativo. Entendemos que para tal supuesto o bien se confiere un mandato representativo válido en todos sus extremos, o bien se acude al mecanismo dispuesto en el artículo 104.3 LSA —autorización del presidente de la junta general—. La cualidad de socio es indivisible frente a la sociedad y no permite el desdoblamiento del accionista individual.

Por último, cabe hacer algún apunte respecto al artículo 106.3 *in fine*, ya que también sirve al Tribunal para engarzar su discurso.

III. JUNTA GENERAL: COINCIDENCIA EN LA JUNTA GENERAL DE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 103.2 DE LA LSA

Junto a la revocación expresa del poder cabe la revocación tácita. El supuesto más sencillo sería el de la venta de las acciones con posterioridad a su otorgamiento, o el hecho de conferir un nuevo poder con fecha ulterior. En ambos ejemplos se produciría la revocación tácita del poder anterior. Además de estos casos, y ciñéndonos al objeto de este trabajo, la LSA configura un supuesto de forma explícita. El artículo 106.3 *in fine* contempla la asistencia personal del accionista representado como un caso de revocación tácita del poder.

¿Qué interpretación debemos dar al mencionado precepto? ¿Siempre y en todo caso, la literal que parece seguir el Tribunal Supremo o cabría una más flexible? Como es sabido, en el momento de celebrar la junta se procede a verificar la legitimación de las personas que han concurrido y a la elaboración de la lista de asistentes. Si en ese momento acuden el socio y su representante, sólo uno de ellos podrá inscribirse y ocupar su lugar en la junta. Si el acto hubiera comenzado con la presencia del representante, éste deberá abandonar la junta para que, posteriormente, el accionista pueda inscribirse y acceder en su lugar. Si por el contrario, la junta se hubiera iniciado con la presencia del accionista, ya no cabría la asistencia de su representante.

Resulta palmario que la entrada en liza del artículo 106.3 sólo tiene cabida cuando el derecho de asistencia deriva de las mismas acciones. Evidentemente, la incompatibilidad del ejercicio personal de unos derechos y por representante sólo acaece cuando tales derechos provienen de las mismas acciones. Así las cosas, la simple coincidencia en la junta general del socio y su representante no es causa suficiente para entender extinguido el mandato representativo. La revocación tácita, por la mera coincidencia personal, no opera de forma automática siempre y en todo caso. Puede suceder, como en el supuesto objeto de comentario, que la asistencia a la junta del socio representado —Serafín— tenga distinto fundamento. Serafín no asiste en ejercicio del derecho de asistencia de las acciones para las que se ha conferido poder de representación a Luis A. Lo hace en calidad de representante del accionista Josilac, S. L.

No compartimos la lectura que hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2004. La mera «asistencia» a la junta general, o si se quiere, la simple «coincidencia» de ambas personas en el lugar de celebración de la junta no puede operar de forma automática para dejar inane el poder otorgado. La asistencia a la junta hará decaer el mandato representativo de forma tácita, única y exclusivamente, cuando el origen de la misma sea idéntico. La asistencia personal del accionista tendrá valor de revocación cuando obedezca a la misma posición de socio. Cuando derive de las mismas acciones (4). Como ya hemos repetido, Serafín acudía a la junta como representante de Josilac. Su posición de socio, sus intereses, fueron representados en esa misma junta por Luis A. Por tanto, la mera «asistencia» de Serafín no es suficiente para postular la ineficacia del negocio representativo. No se da esa identidad que predicamos para que pueda operar la revocación tácita. En

(4) En este sentido, RONCERO SÁNCHEZ, A., *La representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 359.

consecuencia, el fallo de la referida sentencia merece un juicio crítico. A nuestro entender, la sentencia acierta al casar la sentencia de instancia pero no en su argumentación. No cuando señala que «la «*doble representación*» sólo puede afectar al negocio representativo y dejar fuera de juego al 0,347 por 100 del capital representado por Luis Andrés». Como reiteramos, no se produce tal hecho —doble representación—, por lo que el negocio representativo, las acciones de Serafín, debían haber sido computadas en todos sus extremos.

Aceptar la aplicación literal del artículo 106.3 *in fine*, nos llevaría a entender que la revocación tácita opera siempre, en todo caso y de manera automática. Y como sabemos esto no es así. Sería tanto como admitir que un administrador societario, que a su vez sea accionista, no puede asistir a la junta en calidad de administrador y, a su vez, por representante. El administrador puede y debe asistir a la junta general en su calidad de administrador. Y puede, si tal es su deseo, designar un representante que acuda a la junta y ejercite sus derechos como accionista. La asistencia personal del administrador no puede considerarse, en ningún caso, como una revocación tácita del poder conferido a su representante.

JOSÉ RAMÓN BUITRAGO RUBIRA

LA NULIDAD DE LA MARCA ENGAÑOSA.—CARÁCTER ENGAÑOSO Y NULIDAD ABSOLUTA DE LA MARCA «RON SIN» REGISTRADA PARA DISTINGUIR BEBIDAS REFRESCANTES DE EXTRACTOS PARA DILUIR. USO DE LA MARCA CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE NULIDAD COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL. (SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA DE 18 DE JUNIO DE 2004.)

I. ANTECEDENTES

La «Federación Española de Bebidas Espirituosas» presentó una demanda de nulidad de la marca española número 2.025.512, compuesta por el signo «Ronsin» y registrada a nombre de la sociedad mercantil «Industrias Espadafor, S. A.» para distinguir bebidas refrescantes de extractos para diluir (clase 32 del Nomenclátor internacional). Dicha demanda se basó en la infracción de las prohibiciones absolutas de registro contenidas en el artículo 5.1.f) y 5.1.g) de la Ley de Marcas de 2001. Conjuntamente con la demanda de nulidad de la marca, la «Federación Española de Bebidas Espirituosas» interpuso una acción por la realización de actos de competencia desleal por engaño y por infracción de normas.

Las pretensiones de la actora fueron estimadas parcialmente por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número once de los de Granada, de 13 de mayo de 2003, que declaró el carácter engañoso, y por tanto, la nulidad de marca, así como la existencia de un acto de competencia desleal por engaño por parte de la sociedad demandada.

Contra dicha sentencia se alzan en apelación ambas partes. La parte demandada insistiendo en que no concurre ninguna de las causas en que se sostienen las acciones. La parte demandante por entender que también concurría la causa de nulidad del artículo 5.1.f) y un acto de competencia desleal por infracción de normas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.^a), de 18 de junio de 2004, estima parcialmente ambos recursos de apelación. Considera la Audiencia, en primer lugar, que el término «Ronsin» es entendido por el público como una referencia a un ron sin alcohol. En palabras de la sentencia, *«aunque el signo formado por la unión de ambas palabras —“ron” y “sin”— no tenga un sentido propio en el lenguaje, definido en autoridad, encuentra un sentido nuevo por vía derivativa de sus componentes, de modo que (...) en el caso litigioso, alude a un ron al que se le priva de alguno de sus elementos definidos legalmente, que, en el caso contemplado —y la propia parte lo reconoce—, es el alcohol. La conclusión a que se llega tras este análisis gramatical coincide plenamente con el sentido usual del término —empleado también con relación a otro tipo de bebidas—, de modo que Ronsin es entendido socialmente como un ron que carece de alcohol».*

Esta circunstancia es suficiente, a juicio de la sentencia, para entender que concurre una causa de nulidad absoluta de la marca, *«pues la citada marca, con la que se trata de distinguir un producto determinado —bebidas refrescantes de extractos para diluir—, en realidad es fonéticamente percibida, representando una bebida espirituosa —el ron— a la que se le ha privado de uno de los elementos que lo definen —el alcohol—, lo que constituye engaño suficiente como para inducir al público a error, en la medida en que el consumidor cree adquirir un ron sin alcohol cuando lo que realmente adquiere es una bebida no alcohólica que no tiene las demás características organolépticas del ron y por ello que cae bajo la prohibición absoluta del artículo 5.1.g) de la vigente Ley de Marcas».*

Destaca en este sentido la Audiencia Provincial de Granada que para apreciar el carácter engañoso de una marca debe atenderse a la idea que se deriva para el público al poner en relación el signo que conforma la marca con el producto que se quiere diferenciar. Y a estos efectos, es indiferente que la marca haya sido concedida y se venga usando durante varios años, sin que se haya acreditado que se han producido confusiones en los consumidores, pues de admitir este argumento sería inútil la acción de nulidad creada por el legislador con el carácter de imprescriptible.

Por lo demás, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada revoca la sentencia de primera instancia, al desestimar la demanda en lo que se refiere al ejercicio de las acciones de competencia desleal por haber prescrito dichas acciones.

III. COMENTARIO

1. LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE REGISTRAR COMO MARCA SIGNOS ENGAÑOSOS

El artículo 5.1.g) de la Ley de Marcas de 2001 dispone que no podrán registrarse como marcas los signos «que puedan inducir al público a error, por ejemplo, sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio». Con esta prohibición se pretende evitar el acceso al Registro de Marcas de aquellos signos que, *per se*, resultan engañosos, haciendo creer a los consumidores que los productos o servicios a los que se refiere el signo presentan unas determinadas características que, en realidad, no

concurrer. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso que ha dado lugar a la sentencia ahora anotada, en la que se considera que el signo «Ronsin», registrado para distinguir bebidas refrescantes de extractos para diluir (clase 32 del Nomenclátor internacional) es engañoso, pues el consumidor puede creer que está adquiriendo un ron sin alcohol, cuando lo que realmente adquiere es una bebida no alcohólica que no tiene las características organolépticas del ron. La argumentación de la Audiencia Provincial de Granada es, por tanto, irreprochable, pues al declarar la nulidad de la citada marca «Ronsin» realiza una aplicación correcta del artículo 5.1.g) de la Ley de Marcas de 2001, poniendo en relación el signo que constituye la marca con los productos a los que se aplica, para comprobar si dicho signo puede inducir a algún tipo de error sobre las características del producto o servicio al que se aplica.

El mérito de este pronunciamiento judicial se acrecienta si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo español no siempre ha comprendido adecuadamente el significado de la prohibición absoluta de registrar como marca los signos engañosos. En efecto, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 1988 (*RJ* 1988/3755), el Alto Tribunal español entendió que la marca «Puma», registrada para productos cosméticos, era una marca nula por inducir a error al público sobre el origen empresarial de dichos productos cosméticos, ya que los consumidores podrían llegar a creer que procedían de la empresa titular de la conocida marca «Puma» para prendas deportivas.

Frente a este tipo de interpretaciones hay que recordar que es cierto que el artículo 5.1.g) de la vigente Ley de Marcas menciona la inducción a error sobre la procedencia de los productos o servicios a los que se aplica la marca como causa que impide su registro. Pero nótese bien que el artículo 5.1.g) se refiere a la procedencia geográfica y no a la empresarial. No cabe duda de que los signos que pueden engañar al público sobre su origen empresarial también incurren en una prohibición de registro, pero dicha prohibición no se contiene en el artículo 5 de la Ley de Marcas (en el que se recogen las prohibiciones absolutas), sino en los artículos 6 y siguientes (que establecen las prohibiciones relativas).

En la prohibición absoluta de registro del artículo 5.1.g) de la Ley de Marcas incurriría, por ejemplo, el signo «Mascafé» para distinguir productos como la carne o el pescado. De hecho, el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de enero de 1990 (*RJ* 1990/626), afirmó que «la marca MASCAFÉ hace creer al consumidor que en los productos protegidos por ella figura como elemento componente el café, lo que no es cierto a la vista de la extensa relación de los que se quiere amparar -carne, pescado, aves, caza, frutas y legumbres en conserva, jalea y mermeladas, productos lácteos, aceite y grasas comestibles, etc.—, en ninguno de los cuales entra como componente principal, ni siquiera secundario, el café». Esta sentencia del Tribunal Supremo se dictó en aplicación del artículo 124.9 del derogado Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929. No obstante, el contenido de dicho artículo coincidía esencialmente con la dicción del artículo 5.1.g) de la Ley de Marcas de 2001, pues el apartado 9 del artículo 124 del EPI también estaba destinado a impedir que el signo solicitado como marca pudiese engañar produciendo error sobre la naturaleza o composición de los productos por ella amparados.

La referida prohibición del artículo 5.1.g) de la Ley de 2001 [al igual que sucedía con el art. 124.9 del EPI y con la prohibición del art. 11.1.f) de la Ley de 1988] se pretende evitar que se registren signos que, por sí solos, y sin ser puestos en relación con otros signos anteriores, pueden engañar al público

sobre las características de los productos o servicios a los que se aplica. Pero en modo alguno encajan en esta prohibición de registro los signos que pueden originar un riesgo de confusión con marcas o nombres comerciales anteriores, porque estos supuestos están recogidos expresamente en los artículos 6 y siguientes de la Ley de Marcas de 2001 como prohibiciones relativas de registro. Si el artículo 5.1.g) de la Ley de Marcas prohibiese el registro de los signos que generan un riesgo de confusión con signos anteriores, se llegaría al absurdo de que todas las prohibiciones relativas de registro se reconducirían a esta prohibición absoluta de registro. Y es claro que ésta no es la intención del legislador, pues de lo contrario no tendría sentido haber distinguido entre prohibiciones absolutas de registro y prohibiciones relativas, estableciendo un régimen jurídico claramente diferente en uno y otro caso (en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 82-83; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *La marca engañosa*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 56 y sigs).

Por otra parte, son igualmente acertadas las consideraciones de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 18 de junio de 2004, sobre la existencia o no de un engaño efectivo en el público. Mantiene la referencia sentencia que para apreciar la nulidad de una marca engañosa es indiferente que se constate o no la confusión o el error del público. Resulta por tanto, que se puede declarar la nulidad de una marca registrada por ser engañosa, aun cuando dicha marca venga siendo usada en el tráfico económico, sin que nadie se vea engañado o inducido a error.

Téngase en cuenta a este respecto, que el artículo 5.1.g) de la Ley de Marcas prohíbe el registro como marca de los signos «que puedan inducir al público a error». Basta, pues, una mera posibilidad, posibilidad que ha de ser apreciada, según el caso, por la Oficina Española de Patentes y Marcas o por los tribunales de justicia, que a este fin han de ponerse en el lugar de un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, como destaca el profesor FERNÁNDEZ-NOVOA (*Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2.^a ed., M. Pons, Madrid, 2004, págs. 234-235).

2. ¿LA UTILIZACIÓN DE UNA MARCA REGISTRADA CONSTITUIDA POR UN SIGNO ENGAÑOSO COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL?

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número once de Granada, de 13 de mayo de 2003, consideró que el uso de la marca «Ronsin» por parte de su titular representaba un acto de competencia desleal por engaño de los previstos en el artículo 7 de la Ley 3/1991. Entendió dicho Juzgado que el carácter engañoso de la marca no sólo determinaba la nulidad de la marca, sino que convertía en un acto de competencia desleal la utilización que de la misma había realizado su titular antes de la declaración de nulidad.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, ahora comentada, revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimando la demanda en el ejercicio de la acción de competencia desleal. Pero la Resolución de la Audiencia no realiza consideraciones de fondo, basando la desestimación de las acciones de competencia desleal en la prescripción de las mismas.

Ahora bien, dejando a un lado la prescripción de dichas acciones, cabe preguntarse si efectivamente realiza un acto de competencia desleal por en-

gaño, el titular de una marca registrada, constituida por un signo engañoso, que la utiliza mientras no ha sido declarada judicialmente nula.

A efectos de valorar adecuadamente esta cuestión debe tenerse presente que el artículo 7 de la Ley de competencia desleal dispone que «(s)e considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad, cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas». Parece por tanto, que el supuesto que ahora analizamos encaja en la dicción literal del artículo 7 de la LCD, de modo que habría que concluir que el carácter engañoso de una marca no sólo origina su nulidad, sino que también convierte en desleal el uso que de la misma había realizado su titular antes de la declaración de nulidad.

No obstante, creo que se pueden realizar importantes objeciones a esta interpretación. Así, debe recordarse el principio según el cual *qui iure suo utitur, nemine laedit*. De acuerdo con este principio, el Tribunal Supremo ha reconocido en reiteradas ocasiones que el titular de un signo distintivo registrado tiene derecho a usar dicho signo en el tráfico económico, y que mientras no se declara la nulidad del registro de dicho signo, su uso no puede entenderse que lesione otros signos distintivos [en este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1994 (RJ1994/3735), y de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6604)], seguidas por múltiples pronunciamientos de las instancias judiciales inferiores, entre los que destaca la extensa sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de A Coruña, de 27 de octubre de 2003, aplicando ya la Ley de Marcas de 2001]. En consecuencia, el titular de un signo distintivo anterior no puede entablar las acciones de cesación e indemnización contra quien utiliza un signo al amparo de su titularidad registral. Únicamente se admite la pretensión de una indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 54.2 de la Ley de Marcas (o del derogado art. 50.2 de la Ley de 1988), cuando el titular de la marca nula hubiese actuado de mala fe.

A la vista de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe concluirse que el titular de una marca o nombre comercial registrado que lo usa mientras no se declara su nulidad no sólo no infringe derechos de terceros, sino que tampoco realiza un acto de competencia desleal de confusión. Y ello, aunque el supuesto tenga encaje en la dicción literal del artículo 6 de la Ley de competencia desleal, según el cual «(s)e considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos».

Pues bien, de la misma manera que el que usa una marca registrada no declarada nula no comete infracción de otras marcas, ni acto de competencia desleal por confusión, parece que tampoco cabe afirmar que el titular de una marca formada por un signo engañoso que la usa antes de ser declarada nula, realiza por ello un acto de competencia desleal por engaño. Como afirma el profesor ALBERTO BERCOVITZ (*Introducción a las Marcas y otros Signos Distintivos en el tráfico económico*, Pamplona, 2002, pág. 138): «El aspecto positivo del derecho exclusivo de marca implica que, al utilizar esa marca en el tráfico económico, el titular de la misma está actuando legalmente. Para que puedan ejercitarse acciones contra él, por el hecho de utilizar su marca, será necesari-

rio, previa o simultáneamente, ejercitar la acción de nulidad de la marca concedida».

Además, hay que tener en cuenta que la prohibición de registrar marcas compuestas por signos que pueden inducir al público a error es examinada de oficio por la Oficina Española de Patentes y Marcas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley de Marcas de 2001. Por esta razón, el derecho sobre la marca se presenta como objetiva y externamente legal y considero que habiendo sido concedida la marca solicitada, y mientras no se declare judicialmente el carácter engañoso de la marca y su consiguiente nulidad, no cabe considerar que el uso de la misma por parte de su titular constituye un acto objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

ÁNGEL GARCÍA VIDAL

3. URBANISMO

Por EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

FACULTADES Y TITULARIDADES FIDUCIARIAS DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE OCTUBRE DE 1989.)

I. ORIGEN Y CONDICIONES GENERALES DE LA FIDUCIA EN LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

A diferencia de las instituciones tradicionales del Derecho Civil, las creadas por el Derecho Urbanístico, como propias de un sistema moderno, carecen de la tradición centenaria de las primeras. Recordando una antigua y tradicional frase contenida en el Derecho Civil de CASTÁN, atribuida a COGLIOLO, a propósito de la distinción de los derechos reales y de crédito, sólo el tiempo permite considerar como cuestiones plenamente reconocidas las que se han ido decantando a través de los siglos.

El sistema urbanístico no tiene aún ni siquiera medio centenar de años, como lo revela el hecho de que la ley más importante date del año 1956, y aún así no tuvo una aplicación normal hasta transcurridos casi diez años desde su promulgación.

A pesar de la juventud de la disciplina, sin embargo ya se van configurando las instituciones urbanísticas a través del tiempo, fruto de las aportaciones de la doctrina, de la jurisprudencia de los Tribunales y de la propia práctica jurídica. Y esto ocurre especialmente en el caso de la aplicación de la fiducia a las Juntas de Compensación en donde puede advertirse ya la creación de las notas que la caracterizan y que hasta ahora no eran tan claras.

Aunque hace ya más de veinte años que tuvimos ocasión de ocuparnos de la fiducia urbanística, la figura sigue siendo sumamente atractiva, lo que induce a volver a tratarla, aunque sería conveniente una mayor extensión que la que se corresponde con estos comentarios de la jurisprudencia (1).

Ya dijimos en su momento que a pesar de la denominación dicha no estábamos ante verdaderas figuras fiduciarias, ya que se trataba realmente de atribuciones patrimoniales concedidas por la ley sin ostentar una titularidad inmediata. Sin embargo hoy cabría matizar estas palabras y tener en cuenta las distintas manifestaciones que en la actualidad son conocidas.

Así se puede mantener el criterio anterior respecto de lo que son las facultades fiduciarias de disposición de las Juntas, pero sin embargo cabe decir que la constitución de Juntas de Compensación con entrega de dominio por sus miembros, producto de la voluntad de las partes, ya es una manifestación directa de la confianza, en cuanto esta creación es producto exclusivo de su voluntad; y lo mismo puede decirse de la atribución de titularidades fiduciarias a las Juntas.

Así la sentencia de 18 de abril de 1997 reconoce que aunque «*en un sentido distinto a la construcción dogmática de fiducia o confianza en sentido*

(1) JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, *Derecho Urbanístico*, Tomo III, pág. 153 y sigs., Editorial Montecorvo, 1982.

propio permite hablar de titularidad fiduciaria... o, en sentido más exacto, de una titularidad vinculada, en el sentido de que se orienta necesariamente a los fines de la compensación, conservando los transmitentes facultades de seguimiento de la finalidad urbanística a que se dirige».

Por consecuencia no puede descartarse del todo la existencia de una atribución fiduciaria, que aunque proveniente de la ley entra en funcionamiento por la voluntad de los interesados y ello aunque, en algunos casos, el titular directo de los bienes muestre su oposición a ello.

En este sentido debe recordarse que el reconocimiento de la facultad fiduciaria procede indiciariamente desde la ley de 1956, seguida en el Reglamento de Reparcelaciones de 1967 según el artículo 40.4 y 6, previa constancia expresa en los estatutos que admitiese la facultad, hasta que por la reforma de 1975 esta opción se entiende siempre inherente a ellas, salvo las limitaciones expresamente consignadas, cualquiera que sea el consentimiento de los interesados.

II. MANIFESTACIONES DE LA FIDUCIA URBANÍSTICA

Como producto de los apoyos doctrinales para el entendimiento del funcionamiento de la fiducia en el ámbito urbanístico ha de recordarse, según la aportación terminológica efectuada por JOSÉ MANUEL GARCÍA (2), la distinción entre facultades fiduciarias y titularidades de este orden.

La facultad fiduciaria es el resultado de un reconocimiento legal, es decir, opera por ministerio de la ley, no supone la existencia de una titularidad formal simultánea y se produce por el mero acuerdo suficiente de la Asamblea de la Junta, debiendo recaer siempre sobre las fincas de origen aportadas al proceso.

La titularidad fiduciaria, en cambio, es el resultado de la decisión de la Junta o de sus miembros, por razón de su mera existencia, estando meramente soportada por la pervivencia de ésta, de tal manera que con ella se crea una titularidad autónoma, con existencia registral propia, y no una atribución patrimonial desligada de la titularidad registral, ya que precisamente se hace coincidir la atribución con la inscripción a su favor.

La titularidad fiduciaria recae por ello necesariamente sobre las fincas resultantes, a diferencia de la facultad fiduciaria que recae sobre las de origen, siendo ésta, quizá, una de las notas más características. Ello supone que es imposible contemplar una titularidad fiduciaria sobre las fincas aportadas, salvo que se transmita el dominio en el acto de constitución. Recíprocamente, la facultad fiduciaria no puede recaer sobre fincas de reemplazo, ya que si eso ocurriera aquél que fuese su titular en origen quedaría desprovisto del dominio del bien, sin posibilidad de esperar al momento posterior de la adjudicación en el acto reparcelatorio, pues éste por definición ha pasado ya.

(2) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, Urbanismo y Registro. Editorial Civitas, 1999, pág. 289 y sigs., en especial pág. 295. Por lo demás, sus opiniones, según entendemos, son excesivamente restrictivas sobre su operatividad, teniendo en cuenta la honda transformación operada por la incidencia del proceso urbanístico sobre el dominio, de lo que es claro exponente el Decreto de 4 de julio de 1997.

Por tanto la facultad, que es a la que aquí nos referiremos, proviene de la ley, opera sobre las fincas aportadas y no exige la atribución previa de la titularidad, ya que simplemente el órgano representativo de la Junta actúa sobre la titularidad de origen, mediante la superposición de una atribución patrimonial que no requiere la previa inscripción. Las titularidades fiduciarias, en cambio, generan un estado registral autónomo e independiente que tendrá duración mientras las Juntas existan.

No quedaría cubierto el marco de la fiducia urbanística sin acudir también a un concepto que tiene su manifestación más plástica en la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1987, bajo ponencia del Magistrado DELGADO BARRIO y que aquí traemos con este objeto. Según esta sentencia, el urbanismo provoca *«la espiritualización, por mejor decir, la desmaterialización del derecho de propiedad, pues el suelo que pertenece a una persona es sólo un dato para determinar el contenido del derecho»*.

