

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXI • Marzo-Abril 2005 • Núm. 688

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

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

Comisión Ejecutiva:

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

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

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

revista.critica@corpme.es

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

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

PRIMER PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Primer Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante el año 2004, concediéndose a Doña María José Achón Bruñen, por su trabajo «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», publicado en el número 681, correspondiente a enero/febrero de 2004. María José Achón Bruñen es Doctora en Derecho Procesal y con otro trabajo fue ganadora también del Primer Premio de la revista La Ley. El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente, Don Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Presidente a su vez del Consejo de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; Vocales: Don Fernando Méndez González, Don Manuel Amorós Guardiola y Don Celestino Pardo Núñez, integrantes del Comité Ejecutivo de la Revista Crítica; y por Don Francisco Javier Gómez Gállico, Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, que actuó a su vez como secretario del Jurado. El premio Revista Crítica de Derecho Inmobiliario fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años. Queda convocado el siguiente Premio para los mejores trabajos del año 2005.

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el 2.º PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 2.500 euros.
- 2.º Se concederá un solo premio al mejor trabajo publicado en el año, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años.
- 3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción, los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo y además por el Secretario-Consejero de la Revista, que actuará también como secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

- «El tercer poseedor de bienes embargados y su intervención en el proceso de ejecución», por M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑEN.....431
- «Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE.....483
- «El artículo 1.862 del Código Civil español y el delito de *stellionatus* en la *conventio pignoris*», por LUIS MARIANO ROBLES VELASCO.....513

DICTÁMENES Y NOTAS

- «La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», por FERNANDO AZOFRA y SONJA MALKKI.....525
- «El abogado y las sociedades de servicios jurídicos», por GLORIA ORTEGA REINOSO.....539
- «Objeto social y disolución de una sociedad anónima. La analogía de las causas de disolución», por FRANCISCO REDONDO TRIGO. 559

DERECHO COMPARADO

- «Armonización internacional de las reglas sobre interpretación de los contratos», por MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA..... 583

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 619

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Nacionalidad. Régimen económico-matrimonial, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.....635

1.2. Derecho de familia:	
— Derecho de uso de vivienda familiar. Liquidación de los bienes de la sociedad económico-matrimonial, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.....	639
1.3. Derechos reales:	
— Copropiedad. Venta de cosa común por copartícipes en el dominio, titulares registrales, sin contar con el otro condueño reconocido en documento privado. Venta de cosa ajena, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	643
— Posesión y Registro de la Propiedad. El techo de transmitir la posesión de una finca queda excluido de inscripción por la Ley Hipotecaria, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	649
1.4. Sucesiones:	
— Testamento. Adición a la partición. Alimentos. Recurso de casación, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL.....	654
1.5. Obligaciones y contratos:	
— Contrato de obra. Obligación de pago del precio e indemnización por cumplimiento defectuoso, por ISABEL MORATILLA GALÁN.....	657
— Tercería de dominio. Inexistencia de título. Interpretación contractual: es un contrato de leasing, no una venta de muebles a plazos, por ISABEL MORATILLA GALÁN.....	658
— Congruencia. Supuesto de la cuestión: artículo 1.100 del Código Civil, por ISABEL MORATILLA GALÁN.....	659
— Cosa juzgada. Efecto vinculante de la calificación del contrato como opción de compra, por ISABEL MORATILLA GALÁN.....	661
1.6. Responsabilidad civil:	
— Culpa extracontractual. Compatibilidad de la indemnización laboral y la que deriva de la culpa extracontractual. Fallecimiento del trabajador, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ.....	663
— Responsabilidad médica. Retraso mental de recién nacido como causa del sufrimiento prenatal. Responsabilidad del empresario por actos de sus empleados. Responsabilidad solidaria, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ.....	668

ESTUDIOS

El tercer poseedor de bienes embargados y su intervención en el proceso de ejecución

SUMARIO: I. FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL EJECUTADO SOBRE LOS BIENES EMBARGADOS.—II. IMPORTANCIA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PARA QUE SURJA LA FIGURA DEL TERCER POSEEDOR: 1. CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. 2. EFICACIA LIMITADA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—III. DERECHOS DEL TERCER POSEEDOR EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN: 1. DERECHO A QUE EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD LE COMUNIQUE LA EXISTENCIA DE LA EJECUCIÓN SI FIGURA EN LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS. 2. DERECHO A INTERVENIR EN LAS ACTIVIDADES EJECUTIVAS QUE AFECTEN A SUS INTERESES: A) *Intervención del tercer poseedor en el avalúo del inmueble.* B) *Participación del tercer poseedor en los mecanismos de realización forzosa alternativos a la subasta.* C) *Participación del tercer poseedor en la subasta judicial del inmueble embargado.* D) *Intervención del tercer poseedor en el procedimiento para el desalojo de terceros ocupantes del inmueble tras su enajenación forzosa.* E) *Intervención del tercer poseedor en la administración para pago.* 3. UTILIZACIÓN POR EL TERCER POSEEDOR DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN QUE LA LEY CONCEDE AL EJECUTADO: A) *Imposibilidad por parte del tercer poseedor de utilizar los medios de impugnación a favor de los terceros para la defensa del bien afecto a la ejecución.* 4. POTESTAD DEL TERCER POSEEDOR DE LIBERAR EL BIEN MEDIANTE PAGO AL EJECUTANTE. 5. DERECHO DEL TERCER POSEEDOR A PARTICIPAR EN LA DISTRIBUCIÓN DEL SOBRANTE.—IV. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

Tercer poseedor de bienes embargados es aquella persona que antes de la adjudicación o venta forzosa y después de la anotación preventiva de embargo adquiere la propiedad de un inmueble embargado o solamente el usufructo o dominio útil, o bien la nuda propiedad o dominio directo (art. 662 de la LEC), por lo que a pesar de que su denominación pudiera inducir a confusión, el impropriamente denominado por la legislación hipotecaria y procesal *tercer poseedor*, en modo alguno debe confundirse con un *ocupante o simple poseedor del inmueble*, como pudiera ser un arrendatario, ya que mientras el de-

recho del tercer poseedor se extingue a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble, el derecho del arrendatario puede subsistir aun cuando el contrato de arrendamiento haya sido concertado con posterioridad a la traba, sin que a ello sea óbice que figure inscrito en el Registro de la Propiedad después de la anotación preventiva de embargo (1).