El cierre del círculo de este marco se produce con el Real Decreto de 4 de julio de 1997, cuando se generaliza la inscripción del aprovechamiento urbanístico con apertura de folio registral, independiente de la titularidad del bien inmueble que le genera (3).

La desmaterialización del dominio queda así cubierta con la realidad virtual de la inscripción separada del aprovechamiento, de tal manera que aunque el dominio del bien se transmita fiduciariamente, el titular del suelo del que aquél dimana mantiene su aprovechamiento y por tanto su valor patrimonial y urbanístico en el proceso de equidistribución e incluso logra inscribirlo separadamente para subsistir en el seno de la publicidad registral, a diferencia de las primeras manifestaciones del aprovechamiento en las que, al no ocurrir así, vivía oculto y siempre expuesto a las vicisitudes de su desaparición.

Esto ha provocado una realidad social nueva en la que el sistema registral ha contribuido decididamente a la publicidad de las técnicas urbanísticas, lo que permite decir que en la actualidad los agentes que intervienen en el proceso urbanístico, bien sea mediante el ejercicio de las facultades fiduciarias o con la transmisión del aprovechamiento urbanístico, gozan de la suficiente protección jurídica, aunque siempre habrá de recordarse que la creación del aprovechamiento urbanístico requiere de la preexistencia del plan, por lo que desaparecido éste, mientras no se consolide materialmente, provocará la muerte de aquél.

A partir de estas circunstancias podrán examinarse las circunstancias administrativas, urbanísticas, civiles y registrales concurrentes, las cuales se deducen del juego institucional de la fiducia y de las nociones instrumentales introducidas por el sistema registral.

III. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE OCTUBRE DE 1989

La sentencia que da lugar a estos comentarios y que arroja luz autorizada sobre el funcionamiento de las facultades de la Junta dice lo que sigue:

(3) En general sobre el aprovechamiento como objeto de derecho, véase la obra *El aprovechamiento urbanístico*, escrita por el que esta nota redacta y VICENTE LASO BAEZA, Editorial Pons, 1995.

«SEGUNDO.—La ejecución del planeamiento es claramente en nuestro ordenamiento jurídico una función pública —art. 114.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RCL 1976\1192 y ApNDL 1975-85, 13889)—en la que los propietarios del suelo a urbanizar pueden asumir mayor, menor e incluso nulo protagonismo, según el sistema de ejecución que se aplique —compensación, cooperación o expropiación—.

Es en el de compensación donde aparece con mayor intensidad la participación de los propietarios dado que son ellos mismos —art. 126.1 del Texto Refundido— los que asumen la carga, no ya de costear la urbanización, sino de llevarla a cabo por sí mismos. Y ello mediante la constitución de una Junta de Compensación en la que se integra toda la propiedad del polígono: todos los propietarios son miembros de dicha Junta y las propiedades de los que no se incorporan son adquiridas por aquélla mediante expropiación.

Y lo que en este momento importa destacar es que la Junta de Compensación actúa como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios que son sus miembros —art. 129.2 del Texto Refundido—. Tal titularidad habilita a la Junta para disponer de las fincas mediante el proyecto de compensación, dentro del cual puede reservarse aquella superficie o parcelas para enajenarlas directamente con el fin de sufragar los gastos de urbanización —arts. 172.d) y 177.1 del Reglamento de Gestión Urbanística (RCL 1979/319 y ApNDL 1975-85, 13927)—.

Ciertamente en el supuesto litigioso la enajenación se acuerda con anterioridad al proyecto de compensación. Pero hay que entender que esta posibilidad estaba amparada por las Bases de Actuación y más concretamente por la decimoquinta —enajenación de terrenos por la Junta— que fue declarada ajustada a Derecho por la sentencia de esta Sala de 28 de noviembre de 1988 (RJ 1988/9223).

Ello sin perjuicio, naturalmente, de las consecuencias que puedan derivar del concreto contenido en que cristalice definitivamente el proyecto de compensación que determinará las fincas resultantes, consecuencias aquellas que por cierto ya fueron aludidas en las previsiones del negocio jurídico llevado a cabo.

TÉRCERO.—Ya en otro sentido ha de recordarse que la Junta de Compensación integra un supuesto de autoadministración: son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración, de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa —art. 127.3 del Texto Refundido—.

Ello no significa que toda la actuación de la Junta de Compensación esté sometida al Derecho Administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus medios, sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al Derecho Privado. De ello deriva pues que al contratar —ejecución de obras, préstamos, ventas de terrenos, etc.— no ha de someterse a las formalidades propias del Derecho Administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas.

Y esto es así aun cuando entre los propietarios de los terrenos que forman parte de la Junta figuren entes públicos: si "las Entidades públicas titulares de bienes incluidos en el polígono o unidad de actuación" quedan integradas en la Junta —art. 163.2 del Reglamento de Gestión—, resulta evidente que han de resultar afectadas por el sistema específico de disposición de bienes que se desarrolla mediante el proyecto de compensación, que articula la distribución de

las cargas y beneficios del planeamiento, sobre la base de la titularidad fiduciaria de la Junta.

No resultaba pues necesaria la observancia de los trámites establecidos en la normativa propia de la contratación administrativa.

CUARTO.—Finalmentey dado que la parte apelante insiste en que la decisión impugnada se adoptó con su oposición será de indicar que la titularidad fiduciaria de la Junta no exige unanimidad para su actuación —la Junta tiene personalidad jurídica—, dado que habrá que estar a las reglas que al respecto establezcan los Estatutos —arts. 166.h) en relación con el 177.3 del Reglamento de Gestión—».

A su contenido nos referiremos sucesivamente.

IV. PRESUPUESTOS Y CIRCUNSTANCIAS DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD FIDUCIARIA

1. NATURALEZA Y OBJETO DE LAS JUNTAS

Desde que se inició el estudio de las Juntas de Compensación, siempre ha prevalecido la idea de que se trata de entidades que agrupan a una pluralidad de personas, y por tanto con una estructura privada, y la atribución añadida del carácter administrativo en virtud del cual se configuran como un supuesto de autoadministración.

La sentencia de 13 de septiembre de 1996, dice que las Juntas «dan lugar a un supuesto de autoadministración».

Esta actualidad queda reflejada claramente en la sentencia transcrita del Tribunal Supremo y con ello marcadas algunas de las consecuencias que se derivan de su funcionamiento. En este sentido también conviene resaltar uno de los primeros trabajos sobre las Juntas de Compensación, con la misma configuración, precedente ya de un Registrador y Notario como fue CAYETANO UTRERA RAVASSA (4).

En consecuencia, las Juntas tienen carácter administrativo, aunque compuestas preferentemente por particulares, en función de la atribución vicaria de potestades concedidas por las Administraciones Urbanísticas, en particular los Ayuntamientos, en cumplimiento de la ley, pero por ello, en cuanto representan la conjunción de intereses privados, resulta posible que muchos de sus actos queden situados en el ámbito de la autonomía de la voluntad. En términos más precisos podría resumirse diciendo que constituye una forma de agrupación de los titulares de intereses privados, creadas por aplicación de la ley, con una infraestructura jurídica dotada de potestades administrativas, aunque subordinadas a la Administración de la que dependen que, por tener encomendada la ejecución del planeamiento, participan de la función pública inherente a éste, pero siempre dentro de la doble circunstancia de fundarse en el acuerdo de los particulares, o de los que las constituyen, y de estar sometidas a un régimen estatutario por virtud del cual parte de sus actos quedan dentro del ámbito del Derecho Administrativo y sometidos a la fiscalización

(4) UTRERA RAVASSA, CAYETANO, «La Junta de Compensación. Su naturaleza jurídica. Negocio jurídico de constitución», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1980, pág. 157.

administrativa y jurisdiccional consiguiente y otros, en cambio, sujetos al Derecho Civil.

Destacada su estructura, con las consecuencias que se indicarán, lo que es cierto es que sus facultades vienen enmarcadas por el objeto, de tal manera que frente al principio de una capacidad ilimitada, *ultra vires*, como ya estudiamos en su día, sólo cabe admitir el ejercicio de aquellas facultades que sean coherentes con el objeto de las mismas y durante el periodo reglado de su existencia. No obstante determinadas funciones reconocidas desde el ordenamiento jurídico, como es la facultad de edificar, pueden determinar también el incremento de facultades y su mayor extensión en el tiempo.

2. CIRCUNSTANCIAS ADMINISTRATIVAS

Comenzamos por éstas, dada la singular interpretación de la sentencia que comentamos, según la cual la sumisión al régimen de la facultad fiduciaria de disposición alcanza incluso a los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas incorporados a ellas al dejarle sometidos en cuanto a su régimen de disposición a lo que resulte de las reglas estatutarias de las Juntas en virtud de las cuales será posible la enajenación directa.

No obstante debe reiterarse que han de ser bienes patrimoniales porque aunque el Reglamento de Gestión Urbanística establecía en el artículo 163.2 que todos los bienes patrimoniales y demaniales quedaban incorporados a las Juntas de Compensación, tal afirmación, evidentemente, debe ser matizada, pues no es admisible que pudiera abarcar a los bienes demaniales porque precisamente la aprobación del planeamiento no provoca necesariamente la desafectación de los bienes del dominio público existentes en su ámbito, salvo los municipales, por mandato expreso del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986, según su artículo 8.4.a), y los autonómicos, si el planeamiento hubiera sido aprobados por la Comunidad Autónoma respectiva, como así lo confirma la sentencia de 10 de febrero de 2000.

Por tanto no es del todo cierto que todos los bienes demaniales quedan incorporados, sino que más bien se tratará de bienes patrimoniales, salvo los de dominio público que formen las estructuras territoriales de los Municipios, los cuales inequívocamente quedan desafectados.

Señalado el límite, lo que resulta de la sentencia es que en cuanto se incorporan los bienes de las Administraciones Públicas, y se trata de bienes patrimoniales en el origen o transformados en tales por el planeamiento, son susceptibles de enajenarse directamente por las Juntas, como exceptuadas de la aplicación de las reglas de disposición ordinarias sin perjuicio de las facultades ordinarias de las Administraciones.

De nuevo hay que entender que la desmaterialización del dominio permite la disposición de una parte del suelo, cualquiera que sea su titular, con permanencia del derecho al aprovechamiento, que seguirá siendo del propietario de origen. Por eso permite la interpretación de la sentencia en el sentido de que será válida la enajenación que se produzca por las Juntas de aquellas partes del territorio incorporados a ellas, sea cual fuere su titular.

En este orden administrativo, el predominio de los intereses privados determina que por la sentencia que comentamos resulte posible la contratación directa, aún cuando por ser Administración Pública pudiera entenderse

que quedaba sujeta al régimen de contratación administrativa, si así lo previeran los Estatutos. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de julio de 2001, según la cual en todos los órdenes ha de aplicarse este tipo de contratación ha provocado también la duda de si, especialmente en el ámbito de la ejecución del planeamiento, habría de acudirse a la contratación pública, entendiéndose preferentemente que respecto de las Juntas, al ser una facultad encomendada directamente por la ley a los particulares en el sistema de compensación, no resulta preciso, sino que basta acudir a las reglas previstas en sus estatutos (5).

Así la sentencia de 13 de septiembre de 1996, dice que son los particulares: «ellos mismos son los que asumen la carga, no ya de costear la urbanización sino la de llevarla a cabo por sí mismos».

3. CIRCUNSTANCIAS CIVILES

Las consecuencias de orden civil son las que de manera más llamativa concurren en las facultades fiduciarias. En esencia, el reconocimiento de esta facultad se funda en la ley con el propósito de facilitar el proceso de ejecución del planeamiento, de tal manera que con el producto de la enajenación de los bienes puedan los particulares sufragar su coste.

Al poner en funcionamiento estas facultades cabe sin embargo distinguir:

A) *Actos de disposición*

Son los más característicos, puesto que con ellos se sustrae una parte del activo patrimonial, de tal forma que con el importe de la enajenación se realizan las obras.

Cabe sin embargo que dentro de estos actos de disposición se incluyan también actos de carácter gratuito, como sería el caso de las cesiones obligatorias anticipadas o incluso su utilización instrumental para facilitar la ejecución del planeamiento, como es también el supuesto de permitir el realojo de parte de los ocupantes para liberar suelos ocupados que entrasen después en el proceso de equidistribución.

En todos estos casos al titular registral del bien enajenado se le reconoce el aprovechamiento generado por el suelo vendido, de tal modo que si lo desea puede ser objeto de inscripción separada y después, cuando se lleve a cabo el reparto de las parcelas resultantes, aunque detraída la superficie enajenada en perjuicio de todos o de los que prefirieron acudir a este modo de financiación, el resto se reparta en función de la cuota de participación, es decir, de la que corresponde por las aportaciones íntegras de suelo efectuadas.

(5) Véanse los últimos comentarios sobre la materia en el trabajo de ALEJANDRO HUERGO LOSA, titulado «El Derecho Especial de contratos públicos y el Derecho Comunitario», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 126, año 2005, pág. 217 y sigs.

B) *Actos de gravamen*

El Reglamento de Gestión Urbanística en el artículo 177.2 identifica, además de la facultad fiduciaria de disposición, la de constitución de gravámenes en garantía de préstamos para la ejecución de las obras de urbanización. Contemplada así con carácter general esta facultad, no habría dificultad alguna tanto desde el punto de vista urbanístico como respecto del civil, ya que si se autoriza la enajenación también se comprendería la constitución de gravámenes.

Sin embargo no son fáciles de resolver las dificultades que provocaría, por ejemplo, la constitución del derecho de hipoteca en casos como éste. En principio, se trataría de la creación de un gravamen por deuda ajena, ya que el constituyente no sería deudor personal; sin embargo, al permanecer la titularidad sobre el suelo por él aportado, surgirían dificultades adicionales tanto en el caso de que se ejecutara el crédito como en la forma de la adjudicación en el proceso de equidistribución. La ejecución de la hipoteca, aunque se dirigiera inicialmente contra el deudor, podría repercutir también en última instancia sobre el propietario no deudor haciéndole recaer una obligación que tendría que promover su redistribución entre todos los partícipes; a su vez, si el suelo está gravado con hipoteca ha de mantenerse ésta, y difícilmente se le puede dar al aportante una finca sin cargas cuando esta carga constituida debería recaer sobre parcelas adjudicadas fiduciariamente a la Junta, lo que implica un acto posterior que siempre estaría en entredicho disminuyendo las objetivas garantías que debe exigir el que la soporta.

C) *Coexistencia de gravámenes*

El funcionamiento de la facultad fiduciaria se hace sencillo cuando recae sobre fincas libres de cargas en cuanto, al no existir cargas, no pesan ninguna de ellas sobre las fincas enajenadas que deba soportar el adquirente y la apertura de folio al aprovechamiento se produce también libre de cargas.

Más dificultades ha de tener en aquellos casos en que la finca enajenada esté gravada con una hipoteca o una anotación de embargo, lo que da lugar ordinariamente a la práctica registral de que no se admita la inscripción de la enajenación sin la cancelación previa de la carga o el consentimiento de su titular.

Teóricamente podrían contemplarse como en el supuesto de transferencias de aprovechamiento en el que la finca quedaría liberada de la carga entendiéndose que por ministerio de la ley ésta se concentra en el aprovechamiento. La dificultad, sin embargo, es clara y corrobora la práctica expresada, de tal modo que incluso podría ser justificada de manera adicional por el hecho de que la modificación del objeto sin consentimiento del acreedor implicaba una novación radical y, en última instancia, en lo previsto en el artículo 198.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo del Estado de 26 de junio de 1992, anulado por la sentencia del Tribunal Constitucional, y en el artículo 35 del Decreto 1093/1997, a propósito de las transferencias de aprovechamiento que exigían el consentimiento de los acreedores.

Las críticas que tuvimos ocasión de mantener sobre este parecer entendemos que no son repetibles en el caso del ejercicio de la facultades fiduciaria desde el momento en que así como las transferencias de aprovechamiento

constituían unas técnicas regladas y de orden público para el reparto de las cargas urbanísticas, en el caso de la facultad fiduciaria ésta opera como una atribución testamentaria y de utilidad única de los miembros favorecidos.

4. CIRCUNSTANCIAS URBANÍSTICAS

No siempre entiende la Administración urbanística el funcionamiento de la facultad fiduciaria al considerar que sólo puede operar sobre parcelas resultantes, una vez hecha la reparcelación, lo que comporta una dificultad común en el orden registral al impedir la concesión de licencia de segregación.

Hemos de señalar, reiterando lo ya expuesto, que constitutivamente la facultad fiduciaria siempre ha de operar sobre fincas aportadas como única alternativa para que se mantenga el principio de solidaridad. En este punto se produce, en ocasiones, la extrapolación obsesiva de cautelas que estando justificadas para determinados fines llegan innecesariamente a una aplicación generalizada en cualesquiera otros. Nos estamos refiriendo a las cautelas para impedir las urbanizaciones ilegales, exigiendo de manera radical licencia de reparcelación. Esta circunstancia, que tanta literatura ha provocado, no tiene por qué generar dificultades en su aplicación en ámbitos concretos de planeamiento a los que se aplique el sistema de compensación, puesto que estando integrados en él todos los propietarios, cuando acuerdan su puesta en funcionamiento lo hacen por definición salvaguardando la solidaridad entre ellos y ninguna utilidad tendría enajenar a un tercero una finca carente de utilidad inmediata si no se concede licencia para su segregación.

Otra cosa es que se mantengan las circunstancias que impidan la edificación en contra del planeamiento; es decir, el adquirente de una parcela, por el ejercicio de la facultad fiduciaria, ha de obtener necesariamente licencia de edificación, pero no existe dificultad alguna para que al menos pueda segregarse.

De igual manera entendemos que tampoco hay obstáculo para que si el proyecto se acomoda al planeamiento pueda conseguir esta licencia de edificación, sin esperar al proyecto de equidistribución, ya que la parcela vendida no será una parcela resultante de la reparcelación y si cuenta con la condición de solar para edificar el hecho de que no esté aprobado el proyecto de compensación resulta intrascendente, pues éste tan sólo operará sobre el resto de las fincas de los miembros de la Junta en los que el mantenimiento de la solidaridad garantiza sus derechos.

Salvada la necesidad de contar con los servicios exigibles y su acomodación al planeamiento, la necesaria obtención de licencia comporta la facultad de darla, pues está garantizado el cumplimiento de la solidaridad y cuenta con un planeamiento aplicable.

5. CIRCUNSTANCIAS REGISTRALES

Cuanto hemos dicho en el número anterior es aplicable también respecto de las circunstancias registrales, especialmente en cuanto a la segregación. Es evidente que, con toda probabilidad, el ejercicio de la facultad de disposición no ha de recaer sobre finca registral entera sino que, ordinariamente, al ser ésta una finca de origen, sólo comprenderá una parte de la superficie inscrita.

Desde esta circunstancia, entendemos que no es necesaria la licencia de segregación porque si la ley reconoce de manera terminante la facultad fiduciaria y ésta ha de recaer imprescindiblemente sobre finca de origen, la individualización de la parcela vendida requiere necesariamente su segregación y de igual manera que para la expropiación o la creación de parcelas del proceso de equidistribución no hace falta licencia, tampoco en este caso, donde se están ejerciendo potestades públicas y media el consentimiento que salvaguarda la solidaridad, ya que el adquirente sabrá de antemano que sólo el suelo donde sea posible la edificación es el que deberá segregarse.

Desde el punto de vista registral lo que importa por ello, esencialmente, es que se acredite la existencia de la Junta de Compensación, que la parcela enajenada este incorporada al sistema, lo que se corroborará con la existencia de la nota marginal, y que el acuerdo ha sido adoptado por el órgano máximo de la Junta por las mayorías previstas en sus estatutos y sin necesidad de que conste el consentimiento del titular registral, con las únicas advertencias expresadas en el caso del existencia de cargas previas.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución 7-4-2005. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2005, de 11-3-2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 4/2005. 22-4-2005. Sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas.

— Ley 6/2005. 22-4-2005. Sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito.

— Real Decreto-ley 5/2005. 11-3-2005. Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

— Real Decreto-ley 7/2005. 22-4-2005. Modifica la Ley 2/2004, de 27-12-2004, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, en materia de financiación de la formación continua.

— Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, 1989, hecho en Londres el 28-4-1989.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 233/2005. 4-3-2005. Dispone la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer correspondientes a la programación del año 2005.

— Real Decreto 449/2005. 22-4-2005. Modifica el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18-7-1980.

— Orden 525/2005. 7-3-2005. Da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución 1-4-2005. DGRN. Declarando inhábiles los días 18, 19 y 20-4-2005, a efectos registrales, en el R. M. de Valencia.

— Resolución 4-4-2005. DGRN. Anuncia Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles existentes en toda España, para su provisión en concurso ordinario número 268.

— Instrumento 10-2-2005. Aprueba el modelo plurilingüe de Certificado de Vida previsto en el Convenio número 27 de la Comisión Internacional del Estado Civil.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 583/2005. 9-3-2005. Aprueba los modelos de declaración del IRPF y del IP, ejercicio 2004, se establece el procedimiento de remisión del borrador de declaración del IRPF y las condiciones para su confirmación o suscripción, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos, así como las condiciones generales y el procedimiento para su presentación por medios telemáticos o telefónicos.

— Orden 748/2005. 21-3-2005. Aprueba los modelos de declaración-liquidación del IS y del IRPF de no residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español para los períodos impositivos iniciados entre el 1-1-2004 y el 31-12-2004, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso, se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se dictan determinadas instrucciones relativas al pago fraccionado de los citados impuestos.

— Orden 848/2005. 18-3-2005. Determina el régimen de la inversión de los saldos de las cuentas acreedoras de carácter instrumental y transitorio que las sociedades y agencias de valores mantengan con sus clientes.

— Resolución 11-4-2005. Modifica la de 27-12-1999, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la validación mediante un código NRC de los avales otorgados por las Entidades de crédito y por las Sociedades de Garantía Recíproca y presentados por los interesados ante la Administración Tributaria, introduciendo un modelo normalizado de

aval para garantizar el cobro de las deudas que pudieran derivarse de las actas de Inspección con acuerdo.

— Corrección de errores. Orden 748/2005. 21-3-2005. Aprueba los modelos de declaración-liquidación del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español para los períodos impositivos iniciados entre el 1-1 y el 31-12-2004, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso, se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se dictan determinadas instrucciones relativas al pago fraccionado de los citados impuestos.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 2/2005. 21-4-2005. Informe anual del Gobierno Corporativo y otra información de las Cajas de Ahorro que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 16-3-2005. índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 19-4-2005. Mensualmente hace públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE VIVIENDA

— Resolución 7-4-2005. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 1-4-2005, por el que se modifica el tipo de interés efectivo anual vigente para los préstamos cualificados concedidos en el marco del programa 1996 del Plan de Vivienda 1996-1999.

— Resolución 7-4-2005. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 1-4-2005, por el que se modifica el tipo de interés efectivo anual vigente para los préstamos cualificados concedidos o que se concedan en el ámbito del Plan de Vivienda 2002-2005.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución 1-4-2005. Entrada en vigor de la adhesión de Ecuador al Convenio, suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5-10-1961 (*BOE* núm. 229, de 25-9-1978).

— Protocolo del Convenio. Asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la UE, hecho en Luxemburgo el 16-10-2001. Aplicación provisional.

— Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Bulgaria al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25-10-1980.

— Corrección de errores. Convenio entre el Reino de España y la República de Letonia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Riga el 4-9-2003.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA

— Real Decreto 423/2005. 18-4-2005. Fija las enseñanzas comunes del nivel básico de las enseñanzas de idiomas de régimen especial, reguladas por la Ley Orgánica 10/2002, de 23-12-2002, de Calidad de la Educación.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 236/2005. 4-3-2005. Modifica el Real Decreto 1477/2004, de 18-6-2004, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente.

— Real Decreto 237/2005. 4-3-2005. Establece el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, prevista en la Ley Orgánica 1/2004, de 28-12-2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

— Real Decreto 278/2005. 11-3-2005. Modifica el Real Decreto 1599/2004, de 2-7-2004, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

— Orden 526/2005. 7-3-2005. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4-3-2005, por el que se aprueba el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Orden 915/2005. 4-4-2005. Crea un registro telemático en la Oficina Española de Patentes y Marcas.

— Resolución 19-4-2005. Crea un Registro Telemático para la presentación de escritos y solicitudes cuya resolución compete a dicha Comisión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— STC 40/2005. 28-2-2005. Recurso de amparo 1923-2002. Promovido por don Bernardino París Figueiras frente al Auto de un Juzgado de Primera Instancia de Arzúa (A Coruña) que, rechazando la nulidad de actuaciones solicitada, confirmó la adjudicación de una finca a un tercero. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: notificación ineficaz de la subasta de un inmueble en ejecución de una sentencia de remate firme (STC 39/2000).

— STC 44/2005. 28-2-2005. Recurso de amparo 820-2003. Promovido por Copisa Constructora Pirenaica, S. A., frente a los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria, que inadmitieron su recurso contra el Consejero de Industria de Cantabria sobre sanción por riesgos laborales. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): inadmisión de recurso contencioso-administrativo por extemporáneo, al no computar su presentación ante un Juzgado que se declaró incompetente con reenvío de las actuaciones (STC 78/1991).

— STC 48/2005. 3-3-2005. Cuestión de inconstitucionalidad 48/1998. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias en relación con la Ley del Parlamento de Canarias 2/1992, de 26-6-1992, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de varios edificios en Santa Cruz de Tenerife para proceder a la ampliación de la sede del Parlamento. Vulneración del derecho de propiedad: expropiación legislativa singular de bienes comunes. Nulidad parcial de preceptos autonómicos.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS 15-12-2004. Fija la siguiente doctrina legal: «El límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso».

— STS 18-1-2005. Fija la siguiente doctrina legal: «El derecho a la devolución de ingresos indebidos ejercitado a través del procedimiento que

regulaba el artículo 155 de la LGT de 1963 (Ley 230/1963, de 28-12-1963) y el Real Decreto 1163/1990 prescribía por el transcurso del plazo establecido por dicha Ley, y se computaba, de acuerdo con el artículo 65 de la misma, desde el momento en que se realizó el ingreso, aunque con posterioridad se hubiera declarado inconstitucional la norma en virtud de la cual se realizó el ingreso tributario, sin que quepa considerar otro plazo y cómputo distinto de los aplicables al procedimiento de devolución, cuando indubitadamente éste había sido el único instado por los interesados».

— STS 22-2-2005. Fija la siguiente doctrina legal: «De acuerdo con el artículo 127 de la LGT, el inicio del procedimiento de apremio de la recaudación de tributos y el devengo del recargo del 20 por 100 del importe de la deuda no ingresada, así como de los intereses de demora correspondientes a ésta, se producen una vez emitida y notificada la providencia de apremio, sin que sea exigible la emisión y notificación de la certificación de descubierto».

— STS 25-1-2005. Fija la siguiente doctrina legal: «En los expedientes instruidos conforme a la normativa anterior a la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente, Ley 1/1998, de 26-2-1998, como consecuencia de actas de disconformidad, el transcurso del plazo de un mes, establecido en el artículo 60.4, párrafo 1.º, del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, sin que se hubiera dictado el acto de liquidación, no daba lugar a la caducidad del procedimiento inspector, sin que fuera afectada por dicha circunstancia la validez de tal acto de liquidación, dictado posteriormente».

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 1/2005. 4-3-2005. Regula el régimen de las organizaciones agrolimentarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Ley 2/2005. 8-4-2005. Regula el estatuto de los expresidentes de la Junta de Andalucía.

— Ley 4/2005. 8-4-2005. Consejo Consultivo de Andalucía.

— Ley 5/2005. 8-4-2005. Modifica la Ley 1/1986, de 2-1-1986, Electoral de Andalucía.

— Decreto 33/2005. 15-2-2005. Regula las Agencias de Fomento del Alquiler.

— Decreto 66/2005. 8-3-2005. Ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas.

— Orden 8-3-2005. Regula el procedimiento de inscripción de las Agencias de Fomento del Alquiler en el Registro Público de Agencias de Alquiler, así como la organización y el funcionamiento de dicho Registro.

— Orden 4-4-2005. Aprueba los modelos de solicitud de inscripción en el Registro de Parejas de Hecho.

BALEARES

— Ley 1/2005. 3-3-2005. Reforma de la Ley 12/1998, de 21-12-1998, de Patrimonio Histórico de las Illes Balears.

— Ley 2/2005. 22-3-2005. Comercialización de estancias turísticas en viviendas.

— Orden 21-3-2005. Regula el procedimiento para la presentación y pago por vía telemática de los tributos cuya gestión corresponda a la Administración de la Comunidad Autónoma de las illes Balears y se establecen las condiciones y requisitos que han de cumplir los usuarios y las entidades colaboradoras.

CANARIAS

— Decreto 20/2005. 22-2-2005. Encomienda a las OO.LL. a cargo de Registradores de la Propiedad del ejercicio de funciones administrativas respecto de la aplicación de los tributos gestionados por la Comunidad Autónoma de Canarias y se modifica el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda aprobado por Decreto 12/2004, de 10-2-2004.

— Decreto 27/2005. 1-3-2005. Aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de La Caldera de Taburiente.

— Decreto 45/2005. 29-3-2005. Modificación del Decreto 222/2000, de 4-12-2000, por el que se establece el régimen de bonificaciones al transporte marítimo interinsular de viajeros residentes en Canarias.

— Orden 17-3-2005. Amplía el plazo de presentación del modelo 415 de declaración anual de operaciones con terceras personas, así como las condiciones y los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas interiores por soportes directamente legibles por ordenador y del modelo 416 de declaración anual de operaciones exentas del Impuesto General Indirecto Canario por aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 19/1994, de 6-7-1994, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 31/2005. 29-3-2005. Regulan los Órganos Urbanísticos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Resolución 29-3-2005. Dicta normas para la Actualización del Inventario General de Bienes y Derechos de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

CATALUÑA

— Ley 2/2005. 4-4-2005. Contratos de integración.

— Ley 3/2005. 8-4-2005. Modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia; de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela.

— Ley 4/2005. 8-4-2005. Recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad de Cataluña.

— Orden 151/2005. 8-4-2005. Aprueba el modelo de autoliquidación 623 del ITP y AJD y se modifica la Orden 314/2003, de 25-6-2003, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 620, 627 y 629 del ITP y AJD y se fija la cuota de la tasa que grava el suministro del modelo 620 en soporte papel.

GALICIA

— Ley 3/2005. 7-3-2005. Modificación de la Ley 3/2001, de 28-5-2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

LA RIOJA

— Decreto 21/2005. 4-3-2005. Modifica el Decreto 37/2003, de 15-7-2003, de Atribución de Funciones Administrativas en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3-3-2003, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

MADRID

— Ley 2/2005. 12-4-2005. Modificación de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

NAVARRA

- Ley Foral 2/2005. 24-2-2005. Cuentas Generales de Navarra de 2003.
- Ley Foral 4/2005. 22-3-2005. Intervención para la protección ambiental.
- Decreto Foral 34/2005. 21-2-2005. Fija el tipo de interés efectivo aplicable a los préstamos cualificados para actuaciones protegibles en materia de vivienda acogidos a los Acuerdos de Colaboración suscritos con las entidades financieras en el año 1995.
- Decreto Foral 35/2005. 21-2-2005. Fija el tipo de interés efectivo aplicable a los préstamos cualificados para actuaciones protegibles en materia de vivienda acogidos a los Acuerdos de Colaboración suscritos con entidades financieras en el año 1996.
- Decreto Foral 50/2005. 28-2-2005. Acomoda las cuantías señaladas en la Ley Foral 10/1998, de 16-6-1998, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra a lo establecido por la UE.
- Decreto Foral 56/2005. 7-3-2005. Nombra Registradores de la Propiedad del Registro de Tudela número 1 y del Registro de Tudela número 2, a don Jesús Alberto Goenechea Alcalá-Zamora y a don Ángel Ramón Serrat Zubillaga, respectivamente.
- Decreto Foral 57/2005. 7-3-2005. Modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.
- Orden Foral 24/2005. 31-1-2005. Aprueba los modelos para comunicar a la Administración tributaria de la Comunidad Foral el cambio de residencia a los efectos de la práctica de retenciones sobre los rendimientos del trabajo y se regula la forma, lugar y plazo para su presentación.
- Orden Foral 207/2005. 23-2-2005. Crea determinados negociados en el Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda, y se suprimen otros.
- Orden Foral 98/2005. 5-4-2005. Dicta las normas para la presentación de las declaraciones por el IRPF y el IP correspondientes al año 2004.
- Orden Foral 99/2005. 5-4-2005. Aprueban los modelos de declaración correspondientes al IRPF y al IP del ejercicio 2004.
- Corrección de errores. Ley Foral 19/2004. 29-12-2004. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.
- Corrección de errores. Orden Foral 415/2004. 17-12-2004. Modifica la Orden Foral 56/2004, de aprobación del modelo 184 de declaración informativa anual a presentar por las entidades en régimen de atribución de rentas.
- Corrección de errores. Orden Foral 429/2004. 23-12-2004. Modifica, entre otras, la Orden Foral 9/2000, de 20-1-2000, de aprobación del modelo

198 de declaración anual de operaciones con activos financieros y otros valores mobiliarios.

PAÍS VASCO

— Ley 3/2005. 18-2-2005. Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

— Ley 4/2005. 18-2-2005. Para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

— Norma Foral 9/2004. 23-12-2004. Aprueba los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa para el año 2005.

VALENCIA

— Decreto Legislativo. 1/2005. 25-2-2005. Aprueba el TR de la Ley de Tasas de la Generalitat.

— Decreto 58/2005. 11-3-2005. Aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Serra Gelada y su zona litoral.

— Decreto 59/2005. 11-3-2005. Aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural de la Sierra de Espadan.

— Decreto 83/2005. 22-4-2005. Regula las Cooperativas de Crédito de la Comunidad Valenciana.

— Orden 25-2-2005. Desarrollo del Decreto 168/2004, de 10-9-2004, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas.

II. Información de actividades

Aragón

Jornadas Profesionales promovidas por el Salón Inmobiliario de Aragón:

Día 3 de marzo: *Vivienda y financiación. Marco social y financiero.*

Día 9 de marzo: *Transformación de la ciudad: La promoción urbanística.*

Día 16 de marzo: *El futuro de la ciudad. La promoción urbanística.*

Del 7 al 15 de marzo tuvo lugar el III Curso de Inglés Jurídico, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

El día 14 de marzo, organizada por el Gobierno de Aragón, tuvo lugar la Mesa Redonda: *Las cooperativas de viviendas y los derechos de los consumidores.*

La noche del 17 de marzo se entregaron los Premios del I Salón Inmobiliario de Aragón.

Los días 17 y 18 de marzo, organizado por la Facultad de Derecho, la Institución Fernando El Católico y la Diputación de Zaragoza, se impartió el Curso *Derecho Notarial*.

Director: Doctor don JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

Secretaria: Doctora doña CARMEN BAYOD LÓPEZ.

Ponentes:

Don FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS, Notario y Letrado de la DGRN.

Don FERNANDO AGUSTÍN BONAGA, Notario.

Don JAVIER PALAZÓN VALENTÍN, Notario.

Don HONORIO ROMERO HERRERO, Notario.

Don ADOLFO CALATAYUD SIERRA, Decano del Colegio Notarial de Aragón.

Ponencias:

- «La función notarial y la seguridad jurídica preventiva. Sistemas notariales en el Derecho comparado», por don FRANCISCO-JAVIER GARCÍA MÁS.
- «El Notario como funcionario público», por don JOSÉ MANUEL ENCISO SÁNCHEZ.
- «El documento notarial: sus clases», por don FERNANDO AGUSTÍN BONAGA.
- «Efectos del documento notarial. Su conservación», por don JAVIER PALAZÓN VALENTÍN.
- «Capacidad y representación en el documento notarial», por don HONORIO ROMERO HERRERO.
- «El Derecho aragonés en la práctica notarial», por don ADOLFO CALATAYUD SIERRA.

Los días 17 al 20 de marzo se celebró, en la Feria de Muestras de Zaragoza, el II Salón Inmobiliario de Aragón, en el que participó, como expositor, el Decanato del Colegio de Registradores de Aragón.

En el mes de abril la Universidad de Zaragoza organizó diversas *Jornadas sobre salidas profesionales* de los estudios que se imparten. Entre ellas, el día 7, a cargo de doña CARMEN BETEGÓN SANZ, Registradora de la Propiedad de Zaragoza, número 11, a los alumnos de último curso de la Facultad de Derecho.

El día 12 de abril tuvo lugar el acto de presentación de la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés (BIVIDA) en Internet, organizado por el Gobierno de Aragón.

El día 15 de abril, clase sobre cláusulas hipotecarias a los alumnos de la Facultad de Derecho, a cargo de doña PILAR PALAZÓN VALENTÍN, Registradora de la Propiedad de Zaragoza, número 5.

El día 27 de abril, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar el Seminario sobre *Análisis comparado de la descentralización política*, impartido por el Ilmo. Señor don FERRÁN REQUEJO, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Los días 25 a 27 de abril tuvieron lugar las *V Jornadas sobre Medio Ambiente*, organizadas por la Fundación San Valero.

El 5 de mayo tuvo lugar la celebración de los actos institucionales con motivo del Centenario de la fundación de Caja Inmaculada.

Los días 5 al 9 de mayo se celebró, en la Feria de Muestras de Zaragoza, el / *Salón de Educación, Formación y Empleo, EyE 2005*.

El día 17 de mayo tuvo lugar la Conferencia Internacional de Política Territorial, en la que participó, entre otros, el Director General adjunto de Política Territorial de la Comisión Europea.

Los días 26 y 27 de mayo tuvieron lugar las Jornadas sobre *Parlamentos y déficit democrático en Europa: El papel de los Parlamentos regionales*, organizadas por las Cortes de Aragón, la fundación Manuel Giménez Abad y el Programa Doctorado *Unión Europea* de la Universidad de Zaragoza.

En mayo tuvieron lugar las Jornadas del *Observatorio de la Vivienda*, organizada por Garrigues, Abogados y Asesores Financieros y el Consejo General del Notariado.

Madrid

Del 18 al 22 de julio de 2005 se celebró en Aranjuez el curso de verano *LA POLÍTICA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA: INSTRUMENTOS JURÍDICOS, URBANÍSTICOS Y SOCIALES*, organizado por la Fundación Universidad Rey Juan Carlos y patrocinado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Directores:

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.

FERNANDO ACEDO-RICO HENNING, Registrador de la Propiedad.

Secretaria:

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.

Ponencias:

- «El Registro de la Propiedad y los sistemas de actuación urbanística con especial referencia a las Comunidades Autónomas», por FERNANDO ACEDO RICO-HENNING, Registrador de la Propiedad; Director de los Servicios Jurídicos de la EMV.
- «Arrendamientos urbanos y régimen jurídico de la vivienda», por ANTONIO MANUEL ROMÁN GARCÍA, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Extremadura.

Mesa Redonda:

- «La formación del precio del suelo», por MANUEL MARTÍN FERRER, Secretario General de la Asociación de Promotores y Constructores de España, y MANUEL CUADRADO IGLESIAS, Catedrático de Derecho Civil. Universidad Complutense.
- «Apoyo registral al proceso de creación del suelo», por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad.
- «El proyecto de la nueva Ley del Suelo de Madrid», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, Abogado; Registrador de la Propiedad excedente.

Mesa Redonda:

- FERNANDO ACEDO RICO, RAFAEL ARNÁIZ EGUREN y JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ.
- «La financiación de la vivienda en el ciclo expansivo del período 1998-2005», por GREGORIO MAYAYO CHUECA, Presidente de la Asociación Hipotecaria de España.
- «Análisis económico del mercado de la vivienda en España», por LARA DE MESA GÁRATE, Economista. Grupo Analista.
- «Propuestas visionarias de vivienda», por Toshiko MORÍ, Harvard University. Chairman de Arquitectura. Cambridge, Massachussets.
- «¿Solar o volar?», por ALBERTO CAMPO BAEZA, Catedrático de Proyectos Arquitectónicos. Escuela Técnica Superior de Arquitectura. Universidad Politécnica de Madrid.

Mesa Redonda:

- «De la Domus Pompeyana al One mile skyscraper», por JESÚS M.^a APARICIO GUIBADO, Profesor Titular de Proyectos Arquitectónicos UPM, y ENRIQUE BARDAJI ÁLVAREZ, Catedrático de Diseño Urbano de la Universidad de Dortmund.
- «La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

- «Registro de la Propiedad y política de urbanismo y vivienda», por FERNANDO PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Decano Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad.

Clausura y entrega de diplomas:

- «Algunos temas de interés con relación a la vivienda a la luz de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», POR PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Directora General de los Registros y del Notariado, Catedrática de Derecho Internacional Privado.

PRINCIPIOS DE UNIDROIT 2004

Una nueva edición de los PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. Una referencia indispensable para la contratación internacional.

Los Principios de UNIDROIT, publicados por primera vez en 1994, fueron elaborados por un grupo de juristas eminentes, jueces, abogados y arbitros. Los Principios han sido utilizados por legisladores de todo el mundo como un modelo para la reforma del derecho doméstico en materia de contratos, y juegan un rol cada vez más importante en la contratación internacional y en la práctica del arbitraje.

La nueva edición de los Principios, aprobada por unanimidad por el Consejo Directivo de UNIDROIT en abril de 2004, incorpora cinco nuevos capítulos sobre: Poderes de representantes, Derechos de terceros, Compensación, Cesión de derechos, Transferencia de obligaciones y Cesión de contratos, Prescripción, como así también una ampliación de su Preámbulo, nuevas disposiciones sobre Conducta Contradictoria, Extinción de las Obligaciones por Acuerdo de las Partes y ciertas adaptaciones a las necesidades del comercio electrónico.

Actualmente disponible en inglés y en francés. Próximamente disponible en castellano (previsto para finales de 2005).

INFORMACIÓN
BIBLIOGRÁFICA

LARENZ, KARL, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Edición al cuidado de JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2003, 212 págs.

El Código Civil alemán (BGB), sancionado en 1896 y en vigencia desde 1900, no ha resuelto expresamente el tema de cómo afectaba una modificación fundamental, no prevista por los interesados, de las circunstancias económicas, sociales y políticas, a los contratos obligatorios pendientes, a los contratos de suministro a largo plazo, a contratos de arrendamiento de uso y de uso y disfrute, o a relaciones de participación semejantes a la sociedad. Ante esta laguna legal, la jurisprudencia alemana primero acudió a la interpretación extensiva del concepto de imposibilidad de la prestación del § 275 del Código Civil sobre la «imposibilidad económica»; posteriormente, mediante la «interpretación integradora del contrato» (§ 157 del Código Civil), y, finalmente, mediante la aplicación inmediata del principio de «buena fe», recogido en el § 242 del Código Civil.

KARL LARENZ (1903-1993), jurista muy influyente en su país, señalaba que «ni la doctrina de PAUL ERNST WILHELM OERTMANN (1865-1938), en la que se basaba la mayoría de las sentencias expresamente o según su sentido, ni ninguna de las otras doctrinas formuladas por la literatura jurídica bastaban para facilitar una solución justa de todos los casos o de la mayoría de los mismos» (pág. 2). En el período de entreguerras se desarrolló el «procedimiento de amparo para la revisión de contratos», como mecanismo de amoldar los contratos existentes —que cumplieran determinadas condiciones— a las circunstancias transformadas mediante un acto judicial de constitución, y de reducir o incluso suprimir las obligaciones contraídas (pág. 2). Para LARENZ, que seguía el método del análisis comparativo de los casos, «la jurisprudencia necesita directrices concretas, de validez general, en las cuales se exprese este ordenamiento y se esboce la decisión acertada» (pág. 3).

El Tribunal Supremo del Reich aceptó en un primer momento la teoría de OERTMANN en su totalidad, pero posteriormente la jurisprudencia de la primera postguerra concedió a la parte perjudicada una excepción: el derecho a denegar la prestación en atención a su «inexigibilidad», y en muchos casos una pretensión de reajuste, cuya cuantía determinaba el mismo según criterios de equidad. La realidad era que la teoría de OERTMANN «no señala de modo satisfactorio cuáles son las circunstancias que pueden estimarse como base de un contrato perfeccionado, con cuya imprevista desaparición la relación contractual no puede subsistir o mantenerse inalterada» (pág. 17). En realidad, a juicio de LARENZ, la teoría de OERTMANN en algunos aspectos era muy amplia, pero en otros quedaba muy limitada y necesitaba una ampliación o complemento que requería apoyarse en criterios distintos a los psicopedagógicos empleados por OERTMANN (págs. 17-24). Pero también había diversas teorías

que tenían relación con la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* (págs. 24-31). Pero ERICH KAUFMANN estableció un fundamento en un método distinto del psicológico de BERNHARD WINDSCHEID (1817-1892) y OTTO LENEL (1849-1935), ya que entendía que la cláusula regía aun cuando ninguno de los contratantes la hubiese acogido en su «voluntad empírica». LOCHER fusionaría la teoría predominantemente psicológica de la base del negocio de OERTMANN con la teoría normativo-teleológica de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que consideraba que la base del negocio estaba constituida no sólo por las representaciones de las partes, sino también por aquellas circunstancias necesarias para que pudiera alcanzarse la finalidad del negocio, determinada por las partes y puesta de relieve en el contrato. Pero la realidad es que ninguna de las teorías recogidas en la literatura jurídica era válida, de ahí que el Tribunal Supremo de Colonia para la Zona Británica abandonara su adhesión a la teoría de OERTMANN para acoger «la ponderación de las circunstancias de cada caso concreto conforme a la buena fe» (pág. 31).

El término «base del negocio» ha sido considerado en un doble sentido: como la base «subjética» de la determinación de la voluntad de una o ambas partes y como la base «objetiva» del contrato, o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato (págs. 34-35). Pero, como indica K. LARENZ, «no basta con la distinción de base del negocio en sentido subjetivo y objetivo», sino que «es necesario delimitar cuidadosamente cada uno de ellos a fin de poder determinar con cierto detalle las consecuencias jurídicas respectivas» (pág. 35). KARL LARENZ entendía como base del negocio subjetivo «aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato» (pág. 37). De ello se deduce que la representación tenía que haber inducido a concluir el contrato no a una sino a ambas partes, ya que en caso contrario se incurriría en un «error de los motivos»; cuestión que no estaba mencionada expresamente en el Código Civil, si bien en el § 119, II, se mencionaba el error sobre una cualidad, esencial para el tráfico, de la persona o de la cosa. Un sector importante de la doctrina, así como KARL LARENZ, entendieron que se estaba refiriendo al error en los motivos (págs. 37-38). Pero la falta de base del negocio subjetiva tenía mayor importancia cuando la errónea representación de ambos contratantes se refería no a una cualidad del objeto, sino a otra circunstancia fundamental para la voluntad de las partes, especialmente a la base de cálculo por ambas aceptada, ya que en este supuesto no era aplicable el § 119, II. La jurisprudencia alemana ha prescindido del requisito de que una circunstancia fuese considerada en el tráfico jurídico como base necesaria del contrato sólo cuando el otro contratante conociese su importancia para la resolución del declarante y no se hubiese opuesto a ello (pág. 55). Sin embargo, el BGB había regulado expresamente el error bilateral acerca de la base del contrato al menos en el supuesto del error en la transacción en el § 779 (págs. 65-72). Sin embargo, a juicio de KARL LARENZ, «la base del negocio no puede tenerse en cuenta nunca en los negocios de prestación, tanto en los dispositivos como en los obligatorios, debido a que están sujetos a la repetición por falta de causa. De no ser así, se quebrantaría la regulación, cuidadosamente meditada, de las *conditiones* y se tendría en cuenta de modo especial un punto de vista que, aunque secundariamente, ya ha sido tomado en consideración» (pág. 75). La representación o expectativa tenía, además, que haber sido decisiva para ambas partes en el sentido de que ambas no hubiesen concluido el contrato, o no lo hubiesen concluido tal

como lo hubieran hecho si hubiesen llegado a tener conocimiento de su inexactitud. En realidad, si se sostenía que era indispensable una determinada representación y que en ésta tenían que haberse basado las consideraciones y decisiones de ambos participantes, se estaban eliminando del campo de la base del negocio subjetivo gran número de casos que pertenecerían, según la teoría de OERTMANN, al mismo.

La jurisprudencia alemana se ocupó en numerosos casos del problema de la cláusula *rebus sic stantibus*, sobre todo durante la Primera Guerra Mundial y la inflación que propició. En ese momento, la jurisprudencia concebía la imposibilidad de una forma amplia y consideraba que existía «imposibilidad de la prestación» en casos en que sólo había una extraordinaria agravación de la misma. Se decía que en estos casos la prestación ya no era posible «económicamente», cuando en realidad era posible, pero las circunstancias habían variado económicamente tanto que, según los usos del tráfico, no se trataba ya de la misma prestación; de forma que se les daba el mismo trato que los de imposibilidad de la prestación (pág. 93). También aplicó este supuesto a los casos en que la transformación de las circunstancias había provocado una imposibilidad temporal y el aplazamiento de la prestación por tiempo indeterminado modificaba el carácter económico del negocio.