Por lo demás, y aunque el artículo 38 *in fine* de la LH induce a confusión, el tercer poseedor de bienes embargados tampoco puede asimilarse al *tercer poseedor de bienes hipotecados*, ya que la anotación preventiva de embargo garantiza una obligación incumplida y conlleva la existencia de un proceso reclamando la misma, por lo que el tercer poseedor de bienes embargados siempre surgirá cuando ya se haya iniciado una actuación judicial contra el deudor, a diferencia del tercer poseedor de bienes hipotecados, el cual puede adquirir su derecho sobre el bien en la fase de pendencia de la hipoteca cuando el incumplimiento todavía no se ha producido (2). Por consiguiente, a salvo el caso de que el proceso de ejecución traiga causa de un juicio declarativo en que se haya acordado como medida cautelar el embargo preventivo del inmueble, en el proceso de ejecución ordinario —a diferencia de hipotecario— la demanda ejecutiva

(1) En virtud de lo previsto en el artículo 13.1 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994, cuando el derecho del arrendador quedare resuelto durante los cinco primeros años de duración del contrato de arrendamiento a consecuencia de una enajenación forzosa, éste subsistirá hasta que se cumpla el plazo de cinco años; sin embargo, si el derecho del arrendador quedare resuelto, una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato, el arrendamiento se extinguirá, a menos que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso continuará por la duración pactada.

A nuestro juicio, este precepto resulta acreedor de numerosas críticas, ya que otorga el mismo tratamiento legal a los arrendamientos posteriores al embargo que a los anteriores no inscritos en el Registro, de manera que se puede dar la paradoja de que un contrato de arrendamiento concertado con posterioridad al embargo subsista hasta que se cumpla el plazo de cinco años desde que se concertó, mientras que un contrato anterior a la traba se extinga por haber transcurrido dicho plazo quinquenal y por el mero hecho de no figurar inscrito en el Registro de la Propiedad, siendo que la ausencia de publicidad registral es la tónica general en materia de arrendamientos.

No obstante, bajo la vigencia de la LAU, de 24 de diciembre de 1964 (todavía aplicable para los contratos concertados para su vigencia), la situación todavía era más alarmante, ya que con base en el artículo 57 (que establecía la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el inquilino aun cuando un tercero sucediera al arrendador en sus derechos y obligaciones) y en el artículo 114 (que preveía unas causas limitadas de extinción del arrendamiento entre las que no se encontraba la enajenación forzosa del inmueble), se propugnaba en todo caso la subsistencia del arrendamiento tras la subasta del inmueble aun cuando dicho contrato hubiere sido estipulado con posterioridad al embargo, siempre que no se apreciara fraude o simulación (sobre este particular véase nuestro artículo «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», en *RCDI*, núm. 681, enero-febrero de 2004, págs. 11 y sigs).

(2) Cfr. CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Ed. Aranzadi A Thomson Company, Pamplona, 2002, págs. 350 y 351.

difícilmente se va a poder dirigir, además de contra el deudor, contra el tercer poseedor.

Asimismo, a tenor de lo previsto en el artículo 662 de la LEC, no se puede considerar, *stricto sensu*, como tercer poseedor al que haya adquirido su derecho sobre el inmueble *después del embargo pero antes de garantizar el mismo con la oportuna anotación preventiva*, sin perjuicio de que si dicha anotación llegare a acceder al Registro con anterioridad a la inscripción de su derecho, sería oportuno aplicarle el régimen de un tercer poseedor, ya que debiendo soportar las mismas consecuencias que éste al extinguirse su derecho a causa de la enajenación forzosa del inmueble, resulta justo que disfrute también de sus mismos derechos.

I. FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL EJECUTADO SOBRE LOS BIENES EMBARGADOS

El problema relativo a los denominados por la legislación procesal e hipotecaria «terceros poseedores» no sería tal si el embargo privara al ejecutado de la facultad de disposición sobre el bien trabado. Dicha tesis, cuyo origen se remonta a Las Partidas, podría encontrar un fundamento terminológico, ya que cuando nuestra legislación procesal se refiere a «trabar» pudiera inducir a pensar que el embargo produce tal «traba» o impedimento contra cualquier acto de disposición por parte del deudor sobre los bienes embargados, habiéndose incluso defendido por la doctrina (3) que un efecto de tal clase resultaría de gran trascendencia fáctica porque en otro caso el deudor se podría ver tentado a disponer de los bienes embargados antes de llevar a efecto las medidas de garantía de la traba, ocasionándose una serie de gastos y molestias innecesarias con objeto de recuperar dichos bienes.

No obstante, y sin negar la virtualidad de dichas opiniones, *de lege data* no es posible expropiar al ejecutado de una facultad de disposición sobre los bienes embargados que la propia ley le reconoce (arts. 71 y 38.5 de la LH, 143 del RH, 613, 658 y 662 de la LEC) (4) y que, en principio, no debería

(3) Cfr. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*, 2.^a ed., Ed Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 706.

(4) Ni siquiera del anterior artículo 764 de la LEC de 1881 se podía deducir que la anotación preventiva de embargo expropiara al rebelde de la facultad de disponer de los inmuebles embargados, ya que el cierre registral contemplado en dicho precepto no era consecuencia de la anotación preventiva de embargo, sino de la prohibición que la ley incorporaba a esta medida cuando recaía sobre bienes del litigante rebelde. La anotación preventiva prevista en estos supuestos tenía un carácter complejo, pues en realidad se practicaban dos anotaciones, aunque formalmente se vinieran a plasmar en una, pues, por un lado, se hacía constar la existencia del embargo y, por otro, la prohibición de disponer (cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., *El embargo*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1991, pág. 70).

entrañar peligro alguno para los intereses del ejecutante si éste tomara las oportunas medidas de garantía para evitar que el ejecutado pudiera disponer del bien ocultando el embargo (5), sin perjuicio de que, *de lege ferenda*, pudiera resultar conveniente que la LEC previera la obligación del ejecutado de participar al órgano judicial los actos de disposición realizados sobre los bienes embargados (6).

II. IMPORTANCIA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PARA QUE SURJA LA FIGURA DEL TERCER POSEEDOR

Partiendo de la premisa actualmente incuestionada (7) de que el embargo de un bien existe desde que se reseña su descripción en la correspondiente acta

RIVAS TORRALBA, R. A., *Anotaciones de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, págs. 60 y 61, y en *Anotaciones de embargo*, U. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 65. MARTÍN VILLA, P., «Sobre las ejecuciones judiciales», en *RJC*, núm. 2, 1987, pág. 200). De todos modos, aun cuando en el mandamiento expedido al Registrador se solicitara la constancia registral de la prohibición de disponer junto con la anotación del embargo de los inmuebles del rebelde, la doctrina venía entendiendo que ello no impedía la práctica de una posterior anotación preventiva de embargo que ocasionara, incluso, la enajenación forzosa del bien, pues al no existir un motivo de orden público que justificara la prohibición de disponer, había de entenderse que sólo afectaba a los actos voluntarios del rebelde y no a los supuestos de adjudicación forzosa (cfr. RIFÁ SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1983, págs. 415 y 416). No obstante, en estos casos el rematante sólo podía inscribir la adquisición efectuada en la subasta si cuando presentaba en el Registro de la Propiedad su título estaba ya cancelada la anotación de la prohibición de disponer, por caducidad o por haber sido ordenada por el órgano judicial que conociera del proceso en que el titular del bien hubiera sido declarado rebelde (cfr. RIVAS TORRALBA, R., «Sobre anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1981, págs. 317 y 318).

(5) Sobre la conveniencia de practicar la anotación preventiva del embargo: cfr. MEDINA GARCÍA, R., «Estudio pormenorizado de las subastas en el juicio ejecutivo en contraposición con el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Aplicación analógica a otros procedimientos», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. El orden jurisdiccional civil. Ejecución, recursos y servicios comunes. Comentarios sobre algunos aspectos del Código Penal de 1995*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, pág. 96.

(6) Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., «Comentario al artículo 613», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Director: LORCA NAVARRETE, A. M. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3099. En opinión de este autor, si el ejecutado transmite el bien como libre sabiendo que está gravado con un embargo, puede incurrir en responsabilidad penal por un delito de estafa (art. 251.2.º del CP) o de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º) o por un delito tipificado en el artículo 257.1.2.º o incluso de malversación impropia de caudales públicos del artículo 435.

(7) Bajo la vigencia de la anterior LEC, aun cuando los artículos 764, 1.409 y 1.453, junto con el artículo 43 de la LH, inducían a confusión, también se venía aceptando

o desde que se decreta por resolución judicial (art. 587) (8), resulta harto recomendable que el actor interese la oportuna anotación preventiva de embargo (9); en primer lugar, para adquirir preferencia en el cobro frente a otros acreedores que inscriban con posterioridad su derecho, siempre que sus créditos no sean privilegiados por cualquier otra causa y, en segundo lugar, en aras de enervar la buena fe de los posibles adquirentes del inmueble, impidiendo que surja la figura del tercero hipotecario (10) y haciendo posible que el bien embargado permanezca afecto a la ejecución con independencia de que se enajene a otra persona, la cual pasará a ostentar la posición de tercer poseedor.

La celeridad en la práctica de dicha anotación preventiva adquiere tal relevancia que el artículo 629.1 de la LEC, a fin de lograr que el período de interinidad entre el embargo y su anotación sea el mínimo posible, ha introducido como novedad la necesidad de que *el mismo día de la expedición de*

mayoritariamente el carácter no constitutivo de la anotación preventiva de embargo: cfr. entre otras muchas, las SSTs de 14 de octubre de 1965 (RAJ 4441), 27 de septiembre de 1967 (RAJ 3383), 19 de abril de 1971 (2276), 4 de abril de 1980 (1921), 3 de noviembre de 1982 (RAJ 6521), 24 de noviembre de 1986 (6579), 23 de abril de 1992 (RAJ 3322), 24 de febrero de 1995 (RAJ 1642), 16 de junio de 1998 (RAJ 4898), 19 de abril de 2000 (RAJ 2152).

(8) En el Borrador de la LEC también se concedió validez a los pactos en que las partes afectaran convencionalmente algún bien siempre que constaran en documento firmado por el deudor. No obstante, el convenio sobre afección de bienes no fue recogido en el texto definitivo de la LEC, lo que se puede considerar acertado, ya que la regulación que se proponía era insuficiente, además de confusa, y originaba importantes incertidumbres a la hora de determinar la eficacia que tales convenios podían tener frente a terceros interesados en la ejecución (cfr. RIVAS TORRALBA, R., «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», en *La ejecución. Los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 95, nota 4.

(9) La anotación preventiva de embargo tiene su precedente histórico en la antigua hipoteca judicial (*pignus iudiciale* o *in causa iudicata captum*) sustituida en la Ley Hipotecaria de 1961 por la anotación preventiva de embargo de la que es un sucedáneo o versión moderna, ya que si bien no constituye un derecho real de hipoteca, sí que entraña una garantía registral en perjuicio de posteriores adquirentes de la finca o derecho anotado (cfr. ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario. Dinámica registral*, T. VI, 8.^a ed. revisada, ampliada y puesta al día. Ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 416 y sigs.).