Como contrato bilateral, cada parte se obligaría frente a la otra a una prestación y lo hacía precisamente para obtener la contraprestación estipulada en el contrato. Aunque subjetivamente existía una equivalencia, a una escala objetiva y general no tenían por qué ser recíprocamente equivalentes. LARENZ afirmaba que «no nos parece acertado que el Tribunal Supremo del *Reich* considere que en un contrato bilateral el equilibrio objetivo entre prestación y contraprestación es la base del contrato bilateralmente admitido. Son base del contrato las circunstancias presupuestas por las partes al fijar el contenido del contrato o que éste presupone según su sentido; no pertenece a ella la equivalencia objetiva de las prestaciones. Ya dijimos que la escala de valoración es distinta para cada parte, pues, no es otra que la de sus propias necesidades» (pág. 133). La imposibilidad de alcanzar el fin objetivo del contrato sería entonces causa suficiente para la no conservación del contrato por haber perdido el sentido originario. En el hipotético caso de que la finalidad última de ambas partes hubiera resultado imposible, cada una de ellas podría resolver el contrato, y tan sólo habría lugar a la indemnización de daños y perjuicios cuando una parte hubiera producido la transformación de las circunstancias por sus «actos libres» y tuviera que responder de ella (pág. 140).

El legislador recogió en el § 321 del Código Civil alemán la cláusula *rebus sic stantibus* para un supuesto de hecho claramente delimitado, sin pretender con ello formular un principio general. De hecho, el § 321 no permitía la resolución del contrato, sino que se limitaba a conceder una excepción de aplazamiento de su propia prestación a aquél cuya pretensión peligraba. Además, el § 321 contenía el mismo principio que el § 610: la promesa de crédito era válida, de ordinario, tan sólo en el caso de que no se produjera en el patrimonio del que recibía ningún empeoramiento importante. Para determinar las consecuencias jurídicas de la falta o desaparición de la base o negocio había que atender a la naturaleza de cada uno de los supuestos de hecho. No obstante, cuando no pudieran extraerse de la interpretación consecuencias jurídicas determinadas, los casos concretos no habían de resolverse según el «arbitrio de equidad», sino que tenían que producirse las consecuencias jurídicas que se dedujeran de los postulados jurídicos generales e

inmanentes, conforme a su sentido, a todos los contratos, cuya vigencia y aplicación exigía el § 242 del Código Civil: si el contrato o una disposición contractual aislada careciera de la base del negocio subjetiva presupuesta por ambas partes, el contrato o la disposición contractual respectiva sería, por lo general, ineficaz; y si en un contrato bilateral se destruyera por completo la relación de equivalencia a consecuencia de la transformación de las circunstancias, la parte perjudicada, caso de no haber realizado la prestación, podía negarse a hacerlo, en tanto que la otra parte no consintiera un adecuado aumento de la contraprestación que restaurase la equivalencia (pág. 184).

En esta nueva edición, que nos presenta la Editorial Comares en su reconocida Colección Crítica del Derecho, se recupera otro clásico, como es esta obra de K. LARENZ, civilista y filósofo del Derecho alemán tan influyente en su país como lo fueron FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN (1850-1916), JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (1889-1969), FELIPE CLEMENTE DE DIEGO GUTIÉRREZ (1866-1945), FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (1903-1983) en España, o lo es actualmente LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, o en Canadá el malagueño ERNESTO CAPARROS, que ha sido catedrático de Derecho Civil de las Universidades de Laval y Ottawa.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, Tercera edición. Dos tomos, I, Madrid, 2005, 1.158 páginas; II, en dos volúmenes, Madrid, 2004, 1.853 páginas, Editorial Dykinson.

El autor, Notario de Madrid, excedente y Registrador de la Propiedad y Mercantil, alcanza su tercera edición de esta obra magistral, esperada con impaciencia, ya que recoge las últimas (por ahora) modificaciones legisladas en esta vasta e importante rama del Derecho. Efectivamente, la turbamulta de disposiciones legales y reglamentarias llegadas de diferentes y hasta dudosas fuentes, convierten nuestro ordenamiento jurídico en un terreno pantanoso de difícil y sobre todo inseguro caminar, lo que actualiza el pensamiento de CARNELUTTI cuando afirmaba que el conjunto de mandos jurídicos no debe ser un caos sino un orden, cabe incluso decir que el Derecho, por su naturaleza, excluye la confusión. En fin, agotadas las dos primeras ediciones de esta monumental obra, esta tercera edición, trascendental en nuestra bibliografía jurídica, colma momentáneamente esa necesidad del estudio y comentario de la normativa efectivamente en vigor, lo que requiere una cuidadosa atención por parte del intérprete cuya primera misión es enterarse de si, efectivamente, está vigente.

La obra se compone de dos tomos, el I, de 1.158 páginas y el II, dividido en dos volúmenes con un total de 1.851 páginas, por tanto, 3.009 páginas, más una *addenda* de dos páginas que recoge la Ley 33/2003, aparecida mientras la obra estaba en imprenta, lo que demuestra la preocupación del autor por estar al día y la imposibilidad de estarlo ante la avalancha de normas legales que tanta inestabilidad proporcionan a quienes viven en el mundo del Derecho. No es fácil encontrar en nuestra literatura jurídica un libro de Derecho sucesorio de tantas páginas, escritas por un solo autor, lo que ya demuestra el ímprobo esfuerzo de JUAN JOSÉ RIVAS que completa su trabajo con una exhaustiva información bibliográfica de indudable utilidad.

El tomo I se dedica a la sucesión *mortis causa* en general, los sistemas sucesorios y el reconocimiento de la sucesión por causa de muerte en la Constitución española; clases de sucesión y un estudio de la herencia con análisis de los conceptos de heredero y legatario, de legatario de parte alícuota y del heredero *ex re certa*. Sigue con la herencia yacente y continúa con el cuidadoso examen de la sucesión testada desde sus antecedentes en el Derecho romano y ya en nuestro sistema positivo, el concepto, naturaleza jurídica, caracteres, contenido y clases de testamento, capacidad e incapacidades para testar, así como la intervención de testigos.

Trata a continuación, de una forma absolutamente exhaustiva, de los testamentos notariales abierto y cerrado en los que responde a numerosas cuestiones y dudas que pueden surgir en estas formas testamentarias. Se refiere seguidamente a los testamentos suprimidos con la publicación del Código Civil para adentrarse en el estudio del testamento ológrafo y continuar con las formas especiales testamentarias, es decir, en peligro de muerte, en caso de epidemia, el militar y el marítimo.

Se detiene en las formalidades forales en materia testamentaria en Aragón, Baleares, Cataluña, País Vasco, Galicia y Navarra. Sigue con las memorias testamentarias y con la interpretación de las disposiciones testamentarias, para dedicarse a la ineficacia de los testamentos, incluso de la responsabilidad del Notario y una referencia al Derecho procesal. Examina con especial cuidado la revocación y la caducidad de los testamentos y trata de estas cuestiones las especialidades forales de Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y Vascongadas.

Aborda a continuación la institución de heredero, requisitos y formas, así como las disposiciones testamentarias condicionales en sus distintas variedades y la institución sometida a plazo y a modo, así como las instituciones a favor del alma, de los parientes del testador, a favor de los pobres y las hechas a favor del cónyuge con su posterior divorcio.

Termina este primer tomo con el estudio de la vocación hereditaria y sus requisitos: ser persona, supervivencia y capacidad para suceder; incapacidad e indignidad y sus efectos con remisión a las especialidades forales y una amplia y completa información bibliográfica.

En el tomo II, volumen 1.º se estudian las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar, con especial dedicación a la fideicomisaria, con examen, además, del fideicomiso de residuo, la sustitución preventiva de residuo, el usufructo con facultad de disponer, la sustitución *si sine liberis decesserit* y la subrogación en los fideicomisos. Estas mismas sustituciones se estudian en su regulación en las legislaciones forales de Aragón, Baleares y Navarra, con cuidadosa atención a la fideicomisaria en Cataluña y análisis de la cuarta trebeliánica, los hijos puestos en condición, los fideicomisos *de eo quod supererit*, *si quid supererit* y la sustitución preventiva de residuo.

Estudia a continuación las instituciones fiduciarias, la herencia de confianza en Cataluña y en Navarra y la fiducia sucesoria en Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y País vasco.

A seguido trata de las legítimas, naturaleza, fijación, imputación e intangibilidad, así como la reducción de las disposiciones inoficiosas. Se refiere a las legítimas de descendientes y ascendientes, la adopción y supuestos de pago en metálico con especial exégesis de los artículos 821, 829, 841 a 847 y 1.056 del Código Civil. Dedica minuciosa atención a la reversión del artículo 812 del Código Civil y pasa al estudio de la mejora, con examen de la ex-

presa, la tácita, en cosa determinada y de cuota, elementos personales y delegación de la facultad de mejorar, promesa, gravámenes y revocación. Y sigue con los derechos del cónyuge viudo, no sólo en el Código Civil, sino también en Cataluña (derecho al ajuar, año de viudedad, la tenuta y la cuarta viudal) para continuar tratando estos derechos del cónyuge superviviente en Aragón, Navarra, País Vasco y Galicia. Las legítimas en general se analizan por lo que respecta a los Derechos Forales para concluir con el estudio de la desheredación (concepto, relación con la indignidad, causas, justa e injusta y reconciliación) acciones del heredero forzoso y la preterición, tanto en el sistema del Código Civil como en las legislaciones especiales forales.

En este volumen se integra también el estudio de los legados en sus diferentes modalidades, con cuidadosa detención en el de cosa ganancial. Trata de la aceptación y repudiación de los legados y estudia el artículo 81 del Reglamento Hipotecario, la responsabilidad del legatario y la preferencia y extinción del legado y la acción de reclamación. Siguiendo su acostumbrada sistemática se recorren las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y Galicia, para concluir con las especialidades catalana y navarra en materia de donaciones *mortis causa*.

El volumen termina con el estudio del albaceazgo, naturaleza, caracteres, clases, capacidad, facultades, prohibiciones, duración y extinción. Es de destacar el concienzudo examen de las facultades que el autor analiza con impecable exégesis de los artículos 902 y 903 del Código Civil, así como los supuestos de facultades especialmente concedidas por el testador.

El volumen 2.º de este tomo II se inicia con el estudio de la sucesión intestada, precedentes históricos, cuándo procede, modos de suceder, clases, órdenes y grados, modos de distribución de la herencia y orden general de los llamamientos en nuestro Código Civil.

Rompiendo en cierto modo la sistemática hasta ahora seguida, intercala el estudio de la ejecución de las últimas voluntades en los países forales, Aragón, Cataluña y Navarra.

Vuelve a recuperar el sistema habitual al tratar de la sucesión intestada en las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra, País Vasco y Galicia.

Seguidamente analiza los derechos de transmisión, acrecer y representación (éste, tanto en la sucesión testada como en la intestada), en el Código Civil.

Estudia la procelosa institución de la reserva, tanto la ordinaria (naturaleza, reservistas, reservatarios, bienes reservables y no reservables, efectos y extinción) como la lineal con reposado estudio del conflictivo y esquivo artículo 811 del Código Civil (también con separación de naturaleza, reservistas, reservatarios, bienes reservables, efectos y extinción) y concluye con una rápida visión o referencia a las legislaciones forales.

Inmediatamente se adentra en la aceptación y la repudiación de la herencia, iniciando el estudio con los sistemas legislativos, clases, capacidad, forma y efectos, para tratar el beneficio de inventario y el derecho de deliberar.

La comunidad hereditaria es objeto de su atención, con su naturaleza, fuentes, objeto y derechos de los partícipes, como previo al estudio de la partición de la herencia, que se inicia con su concepto, naturaleza jurídica, derecho y capacidad para pedir la partición e intervención, en su caso, de los acreedores.

Tras exponer las clases de partición, se aborda, en primer lugar, la hecha por el testador. Trata de los elementos personales, reales y formales, para

concluir con los efectos. Seguidamente se estudia la partición hecha por contador-partidor, distinguiéndolo del albacea, caracteres, elementos personales, pormenorizado estudio de sus facultades y efectos, incluso la inscripción de esta partición.

Se analiza la figura del contador-partidor dativo y, finalmente, se refiere a la partición hecha por los herederos.

La confección de la partición es el último de los apartados referentes a esta materia, que se inicia con las operaciones que comprende y exégesis de los artículos 1.065 y 1.066 del Código Civil para estudiar, seguidamente, la colación en su naturaleza, fundamento y reglas, personas obligadas a colacionar, bienes colacionables y su valoración y efectos tanto respecto a los herederos como en cuanto a terceros. Continúa con el examen del pago de las deudas hereditarias, antes y después de la partición. Trata de la impugnación de la partición, su nulidad, anulabilidad, rescisión y modificación, así como la suspensión como medida precautoria cuando la viuda queda encinta y la protección del derecho hereditario con estudio de la acción de petición de herencia y del problema del heredero aparente o *possessor pro herede*.

Seguidamente estudia la sucesión contractual, antecedentes, fundamento y las escasas manifestaciones en el Código Civil, artículos 826, 827 y 1341.2.º para pasar al análisis de las legislaciones forales, Aragón, Baleares (Mallorca, Ibiza y Formentera), Navarra, País Vasco y Galicia. Se detiene en el tratamiento de los heredamientos en Cataluña y concluye con la sucesión en los títulos nobiliarios.

Quizá debiera sorprender en esta obra la capacidad de estudio, de concentración, de sólido y reflexivo análisis que lleva a cabo el autor, al verter generosamente en más de tres mil páginas no sólo sus conocimientos jurídicos, ya que está al tanto de las últimas tendencias y de las recientes disposiciones legales y decisiones jurisprudenciales, sino y sobre todo su experiencia, puesto que, sin desdeñar en ningún momento el examen de las más recientes aportaciones doctrinales, realiza una profunda exégesis de los textos positivos. Sin embargo, no sorprende porque JUAN JOSÉ RIVAS, en sus anteriores ediciones, ya nos tenía acostumbrados a este maridaje de teoría y de práctica, de modo que sus comentarios y conclusiones, con base en sus conocimientos teóricos, de los que hace cumplida gala, se traducen en una aplicación a los casos surgidos de la vida misma. Bien puede decirse que también para RIVAS, la teoría que no es práctica no es teoría, es utopía y la práctica que no es teórica, no es práctica, es rutina.

Como ya se hizo notar en la recensión de la 2.ª edición del tomo I de esta obra (*RCDI*, núm. 655, noviembre-diciembre, año LXXV, págs. 285-287), se trata de una aportación dignísima y de primera línea al estudio del Derecho sucesorio español. Resplandece en ella no sólo la claridad de pensamiento del autor, sino que denota una intensa actividad profesional y un conocimiento de la realidad que son indudable consecuencia de su dilatado y fecundo quehacer notarial y registral. Se examinan los antecedentes históricos, se aportan las opiniones de los más destacados juristas, incluso de nuestros clásicos, y se ahonda en el estudio de cada institución hereditaria para ofrecer la solución que el autor estima más acertada, muchas veces con la exposición de numerosos problemas concretos, basados sin duda en casos surgidos y solucionados en su despacho, formulados como preguntas a las que se responde con criterios razonados y, consiguientemente, respaldados por los resultados.

La labor interpretativa, como ya afirmaba BETTI, no debe limitarse a una función puramente reconocitiva de la norma, sino a la producción de una directriz para la acción práctica o para una opción. Toda actividad puramente teórica, dedicada al conocimiento meramente abstracto de la norma sin producir un precepto concreto de actuación, no es verdadera interpretación jurídica, ya que lo esencial es la obtención de un precepto de actuación, de una base para la solución jurídica de cada caso. El autor, como queda expresado, plantea numerosos supuestos ante los que no deja solo al lector, sino que da la pauta o la solución que estima apropiada.

Por lo demás, es de señalar la dificultad de abordar una obra de esta clase en la que se trate el Derecho sucesorio en toda su vasta dimensión. No es lo mismo escribir un artículo sobre una determinada materia, elegida según el gusto, las preferencias o los conocimientos del autor, que tratar toda una amplia y complicada rama del Derecho Civil y estar en todas las materias, agraden o no, a la misma altura, exponerlas con la misma claridad y suministrar soluciones coherentes, bien razonadas y sólidamente fundadas en los imprescindibles textos positivos. Y esto es precisamente lo que, entre otras cosas, resulta admirable en este libro, escrito con pulcritud y alcanzando un destacado y alto nivel.

Al comentar la 2.^a edición del tomo I ya se advertía que es un libro escrito por un prestigioso Notario y Registrador de la Propiedad y Mercantil, pero no sólo para sus colegas ni para contestar al cuestionario de las respectivas oposiciones, sino para todos aquellos estudiantes o profesionales del Derecho que deseen un conocimiento teórico y práctico de nuestro Derecho de sucesiones que, en definitiva, absorbe todas las ramas del Derecho Civil.

No queda sino felicitar efusivamente a JUAN JOSÉ RIVAS por el descomunal esfuerzo realizado, agradecerle su ingente trabajo que pone a nuestra disposición un auténtico y verdadero tratado y cometer el atrevimiento de requerirlo para que continúe en la misma línea la publicación de las diferentes ramas de nuestro Derecho Civil, aunque no sé si esta solicitud me va a acarrear la inquina uxoria; en todo caso, a ambos profeso el afecto sobradamente conocido usucapido por amistad pública, pacífica, no interrumpida, con justo título y buena fe.

ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHMANS, *Manuales de metodología jurídica. I. Manual introductorio a las metodologías del Derecho*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, 213 págs.

FRANCESCO CARNELUTTI definió la metodología como «la ciencia que se estudia a sí misma y así encuentra su método» (pág. 1). Un estudio etimológico del término «metodología» (*methodus* y *logos*) nos acerca a la ciencia del método (pág. 17). Esta ciencia como cualquier otra se presenta como dinámica y debe contemplar también la praxis operativa de su método. VALLET DE GOYTISOLO entiende que «como la metodología ayuda a la ciencia, la ciencia sirve a la metodología» (pág. 18). VALLET DE GOYTISOLO distingue dos clases de métodos: los nominalistas y los filosóficamente realistas. En estos últimos diferencia a su vez los filosóficamente idealistas, de PLATÓN, y el filosófica y metódicamente realista, como el de ARISTÓTELES. VALLET DE GOYTISOLO estudia

al hombre como sujeto cognoscente, sea individual o colectivamente, en una tradición social (pág. 23). Además, el ser del hombre participa del ser infinito del Absoluto, es decir, Dios, que eternamente es acto, y que se compone de materia y forma o alma: la unión de ambas; pero para ser acto requiere además la existencia, la vida. El hombre es un ser que participa del Creador, compuesto de materia y forma o alma, concreto en cuanto que existe, animal racional y libre, social y político, en el sentido de que vive en un tiempo histórico en una determinada sociedad de la que en parte depende, al tiempo que influye en ella en diverso grado. Está integrado, al mismo tiempo, en la naturaleza de las cosas y en su orden, del que es causa segunda. Y para seguir su camino se guía en algo. Este camino es, precisamente, el método (págs. 30-31). Este camino que debe seguir es un camino cognoscitivo para una praxis continuada.

El único ser vivo que, además de saberes, adquiere conocimientos, es el hombre. Pero en interacción con los sentidos externos tiene otros sentidos internos: la *phantasia*, su *thesaurus* o receptáculo que recoge y conserva las percepciones sensibles; la estimativa, la *cogitativa* y el *sensus commune*. JUAN BERCHMANS VALLET destaca que «el método trata de buscar el conocimiento del buen camino para algún saber científico, práctico o técnico, utilizando la intelección y la razón, aprovechando experiencias, propias y ajenas, en los intentos de hallarlo y recorrerlo» (pág. 42). En la inicial fase cognoscitiva del método, que comprende de las cosas a las ideas, pueden distinguirse tres operaciones: la cognoscitiva de los principios teóricos y prácticos; la cognoscitiva de lo universal de las cosas y su ulterior proyección a las cualidades y en las ideas, y la cognoscitiva individualizadamente de cada cosa concreta de que se trate. Algunos de los elementos auxiliares que se utilizan en los métodos son los siguientes: la intuición, la inducción, la deducción, la abducción, la definición, la demostración, el razonamiento lógico-formal o matemático, el razonamiento lógico-material, el análisis, la síntesis o composición, la axiomática, la dialéctica, los conceptos o la elaboración de reglas (págs. 56-67).

VALLET DE GOYTISOLO distingue la naturaleza de todas las cosas con su orden universal (*natura rerum*) y la naturaleza de cada cosa (*natura rei* o *Natur der Sache*). Existen dos concepciones de naturaleza (*natura*): de una parte como referida al «principio de un ser», del «llegar a ser» o el «principio del movimiento»; y de otra, «todo cuanto hay», «el conjunto de las cosas naturales», en cuanto que sigue un «determinado orden». Por otro lado, el genitivo plural *rerum* comprende todas las cosas divinas y humanas, en su conjunto, incluyendo al mismo tiempo cosas y relaciones de las cosas, ser y movimiento. En definitiva, comprende el orden dinámico ínsito por Dios en obra, en la que los hombres actúan como causas segundas. El genitivo singular *rei*, en relación con el nominativo *natura* comprende a cualquiera de las cosas singulares, ya sean cosas materiales o inmateriales, hombre, y cualquier tipo de relación no sólo con su fenomenología sino también con su axiología y teleología. Según HELMUT COING, la expresión alemana «Natur der Sache» comprendía la naturaleza del hombre, las estructuras del mundo que circunda al hombre, la objetividad propia e interna de los diversos ámbitos de actividad del hombre, así como las diversas comunidades en que viva el hombre (pág. 70). Al analizar la participación del hombre en el orden de las cosas, hay que tener en cuenta tres proposiciones: el hombre se halla sometido a un determinismo universal, sea éste un *fatum* o una ley ineluctable que le lleva a un progreso indefinido; es un demiurgo, capaz de construir un mundo nuevo y hasta un hombre nuevo; y no debe-

mos olvidar que la libertad del hombre debe conjugarse con el orden ínsito por la providencia divina en las cosas y en las leyes que rigen la historia para que transcurra por sus cauces. La sociedad política se concibe como una sociedad de sociedades, que comienza por la casa o familia, y se halla constituida por hombres y mujeres, iguales en dignidad, pero con funciones fundamentales diferentes. Pero para vivir en sociedad es preciso un principio rector por el que se gobierne la multitud, que permita alcanzar no sólo el bien común sino también el bien propio.

VALLET DE GOYTISOLO le atribuye al término Derecho el significado aristotélico *dikaion*, equivalente a la expresión latina de *quod iustum est*, o sea la *res iusta*, aunque también «parece correcto denominar derecho a lo justo legal que se halla referido en el hecho tipo de la ley» (págs. 90-93). Pero las comunidades humanas, en sus distintos grados, desde la familia a las uniones internacionales, no se rigen sólo por el Derecho. De hecho, hay esferas en las que el Derecho sólo puede actuar en proporciones mínimas; e, incluso, su intervención en ellas significa en ocasiones que existe una situación patológica, con riesgo de descomposición, como ocurre en la familia o las relaciones laborales. En una organización estatal, la realización del Derecho necesita del amor (a Dios, a la patria, a los demás, al deber, a la justicia) y del poder. En otras palabras, las normas religiosas morales y jurídicas, los hábitos sociales y las costumbres, son los hilos que entranan los ordenamientos humanos. La distinción fundamental entre la moral y el Derecho es que ambos se diferencian por su perspectiva: mientras aquélla trata de establecer lo que moralmente se debe hacer, lo que no se debe hacer y lo que se puede hacer, el Derecho determina lo justo y lo injusto, lo equitativo y lo inicuo. La justicia se halla antes, al lado y en la meta del Derecho como arte y como ciencia. Por otro lado, aunque en un primer momento hechos y Derecho aparecen como contrapuestos, a veces es difícil diseccionar dónde terminan los hechos y comienza el Derecho (pág. 107).

JUAN BERCHMANS VALLET ofrece una visión tridimensional: la metodología de las leyes, la metodología de la determinación del Derecho, así como la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho (págs. 117-122), que ha dado lugar a unos amplísimos volúmenes que han ido apareciendo en los últimos años. Pero esta distinción, según explica su autor, atiende por razón de su diversa función y por lo que trata de lograrse en cada una de ellas, aunque en realidad no existe separación por su materia, que es la misma en las tres y es inseparable. Mientras que en las dos primeras el Derecho es observado como arte práctico y como ciencia práctica, en la tercera se hace un planteamiento como ciencia teórica, que tiene la finalidad de teorizar y auxiliar esa práctica. En realidad, la materia es la misma en las tres, pero es enfocada en cada una de diverso modo. Además, existe una jerarquía funcional: la metodología de la determinación del Derecho ocupa el lugar principal —al ser su función el logro de la justicia asequible en las relaciones humanas—; la metodología de las leyes tiene el segundo lugar —al tratar de descubrir los principios y elaborar las normas coadyuvantes para el logro de ese fin principal de realizar lo que es bueno, justo y equitativo—, y, en el tercer término está situada la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, entendida como intento de exposición sistemática del Derecho existente, después de haberlo examinado y observado.