(10) STS de 19 de abril de 2000 (RAJ 2152) (La Ley núm. 5110, 2 de agosto de 2000): «La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria (...) lo que permitiría pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aun sin aquel asiento; debiendo tener en cuenta el Juzgador, en cada caso concreto, más que el aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como acto constitutivo o meramente complementario, las circunstancias de las personas interesadas, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del embargo, ni el deudor ni quienes con él contraten, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, y todo ello sin perjuicio de proteger, en otro caso, al adquirente de buena fe que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales, actuándose en este supuesto a través del instituto del tercero hipotecario».

la anotación se remita el mandamiento por fax desde el Juzgado al Registro de la Propiedad, donde se extenderá el correspondiente asiento de presentación. En este caso, el Registrador confirmará por fax al órgano judicial la recepción del mandamiento en el mismo día o en el siguiente y si el mandamiento original se presenta en el Registro en el plazo máximo de diez días hábiles, surtirá efectos la anotación preventiva de embargo desde la fecha del asiento de presentación; en caso contrario, el asiento practicado caducará y será cancelado de oficio, perdiendo la prioridad obtenida.

No obstante, a pesar de las loables previsiones contenidas en el artículo 629.1, dicho precepto no es de fácil cumplimiento en la práctica forense, en donde las resoluciones y los despachos acordados en las mismas no siempre se firman el día de su fecha, resultando habitual que el Juez y el Secretario firmen el día siguiente hábil todo el trabajo realizado por los funcionarios judiciales el día anterior, lo que suscita el problema de que en muchos casos los faxes remitidos *ex* artículo 629.1 son devueltos con el prosaico argumento de que no se han enviado en el mismo día de su fecha. Además, en algunas ocasiones tampoco resulta sencillo disponer sin premura de los números de fax de algunos Registros, dado que no se cuenta con listados completos de todos los Registros de España, sin perjuicio de que para salvar dicha eventualidad sea recomendable que la parte ejecutante al interesar la oportuna anotación preventiva de embargo se preocupe expresamente de facilitar al Juzgado el número de fax del correspondiente Registro.

Por lo demás, también puede ocurrir que el acreedor se encuentre con ciertos escollos cuando pretenda garantizar la traba, ya que es posible que el inmueble no conste inmatriculado o que figure inscrito a favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de éste, estableciendo el artículo 629.2 de la LEC que *podrá tomarse anotación preventiva de la suspensión de la anotación de embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria*, debiendo entenderse que, a pesar de que de los términos legales pudiera deducirse que queda al arbitrio del Registrador la práctica de dicha anotación («podrá tomarse»), la misma ha de ser practicada siempre que el ejecutante lo solicite en aras de otorgar a éste la oportuna protección registral mientras se inmatricula el bien (arts. 199 de la LH, 140 del RH) (11).

(11) Cfr. ALMENAR BELENGUER, M., «La ejecución dineraria: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes. Requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 275, y en «La ejecución dinerada y la vía de apremio». Coordinador: SANCHO GARGALLO, I. Ponentes: ANTÓN GARUÓ, J. I. y ALMENAR BELENGUER, M., *Primeras Jornadas Jurídicas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*. Conclusiones. Asociación Profesional de la Magistratura, Madrid, 2001, pág. 422.

La importancia de la anotación preventiva de embargo y los problemas que pueden surgir si el ejecutado enajena el inmueble embargado antes de que la misma conste en el Registro, han llevado a la doctrina a proponer soluciones alternativas a fin de evitar que el embargo pierda su eficacia a consecuencia de actos realizados una vez que éste haya sido decretado, pero antes de su aseguramiento. A estos efectos, se ha propuesto el establecimiento de un sistema de precintos en las casas o de avisos en las fincas que adviertan de la existencia de la traba con el objeto de evitar que un tercero adquiera de buena fe bienes embargados por no constar todavía anotada la traba en el Registro de la Propiedad (12).

No obstante, y sin perjuicio de la importancia de la anotación preventiva de embargo en aras de que el inmueble permanezca afecto a la ejecución y de que su enajenación forzosa haga decaer el derecho que el tercer poseedor ostenta sobre el mismo, procede reseñar: en primer lugar, que dicha anotación preventiva está sujeta a un plazo de caducidad y, en segundo lugar, que tiene una eficacia limitada, es decir, que no preserva al ejecutante de los adquirentes anteriores al embargo aun cuando hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la anotación preventiva.

1. CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Análoga importancia a la conveniencia de interesar la práctica de la oportuna anotación preventiva de embargo reviste la prórroga de dicha anotación una vez transcurrido el plazo de cuatro años previsto con carácter general en el artículo 86 de la LH para las anotaciones preventivas. El *dies a quo* de dicho plazo cuatrienal es la fecha de la anotación, y no la fecha de presentación del documento que la motivó (13).

La prórroga se reflejará en el Registro, al margen de la anotación prorrogada, por un plazo de otros cuatro años, siendo posible efectuar sucesivas prórrogas, según establece el artículo 86.1 *in fine*, resultando suficiente para proceder a la prórroga que la anotación esté vigente al presentar el mandamiento en el Registro, aunque al ir a extender el asiento de prórroga ya haya transcurrido su tiempo de vigencia (14).

(12) Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Deudas y sociedad de gananciales. Su proyección práctica en los procesos civil y penal* ADDENDA. Ed. Colex, Madrid, 1994, págs. 94 y 126.

(13) En este sentido se pronunció desacertadamente el TS en su sentencia de 16 de junio de 1998 (RAJ 4898).

(14) Cfr. CURIEL LORENTE, F., «Ley de Enjuiciamiento Civil: referencia y breve comentario de las modificaciones de la Legislación Hipotecaria», en *BCRE*, Centro de Estudios Registrales, núm. 56, enero de 2000, pág. 13.