Aunque el saber teológico se halla fuera del Derecho, la historia nos muestra que ha penetrado y penetra en ella (págs. 143-160). De hecho, han existido numerosos ordenamientos legales que consideraron la revelación

divina fuente primordial de las leyes: el Código de Hammurabi, el Antiguo Testamento y el Corán. Más tarde fueron los teólogos JUAN DUNS ESCOTO y GUILLERMO DE OCKHAM, quienes trajeron al Derecho el voluntarismo y el nominalismo. Más reciente, JUAN PABLO II ha cultivado con gran sentido realista la teología referente al ser del hombre, y para ello se ha servido del relato del Génesis acerca de la creación del universo. Por otro lado, la *poiesis* y la técnica tienen un papel, aunque sea auxiliar, tanto en la teoría como en la práctica. VALLET DE GOYTISOLO analiza además cuáles son las técnicas auxiliares de la práctica del Derecho más útiles: para el mejor conocimiento de la realidad; expresivas; memoratorias; reproductoras; de difusión e información, comunicación y publicidad; documentales y autenticadoras, de conservación y ordenación; procedimentales; de deliberación y argumentación jurídica, así como de la utilización de la lógica y la tópica en la práctica jurídica (págs. 161-200). A lo largo de la Historia, la metodología del Derecho se ha observado con diversas perspectivas y de modos diferentes; en los últimos dos siglos han surgido diferentes corrientes, que aún siguen vigentes: la aplicación del Derecho, que sitúa el Derecho en la norma legal o legalmente aceptada (costumbre, principios generales o jurisprudencia judicial, en defecto de ley y por delegación de ésta), y la elaboración conceptual del Derecho, propuesta por el creador de la escuela histórica del Derecho, que entremezclaba elementos históricos, orgánicos y elementos racionales, sistemáticos. Al mismo tiempo, diferencia en la interpretación una función científica —competencia de los juristas doctos— y una función aplicativa —competencia de los juristas prácticos especialmente a los jueces—. Otras corrientes han sido la idea de la creación judicial del Derecho, fruto de un positivismo decisionista judicialista, iniciado en el movimiento del Derecho libre; la elaboración práctica del Derecho y la equidad, en la perspectiva de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS; la adjudicación del Derecho de cada parte, es decir, atribuirle a cada uno su Derecho subjetivo; la concreción del Derecho proyectando los principios ético-naturales a través de las normas, los valores y de la naturaleza de la cosa, para hallar el más adecuado a los hechos del caso; la determinación o concreción prudencial del Derecho como *res iusta* o como *quod iustam est* por el *ars boni et aequi*. De estos diversos enfoques de la determinación del Derecho se desprenden concepciones metodológicas diferentes no sólo de la determinación del Derecho, sino también de su interrelación con las metodologías de las normas y leyes y de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho.

Esta obra se enmarca en un proyecto ambicioso de contenido universal, del que el presente tomo es uno de los resúmenes con que se trata de hacer más comprensible todo el abanico de teorías y doctrinas que recoge en su magna producción metodológica ese jurista singular que es JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHMANS, *Manuales de metodología jurídica. II. Metodología de las Leyes o las normas*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, 243 págs.

La definición más lata de ley la considera como relación u ordenación. En esta concepción amplia, SANTO TOMÁS DE AQUINO distinguía cuatro clases de

leyes: eterna, natural, divina positiva y humana. Pero el concepto más unitario de ley, que abarca tanto las leyes físicas y biológicas como las metafísicas, depende de que exista un orden o relaciones permanentes ordenadas en todas las cosas creadas, dimanantes de la razón divina, y de que ese orden sea cognoscible por el hombre, por lo menos en parte y en lo más indispensable, para poder guiarse por él. La fuente primaria de las leyes puede buscarse en: Dios, como autor de las leyes o del orden natural al que éstas debían acomodarse (págs. 20-30); el hombre se autoerige en autor y camino inmanente de las leyes (págs. 30-67); el hombre deifica a la Naturaleza, a la Humanidad, a la Historia (págs. 67-87). La primera fundamentación aparecía recogida en el Código de Hammurabi, el Antiguo Testamento, o el Corán. Esta misma justificación la hacían PLATÓN o SANTO TOMÁS. Fue continuada esta tradición asimismo a principios del siglo XVIII, después de los impactos nominalistas y del idealismo cartesiano; y décadas más tarde en el pensamiento de CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, barón de Montesquieu y de La Bréde. No podemos olvidar el pesimismo metafísico de LUTERO y la fundamentación teológica del Derecho Natural racionalista en CALVINO (págs. 28-30). En cuanto a la justificación de que el hombre se autoerige en autor y camino inmanente de las leyes, hay que señalar que en la Baja Edad Media no faltaron concepciones inmanentistas que abogaban por la estatización de las leyes (pág. 32). Tras la crisis nominalista de GUILLERMO DE OCKHAM, éste aisló la ley eterna de la naturaleza y el derecho; posteriormente, LUTERO independizó por completo el Derecho positivo humano del divino y natural. HOBBS aisló al individuo humano de toda relación con Dios, con el universo que nos rodea, con toda comunidad natural, y una vez aislado lo transportó a sus orígenes, el estado de naturaleza. ROUSSEAU lanzó duras críticas al dogma del pecado original y lo sustituyó por la hipótesis del pecado social redimible. El empirista JEREMY BENTHAM fundamentó el Estado, la moral y el Derecho en su utilidad, y salvó la escisión kantiana, volviendo a entrelazar el Derecho con cierta moral social, y basó también ésta en la utilidad general (pág. 47). Y, en tercer lugar, el hombre deifica a la Naturaleza, a la Humanidad, y a la Historia. La negación de todo Dios, creador y ordenador, ha llevado a la confusión panteísta de la Humanidad con Dios, o bien a la identificación de Dios con la Naturaleza e, incluso, la Historia. Esta deificación de la Naturaleza en un panteísmo determinante viene de la mano de BARUCH SPINOZA (págs. 67-69), que superó el dualismo cartesiano y que recibió duras críticas de MONTESQUIEU. Pero también se produjo una deificación de la Humanidad que culmina al llegar, según COMTE, a la religión del «Gran Ser», entendida como el conjunto de los seres pasados, futuros y presentes concurrentes para perfeccionar el orden universal (pág. 69). Igualmente se va a producir una deificación de la Historia con la fusión dialéctica de Historia y Razón en el Estado y una vez que triunfa la idea en la Historia universal. HEGEL fue uno de sus artífices, con su genial concepción de la Historia en una perspectiva dinámica y dialéctica (pág. 74). Pero esta filosofía hegeliana era esencialmente histórica y toda historia se presentaba para él como «historia sacra». En el materialismo histórico desaparecían de la dialéctica el espíritu y la Idea hegeliana, aunque no el mito. Al estudiar las fuentes, VALLET DE GOYTISOLO señala que la denominación fuentes, con el significado que modernamente se le asigna, no aparece antes de SAVIGNY, que concebía a las mismas como «las bases del Derecho en general y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción» (pág. 93). Partiendo de estos criterios,

SAVIGNY enumera como fuentes del Derecho la legislación, el Derecho consuetudinario y el Derecho científico. Frente a la perspectiva orgánica de SAVIGNY, que ponía la fuerza creadora del Derecho en la sociedad, el positivismo legalista definía la ley —en la que subsumía todo el Derecho— como la expresión de la voluntad del pueblo. VALLET DE GOYTISOLO matiza que «sin embargo, hoy en las constituciones y códigos, según los entiende el pensamiento político —no así el jurídico— predomina el formalismo entendido del modo explicado por KELSEN, en su teoría pura del Derecho, que él gráficamente expresa con la figura de la pirámide jurídica» (pág. 94). VALLET DE GOYTISOLO opta por «centrar el ser del derecho en su genuino significado de lo que es justo... y en acto, su fuente, en el sentido de su fundamento primero, es Dios...» (pág. 95). Y para evitar utilizar criterios subjetivos, hemos de descender, caso por caso, a la naturaleza de cada cosa, la *natura rei*, la «Natur der Sache», mediante toda clase de abstracciones. Asimismo, VALLET DE GOYTISOLO nos aporta su definición de ordenamiento jurídico, entendido como «el funcionamiento real, ordenado en instituciones de conformidad a la naturaleza de las cosas, de un conjunto de principios, leyes, reglas y pautas de valor, orientado a la realización y concreción, en los hechos, de lo que es justo y equitativo en concreto y en acto» (pág. 100). De no existir un orden natural sobre todas las cosas creadas, el Derecho natural no tendría realidad alguna. La posición de JUAN DUNS SCOTO —voluntarista— y posteriormente la de OCKAM —también voluntarista, además de nominalista— implicaba un planteamiento diferente al aristotélico-tomista en lo referente a la ontología. HUGO DE GROOT (HUGO GROTIUS o HUGO EL GRANDE, no HUGO GROCIO, notable equivocación en la que incurre por doquier la doctrina española, italianizando el apellido de un autor de los Países Bajos) separaba el Derecho natural racionalista de la ley eterna, a la que hacía desaparecer del campo jurídico humano (pág. 105). Tanto SCOTO como OCKHAM negaban la ley eterna, en la medida en que el único eterno es el legislador, no la ley. Pero con el transcurso del tiempo, se hace un nuevo planteamiento y se pasa de la ley natural, entendida como ley divina, a ser considerada ley humana y a la consecuente reducción de su concepto. Aunque para FRANCISCO SUÁREZ la ley natural seguía teniendo la consideración de ley divina, su ámbito sufriría una restricción. Pero con el nominalismo de OCKHAM, la ley natural desapareció por completo, absorbida totalmente por la ley positiva divina. VALLET DE GOYTISOLO, al estudiar el sentido lato de la palabra ley, señala que «entre las normas de derecho humano, deben distinguirse aquéllas que solamente están dotadas de razón y de *auctoritas* y las que, además, tienen el apoyo de la voluntad imperativa de quien rige la comunidad...» (pág. 120). Hoy es frecuente invocar entre los tribunales constitucionales e internacionales, los Derechos humanos en lugar de acudir a alguno de los principios morales del Derecho, o sea, ético-jurídicos. Para VALLET DE GOYTISOLO, la noción de Derechos humanos —principios ético-naturales— presenta las siguientes aporías: es una expresión incorrecta, pero operativa frente a los abusos del poder y la arbitrariedad; se les atribuyen muy diversos fundamentos y naturaleza; a veces se presentan parcial o unilateralmente, para presionar a los jueces o para informar el Derecho de forma sesgada. Al analizar los valores, VALLET DE GOYTISOLO matiza que no pueden adaptarse adecuadamente intuyéndolos mentalmente en abstracto, sino que es preciso abstraerlos de una serie de experiencias históricas y sociales. La práctica ha elaborado diversas pautas que consisten en tipos y series de clases diversas pero interrelacionados, que la jurisprudencia ha ido acuñando para contem-

plar todas las variantes típicas (pág. 132). El Código Civil español de 1889 se remite a diversas pautas de valor: la buena fe, el abuso de la cosa, las buenas costumbres, el orden público, la moral, etc. VALLET DE GOYTISOLO hace un estudio de los textos romanos hasta nuestros días, y como normas escritas dotadas de *auctoritas*, pero carentes de *potestas* cita: las *responsa* y las *regulae*, los textos de Derecho romano y canónicos aplicados como razón escrita, las opiniones de los doctores en el *ius commune*, las sentencias concordantes, el denominado Derecho institucional y las normas legales facultativas supletorias o declarativas (págs. 135-148).

En sentido estricto, la ley humana tiene diversas acepciones, según se atiende prevalentemente a la *ratio iuris*, a la *ratio legis* o a la *voluntas legislatoris*. JUAN BERCHMANS VALLET estudia la incidencia del nominalismo de OCKHAM en la definición de la ley humana (págs. 152-154), que prescindía de toda mediación de las cosas para hallar el Derecho. De ahí que OCKHAM buscara todo el Derecho en un encadenamiento de poderes, de los cuales dimanaban volitivamente todas las leyes: la libertad de Dios en su *potestas* absoluta estaría en la cima de ellos. En el siglo xv distintos filósofos como JEAN LE CHARLIER DE GERSON, CONRADO DE SUMMNHART DE CALW o JUAN DRIEDO DE TURNHAUT identificaron el Derecho con la ley, en un sentido y, en el otro, con la *potestas* o facultad que uno tiene sobre lo suyo propio o a aquello que le es debido por otros u otros. A finales del siglo xvi, FRANCISCO SUÁREZ mantuvo esa equivalencia Derecho-ley, si bien con una aportación propia a la vez idealista, racionalista y voluntarista (págs. 155-157). La concepción más radicalmente nominalista, voluntarista y positivista laica de la ley humana la inició THOMAS HOBBS en su *Leviathan*. JEAN-JACQUES ROUSSEAU introdujo en el concepto hobbesiano de ley la variación resultante de sustitución de *Leviathan* por *Demos*. Otra cuestión de interés es el carácter instrumental de la ley y su función mediadora, que ya fue observado por ARISTÓTELES, quien consideró la conveniencia de que el legislador, para determinar lo justo y lo injusto, dejase lo menos posible a la decisión de quienes juzgaban. EMLIO BETTI estimaba que la norma jurídica no tenía un fin en sí misma, sino que era instrumento para un fin de conveniencia social, el cual no puede decirse cumplido por su sola emanación, sino con la aplicación de esa norma a la vida de relación. JUAN BERCHMANS VALLET «cree evidente el carácter instrumental de las normas legales con la función mediadora en que son utilizadas para la interpretación jurídica. Son instrumentos para facilitar la solución más justa en el supuesto concreto de que se trate, sea en su determinación negocial o bien en su resolución conflictual» (pág. 174). Para concluir con esta cuestión del análisis estricto de las leyes, distingue las mismas en: leyes «conclusiones» y «determinaciones de lo naturalmente justo»; imperativas o prescriptivas, leyes dispositivas o declarativas y leyes facultativas o supletorias; leyes flexibles e indeterminadas y leyes rígidas (págs. 174-187).

Centrándose en la costumbre como fuente del Derecho, entiende VALLET DE GOYTISOLO que «el elemento mediador más natural entre la naturaleza de las cosas y la determinación de lo justo es la costumbre» (pág. 195), pero a continuación matiza que «para el buen orden jurídico, costumbres y leyes, leyes y costumbres no deben hallarse enfrentadas, sino en interacción y complementariedad dinámica» (pág. 199), tal y como podemos observar en el Derecho romano. Pero es más, en esta interacción y complementariedad en el Derecho romano vemos que la costumbre suplía a la ley, interpretaba e integraba la ley de modo prevalentemente a cualquier otra interpretación, y derogaba y

se imponía a las leyes. En la Alta Edad Media, SAN ISIDORO DE SEVILLA, entre los requisitos que había de reunir la ley indicaba que debía estar «en consonancia de las costumbres» (pág. 200). Además, SAN RAMÓN DE PENYAFORT señalaba como requisito esencial de la costumbre la racionalidad y el significado específico que la caracteriza (págs. 205-209). En el pensamiento de SAVIGNY, los dos elementos constitutivos de la costumbre eran *consensus* y *usus*, que venían a constituir el espíritu o *animus* del pueblo y su *corpus* visible en los hechos y los actos. En general se tiende a identificar *consensus* con voluntad común. Ahora bien, «uno y otro elemento son inseparables; y, tal vez por ello, comprendemos que el *usus* no sea meramente fáctico sino que desde el primer hecho individual, que socialmente es seguido, lleva, además y a la par unidos dos componentes: uno, ético —phronesis—, y reflexivo —proairesis—, el otro (págs. 209-211).

En esta relación el negocio jurídico siempre ha tenido una importancia de carácter vital en esa función mediadora (págs. 213-220). Sin embargo, el positivismo legalista, al confundir el Derecho con la ley, hizo de esos elementos mediadores una categoría subordinada a la ley. Por eso, la ciencia del Derecho, que siguió las pautas de las escuelas exegetica y conceptualista, no los incluyó entre las fuentes del Derecho. Fue preciso que, a finales del siglo XIX y ya en pleno siglo XX, se produjera en dicha ciencia una reacción para que la misma volviera de nuevo a considerarlos como elementos de la máxima importancia para determinar lo que era Derecho positivo, en los términos que habían defendido, aunque con las matizaciones correspondientes, ARISTÓTELES, JOAQUÍN COSTA o EUGEN EHRLICH. Este último, de hecho, reconocía que el examen de las sentencias judiciales no se mostraba suficiente porque las sentencias no ofrecían un cuadro perfecto de la vida del Derecho. Por ello, advertía de la necesidad de recurrir al examen del documento negocial, como testimonio del Derecho. La metodología de la ciencia de legislar debe tener en cuenta los siguientes puntos básicos: debe distinguirse ley y ordenanza; ha de evitarse la inflación legislativa; el fin de las leyes se presenta en el logro de la justicia general o legal; las leyes deben ser justas, al tiempo que han de estar concebidas de modo que no choquen con la naturaleza de las cosas, y han de ser posibles de acuerdo con la naturaleza humana; las leyes deben ser apropiadas al país en el cual se van a aplicar (págs. 239-242).

Con estos manuales, como el presente, JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO trata de hacer llegar al gran público unos resúmenes espléndidos de lo que en su forma externa puede considerarse como la obra más importante de Metodología jurídica escrita por un jurista en todos los tiempos.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO
Número 53 (Enero-Marzo 2005)

«Las obligaciones de hacer y de no hacer en la sucesión *mortis causa*», por
RAÚL ACEBES CORNEJO, pág. 9.

SUMARIO: § 1. LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE DEUDAS: 1. TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE DEUDAS. 2. FUNDAMENTO. 3. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES. 4. LA PROTECCIÓN DEL CAUSANTE.—§ 2. LA TEORÍA DE LA *UNIVERSITAS HEREDITARIA*: 5. LA HERENCIA COMO COMPLEJO UNIFICADO. 6. *UNIVERSITAS HEREDITARIA* Y TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE DEUDAS. 7. ORIGEN ESPÚREO. 8. INTERPOLACIONES JUSTINIANEAS.—§ 3. **LA TESIS DE LA SUCESIÓN POLÍTICA EN EL DERECHO ROMANO:** 9. *SUCCESSIO MORTIS CAUSA*. 10. RESPONSABILIDAD *ULTRA VIRES*. 11. ASPECTOS POSITIVOS DE LA TESIS. 12. ASPECTOS NEGATIVOS. 13. EXCEPCIONES A TRANSMISIBILIDAD *MORTIS CAUSA* DE DEUDAS. 14. INTRANSMISIBILIDAD DE LAS *STIPULATIONES IN FACIENDO*. 15. LA *MENTIO HEREDIS*. 16. INAPLICACIÓN DE LA TESIS EN EL DERECHO MODERNO.—§ 4. **LA DOCTRINA DE LA «CONTINUACIÓN DE LA PERSONALIDAD»:** 17. EL SUCESOR COMO DEUDOR «CONTINUADOR» DEL CAUSANTE. 18. SUCESOR NO LIQUIDADOR. 19. IMPOSIBILIDAD DE LA TESIS.—§ 5. LA TESIS DE LA «SOLIDARIDAD FAMILIAR»: 20. LA «SOLIDARIDAD FAMILIAR». 21. SOLIDARIDAD Y SOBERANÍA. 22. EL DEBER *ULTRA VIRES*. 23. EL SUCESOR COMO DEUDOR PERSONAL. 24. LAS HERENCIAS SOLVENTES. 25. EL BENEFICIO DE INVENTARIO. 26. «SOLIDARIDAD» FAMILIAR Y «CONTINUACIÓN» DE LA PERSONALIDAD.—§ 6. **EL SUCESOR COMO DEUDOR «PERSONAL»:** 27. EL SUCESOR COMO DEUDOR «PERSONAL». 28. LA DOCTRINA ITALIANA. 29. LA TESIS DE ZACCARIA. 30. LA DOCTRINA ESPAÑOLA. 31. REFERENCIA A PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. 32. CUMPLIMIENTO PERSONAL E *IN NATURA*. 33. DEUDOR «PERSONAL» Y PRINCIPIO DE «CONTINUACIÓN».—§ 7. **EL SUCESOR COMO LIQUIDADOR:** 34. TESIS SUBJETIVISTAS. 35. CRÍTICA GENERAL. 36. OBLIGACIONES *INTUITU PERSONAE*. 37. SUCESIÓN EN LOS BIENES Y DERECHOS. 38. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE. 39. LA STS DE 26 DE FEBRERO DE 2001. 40. DIGNIDAD Y LIBERTAD DEL SUCESOR. 41. TESIS DOGMÁTICAS. 42. Los ARTÍCULOS 659, 661 Y 1.257, PÁRRAFO 1.º DEL CÓDIGO CIVIL. 43. LA IDEA DE IDENTIDAD. 44. Los ARTÍCULOS 1.003 Y 1023.1.º DEL CÓDIGO CIVIL. 45. ESTATUTO LIQUIDADORIO. 46. EL ARTÍCULO 1.084 DEL CÓDIGO CIVIL. 47. *LEX SPECIALIS*. 48. ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE. 49. BENEFICIO DE INVENTARIO. 50. DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS. 51. ARGUMENTOS ADICIONALES. 52. INSTITUTOS DE SEPARACIÓN DE BIENES Y PREFERENCIAS DE PAGO. 53. RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA. 54. YACENCIA HEREDITARIA. 55. ADMINISTRACIÓN DE HERENCIA. SUCESIÓN DEL Estado.—§ 8. **DERECHO COMPARADO:** 56. IDEA GENERAL. 57. Los CÓDIGOS FRANCÉS E ITALIANO. 58. EL CÓDIGO PORTUGUÉS. 59. EL BGB. 60. Los CÓDIGOS LATINOAMERICANOS. 61. EL DERECHO ANGLOSAJÓN.—§ 9. **LIQUI-**

DACIÓN DE OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER: 62. REGLA GENERAL: LIQUIDACIÓN EN DINERO. 63. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS. 64. CONTRATO DE OBRA. 65. CONTRATOS PÚBLICOS. 66. SOCIEDADES PERSONALISTAS. 67. EXCEPCIONES.

«Reflexiones sobre el derecho de información del paciente, instrucciones previas e historia clínica, en la Ley Estatal 41/2002, de 14 de noviembre», por DIEGO ALONSO HERREROS, pág. 95.

SUMARIO: I INTRODUCCIÓN: 1. ESTRUCTURA DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE.—II. EL DERECHO DEL PACIENTE A OBTENER INFORMACIÓN SOBRE SU SALUD.—III. CONSENTIMIENTO INFORMADO.—IV. INSTRUCCIONES PREVIAS: 1. NATURALEZA JURÍDICA. 2. REGULACIÓN JURÍDICA.—V. HISTORIA CLÍNICA.

«El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», por MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA, pág. 113.

SUMARIO: I. SITUACIÓN ANTERIOR A LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.—II. FINALIDAD DE LA REFORMA: PERMITIR EL BENEFICIO DEL DESCENDIENTE INCAPACITADO QUE SEA LEGÍTIMARIO.—III. EL MEDIO JURÍDICO UTILIZADO: LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO MEDIO APTO EN LA NORMATIVA ACTUAL PARA ATRIBUIR LA LEGÍTIMA EN CIERTOS CASOS: 1. LA FIGURA DEL FIDEICOMISO. 2. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR DEBE SER EXPRESA. 3. EL NUEVO FIDEICOMISO Y LAS NORMAS RELATIVAS A LA IMPUTACIÓN. 4. FIDEICOMISO Y PERCEPCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN METÁLICO. 5. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO, LOS FIDEICOMISOS CONDICIONALES Y OTROS TIPOS DE LLAMAMIENTO COMO POSIBLES MECANISMOS DE ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA.—IV. LOS SUJETOS A LOS QUE SE PUEDE APLICAR ESTA NUEVA MODALIDAD DE LEGÍTIMA: 1. EL LEGÍTIMARIO FIDUCIARIO. 2. Los LEGÍTIMARIOS FIDEICOMISARIOS.—V. EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA, ¿SE EXTIENDE LA MISMA A LA CUOTA DE LEGÍTIMA ESTRICTA DEL LEGÍTIMARIO-FIDUCIARIO?—VI. LA POSIBLE ATRIBUCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS MEDIANTE UN BIEN SUJETO AL GRAVAMEN DEL DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL DISCAPACITADO.—VII. LAS FACULTADES CONCEDIDAS AL CÓNYUGE EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL POSIBLE GRAVAMEN DE LAS LEGÍTIMAS.—VIII. EL PAGO DE LA LEGÍTIMA DEL DISCAPACITADO CON ATRIBUCIONES HECHAS AL PATRIMONIO PROTEGIDO.—BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

«La contratación en las nuevas tecnologías y sus conexiones con la jurisprudencia romana clásica», por RAMÓN J. FERNÁNDEZ DE MARCOS MORALES, pág. 161.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ALGUNOS CONCEPTOS ROMANOS EN MATERIA CONTRACTUAL Y SU SUPERVIVENCIA EN LAS TIC: 2.1. EL

DENOMINADO CONTRATO DE SUMINISTRO DE BASE DE DATOS Y LA *EMPTIO VENDITIO REI SPERATAE*. 2.2. EL DENOMINADO CONTRATO ELECTRÓNICO Y LA *EMPTIO VENDITIO INTER ABSENTES*. 2.3. INTERNET Y *EMPTIO VENDITIO MINIME DETRIMENTO EMTORI*. 2.4. LEASING INFORMÁTICO Y *LOCATIO* O *EMPTIO GLADIATORES*. 2.5. *CUSTOM SOFTWARE* Y *LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM*. 2.6. *OUTSOURCING* Y *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS*. 2.7. EL CONTRATO ENTRE EL CREADOR Y EL DISTRIBUIDOR DE UNA BASE DE DATOS Y LA *SOCIETAS UNIUS REI*.—3. DE LA *BONA FIDES ROMANA* A LA BUENA FE COMO EXIGENCIA CONTRACTUAL EN LAS TIC.—4. LA PRESENCIA DE LOS TESTIGOS COMO FORMA *AB PROBATIONEM* EN EL SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO Y EN LAS TIC.—5. ACERCA DE LA NECESIDAD DE INCORPORAR A LA NORMATIVA DE LAS TIC UN LENGUAJE INSPIRADO EN LA TERMINOLOGÍA ROMANA: 5.1. EL LENGUAJE JURÍDICO. 5.2. EL LENGUAJE INFORMÁTICO. 5.3. EL LENGUAJE NATURAL.—6. **COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EL CONCEPTO DE DOCUMENTO EN EL MUNDO ROMANO Y EN LA CONTRATACIÓN EN LAS TIC: 6.1. EL SOPORTE DOCUMENTAL. 6.2. EL SELLADO. 6.3. LA FIRMA ELECTRÓNICA.**—7. **A MODO DE CONCLUSIÓN.**

«La desheredación y la exclusión», por VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, pág. 181.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LAS JUSTAS CAUSAS PARA DESHEREDAR A HIJOS Y DESCENDIENTES: 1. DIFERENCIA CON LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER. 2. EL ARTÍCULO 853 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. EL ADULTERIO CON EL CÓNYUGE DEL TESTADOR. 4. RECORDANDO CASOS REALES.—II. EN SEDE DE DESHEREDACIÓN PARCIAL.—III. LA DESHEREDACIÓN CON PERDÓN CONDICIONADO AL CAMBIO DE CONDUCTA.—IV. LO QUE NO ES DESHEREDACIÓN: 1. LA EXCLUSIÓN EN LA HERENCIA. 2. LA EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE EN LA SUCESIÓN INTESTADA. 3. EXCLUSIÓN. DESHEREDACIÓN Y NADA DE LO ANTERIOR. 4. DESHEREDACIÓN DEL LEGITIMARIO Y EXCLUSIÓN DEL DESHEREDADO EN LA SUCESIÓN *AB INTESTATO*.—V. RECORDANDO A VERDI. EL ERROR EN LA DESHEREDACIÓN.—A MODO DE CONCLUSIONES.

«Aplicación por el notario de la equidad», por ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, pág. 191.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EQUIDAD: A) CONCEPTO Y PLANTEAMIENTO GENERAL. VALLET DE GOYTISOLO. DE CASTRO. ARISTÓTELES. CASTÁN TOBEÑAS. B) APLICACIÓN NOTARIAL DE LA EQUIDAD. PAU PEDRÓN. CASTÁN TOBEÑAS. RODRÍGUEZ ADRADOS. PINTÓ RUIZ. VALLET DE GOYTISOLO. TOMÁS OGAYAR. PAZ-ARES. TRIBUNAL SUPREMO. DGRN. C) REGULACIÓN DE LA EQUIDAD POR NUESTRO CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 3-2 DEL CÓDIGO CIVIL. SUPUESTOS EN QUE LA LEY SE REMITE A LA EQUIDAD. SUPUESTOS EN QUE NO EXISTE ESA REMISIÓN EXPRESA. RELACIÓN ENTRE LA ANALOGÍA Y LA EQUIDAD. D) REFERENCIA A LA EQUIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO. E) REFERENCIA A LA EQUIDAD EN EL DERECHO URUGUAYO. F) REFLEXIONES SOBRE SUPUESTOS CONCRETOS DE NUESTRO QUEHACER NOTARIAL: a) *Aplicación notarial de la equidad en el campo civil o mercantil: Materia sucesoria y de representación legal. Capacidad. Cuestiones societarias;* b) *Aplicación notarial de la equidad en el campo negocial: Depósitos notariales. Cancelación condición*

resolutoria; c) Aplicación de la equidad en el campo del Derecho notarial: Copias de poderes. Unidad de acto y diligencia de adhesión. Algunos aspectos de las actas notariales: fe de conocimiento, imparcialidad y asesoramiento del notario. Práctica de la notificación o del requerimiento. Actas relacionadas con las Administraciones Públicas y con las embajadas o consulados extranjeros en España.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 217 (Abril-Mayo 2005)

«Algunas reflexiones sobre el carácter excepcional de la acción subrogatoria en el derecho urbanístico español», por PEDRO MATEO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, pág. 11.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. ¿QUÉ ES EL DERECHO EXCEPCIONAL?—III. SU TRATAMIENTO EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS DE CARÁCTER URBANÍSTICO.—IV. LA JURISPRUDENCIA Y SU FUNCIÓN LIMITADORA DE LOS EXCESOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA APLICACIÓN DE ESTA FIGURA.—V. UN ARTÍCULO REVELADOR.—VI. ¿SE PODRÍA CONSIDERAR EL ARTÍCULO 60 DE LA LBRL COMO UNA NORMA EXTRAORDINARIA?—VII. CONCLUSIONES.

«Pero ¿alguien dudó en serio de que era un contrato administrativo? Comentario a las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 1 de octubre de 2002 y 5 de febrero de 2003, relativas al agente urbanizador», por IGOR YÁÑEZ VÉLASCOS, pág. 51 (sin sumario).

«Responsabilidad patrimonial por actos de información urbanística. Indemnización por limitaciones singulares», por ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ, pág. 83.

SUMARIO: 1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS DE INFORMACIÓN URBANÍSTICA: 1.1. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN. 1.2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN URBANÍSTICA: 1.2.1. *Fundamento*. 1.2.2. *Elementos subjetivos*. 1.2.3. *Elementos objetivos*. 1.3. EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN POR ESCRITO: 1.3.1. *Naturaleza del acto administrativo de información*. 1.3.2. *Naturaleza de la consulta urbanística y responsabilidad*.—2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TÍTULO V DE LA LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES.—3. INDEMNIZACIÓN POR LIMITACIONES SINGULARES: 3.1. VINCULACIONES O LIMITACIONES SINGULARES EN ORDEN A LA CONSERVACIÓN DE EDIFICIOS: 3.1.1. *Deber de conservación y rehabilitación*. 3.1.2. *Satisfacción del coste de las obras*. 3.1.3. *Vinculaciones o limitaciones singulares por inclusión de la edificación en Catálogo de Protección de Patrimonio Arquitectónico*. 3.1.4. *Valoración de los perjuicios indemnizables*. 3.2. VINCULACIONES

O LIMITACIONES SINGULARES QUE LLEVEN CONSIGO UNA RESTRICCIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO DEL SUELO QUE NO PUEDA SER OBJETO DE DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA ENTRE LOS INTERESADOS: 3.2.1. *Necesidad de realizar una valoración pormenorizada de las circunstancias concurrentes.* 3.2.2. *Limitaciones impuestas por la legislación sectorial.* 3.3. REQUISITOS TEMPORALES.

«Vicios procedimentales en el planeamiento urbanístico: valoración de su alcance invalidante», por VÍCTOR M. MORALO IZA, pág. 121.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA VALIDEZ Y EFICACIA DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.— 2. LA FALTA DE NOTIFICACIÓN A LOS PROPIETARIOS DE FINCAS COMPRENDIDAS EN LOS PLANES COMO VICIO DE NULIDAD INVALIDANTE.—3. DE LA NECESIDAD DE NUEVO TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA.—4. LA FALTA DE PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS URBANÍSTICAS COMO CAUSA DE INEFICACIA.—5. A MODO DE CONCLUSIÓN.—6. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNALES DE JUSTICIA ESTUDIADAS.

«Apuntes de "jurisprudencia registral" (sobre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado con especial incidencia en materia urbanística)», por LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 155.

SUMARIO: 1. INSCRIPCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE EQUIDISTRIBUCIÓN Y DE SUS MODIFICACIONES: 1.1. FORMACIÓN DE UNA NUEVA FINCA DE RESULTADO CON MINORACIÓN DE OTRAS: NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO DE LOS AFECTADOS o RESOLUCIÓN JUDICIAL: **RDGRYN** DE 23-5-2003.—2. **INSCRIPCIÓN DE CESIONES OBLIGATORIAS Y COMPROMISOS DE CEDER:** 2.1. EL COMPROMISO INSCRITO DE CEDER DETERMINADO TERRENO NO CIERRA EL REGISTRO A TÍTULOS OTORGADOS A FAVOR DE TERCEROS, SIN PREJUZGAR LA SUBROGACIÓN DEL ADQUIRENTE EN EL COMPROMISO DE CEDER: **RDGRyN** DE 17-6-2003.—3. **INSCRIPCIÓN DE LAS OBRAS NUEVAS Y DE SUS MODIFICACIONES:** 3.1. MODIFICACIÓN DE LA OBRA NUEVA DECLARADA MEDIANTE EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: **RDGRyN** DE 28-10-2003 (MISMA LÍNEA: **RDGRyN** DE 12-12-2002). 3.2. DISCREPANCIAS ENTRE LA OBRA AUTORIZADA Y LA DESCRITA EN LA ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN: **RDGRyN** DE 22-9-2003. 3.3. INSCRIPCIÓN DE OBRAS NUEVAS MEDIANTE AUTO RECAÍDO EN EXPEDIENTE DE DOMINIO: **RDGRYN** DE 13-9-2003. 3.4. FINALIZACIÓN DE LA OBRA DECLARADA EN CONSTRUCCIÓN, ASPECTOS FORMALES DEL CERTIFICADO DEL TÉCNICO: **RDGRyN** DE 22-3-2003. 3.5. CORRESPONDENCIA ENTRE LA OBRA DECLARADA Y LA AUTORIZADA Y VALIDEZ DE LA CERTIFICACIÓN EXTENDIDA POR EL ARQUITECTO TÉCNICO FIRMANTE DEL PROYECTO: **RDGRyN** DE 1-3-2003.—4. **ANOTACIONES PREVENTIVAS:** 4.1. DE DILIGENCIAS PREVIAS POR DELITO DE PREVARICACIÓN CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: **RDGRYN** DE 24-6-2003.—5. **INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE PARCELACIÓN:** 5.1. EL INFORME ADMINISTRATIVO SOBRE LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO NO SUPLE A LA LICENCIA DE SEGREGACIÓN: **DGRYN** DE 29-7-2002. 5.2. CERTIFICACIÓN DE INNECESARIEDAD: NO OPERA EL SILENCIO POSITIVO SI LA LICENCIA FUE DENEGADA CON ANTERIORIDAD: **RDGRYN** DE 28-5-2003. 5.3. LA LICENCIA O CERTI-

FICACIÓN DE SU INNECESARIEDAD TAMBIÉN SON EXIGIBLES A LA SEGREGACIÓN DERIVADA DE SENTENCIA FIRME: RDGRyN DE 29-4-2003. 5.4. CESIÓN DE PARTICIPACIONES EN USUFRUCTO CON SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: RDGRyN DE 29-1-2003.—6. **INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES SUJETAS A TANTEO Y RETRACTO:** 6.1. IMPOSIBILIDAD DE EJERCICIO EN VÍA ADMINISTRATIVA: RRDGRyN DE 9, 10, Y 13-12-2002.—7. **ASPECTOS REGISTRALES DE LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN:** 7.1. APORTACIÓN DE FINCA A UNA SOCIEDAD: REQUISITOS PARA LA RETROACCIÓN: RDGRyN DE 14-4-2003.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 255 (Enero-Marzo 2005)

«La primera edición en España de la curia philippica (Valladolid, 1605) y otras ediciones vallisoletanas de las obras de Hevia Bolaños», por ANASTASIO ROJO VEGA, pág. 7.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. NUEVOS DOCUMENTOS SOBRE LAS ACTUACIONES DE HEVIA BOLAÑOS PARA EDITAR SUS OBRAS EN ESPAÑA.—III. EDICIONES DE LA CURIA FILÍPICA.—IV. EDICIONES DEL LABERINTO DEL COMERCIO TERRESTRE Y NAVAL.

«Algunas novedades en el panorama de los procedimientos por infracción de patentes», por JOSÉ MASSAGUER, pág. 45.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PRESUNCIÓN DE UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PATENTADO: 2.1. ANTECEDENTES. 2.2. FUNDAMENTO. 2.3. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN. 2.4. PRESUPUESTOS PROCESALES. 2.5. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS: 2.5.1. *Procedimiento para la obtención de productos o sustancias nuevos.* 2.5.2. *Identidad de características.* 2.6. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.—3. CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN.—4. LA ACELERACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS INVENCIONES QUÍMICAS Y FARMACÉUTICAS MEDIANTE PATENTES DE PRODUCTO: 4.1. LA EFICACIA DIRECTA DEL ACUERDO ADPIC EN ESPAÑA. 4.2. EFICACIA DE LA RESERVA EFECTUADA POR ESPAÑA AL ADHERIRSE AL CONVENIO SOBRE LA PATENTE EUROPEA.

«Naturaleza jurídica del leasing financiero reflexiones a la luz de la Ley Concursal», por MATILDE PACHECO CAÑETE, pág. 83.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTRATO DE LEASING Y LA OPERACIÓN DE LEASING.—III. NATURALEZA JURÍDICA DEL LEASING: A) EL LEASING COMO ARRENDAMIENTO DE COSAS. B) EL LEASING COMO COMPRAVENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. C) EL LEASING COMO PRÉSTAMO.—IV. EL LEASING COMO GARANTÍA. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL LEASING FINANCIERO Y LA NUEVA LEY CONCURSAL.—V. CONCLUSIONES.

«Defensa de la competencia y daños», por VÍCTOR MARTÍNEZ MULERO, pág. 111.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS MODELOS JURÍDICOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: II.1. EL MODELO PRIVADO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. II.2. EL MODELO PÚBLICO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.—III. LA OPCIÓN ESPAÑOLA POR EL MODELO PÚBLICO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.—IV. EL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: IV.1. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA. IV.2. EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD JUDICIAL DEL ARTÍCULO 13.2 DE LA LDC: IV.2.1. *El tratamiento doctrinal y práctico del requisito*. IV.2.2. *La racionalidad del artículo 13.2 de la LDC en el contexto del modelo público de defensa de la competencia en el que está llamado a operar*. IV.2.3. *El modelo público y la tutela de la seguridad jurídica*. IV.2.4. *Los costes de la defensa de la competencia y el artículo 13.2 de la LDC*.—V. LA EFICIENCIA DEL MODELO PÚBLICO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.—VI. LA COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 13.2 DE LA LDC CON EL DERECHO COMUNITARIO.—VII. LA REGLA DE MINIMIS Y EL ARTÍCULO 13.2 DE LA LDC.

«Un análisis crítico acerca de la pretendida unificación de la llevanza del registro contable y la administración conservativa de valores anotados», por ISABEL RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, pág. 143.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PLANTEAMIENTO DOCTRINAL Y LEGISLATIVO DE LA DISTINCIÓN.—3. DESCRIPCIÓN DE LAS ACTIVIDADES.—4. ANALOGÍAS ENTRE EL CONTRATO DE LLEVANZA DEL REGISTRO CONTABLE Y EL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE VALORES ANOTADOS EN CUENTA: 4.1. POR RAZÓN DEL OBJETO: LA APARENTE COINCIDENCIA OBJETIVA. 4.2. POR RAZÓN DEL SUJETO: LA PRETENDIDA COINCIDENCIA SUBJETIVA DE ACTIVIDADES.—5. ELEMENTOS DE LA DISTINCIÓN: 5.1. LA CAUSA DEL CONTRATO DE LLEVANZA DEL REGISTRO CONTABLE. 5.2. LA DISTINTA FUNCIÓN DE LAS FIGURAS CONTRACTUALES: 5.2.1. *El carácter instrumental del contrato de llevanza del registro contable dentro del sistema de anotaciones en cuenta*. 5.2.2. *La conexión funcional con el depósito de títulos-valores: problemas de adaptación*. 5.2.3. *Conclusiones*. 5.3. POR RAZÓN DEL OBJETO ADMINISTRADO: 5.3.1. *Por el carácter y configuración de la actividad gestora*. 5.3.2. *El distinto régimen jurídico*. 5.3.3. *El carácter impuesto del contenido de la actividad de llevanza del registro contable*. 5.3.4. *El distinto contenido de las prestaciones de gestión*: 5.3.4.1. El carácter técnico-registral del contrato de llevanza del registro contable: la conservación de la inscripción contable. 5.3.4.2. El carácter sustantivo de la administración en el contrato de administración de valores anotados en cuenta.

ANUARIO DE DERECHO CONCURSAL Número 3 (2004)

«Los créditos contra la masa», por JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA, pág. 7.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO CONCURSAL. 2. EL CONCURSO COMO PROCEDIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.—II. **DETERMINACIÓN DE LA MASA PASIVA:** 1. CRÉDITOS CONCURSALES Y CRÉDITOS CONTRA LA MASA: 1.1. *La par condicio creditorum y sus límites y excepciones en el marco del proceso concursal.* 1.2. *Las deudas de la masa en el marco de la ruptura de la par condicio creditorum.* 2. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA: 2.1. *Antecedentes históricos y presencia en el Derecho comparado.* 2.2. *Delimitación del concepto de créditos o deudas contra la masa.* 2.3. *Las deudas de la masa en la Ley Concursal: concepto y consideraciones generales sobre su régimen.*—III. **RÉGIMEN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA:** 1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y LA UNIVERSALIDAD SUBJETIVA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL: EXTRACONCURSALIDAD DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA: 1.1. *La insinuación en el proceso concursal y la ausencia de los créditos contra la masa.* 1.2. *La formación de la voluntad negocial de las partes del procedimiento concursal; ausencia de los titulares de créditos contra la masa.* 2. Los CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y SU PAGO.

«La ejecución de las garantías reales en el concurso», por HELIODORO SÁNCHEZ Rus y ADELAI DA SÁNCHEZ Rus, pág. 65.

SUMARIO: I. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LA MASA Y LOS ACREEDORES CON GARANTÍA REAL: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN EL DERECHO ANTERIOR. 3. LOS ANTECEDENTES PRELEGISLATIVOS Y LA POSICIÓN DE LA LEY CONCURSAL.—II. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: 1. PREVIO: EL CONCEPTO DE GARANTÍA REAL. 2. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS GARANTÍAS REALES: 2.1. *La facultad de ejecución separada y sus limitaciones.* 2.2. *La competencia judicial.* 2.3. *El carácter privilegiado del crédito.*—III. LA PARALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES: ÁMBITO OBJETIVO: 1. LAS ACCIONES. 2. Los BIENES: 2.1. *Consideraciones generales.* 2.2. *La afección como cuestión de hecho. La desafeción de los bienes.* 2.3. *Los criterios de interpretación.* 2.4. *La mecánica procesal.*—IV. LOS PRESUPUESTOS DE LA PARALIZACIÓN: 1. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. 2. LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA. 3. LA SUJECCIÓN DEL CONCURSO Y DE LA GARANTÍA REAL A LA LEY ESPAÑOLA. 4. LA INTEGRACIÓN DEL BIEN EN LA MASA ACTIVA. 5. LA INTEGRACIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO EN LA MASA PASIVA: 5.1. *El supuesto de disociación de responsabilidad.* 5.2. *Los créditos contra la masa.*—V. LOS EFECTOS DE LA PARALIZACIÓN: 1. LA PARALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN. 2. EL EJERCICIO DE LAS RESTANTES FACULTADES QUE LA GARANTÍA REAL ATRIBUYE A SU TITULAR. 3. LA OPCIÓN DE ATENDER AL PAGO DEL CRÉDITO Y SUS EFECTOS SOBRE LA GARANTÍA REAL.—VI. EL CESE DE LA PARALIZACIÓN.—VII. LA SUSPENSIÓN DE LAS ACTUACIONES YA INICIADAS: 1. EL RÉGIMEN GENERAL. 2. LA CONTINUACIÓN DE LA EJECUCIÓN.—VIII. LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES: 1. RECAPITULACIÓN. 2. LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO: 2.1. *Consideraciones generales.* 2.2. *Los bienes afectos y no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor.* 2.3. *Las actuaciones ya iniciadas en el momento de la declaración de concurso.* 2.4. *El supuesto del concursado tercer poseedor.*—IX. LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL CONCURSO: 1. LA FASE COMÚN: 1.1. *El inicio y la reanudación de las accio-*

- nes. 1.2. *El ejercicio judicial y extrajudicial de los derechos reales de garantía.*
 1.3. *La suspensión de la ejecución.* 2. LA EJECUCIÓN EN LA FASE DE CONVENIO.
 3. LA EJECUCIÓN EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.

«La clasificación de los créditos personalmente garantizados», por ANTONIO B. PERDICES, pág. 115.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CLASIFICACIÓN EN PRESENCIA DE UN CRÉDITO SUBORDINADO: 1. LA SUBROGACIÓN EN EL CRÉDITO DEL ACREEDOR PRINCIPAL NO DEBE DEFRAUDAR LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO DEL FIADOR. 2. EL REEMBOLSO DEL FIADOR NO DEBE DEFRAUDAR LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO DEL ACREEDOR PRINCIPAL.—III. LA CLASIFICACIÓN EN AUSENCIA DE CRÉDITOS SUBORDINADOS DEBE RESPETAR EL CARÁCTER PRIVILEGIADO DE LOS CRÉDITOS.—IV. *QUID IURIS* SI EL ACREEDOR PRINCIPAL O EL AVALISTA NO SE INSINÚAN.—V. CONCLUSIÓN.

«La incidencia del concurso del tomador en el contrato de seguro», por ABEL B. VEIGA, pág. 137.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LA CONTINUIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO. 2. EL PACTO DE NO CONTINUIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO EN CASO DE INSOLVENCIA.—II. EL PRESUPUESTO FÁCTICO DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO: 1. EL CONCURSO EN SEGUROS POR CUENTA PROPIA Y SEGUROS POR CUENTA AJENA. 2. EL FUNDAMENTO DE LA FACULTAD DE DENUNCIA DEL CONTRATO. 3. EL MECANISMO DE LA TRANSMISIÓN DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO.—III. LA FACULTAD DEL ASEGURADOR DE DENUNCIAR EL CONTRATO DE SEGURO.—IV. EL MODO EN QUE LA PÓLIZA ES EMITIDA.—V. LA INSOLVENCIA DEL TOMADOR DEL SEGURO EN LOS SEGUROS DE PERSONAS: 1. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 127 (Enero-Marzo 2005)

«La fe de los sin voz o el resentimiento del Islam», por GILBERT LAROCHELLE y MARC DEMERS, pág. 5.

SUMARIO: 1. LA DESILUSIÓN.—2. LA ESPERANZA.—3. EL REPLIEGUE.—4. EL RESENTIMIENTO.—CONCLUSIÓN.

«Alexander Hamilton. Los orígenes del nacionalismo político contemporáneo», por MANUEL PASTOR MARTÍNEZ, pág. 25.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. FORMACIÓN IDEOLÓGICA E INTELECTUAL.—2. GENIO MILITAR Y POLÍTICO.—3. NACIONALISMO POLÍTICO Y LIBERAL.—BIBLIOGRAFÍA SELECTA.

«El sistema competencial en el Tratado de Constitución Europea», por MARTIN NETTESHEIM, pág. 57.

SUMARIO: I. LAS CUATRO DIMENSIONES DEL DEBATE COMPETENCIAL.—II. REPARTO COMPETENCIAL MATERIAL: 1. CONCEPTOS. 2. FLEXIBILIDAD. 3. ORDEN FUNCIONAL VERTICAL.—III. DETERMINACIÓN, DELIMITACIÓN PRECISA Y CLARIDAD DE LAS DISPOSICIONES COMPETENCIALES: 1. EL REPROCHE DEL ABUSO DE COMPETENCIAS. 2. ACLARACIÓN A TRAVÉS DEL LISTADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE TIPOS. 3. LISTADO-CATÁLOGO DE LAS MATERIAS. 4. CREACIÓN DE UN TIPO DE COMPETENCIA. 5. DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS.—IV. NORMATIVIDAD DE LAS REGLAS DE EJERCICIO DE COMPETENCIAS: 1. LA DISCUSIÓN SOBRE LAS REGLAS DE EJERCICIO DE COMPETENCIAS. 2. DELIMITACIÓN SUSTANCIAL Y RACIONALIDAD DISCURSIVA. 3. MECANISMO DE ALERTA RÁPIDA.—V. NIVEL DE JURIDIFICACIÓN DEL EXAMEN Y CONTROL DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA: 1. EL REPROCHE DE LA AUSENCIA DE CONTROL JURÍDICO. 2. EL RECURSO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL TRATADO DE CONSTITUCIÓN.—VI. COMPETENCIA, LEGITIMIDAD Y CUALIDAD ESTATAL TEÓRICA DE LA UE.