El artículo 86 de la LH fue objeto de nueva redacción por la Disposición Final 9.^a de la vigente LEC (15) que olvidó modificar, asimismo, el artículo 199 del RH para adaptarlo a la reforma; si bien, la Instrucción de la DGRN, de 12 de diciembre de 2000, lo entendió derogado, estableciendo que las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud de mandamiento presentado en el Registro antes del 8 de enero de 2001, debían regirse por la legislación anterior, mientras que las prórrogas ordenadas en virtud de mandamiento posterior habían de caducar inmediatamente hubiese transcurrido el plazo por el que se hubiera acordado la prórroga (16).

La caducidad de la anotación preventiva de embargo conlleva nefastas consecuencias para el ejecutante, así como para el adquirente del bien en la enajenación forzosa, en los casos en que existan anotaciones o inscripciones posteriores, como la del tercer poseedor, ya que éstas no podrán cancelarse a consecuencia de la venta forzosa, pues si en el momento de la presentación en el Registro del testimonio del auto de adjudicación la anotación ha caducado, la Dirección General, apelando a los principios de tracto sucesivo (art. 20 LH) y de legitimación (art. 38 de la LH), viene denegando la inscripción del inmueble a favor del rematante en la subasta, amparando así los intereses del tercer poseedor que ha adquirido el bien después de su embargo, pues aunque hubiera inscrito su derecho con posterioridad a la anotación preventiva de la traba y, por tanto, naciera subordinado a ésta, dicha sujeción cesa cuando la anotación preventiva de embargo se extingue por caducidad, al ganar rango respecto de aquélla los asientos posteriores, por lo que desde entonces ya no es posible practicar asiento alguno que menoscabe o ponga en entredicho su eficacia si no es con el consentimiento del respectivo titular registral o por resolución judicial dictada en un procedimiento entablado directamente contra él (17).

No obstante, en modo alguno puede considerarse que la caducidad de la anotación preventiva de embargo ocasione *per se* la ineficacia de la

(15) La reforma obedeció a una enmienda en el Senado que aprovechó la nueva LEC para subsanar algunos aspectos de esta materia que habían suscitado abundantes críticas doctrinales: cfr. MANZANO SOLANO, A., «Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 25 años de Revista Crítica», en *RCDI*, núm. 657, Conmemorativo del 75.º aniversario de la fundación de la revista, 1925-31 de enero de 2000, págs. 744 a 746.

(16) Cfr. SERRANO ESPINOSA, G., «Acerca de la ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Novedades en la ejecución dineraria y en la hipotecaria», en *Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia*. índices. Vol. VIII, 2003, pág. 163.

(17) RRDGRN de 9 de septiembre de 1991 (*RAJ* 6232), 27 de octubre de 1993 (8026), 13 de febrero de 1996 (*RAJ* 1029), 26 de junio de 1998 (*RAJ* 5241), 27 de junio de 1998 (*RAJ* 5242), 29 de junio de 1998 (*RAJ* 5243), 30 de junio de 1998 (*RAJ* 5244), 1 de julio de 1998 (*RAJ* 5957), 2 de julio de 1998 (*RAJ* 5958), 18 de junio de 1999 (*RAJ* 4741), 15 de julio de 1999 (*RAJ* 4759), 9 de diciembre de 1999 (*RAJ* 9158), 13 de noviembre de 2003 (*RAJ* 7686).

compraventa que consumó el embargo (18), ya que la existencia del derecho inscrito es independiente al de la cancelación del asiento que lo publica, por lo que el adjudicatario o rematante tendrá expedita la vía de acudir a una acción contradictoria del dominio por los trámites del juicio ordinario frente al tercer poseedor en aras de desvirtuar la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 38 de la LH de que los derechos reales inscritos en el Registro pertenecen a su titular, debiendo ejercitar antes o simultáneamente a dicha acción la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 38.2 de la LH (19).

2. EFICACIA LIMITADA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

A pesar de la enorme importancia de la anotación preventiva como medida de garantía del embargo en aras de que el inmueble trabado quede afecto al proceso de ejecución y de que surja la figura del tercer poseedor, resulta obligado reseñar que dicha anotación preventiva tampoco ostenta una protección registral plena, sino que con base en los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria, la doctrina mayoritaria (20) estima que otorga una protección registral limitada y que no crea ningún derecho ni altera la naturaleza de la obligación que se ejecuta, así como tampoco convierte en real la acción que antes no tenía ese carácter (21).

(18) STS de 31 de mayo de 2002 (RAJ 5024).

(19) Cfr. TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Compraventa judicial y acción contradictoria de dominio por caducidad de la anotación preventiva del embargo ejecutado», en *Diario La Ley*, núm. 5739, 14 de marzo de 2003, págs. 1 a 6.

(20) Cfr. RIFÁ SOLER, J. M., «La anotación preventiva de embargo», *op. cit.*, pág. 285 y sigs.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., «La tercería de dominio», Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1980, pág. 379, y en «Naturaleza y función de la tercería de dominio», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 337 y sigs.

RIVAS TORRALBA, R. A., «Anotaciones de embargo», *op. cit.*, págs. 28 y 29.

DE LA RICA ARENAL, R., «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», en *RCDI*, T. XXXI, 1958, pág. 776.

ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario. Dinámica registral», T. VI, *op. cit.*, pág. 419.

CAPO BONNAFOUS, «Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho Hipotecario español», en *RCDI*, 1933, pág. 296.

(21) En contra:

Cfr. RAMOS FOLQUES R., «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y Registro: sus efectos después de la reforma de 1944», en *RDP*, 1951, pág. 564 y sigs., «El precedente real de las anotaciones de embargo», en *RDP*, 1952, pág. 723.