«La Corte Constitucional colombiana ante las medidas de seguridad y defensa nacional del Gobierno de Uribe», por MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ y EMILIA GIRÓN REGUERA, pág. 99.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ESTADO DE CONMOCIÓN INTERIOR EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL COLOMBIANO.—3. LA DECLARATORIA DE CONMOCIÓN INTERIOR EN EL ACTUAL GOBIERNO DE URIBE VÉLEZ.—4. LAS MEDIDAS PARA LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA DESDE LA ÓPTICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.—5. LA DIFÍCIL ENCRUCIJADA DEL ESTADO COLOMBIANO.—6. APÉNDICE FINAL.

«Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático», por BENITO ALÁEZ CORRAL, pág. 129.

SUMARIO: 1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ANTE LA INMIGRACIÓN: NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA.—2. PROBLEMAS CONCEPTUALES EN LA DIFERENCIACIÓN JURÍDICO-FUNCIONAL ENTRE NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA: a) ¿SON NECESARIOS LOS CONCEPTOS DE NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA?; b) NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA: ENTRE LA IDENTIDAD Y LA DIFERENCIA; c) LA «NACIONALIZACIÓN» DE LA CIUDADANÍA; d) LA CONSTRUCCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA CIUDADANÍA.—3. NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y SOBERANÍA DEMOCRÁTICA: a) EL SENTIDO DEMOCRÁTICO DE LA ATRIBUCIÓN DE LA SOBERANÍA A UN SUJETO COLECTIVO; b) CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LA NACIONALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN DE LA SOBERANÍA A UN SUJETO COLECTIVO; c) CIUDADANÍA Y SOBERANÍA DEMOCRÁTICA.

«La verdadera democracia. Las características indispensables», por ENRIQUE SUÁREZ-ÍNIGUEZ, pág. 161.

SUMARIO: RESUMEN.—I. SOBRE LAS DEFINICIONES E INTERPRETACIONES DE LA DEMOCRACIA: EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES PARA LAS QUE FUE ELECTO UN GOBIERNO. LOS MECANISMOS DE CONTROL.—II. LAS CARACTERÍSTICAS INDISPENSABLES DE LA DEMOCRACIA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO Número 157 (Julio-Diciembre 2004) Sin sumario

- «Delitos más graves reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe. Texto del *m. Pr. Sacramentorum sanctitatis*, tutela y comentario», por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 433-472.
- «Datos inéditos en la biografía de Juan Gutiérrez Vázquez, legista salmantino del siglo XVI», por JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, págs. 473-548.
- «Impegno politico, facoltà di critiche e tutela dei Diritti nell'ordinamento canonico (traendo spunto dalla rimozione di un párroco)», por PIETRO Lo IACONO, págs. 549-599.
- «Expedientes de dispensa matrimonial en la diócesis de Salamanca (1871-1889)», por RAÚL ROMÁN SÁNCHEZ, págs. 601-646.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 38 (Abril 2005)

- «La coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social. Las prestaciones de desempleo y las prestaciones por enfermedad y maternidad, especialmente referidas al sistema español de Seguridad Social». Primera parte, por JULIÁN BLASCO SÁIZ, pág. 9.

SUMARIO: PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN: LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA. COORDINACIÓN, ARMONIZACIÓN Y CONVERGENCIA: 1. COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. 2. ALCANCE Y PRINCIPIOS DE LA COORDINACIÓN COMUNITARIA: 2.1. Alcance de la coordinación. 2.2. Principios de la coordinación comunitaria.—CAPÍTULO I: PRESTACIONES POR DESEMPLEO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. COORDINACIÓN COMUNITARIA: 2.1. El artículo 208.5 de la Ley General de la Seguridad Social. 2.2. El artículo 215.1.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social. 2.3. El artículo 215.1.3 de la Ley General de la Seguridad Social.—3. EXPORTACIÓN DE PRESTACIONES. 4. EXCEPCIONES A LA REGLA DEL ESTADO COMPETENTE.—SEGUNDA PARTE: CAPÍTULO II: PRESTACIONES POR ENFERMEDAD Y MATERNIDAD: 1. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DE PROTECCIÓN. 2. TRABAJADORES (ARTS. 19 AL 24 DEL REGLAMENTO 1408/71): 2.1. Trabajadores fronterizos. 2.2. Estancia o traslado de residencia al Estado

competente. 2.3. Estancia fuera del Estado competente o regreso o traslado de residencia fuera —y la necesidad de desplazarse ex profeso—. 3. DESEMPLEADOS (ARTS. 25 Y 25 BIS DEL REGLAMENTO 1408/71). 4. TITULARES DE PENSIONES O RENTAS (ARTS. 27 A 34 DEL REGLAMENTO 1408/71): 4.1. Solicitantes de pensiones o rentas. 4.2. Titulares de pensiones o rentas.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Los mecanismos de solución de controversias en materia ambiental en la zona de libre comercio de América del Norte», por TAÑÍA GARCÍA LÓPEZ, pág. 79 (sin sumario).

«Indagaciones sobre la lengua del Derecho (el léxico jurídico y sus circunstancias)», por MANUEL MARTÍ SÁNCHEZ, pág. 103 (sin sumario).

«La desconcentración como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos», por JOAQUÍN MESEGUER YEBRA, pág. 133.

SUMARIO: I. LA IRRENUNCIABILIDAD DE LA COMPETENCIA.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA DESCONCENTRACIÓN: II.1. INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTO. II.2. CONCEPTO. II.3. NOTAS BÁSICAS.—III. CONTENIDO DE LA DESCONCENTRACIÓN.—IV. SUJETOS ENTRE LOS QUE OPERA.—V. RÉGIMEN JURÍDICO: V.1. FIN DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. V.2. CONTENIDO Y RESERVAS.—VI. EL RANGO DE LA NORMA DESCONCENTRADA Y SUS REQUISITOS FORMALES: VI.1. LA DISPOSICIÓN DESCONCENTRADORA. VI.2. REQUISITOS FORMALES.

«Paridad, cuotas y acción positiva en favor de la mujer: tres reflexiones desde la legitimidad social y la normativa jurídica», por JESÚS PUNZÓN MORALEDA y FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, pág. 155.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PARIDAD EN EL MERCADO LABORAL.—III. LA PARIDAD EN LA POLÍTICA.—IV. LA PARIDAD Y LOS TÍTULOS NOBILIARIOS.—V. LA LUCHA POR LA IGUALDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

«El régimen jurídico del aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras», por ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pág. 201 (sin sumario).

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 2 (2005)

«Llengua i administració de justícia» por JAUME VERNET i LLOBET y AGUSTÍ Pou i PUJOLRÀS, pág. 337.

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ.—II. ORDENACIÓ JURÍDICO-LINGÜÍSTICA DE L'ADMINISTRACIÓ DE JUSTICIA I LES ACTUACIONS DE NORMALITZACIÓ DE LA LLENGUA CATALANA: 1. LES COMPETÈNCIES PER REGULAR LA LLENGUA A L'ÀMBIT JUDICIAL. 2. LA REGULACIÓ SOBRE ELS USOS LINGÜÍSTICS. 3. LA CAPACITACIÓ LINGÜÍSTICA DEL FUNCIONARIAT. 4. LES ACTUACIONS DE NORMALITZACIÓ LINGÜÍSTICA.—III. CONSIDERACIONS FINALS.

«El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003», por MERCEDES GARCÍA ARÁN, pág. 365.

SUMARIO: 1. CRISIS DEL DERECHO Y LA DEMOCRACIA EN EL ORDEN GLOBAL: a) QUIEBRA DE LOS MODELOS RACIONALES; b) TRIUNFO DE LA IDEA DE EMERGENCIA; c) MANIFESTACIONES ESPECÍFICAS DE LA QUIEBRA DEL GARANTISMO: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL; d) EL TRASLADO DEL DEBATE PUNITIVO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.—2. APROXIMACIÓN A LAS LÍNEAS GENERALES DE LAS REFORMAS PENALES DE 2003.—3. LAS REFORMAS DE 2003, EN CONCRETO: a) EL DISCURSO INTIMIDATORIO EN LOS NUEVOS TIPOS PENALES; b) LA AMPLIACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN; c) LOS DISCURSOS PREDOMINANTES EN EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LAS PENAS; d) LA CRUZADA CONTRA LA PEQUEÑA DELINCUENCIA: «TOLERANCIA CERO» Y DERECHO PENAL DE AUTOR; e) EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS EXTRANJEROS SIN RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA; f) LA RELEGACIÓN DE LOS JUECES EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS.—4. **CONCLUSIONES:** a) LA CRISIS DE LA PROPORCIONALIDAD COMO CARACTERÍSTICA DEL DERECHO PENAL LIBERAL; b) CRISIS DEL HUMANITARISMO Y RELEGACIÓN DE LO INDIVIDUAL; c) LA PREOCUPANTE RENTABILIDAD POLÍTICA DE LAS QUIEBRAS DEL DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO.—EXCURSO: EL IMPOSIBLE DOMINIO DEL TIEMPO.

«Contrato de franquicia, ordenación del comercio y derecho de la competencia», por MANUEL CIENFUEGOS MATEO, pág. 399.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. RÉGIMEN JURÍDICO.—III. ASPECTOS CONTRACTUALES: 3.1. CONCEPTO. 3.2. NATURALEZA JURÍDICA. 3.3. REQUISITOS Y ELEMENTOS QUE PERMITEN DISTINGUIR EL CONTRATO DE FRANQUICIA DE LAS FALSAS FRANQUICIAS Y DE FIGURAS CONTRACTUALES AFINES. 3.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA. 3.5. TIPOS DE FRANQUICIA. 3.6. TERMINACIÓN DE LA FRANQUICIA Y RÉGIMEN INDEMNIZATORIO.—IV. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA: 4.1. EL REGLAMENTO (CE) 2790/1999. 4.2. EL REAL DECRETO 378/2003.—V. CONTRATO DE FRANQUICIA Y ORDENACIÓN DEL COMERCIO: 5.1. LA INSCRIPCIÓN DEL FRANQUICIADOR EN EL REGISTRO DE FRANQUICIADORES. 5.2. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL FRANQUICIADOR.—VI. DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE FRANQUICIAS.

«Acomiadament col·lectiu i modificació de condicions en el procés concursal (Una aproximació a la incidència de la normativa concursal en les relacions laborals)», por JOSEP M. FUSTE MIQUELA, pág. 433.

SUMARI: 1. BREUS CONSIDERACIONS PRELIMINARS: EL NOU PROCÉS CONCURSAL I LA SEVA INCIDENCIA EN EL CONTRACTE DE TREBALL.—2. MODIFICACIÓ I SUSPENSIÓ DEL CONTRACTE DE TREBALL. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSMISSIÓ EMPRESARIAL EN FASE DE LIQUIDACIÓ: 2.1. MODIFICACIÓ I SUSPENSIÓ DEL CONTRACTE DE TREBALL. 2.2. LIQUIDACIÓ I SUCCESSIÓ EMPRESARIAL.—3. EXTINCIÓ DELS CONTRACTES DE TREBALL.—4. UNA DOBLE OPCIÓ PER ALS TREBALLADORS: ¿SOLLICITUD JUDICIAL DE DECLARACIÓ DE CONCURS O SOLLICITUD ADMINISTRATIVA D'EXPEDIENT DE REGULACIÓ D'OCUPACIÓ?—5. LA COMPETENCIA DE LES JURISDICCIONS SOCIAL, CONTENCIÓS-ADMINISTRATIVA I MERCANTIL.—6. SUBMISSIÓ PREVIA A PROCEDIMENTS EXTRAJUDICIALS DE SOLUCIÓ DE CONFLICTES LABORALS I PROCÉS CONCURSAL.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO Número 1 (2004)

- «La designación de abogados de oficio: ¿carga excesiva o nobleza significativa?», por ENID CRISTINA RIVERA GARCÍA, pág. 1.
- «El nombramiento de Jueces en Puerto Rico: ¿política o mérito? Análisis comparado del sistema de nombramiento de jueces en los sistemas estatales norteamericanos y Puerto Rico», por HIRAM CARLO RIVERA LÓPEZ y JESSICA SANTOS VALENZUELA, pág. 11.
- «La limitación de términos electivos en Puerto Rico: ¿posibilidad real?», por BREYDA D. BERNARD PACHECO, pág. 27.
- «La litigación de las campañas políticas en los tribunales», por CARMEN CASTRO PAGÁN, pág. 43.
- «Análisis al Borrador del Código Civil de Puerto Rico. Libro Primero: Las Relaciones Jurídicas», por LEIDA E. QUINONES GONZÁLEZ, pág. 53.
- «Divorcio: Nuestra Institución vs. el divorcio al vapor», por BEATRIZ M. MARTÍNEZ CORDERO, pág. 67.
- «Métodos alternos para la solución de disputas: Política pública en una imperante necesidad de implementación», por XAIMARA RODRÍGUEZ COLÓN, pág. 79.
- «Ley número 228, de 24 de agosto de 2004: Un espejo de la inmunidad del Estado a favor del médico con especialización de alto riesgo», por JANILLE RODRÍGUEZ BEAMUD, pág. 93.

REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE
Número 2 (Julio-Diciembre 2004)

- «El Derecho latinoamericano desde el punto de vista del Derecho Comparado y el Derecho Japonés», por TAKU OKABE, pág. 13.
- «Catálogo de Derechos: La historia de un hito del constitucionalismo norteamericano que originalmente no fue considerado», por NAUHCATZIN TONATIUH BRAVO AGUILAR, pág. 45.
- «La Audiencia de Guadalajara. Siglos XVI-XVIII», por MARINA MANTILLA TROLLE, pág. 63.
- «La necesidad de legislar en México sobre entes infra y supramunicipales», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 107.
- «Sobre los orígenes de los delitos electorales en México: 1813-1821», por ENRIQUE BASAURI CAGIDE, pág. 117.
- «Régimen jurídico de la observación electoral en México», por VIVIANA BARRAGÁN RAMÍREZ, pág. 149.
- «La idea democrática en el pensamiento de la Santa Sede», por VÍCTOR M. RAMOS CORTÉS, pág. 177.
- «Los derechos colectivos difusos en materia ambiental», por RAQUEL GUTIÉRREZ NÁJERA, pág. 207.
- «Legislación y pago de servicios ambientales en Costa Rica», por MARÍA VIRGINIA CAGIA, pág. 237.
- «Participación pública y protección del medio ambiente en Chile», por FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ, pág. 255.
- «Políticas públicas e participacao popular: Aspectos teóricos», por JOSÉ PEDRO RODRÍGUEZ GONGALVES, pág. 269.
- «Políticas públicas en agenda emergente sobre reformas jurídicas hacendadas en México», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, pág. 279.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
Número 105 (Septiembre-Diciembre 2004)

- «La colegiatura obligatoria al Colegio de Abogados como requerimiento para ejercer el Derecho en Costa Rica», por ILLIANA ARCE UMAÑA, pág. 11.

- «Los "grandes principios" del derecho del ambiente y del derecho del urbanismo», por JACQUELINE MORAND DEVILLER, pág. 29.
- «La valoración económica de los activos de propiedad intelectual», por PEDRO CHAVES CORRALES, pág. 49.
- «Aumentando el valor semántico de la información jurídica. Un ensayo informático», por CARLOS LORIA SÁENZ, pág. 81.
- «El proceso electoral costarricense de 1886. Elementos fácticos y normativos», por JÉSSICA GIRÓN BECKLES y FRANK ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, pág. 103.
- «La autonomía constitucional de las municipalidades», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 125.
- «Carácter vinculante de los criterios de la Sala Constitucional», por MAURO MURILLO A., pág. 155.
- «Justicia y desarrollo: la justicia como centro del proceso de reforma del Estado», por NANCY FERNÁNDEZ, pág. 163.
- «El derecho fundamental a la propia imagen y la publicación de fotografías», por FERNANDO LARA GAMBOA, pág. 187.
- «La justicia como suprema virtud en Platón a la luz del marco de la sociedad civil y la justicia en Israel», por MARCELA ECHANDI G., pág. 215.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1-2 (2005)

- «Avant-projet de Convention d'UNIDROIT sur l'harmonisation des regles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire», pág. 10.
- «Notes explicatives sur l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT sur l'harmonisation des regles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire», préparées par le Secrétariat d'UNIDROIT.
- «The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary (Hague Securities Convention)», por CHRISTOPHE BERNASCONI y HARRY C. SIGMAN, pág. 117.
- «The UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions», por SPIROS V. BAZINAS, pág. 141.
- «The Changing Legal Landscape for Clearing and Settlement in the European Union», por KLAUS M. LÖBER, pág. 155.

- «Canada - Les sûretés sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire en droit canadien», por MICHEL DESCHAMPS, pág. 189.
- «China (People's Republic of) - How Law Reform Enhances trading on the Chinese Capital Market», por DONG ANSHENG y HAN LIYU, pág. 225.
- «France - De la nature juridique des titres dématérialisés intermedies en droit français», por ANTOINE MAFFEI, pág. 237.
- «Germany - Modernising Germán Law: Can the Unidroit Project on Intermediated Securities Provide Guidance?», por DOROTHÉE ENSELE, pág. 251.
- «The Preliminary Draft UNIDROIT Convention and Capital Market Practice in Germany», por JÜRGEN THAN, pág. 263.
- «Japan - Legal Rules on Indirectly Held Investment Securities: The Japanese Situation, Common Problems, and the Unidroit Approach», por HIDEKI KANDA, pág. 271.
- «Nordic countries - Direct or Indirect Holdings: a Nordic Perspective», por LARS AFRELL y KARIN WALUN-NORMAN, pág. 277.
- «Poland - Is a Reform of the Polish Legal Framework Regarding Intermediated Securities Useful?», por MICHAL ROMANOWSKI, pág. 285.
- «Switzerland - New Legal Concepts regarding the Holding of Investment Securities for a Civil Law Jurisdiction: The Swiss Draft Act», por LUC THÉVENOZ, pág. 301.
- «United Kingdom - The FMLC Report on Property Interests in Indirectly Held Investment Securities: an Analysis of the Need for and Nature of Legislation in the United Kingdom», pág. 339.
- «United States of America - Reflections on the Drafting of the 1994 Revision of Article 8 of the US Uniform Commercial Code», por CURTIS REITZ, pág. 357.

**BAREMACIÓN DE REVISTAS JURÍDICAS REALIZADA
POR LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS**

OTRAS REVISTAS VALORADAS	A	B	C	D	Valoran
Área que valora: ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO.	%	%	%	%	%
Anuario Andaluz de Derecho Deportivo; Aranzadi, Pamplona, 2002	0,00	0,00	2,08	0,0	2,08
Anuario de la Competencia (Madrid, 1996)	1,04	0,00	0,00	0,0	1,04
Cuadernos de Derecho Local; Barcelona, 2002	1,04	0,00	2,08	0,00	3,13
Derecho Deportivo; Sevilla, 2002	1,04	1,04	0,00	0,00	2,08
Estudios sobre Consumo; Madrid, 1984	0,00	0,00	1,04	0,00	1,04
Foreign Policy (EE.UU.)	1,04	0,00	0,00	0,00	1,04
Patrimonio Cultural y Derecho; Madrid, 1997	0,00	1,04	0,00	0,0	1,04
Revista Aranzadi de Derecho Ambiental; Navarra, 2002	3,13	1,04	1,0	0,0	5,21
Revista de Estudios Autonómicos; INAP, 2002	0,00	1,04	0,0	0,0	1,04
Revista de Estudios Políticos; Madrid, 1941	1,04	0,00	0,00	0,0	1,04
Revista General de Derecho Administrativo; IUSTELcom, 2002	4,17	3,13	0,00	0,0	7,29
Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental; Madrid, 1999	1,04	1,04	0,00	0,00	2,08
Revista Jurídica de las Islas Baleares; Palma de Mallorca, 2003	1,04	0,00	1,04	0,00	2,08
Revista Jurídica SEPIN; Madrid, 1982	0,00	1,04	0,00	0,00	1,04
Revista Patrimonio Cultural y Derecho; Madrid, 1997- b	0,00	1,04	0,00	0,00	1,04
Sistema. Revista de Ciencias Sociales; Madrid, 1973	1,04	0,00	0,00	0,00	1,04

2.1.3. Área del conocimiento que valora: DERECHO CIVIL

Encuestas enviadas: 437. Encuestas contestadas: 118.

Tasa respuesta (TR): 27 %

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Actas de Derecho industrial y Derecho de autor. Santiago de Compostela, 1974	6,12	10,20	6,12	2,04	24,49
Actualidad Administrativa; Las Rozas (Madrid), 1985	2,54	2,54	6,78	3,39	15,25
Actualidad Civil; Las Rozas (Madrid), 1985	36,44	44,07	13,56	0,85	94,92
Actualidad Jurídica Aranzadi; Navarra, 1991	20,41	16,33	20,41	4,08	61,22
Actualidad Laboral; Las Rozas (Madrid), 1984	1,69	1,69	4,24	4,24	11,86
Actualidad Penal; Las Rozas (Madrid), 1986	1,69	1,69	4,24	4,24	11,86
Actualidad Tributaria; Las Rozas (Madrid), 1990	1,69	1,69	2,54	5,93	11,86
Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública; Sevilla, 1990	0,85	0,85	0,85	6,78	9,32
Anales de Derecho de la Universidad de Murcia; Murcia, 1977	0,0	7,63	19,4	2,54	29,66
Anales de Derecho. Colección Huarte de San Juan; Pamplona, 1999	0,00	9,32	11,02	3,39	23,73
Anales de la Academia Matritense del Notariado; Madrid, 1942	17,80	40,68	20,34	2,54	81,36
Anales de la Cátedra Francisco Suárez; Granada, 1961	0,85	4,24	8,47	2,54	16,10
Anales de la Facultad de Derecho. Revista Jurídica de la Universidad de León; León, 1997	0,00	1,69	11,86	1,69	15,25
Anales de la Facultad de Derecho; La Laguna (Santa Cruz de Tenerife), 1982	0,8	5,08	13,56	2,54	22,03
Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; Madrid, 1973	17,80	21,19	15,25	1,69	55,93

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña; A Coruña, 1997	2,04	4,08	10,20	4,08	20,41
Anuario de Derecho Civil; Madrid, 1948	85,59	9,32	0,00	0,00	94,92
Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario; Murcia, 1989	1,69	0,00	6,78	1,69	10,17
Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado; Madrid, 1985	4,08	0,00	12,24	4,08	20,41
Anuario de Derecho Internacional; Pamplona, 1974	1,69	0,00	5,93	2,54	10,17
Anuario de Derecho Marítimo; Madrid, 1981	2,04	0,00	8,16	4,08	14,29
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; Madrid, 1948	2,54	0,00	5,08	2,54	10,17
Anuario de Filosofía del Derecho; Valencia, 1953	0,85	0,00	2,54	5,08	8,47
Anuario de Historia del Derecho español; Madrid, 1924	5,08	2,54	6,78	0,85	15,25
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1997	0,00	4,08	12,24	4,08	20,41
Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, 2002	0,00	2,04	12,24	4,08	18,37
Anuario de la Facultad de Derecho; Cáceres, 1982	0,00	3,39	12,71	5,93	22,03
Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos; Jaén, 1994	0,00	0,85	4,24	5,93	11,02
Anuario Español de Derecho Internacional Privado; Madrid, 2000	0,00	6,12	8,16	4,08	18,37
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, 1997	0,00	0,00	8,16	6,12	14,29
Anuario Jurídico de La Rioja; Logroño, 1995	0,00	0,85	12,71	3,39	16,95
Anuario Jurídico y Económico Escorialense; San Lorenzo de El Escorial (Madrid), 1995	0,00	0,00	5,93	5,93	11,86
Aranzadi Civil; Pamplona, 1993	40,82	46,94	4,08	2,04	93,88

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Aranzadi Fiscal; Pamplona, 1998	2,04	2,04	0,00	8,16	12,24
Aranzadi Social; Pamplona, 1991	2,04	2,04	0,00	8,16	12,24
Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid; Madrid, 1999	0,00	0,00	2,54	6,78	9,32
Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público; Barcelona, 1985	0,00	0,85	5,08	5,93	11,86
Autor y derecho: ciberrevista sobre propiedad intelectual; La Rioja, 2000	3,39	10,17	8,47	6,78	28,81
Azpilcueta. Cuadernos de Derecho; Donostia-San Sebastián, 1998	0,00	0,85	5,08	5,93	11,86
BCE. Boletín de Derecho de las Comunidades Europeas; Madrid, 1986	4,24	5,93	6,78	2,54	19,49
BFD. Boletín de la Facultad de Derecho; Madrid, 1992	0,00	5,08	11,02	3,39	19,49
Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado; Granada, 1951	0,85	6,78	12,71	4,24	24,58
Boletín de Información. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional; Madrid, 1992	0,00	0,00	0,00	8,47	8,47
Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior; Madrid, 1947	3,39	11,86	20,34	3,39	38,98
Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón; Zaragoza, 1978	0,00	3,39	11,86	6,78	22,03
Boletín del Colegio de Registradores de España; Madrid, 1995	5,08	26,27	14,41	3,39	49,15
Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; Madrid, 1917	0,85	2,54	11,02	8,47	22,88
Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja; Logroño, 1997	0,00	0,85	9,32	3,39	13,56
Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político e Internacional; Madrid, 1978-1979	0,00	0,00	3,39	5,08	8,47
Boletín Judicial Militar. Tribunal Militar Central; Madrid, 1992	0,00	0,85	0,85	9,32	11,02
Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid; Madrid, 1998	0,00	0,00	5,93	5,08	11,02