Por consiguiente, los actos dispositivos anteriores a la anotación preventiva de embargo, aun inscritos después, tienen carácter preferente, pues la anotación de embargo sólo atribuye preferencia sobre las obligaciones y enajenaciones del deudor posteriores a la fecha de la anotación, por lo que el favorecido por la anotación preventiva no goza en absoluto de los beneficios protectores de la fe pública registral, pues nada adquiere del titular registral (22).

El tercero que ha adquirido un inmueble antes del embargo aunque lo haya inscrito a su favor después de la constancia registral de la traba, no puede equipararse a un tercer poseedor, ya que la anotación preventiva de embargo no produce efectos contra las adquisiciones efectuadas con anterioridad, aun cuando la escritura pública en que se encuentre documentada la transmisión tenga acceso al Registro con posterioridad o no haya sido inscrita (23). La inscripción en nuestro derecho no es constitutiva, salvo en ciertos supuestos, por lo que los derechos se adquieren y pierden fuera del Registro

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, págs. 159 y sigs.

FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 363. Este autor sostiene la eficacia plena de la anotación preventiva de embargo arguyendo, entre otros argumentos, que el artículo 1923.4 del Código Civil, al que remite el artículo 44 de la LH, admite diferentes interpretaciones, no siendo todas ellas conformes con la defensa del carácter limitado de la protección registral. Además, en opinión del citado autor, el artículo 38.4 de la LH dispone para la hipoteca lo mismo que el párrafo 5.º establece para la anotación preventiva de embargo, de lo que concluye que en base al citado precepto no resulta posible deducir que la anotación preventiva de embargo tenga una protección registral distinta a la hipoteca. Por otro lado, estima que del artículo 71 de la LH *a sensu contrario* no puede deducirse la eficacia limitada de la anotación preventiva de embargo, pues ante el tenor de dicho precepto cabe adoptar dos posturas: una consistente en considerar que la anotación preventiva sólo protege frente a los actos dispositivos posteriores y otra —para este autor más adecuada— que mantiene que en lo no dispuesto por el artículo 71 de la LH se debe acudir a las restantes normas de la LH, en concreto a los artículos 32 y 34, reconociendo el amparo que ofrece la anotación respecto de los actos dispositivos anteriores inscritos con posterioridad.

Sucintamente estas son las argumentaciones que esgrime este autor en pro de su tesis, pero a pesar de la brillantez expositiva, a nuestro juicio no son suficientes para echar por tierra algo que se deduce del propio espíritu de la legislación hipotecaria, como es la eficacia limitada de la anotación preventiva de embargo.

Acerca del efecto real absoluto de la anotación preventiva de embargo y de los autores que la defienden: cfr. MANZANO SOLANO, A., «Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 25 años de Revista Crítica», *op. cit.*, págs. 725 y sigs.

(22) SSTs de 7 de marzo de 1896, 21 de febrero de 1912, 31 de octubre de 1928, 2 de marzo de 1943, 29 de noviembre de 1962, 14 de diciembre de 1968, 26 de febrero de 1980 (RAJ 534), 12 de diciembre de 1988 (RAJ 9428), 2 de julio de 1990 (RAJ 5765), 19 de noviembre de 1992 (RAJ 9243), 30 de diciembre de 1993 (RAJ 9908), 10 de mayo de 1994 (RAJ 3896), 14 de junio de 1996 (RAJ 4772), 19 de mayo de 1997 (RAJ 3887), 19 de abril de 2000 (RAJ 2152).

(23) SSTs de 8 de julio de 1975 (RAJ 2946), 13 de diciembre de 1982 (RAJ 7476), 8 de julio de 1983 (RAJ 4122), 19 de mayo de 1997 (RAJ 3887).

y en caso de discrepancia prevalecerá la realidad extrarregistral acreditada frente a la registral o tabular (24).

No obstante, el tercero que ha adquirido un bien con anterioridad a su embargo pero que lo ha inscrito a su favor en el Registro con posterioridad a la anotación preventiva de la traba, no puede adoptar una actitud pasiva en el proceso de ejecución, pues si así fuere, será tratado como un mero tercer poseedor, cancelándose la inscripción de su derecho a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble. Por consiguiente, para defender sus intereses deberá interponer la correspondiente tercería de dominio (25) antes de que se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta (art. 596.2) (26), ya que, en otro caso, al acceder al Registro el remate procederá la cancelación de todas las inscripciones posteriores a la traba, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores (27), subsistiendo solamente aquellas enajenaciones o gravámenes basa-

(24) SSTs de 10 de noviembre de 1975 (RAJ 4135), 26 de octubre de 1981 (RAJ 4001), 20 de marzo de 1982 (RAJ 1388), 21 de junio de 1982 (RAJ 4334), 13 de diciembre de 1982 (RAJ 7476).

(25) STS de 19 de abril de 2000 (RAJ 2152) (La Ley núm. 5110, de 2 de agosto de 2000): «en orden al criterio dirimente que ha de aplicarse en los litigios referidos a tercerías de dominio (...) habrá de resolverse bajo el principio universal decisor de la concurrencia de ambos derechos sobre el bien adquirido o embargado, con base, es obvio, al dogma de la precedencia en la temporabilidad de los dos momentos relevantes, esto es, por un lado, en aquel en que se produce la adquisición del tercerista y, por otro, en el que se acuerda judicialmente la traba o embargo, lo cual conduce a la siguiente casuística, al margen de que actúe o no, además, el Registro de la Propiedad:

a) Producida la adquisición del derecho por el tercerista —a través de cualquier instrumento jurídico válido para la misma— y acordado el embargo concreto de ese bien adquirido, prevalecerá quien ostente la preferencia cronológica: adquisición anterior veniente a embargo posterior y a la inversa.

b) La anterior regla que viene a valer como "regla *Inter partes*", es decir, entre ambos litigantes, opera con independencia de que ambos derechos estén inscritos o anotados, esto es, aunque uno aparezca constatado registralmente y otro no, siempre prevalecerá el que sea anterior en el tiempo: ello es consecuencia de que en nuestro Derecho positivo ni la inscripción es constitutiva ni la anotación del embargo preceptiva».