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Catalunya Municipal; Barcelona, 1986	0,00	0,00	0,00	8,47	8,47
Ciencia Policial; Madrid, 1987	0,00	0,00	0,00	8,47	8,47
CIRIEC. Legislación y Jurisprudencia; Valencia, 1989	0,00	2,54	5,93	4,24	12,71
Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo; Madrid, 1974	1,69	1,69	5,08	3,39	11,86
Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo; Madrid, 1980	1,69	0,85	4,24	3,39	10,17
Civitas. Revista Española de Derecho Deportivo; Madrid, 1993	0,85	3,39	3,39	3,39	11,02
Civitas. Revista Española de Derecho Europeo; Madrid, 2002	1,69	5,93	8,47	0,00	16,10
Civitas. Revista Española de Derecho Financiero; Madrid, 1974	1,69	0,85	2,54	5,08	10,17
Comunicaciones. IDEI; Madrid, 1995	0,00	0,85	0,00	7,63	8,47
Corts. Anuario de Derecho Parlamentario, Madrid, 1995	2,04	0,00	6,12	4,08	12,24
Crónica Tributaria; Madrid, 1972	0,00	1,69	1,69	5,93	9,32
Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil; Madrid, 1983	55,93	33,05	2,54	0,85	92,37
Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol; Castellón de la Plana, 1994 (hasta 1993 Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol); Valencia, 1992	0,00	0,00	5,08	4,24	9,32
Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid, 1992	3,39	20,34	15,25	1,69	40,68
Cuadernos de Derecho Público; Madrid, 1997	0,00	2,54	4,24	2,54	9,32
Cuadernos de Estrategia; Madrid, 1990	0,00	0,85	0,85	5,93	7,63
Cuadernos de Gobierno y Administración; Madrid, 2000	0,00	0,85	0,00	6,78	7,63
Cuadernos de Historia del Derecho, Madrid, 1994	0,00	2,54	5,08	1,69	9,32

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Cuadernos de Política Criminal; Madrid, 1977	0,00	1,69	0,85	5,08	7,63
Cuadernos Europeos de Deusto; Bilbao, 1988	0,00	1,69	6,78	2,54	11,02
Cuadernos Informativos de Derecho Histórico, Público, Procesal y de la Navegación, Barcelona, 1986	0,00	0,00	6,12	6,12	12,24
Derecho de los Negocios; Las Rozas (Madrid), 1990	9,32	18,64	24,58	3,39	55,93
Derecho Privado y Constitución; Madrid, 1993	28,81	35,59	12,71	0,00	77,12
Derecho y Medio Ambiente. Revista Jurídica para el Desarrollo Sostenible; Madrid, 1999	0,85	2,54	9,32	0,85	13,56
Derecho y Opinión; Córdoba, 1993	1,69	0,00	8,47	3,39	13,56
Derechos y Libertades; Madrid, 1993	0,00	0,85	8,47	2,54	11,86
Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela; Santiago de Compostela (A Coruña), 1992	0,00	4,24	7,63	3,39	15,25
Documentación Administrativa; Madrid, 1958	0,00	1,69	3,39	4,24	9,32
Documentación Laboral; Madrid, 1981	0,85	0,00	3,39	5,08	9,32
Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho; Alicante, 1984	0,00	2,54	5,93	3,39	11,86
DS. Derecho y Salud; Pamplona, 1993	3,39	4,24	6,78	4,24	18,64
e-Derecho Administrativo; Salamanca, 2001	0,00	0,00	3,39	4,24	7,63
Eguzkilore; Donostia-San Sebastián, 1976	0,00	0,00	3,39	6,78	10,17
El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados; Madrid, 1945	0,00	1,69	2,54	5,08	9,32
Estudios de Derecho Judicial; Madrid, 1996	0,00	6,78	10,17	1,69	18,64

REVISTASSOMETIDASA VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto; Bilbao, 1905	0,00	7,63	13,56	2,54	23,73
Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales; Madrid, 1997	0,00	0,00	7,63	3,39	11,02
Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal; Madrid, 1997	0,00	0,85	5,93	3,39	10,17
Estudios Penales y Criminológicos; Santiago de Compostela (A Coruña), 1979	0,00	0,00	0,85	6,78	7,63
Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional; Oviedo, 1998	0,00	0,00	4,24	4,24	8,47
Gaceta Fiscal; Madrid, 1983	0,00	0,85	0,85	7,63	9,32
Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia; Madrid, 1999	0,00	6,78	5,08	2,54	14,41
Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo; Murcia, 1988	0,85	1,69	5,08	1,69	9,32
Historia Institucional Revista Electrónica de Historia constitucional; Oviedo, 2000	0,00	0,00	5,08	4,24	9,32
Historia. Instituciones. Documentos; Sevilla, 1974	2,04	0,00	8,16	2,04	12,24
ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales; Madrid, 1984	0,85	0,00	9,32	5,08	15,25
Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia; Las Rozas (Madrid), 1984	0,00	0,00	1,69	5,93	7,63
Indret; Barcelona, 2000	18,64	24,58	9,32	3,39	55,93
Informática y Derecho; Mérida (Badajoz), 1992	0,85	5,08	13,56	1,69	21,19
Initium. Revista Catalana d'Historia del Dret; Barcelona, 1996	0,85	2,54	2,54	5,08	11,02
Interpretatio. Revista de Historia del Derecho; Madrid, 1995	2,04	2,04	8,16	4,08	16,33

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Iuris. Quaderns de Política Jurídica; Barcelona, 1994	0,00	0,00	5,08	7,63	12,71
Ius Canonicum; Pamplona, 1961	1,69	0,00	2,54	6,78	11,02
Ivs Fvgit. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Corona de Aragón; Zaragoza, 1992	0,00	1,69	2,54	4,24	8,47
Jueces para la democracia; Madrid, 1986	0,00	3,39	7,63	5,08	16,10
Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo; Valladolid, 1998	0,00	0,85	1,69	5,08	7,63
Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Valladolid, 2000	0,00	0,85	0,85	5,93	7,63
Justicia. Revista de Derecho Procesal; Barcelona, 1981	0,00	1,69	5,08	1,69	8,47
Justiforum. Papers d'Estudis i Formació; Barcelona, 1994	0,00	0,00	5,08	7,63	12,71
La Administración Práctica; Barcelona, 1889	0,00	0,85	0,00	7,63	8,47
La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación; Las Rozas (Madrid), 1980	37,29	34,75	22,03	0,00	94,07
La Llei de Catalunya i Balears. Revista Jurídica General de Legislació i Jurisprudència; Barcelona, 1991	6,78	14,41	12,71	2,54	36,44
La Notaría; Barcelona, 1858	10,20	20,41	14,29	6,12	51,02
Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental; Sevilla, 1998	0,85	1,69	8,47	1,69	12,71
Noticias de la Unión Europea; Madrid, 1994	1,69	7,63	13,56	1,69	24,58
Nueva Fiscalidad; Madrid, 2002	0,85	0,00	1,69	5,93	8,47
Parlamento y Constitución. Anuario; Toledo, 1997	0,85	0,85	4,24	3,39	9,32
Persona y Derecho; Pamplona, 1975	1,69	16,10	14,41	2,54	34,75
Quincena Fiscal; Navarra, 1992	0,00	2,04	4,08	8,16	14,29

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
REDI. Revista de Derecho Informático (Alfa-Redi); Barcelona, 1998	0,85	5,93	14,41	0,85	22,03
REDETI. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red; Madrid, 1998	0,00	2,54	4,24	2,54	9,32
REDUR. Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, 2002	0,85	1,69	5,08	3,39	11,02
REGAP. Revista Galega de Administración Pública; Santiago de Compostela (A Coruña), 1992	1,69	4,24	5,08	4,24	15,25
Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica; Las Rozas (Madrid), 1984	0,00	0,00	2,54	5,08	7,63
Revista Aragonesa de Administración Pública; Zaragoza, 1992	0,85	0,85	3,39	5,93	11,02
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; Madrid, 1925	61,86	28,81	2,54	0,00	93,22
Revista de Administración Pública; Madrid, 1950	1,69	0,85	2,54	4,24	9,32
Revista de Ciencias Jurídicas; Las Palmas de Gran Canaria, 1995	0,00	0,00	7,63	3,39	11,02
Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales; A Coruña, 1998	0,00	0,85	2,54	5,08	8,47
Revista de Derecho Agrario y Alimentario; Madrid, 1985	3,39	11,86	13,56	3,39	32,20
Revista de Derecho Ambiental; Murcia, 1988	0,00	7,63	5,93	2,54	16,10
Revista de Derecho Bancario y Bursátil; Madrid, 1981	7,63	23,73	5,08	0,85	37,29
Revista de Derecho Civil Aragonés; Zaragoza, 1995	10,17	16,10	15,25	0,85	42,37
Revista de Derecho Comunitario Europeo; Madrid, 1997	5,93	6,78	5,08	0,85	18,64
Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación; Valladolid, 1998	12,71	18,64	23,73	2,54	57,63

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE); Madrid, 2001	2,04	10,20	4,08	2,04	18,37
Revista de Derecho de los Seguros Privados; Madrid, 1994	0,85	8,47	9,32	2,54	21,19
Revista de Derecho de Sociedades; Aranzadi; Pamplona, 1994	2,04	8,16	4,08	2,04	16,33
Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública; Madrid, 1951	1,69	0,85	2,54	5,08	10,17
Revista de Derecho Mercantil; Madrid, 1946	11,02	11,02	4,24	2,54	28,81
Revista de Derecho Patrimonial; Aranzadi, 1998	26,53	38,78	8,16	0,00	73,47
Revista de Derecho Penal y Criminología; Madrid, 1991	2,54	0,00	3,39	4,24	10,17
Revista de Derecho Político; Madrid, 1981	6,78	0,85	5,08	1,69	14,41
Revista de Derecho Privado; Madrid, 1913	44,92	30,51	5,93	2,54	83,90
Revista de Derecho Procesal; Madrid, 1985	3,39	1,69	3,39	1,69	10,17
Revista de Derecho Social; Albacete, 1998	0,85	0,85	4,24	2,54	8,47
Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente; Madrid, 1995	2,54	6,78	7,63	0,00	16,95
Revista de Derecho y Genoma Humano; Bilbao, 1994	5,08	9,32	7,63	1,69	23,73
Revista de Derecho y Proceso Penal. Monografía; Elcano (Navarra), 1999	0,85	0,00	4,24	2,54	7,63
Revista de Derecho y Proceso Penal; Elcano (Navarra), 2000	0,85	0,00	4,24	2,54	7,63
Revista de Documentación (hasta julio de 1992: Boletín de Jurisprudencia); Madrid, 1992	0,85	0,00	4,24	2,54	7,63
Revista de Dret Historie Catalá, Barcelona, 2001	4,08	2,04	6,12	6,12	18,37
Revista de Estudios de la Administración Local (hasta 2000:					

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica); Madrid, 2001	0,85	0,85	0,85	5,08	7,63
Revista de Estudios Europeos; Valladolid, 1992	0,00	3,39	8,47	0,85	12,71
Revista de Estudios Jurídicos; Jaén, 1998	0,85	2,54	9,32	2,54	15,25
Revista de Estudios Penitenciarios; Madrid, 1961	0,00	0,00	1,69	5,93	7,63
Revista de Hacienda Local; Madrid, 1994	0,00	0,85	0,85	5,93	7,63
Revista de la Corte Española de Arbitraje; Madrid, 1984	0,00	4,24	5,08	0,85	10,17
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Monografías; Madrid, 1978	1,69	9,32	12,71	2,54	26,27
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; Madrid, 1971	2,54	6,78	16,95	5,93	32,20
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada; Granada, 1983	0,85	5,08	11,86	2,54	20,34
Revista de las Cortes Generales; Madrid, 1984	0,85	0,85	5,93	2,54	10,17
Revista de Llengua i Dret; Barcelona, 1983	0,85	2,54	7,63	6,78	17,80
Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro; Madrid, 1993	10,17	18,64	16,10	2,54	47,46
Revista de Urbanismo y Edificación; Navarra, 2000	2,04	6,12	10,20	2,04	20,41
Revista del Foro Canario; Las Palmas de Gran Canaria, 1952	0,00	0,00	6,78	4,24	11,02
Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Madrid, 1997	0,85	0,85	1,69	5,08	8,47
Revista del Ministerio Fiscal; Madrid, 1995	0,85	0,85	5,08	3,39	10,17
Revista del Poder Judicial; Madrid, 1997	3,39	16,10	18,64	2,54	40,68

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; Granada, 1999	0,00	0,00	2,54	5,08	7,63
Revista Española de Derecho Canónico; Salamanca, 1946	1,69	0,00	4,24	4,24	10,17
Revista Española de Derecho Constitucional; Madrid, 1981	2,54	2,54	6,78	0,85	12,71
Revista Española de Derecho Internacional; Getafe (Madrid), 1948	0,85	0,00	5,08	2,54	8,47
Revista Española de Derecho Militar, Madrid, 1956	0,00	0,85	0,85	5,93	7,63
Revista Española de Medicina Legal; Madrid, 1974	0,00	0,85	5,08	2,54	8,47
Revista Española de Seguros; Madrid, 1946	2,54	5,93	6,78	0,85	16,10
Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica; Málaga, 1988	0,85	1,69	4,24	1,69	8,47
Revista General de Derecho; Valencia, 1944	19,49	30,51	27,12	5,93	83,05
Revista General de Legislación y Jurisprudencia; Madrid, 1953	27,97	31,36	19,49	1,69	80,51
Revista Iberoamericana de Administración Pública; Madrid, 1998	0,00	0,00	1,69	5,93	7,63
Revista Internauta de Práctica Jurídica; Valencia, 1999	0,00	0,85	5,93	3,39	10,17
Revista Jurídica de Andalucía; Antequera (Málaga), 1990	1,69	2,54	10,17	1,69	16,10
Revista Jurídica de Asturias; Oviedo, 1979	0,85	2,54	10,17	3,39	16,95
Revista Jurídica de Castilla y León; León, 2003	0,85	5,08	8,47	0,85	15,25
Revista Jurídica de Castilla-La Mancha; Toledo, 1987	0,85	5,08	16,95	1,69	24,58
Revista Jurídica de Cataluña; Barcelona, 1895	22,88	21,19	10,17	2,54	56,78
Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid; Madrid, 1999	0,00	5,08	7,63	2,54	15,25

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Revista Jurídica de Navarra; Pamplona, 1986	6,78	12,71	17,80	1,69	38,98
Revista Jurídica del Deporte; Elcano (Navarra), 1999	1,69	6,78	2,54	4,24	15,25
Revista Jurídica del Notariado; Madrid, 1992	20,34	34,75	10,17	0,85	66,10
Revista Jurídica. Región de Murcia; Murcia, 1991	0,00	0,00	11,02	0,85	11,86
Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid; Madrid, 1999	0,00	0,00	3,39	4,24	7,63
Revista Penal; Barcelona, 1998	0,00	0,00	2,54	5,08	7,63
Revista Universitaria de Derecho Procesal; Madrid, 1988	0,00	0,85	5,08	1,69	7,63
Revista Vasca de Administración Pública; Oñati (Gipuzkoa), 1981	0,00	2,54	4,24	4,24	11,02
Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje; Donostia-San Sebastián, 1989	0,00	1,69	6,78	4,24	12,71
Revista Xurídica Galega; Pontevedra, 1992	0,00	6,78	6,78	1,69	15,25
Rudimentos Legales: Revista de Historia del Derecho; Jaén, 1999	0,85	0,00	4,24	3,39	8,47
Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales; Villanueva de la Cañada (Madrid), 2003	0,00	0,00	4,24	3,39	7,63
Semana de Estudios de Derecho Financiero; Madrid, 1953	0,00	0,00	0,85	6,78	7,63
Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Madrid, 1990	0,00	0,00	8,16	4,08	12,24
Studia Carande: Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas; Vicálvaro (Madrid), 1998	0,00	1,69	0,85	7,63	10,17
Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social; Sevilla, 1984	0,00	0,00	0,85	6,78	7,63
Teoría y Realidad Constitucional; Madrid, 1998	0,00	0,00	4,24	3,39	7,63

REVISTAS SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CIVIL. Contestan 118; TR 27 %	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral; Valencia	0,00	0,00	0,85	6,78	7,63
Tribunales de Justicia; Las Rozas (Madrid), 1997	0,00	1,69	3,39	5,08	10,17
OTRAS REVISTAS VALORADAS Área que valora: ÁREA DE DERECHO CIVIL	A %	B %	C %	D %	Valoran %
Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña (Barcelona, 1999)	2,54	0,85	1,69	0,00	5,08
Crónica Jurídica Hispalense; Valencia, 2003	0,00	0,00	0,85	0,00	0,85
Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros (La Ley, Madrid, 2003)	0,00	0,85	0,00	0,00	0,85
El Consultor Inmobiliario; La Ley; Madrid, 2001	1,69	0,00	0,00	0,00	1,69
Estudios sobre Consumo; Madrid, 1984	0,00	1,69	0,00	0,00	1,69
Papers de Turisme; Valencia, 1989	0,85	0,00	0,00	0,00	0,85
Pe.i.: Revista de Propiedad Intelectual; Madrid, 1999	1,69	0,85	0,00	0,00	2,54
Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil; Madrid, 2004	0,00	0,85	0,00	0,00	0,85
Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías; Navarra, 2003	1,69	0,00	0,00	0,00	1,69
Revista Catalana de Dret Privat; Barcelona, 2002	3,39	0,85	0,00	0,00	4,24
Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental; Madrid, 1999	0,00	0,00	0,85	0,00	0,85
Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana; Valencia, 2001	0,00	0,00	0,85	0,00	0,85
Revista Jurídica de las Islas Baleares; Palma de Mallorca, 2003	0,00	0,85	0,00	0,00	0,85
Revista Práctica de Derecho de Daños; Madrid, 2003	0,00	0,85	0,00	0,00	0,85

2.1.4. Área del conocimiento que valora: DERECHO CONSTITUCIONAL

Encuestas enviadas: 237. Encuestas contestadas: 74.

Tasa respuesta (TR): 31,22 %

REVISTAS DE SOMETIDAS A VALORACIÓN. ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Contestan: 74; TR: 31,22 %	A	B	C	D	Valoran
	%	%	%	%	%
Actualidad Administrativa; Las Rozas (Madrid), 1985	1,35	14,86	14,86	4,05	35,14
Actualidad Civil; Las Rozas (Madrid), 1985	0,00	0,00	6,76	5,41	12,16
Actualidad Jurídica Aranzadi; Navarra, 1991	5,26	5,26	0,00	0,00	10,53
Actualidad Laboral; Las Rozas (Madrid), 1984	0,00	0,00	5,41	6,76	12,16

BAREMACIÓN DE REVISTAS JURÍDICAS SEGÚN SU PREVISIBLE ÍNDICE DE IMPACTO (DERECHO PRIVADO)

Se establecen cuatro categorías de publicaciones (A, B, C y D), a cada una de las cuales se deberá conferir una diversa puntuación o índice de impacto (1).

La categoría A agruparía a las revistas que reúnan alguna de las siguientes características:

- a) revistas de dimensión internacional, en el sentido de que aparezcan en índices de citación internacionales (v. gr., JCR) o en el sentido de disponer de un Consejo Editorial mayoritariamente internacional, aunque sean revistas monográficas y carezcan de una subdivisión en secciones, siempre y cuando dispongan de un proceso riguroso de selección de originales dotado de la debida publicidad;
- b) revistas de ámbito nacional de carácter general (para todo el campo jurídico o para el de una determinada gran rama del Derecho) pero no multidisciplinar (es decir, que no incluyan materias pertenecientes a otras ciencias sociales), y que tengan una subdivisión en secciones. Alternativamente, podrán considerarse incluidas las revistas que no cumplan alguno de los requisitos señalados pero dispongan de un

(1) Se puede proponer la siguiente proporción: si asignamos un valor X a los artículos publicados en las revistas de la categoría A, los de la categoría B representarían $\frac{3}{5}$ del valor de X, los de la categoría C $\frac{1}{4}$ del valor de X, y los de la categoría D $\frac{1}{16}$ del valor de X. Viene a coincidir con la categorización empleada por el Rectorado URJC para valorar los Puntos de Actividad Investigadora (PAIs).

proceso riguroso de selección de originales dotado de la debida publicidad.

En ambos casos deberá tratarse de revistas con más de cinco años de antigüedad.

La *categoría B* engloba a las revistas que:

- a) siendo de ámbito nacional, presentan carácter especializado en un concreto sector dentro de una rama del Derecho (seguros, sociedades, banca, consumidores, etc.), siempre que posean subdivisión en secciones y tengan más de cinco años de antigüedad;
- b) siendo de ámbito nacional y generales en cuanto a la materia (no multidisciplinarios), no presenten subdivisión en secciones, o tengan menos de cinco años de antigüedad, y no dispongan de un proceso riguroso de selección de originales dotado de la debida publicidad. Excepcionalmente, revistas que sí reúnan todos estos requisitos podrán englobarse en esta categoría aunque sean de ámbito autonómico;
- c) adopten la forma de anuarios, series temáticas y boletines ligados a una institución, corporación u organismo público, de alcance nacional, siempre que no tengan finalidad predominantemente informativa.

La *categoría C* abarca las revistas que no encajan en las categorías anteriores, bien porque:

- a) siendo de rango general por la materia no son de ámbito nacional sino autonómico o inferior —y no pueden beneficiarse de la excepción señalada en el párrafo *b*) de la categoría anterior—, o bien tienen naturaleza multidisciplinar (los artículos jurídicos se combinan con otros pertenecientes a otras ciencias sociales);
- b) siendo revistas monográficas carecen de múltiples secciones, tienen menos de cinco años de antigüedad, o no son de ámbito nacional;
- c) se trata de publicaciones tipo anuario, o de series temáticas, vinculadas a instituciones, corporaciones u organismos públicos de nivel autonómico o inferior, o bien de boletines ligados a una institución, corporación u organismo público, de alcance nacional, con finalidad predominantemente informativa.

La *categoría D* sería para boletines o gacetas de breve periodicidad (semanal o inferior), que publican trabajos poco extensos (< 10 páginas) y sobre temas puntuales, de finalidad predominantemente informativa.

De acuerdo con esta categorización, las revistas jurídicas españolas existentes en el ámbito del Derecho Privado podrían clasificarse de la siguiente manera:

CATEGORÍA A

Actualidad Civil
Anuario de Derecho Civil
Anuario Español de Derecho Internacional Privado
Aranzadi Civil
La Ley-Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía

Revista de Derecho Internacional
Revista de Derecho Mercantil
Revista de Derecho Privado
Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Revista General de Derecho

CATEGORÍA B

Actas de Derecho Industrial
Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Anuario de Derecho Concursal
Anuario de Derecho Internacional
Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ)
Cuaderno de Derecho y Comercio
Derecho Privado y Constitución
Estudios sobre Consumo
Pe.i., Revista de Propiedad Intelectual
Poder Judicial
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
Revista de Derecho Ambiental
Revista de Derecho Bancario y Bursátil
Revista de Derecho de la Circulación
Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
Revista Jurídica del Notariado
Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
Revista de Derecho Patrimonial
Revista de Derecho de Sociedades
Revista Española de Seguros
Revista Jurídica de Cataluña
Revista Jurídica del Deporte
Revista Jurídica SEPIN

CATEGORÍA C

Anales de la Academia Matritense del Notariado
Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de León
Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)
Anuario Andaluz de Derecho Deportivo
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Orense
Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura
Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED
Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial
Boletín de Información del Ministerio de Justicia
Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Derecho Deportivo-Junta de Andalucía
Estudios e Investigaciones-Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid
Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Revista de Derecho Civil Aragonés
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Studia Carande

CATEGORÍA D

Actualidad Jurídica Aranzadi
Boletín de Arrendamientos Urbanos (El Derecho) Boletín de Contratación Inmobiliaria (El Derecho)
Boletín de Derecho de familia (El Derecho)
Boletín de Propiedad Horizontal (El Derecho)
Derecho de los Negocios
El Derecho (Diario de Jurisprudencia)
La Ley-Diario de Noticias
Otrosí (ICAM)