(26) El *dies ad quem* para la interposición de la tercería de dominio será el de su entrega al adjudicatario o rematante de la subasta o al comprador en el caso de que se haya enajenado por medio de otros medios alternativos de realización forzosa, aunque en el caso de inmuebles la entrega se producirá por medio de la denominada *traditio ficta*, que no se materializará por el otorgamiento de escritura pública (art. 1462.2 del Código Civil) sino por la expedición por el Secretario Judicial de testimonio comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Embargo de bienes o derechos no pertenecientes al ejecutado», en *Diario La Ley*, núm. 5937, 21 de enero de 2004, pág. 4).

(27) Cfr. SARMIENTO RAMOS, J., *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios

das en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ella (28).

En los supuestos en que precluya el plazo para que el *verus dominus* haga valer su derechos sobre el bien interponiendo un juicio ordinario de tercería de dominio, surgirá un auténtico conflicto de intereses entre quien haya adquirido el bien en la enajenación forzosa y lo pretenda inscribir a su favor y el tercero que lo adquirió con anterioridad al embargo.

A estos efectos, el artículo 594 de la LEC, zanjando definitivamente esta cuestión harto polémica (29), se ha decantado por amparar los intereses

Registrales, Madrid, 1993, pág. 234. En opinión de este autor: «para que no quedase ninguna duda de esta supeditación, el Registrador, de oficio, habría de hacer constar en el propio asiento que refleje esa enajenación anterior a la traba ya anotada, tal supeditación a las resultas del pleito en que se decretó el embargo. Igual advertencia habría de recogerse en la nota al pie del propio título inscrito, a fin de evitar incómodas sorpresas a quien confiado en la inscripción de su derecho, se creyere al abrigo de ese embargo».

DE LA RICA ARENAL, R., «Meditaciones hipotecarias...», *op. cit.*, pág. 794.

PARDO NÚÑEZ, C., *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1997, pág. 113.

SÁNCHEZ GIL, J. L. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V., *Cien cuestiones registrales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 91 y 92.

(28) ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario. Dinámica registral», T. VI, *op. cit.*, pág. 446: «Por enajenaciones o gravámenes de esta naturaleza o situación deben entenderse: las enajenaciones derivadas de un procedimiento hipotecario o de ejecución forzosa, judicial o administrativo, cuyas respectivas hipotecas o anotaciones preventivas de embargo fuesen anteriores y estuviesen inscritas o anotadas preventivamente antes de practicarse la correspondiente anotación preventiva de embargo; las retroventas en caso de ejercicio de un derecho de retracto convencional constituido e inscrito asimismo anteriormente; la venta derivada del ejercicio de un derecho de opción de compra también anteriormente estipulado e inscrito; la resolución derivada de una condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria asimismo en una venta a plazos otorgada e inscrita antes; la enajenación de bienes fideicomitidos por el fiduciario, por ejemplo, para pagar deudas y cargas de la herencia fideicomitida, cuya delación a favor del fiduciario y su inscripción se hubiese efectuado asimismo anteriormente, al igual que en el supuesto de reservas sucesorias, etc.».

(29) Hasta que el artículo 594 de la LEC ha venido a dar respuesta a esta cuestión existían dos posturas encontradas:

Por un lado, se encontraba la tesis que defendía que *el rematante no podía inscribir a su favor el bien adquirido en pública subasta*, ya que en virtud de lo dispuesto en los artículos 44 de la LH y 1923.4 del Código Civil, las anotaciones de embargo no otorgan preferencia sobre los actos dispositivos anteriores, aunque no hayan sido inscritos; además, se alegaba que en estos supuestos la enajenación era nula por recaer sobre cosa ajena, considerando inaplicable el artículo 34 de la LH por entender que éste tan sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, pero no del propio. En este sentido se pronunció la DGRN en sus Resoluciones de 16 de octubre de 1974 (RAJ 5053), 17 de diciembre de 1975 (RAJ 1976/2519), 5 de marzo de 1982 (RAJ 2317), 12 de septiembre de 1983 (RAJ 7013), 3 de octubre de 1985 (RAJ 5270) y el TS en las sentencias de 8 de julio de 1975 (RAJ 2946) y 8 de marzo de 1993 (RAJ 2052).

Por el contrario, a favor de la *prevalencia del derecho del rematante* se esgrimía lo dispuesto en la regla 2 del artículo 175 del RH, del que se deduce la procedencia de

del rematante frente al verdadero titular que no haya hecho valer sus intereses por medio de la oportuna tercería de dominio, estableciendo que dicho tercero no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados si el rematante o el adjudicatario los hubieren adquirido de modo irreivindicable (30). Todo ello sin perjuicio de que pueda hacer valer su derecho sobre el bien para deducirlo contra quien corresponda (31); por lo que puede probar que el rematante o adjudicatario conocía que el contenido del Registro era inexacto (32) o que el proceso de ejecución que originó la anotación preventiva fue fraudulento (v.gr., por connivencia entre el aparente acreedor y el

cancelar la inscripción a favor del tercer adquirente por ser posterior a la anotación preventiva de embargo (cfr. DE LA RICA ARENAL, R., «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», *op. cit.*, pág. 794. SARMIENTO RAMOS, J., «En torno a la naturaleza jurídica del embargo», *op. cit.*, pág. 234. SÁNCHEZ GIL, J. L. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V., «Cien cuestiones registrales», *op. cit.*, págs. 91 y 92. PARDO NÚÑEZ, C., *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1997, pág. 113). Por consiguiente, según esta postura, del mismo modo que la apariencia registral de que el ejecutado es propietario del bien posibilitó el embargo, también ha de posibilitar la inscripción del mismo a favor del rematante, correspondiendo a quien contradiga dicha apariencia la carga de la iniciativa procesal (STS de 13 de abril de 1993, *RAJ* 2999). Asimismo, a favor de esta tesis se alegaba que la mera inscripción de un título anterior a la traba no podía obstaculizar que el rematante inscribiera su derecho, pues esto atentaba contra el principio de prioridad registral (art. 17 de la LH). Este criterio fue ya seguido por la RDGRN de 20 de mayo de 1944 (*RAJ* 688), manteniéndose una orientación doctrinal que, aunque fue seguida por la de 24 de junio de 1944, pronto fue abandonada, teniendo posteriormente su reflejo en el artículo 175 del RH reformado por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre. Además, esta postura también se defiende en otras Resoluciones posteriores como las de 23 de marzo de 1993 (*RAJ* 2364) y 5 de mayo de 1993 (*RAJ* 4206), en las que se revoca el auto apelado que desestimaba la inscripción en el Registro de la Propiedad de un auto de adjudicación de un inmueble, por aparecer el mismo inscrito a favor de un tercero que lo había adquirido con anterioridad a la anotación preventiva de embargo, pero lo había inscrito con posterioridad a ésta. Por lo demás, el TS mantiene este mismo criterio en la sentencia de 13 de abril de 1993 (*RAJ* 2999).

(30) Si el legislador hubiera optado por establecer que la inscripción de la adquisición anterior al embargo impedía la inscripción del remate, también debería haber contemplado el sobreseimiento de la ejecución respecto a dicho bien desde que se inscribiera a favor del tercero al objeto de evitar trámites inútiles para el Juzgado y gastos estériles para el ejecutante.

(31) Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», en *RCDI*, núm. 672, julio-agosto de 2002, pág. 1492. En opinión de este autor, el propietario del inmueble que no haya interpuesto la correspondiente tercería de dominio aun después del remate y adjudicación, puede reivindicar los bienes frente al adjudicatario aunque éste inscriba su derecho en el Registro, pues no es un tercero registral y no se le puede considerar un tercero hipotecario.

(32) El artículo 34 de la LH exige que concurra buena fe en el momento de la adquisición del bien y no la hay cuando se conoce o pudo conocer con una mínima diligencia la existencia de la traba (STS de 22 de octubre de 1999, *RAJ* 7621).

ejecutado simulado) (33). Además, al tercer adquirente que no ha tenido en ningún momento conocimiento del proceso de ejecución, en algunos casos se le ha otorgado legitimación para promover un juicio declarativo instando la nulidad de la diligencia de embargo, subasta y adjudicación (34). En último término, podrá ejercitar una *acción de enriquecimiento injusto* contra el ejecutado, pudiendo solicitar el *resarcimiento de daños y perjuicios* por no haber realizado las diligencias necesarias para que se pudiera conocer la existencia de la venta privada anterior al embargo.

III. DERECHOS DEL TERCER POSEEDOR EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

1. DERECHO A QUE EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD LE COMUNIQUE LA EXISTENCIA DE LA EJECUCIÓN SI FIGURA EN LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 659.1 de la LEC, el Registrador de la Propiedad deberá comunicar la existencia de la ejecución a los titulares de derechos inscritos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del ejecutante a fin de que puedan intervenir en las actividades ejecutivas que les afecten.

Dicha notificación se practicará por correo o telégrafo con acuse de recibo o por otro medio fehaciente si su domicilio constara en el Registro (art. 660 de la LEC), ya que, en otro caso, la ley no exige al Registrador efectuar ninguna investigación en aras de averiguar el domicilio de la persona que deba ser notificada, sino que le autoriza a realizar directamente la notificación por edictos en el tablón de anuncios del Registro, en el plazo de quince días hábiles, y si la oficina del Registro no radicare en el mismo

(33) Cfr. ALFINT MASSOT, J. M., «Registro de la Propiedad y vía de apremio», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*. Ed. CGPJ, Madrid, 1997, págs. 307 y 308.

(34) En la STS de 8 de marzo de 1993 (RAJ 2052) se estimó procedente la nulidad parcial del juicio ejecutivo, instada en un juicio declarativo posterior, por aquél que siendo propietario legítimo del inmueble en el momento del embargo no lo tenía inscrito a su favor en el Registro.

Sólo el tercero que se vea directamente envuelto en una ejecución indebida, ya sea por actos nulos, ya por actos inícuos, podrá acudir a esta vía tan amplia de oposición. El TS viene reconociendo que la interposición de un juicio declarativo posterior para obtener la nulidad de actos afectados por ciertas irregularidades se restringe, por obvias razones de seguridad jurídica, a quien no hubiese tenido medios legales de reparar en el anterior juicio el ataque de los derechos que cree le corresponden: SSTS de 17 de diciembre de 1919, 1 de julio de 1904, 8 de marzo de 1929, 30 de abril de 1930 (RAJ 912), 22 de diciembre de 1967 (RAJ 5180), 4 de diciembre de 1980 (RAJ 4734), 25 de febrero de 1992 (RAJ 1549), 8 de marzo de 1993 (RAJ 2052).

término municipal que la finca, en el tablón del Ayuntamiento (art. 353.1 del RH). Previsión legislativa que, a nuestro juicio, resulta criticable, habida cuenta de que el propio Tribunal Constitucional (35) viene defendiendo que la comunicación edictal debe ser el último remedio después de haber agotado las gestiones de averiguación del paradero de los destinatarios y aunque bien es cierto que ésta jurisprudencia se refiere a los actos de comunicación realizados por los órganos judiciales, estimamos que resulta aplicable al caso que nos ocupa, máxime teniendo en cuenta que hasta la Ley 10/1992, de 30 de abril, esta notificación se realizaba por los propios Juzgados.

Asimismo, también resulta censurable que, a tenor de lo previsto en el artículo 660.2 de la LEC, la ausencia de las comunicaciones del Registro o el defecto de forma de que éstas pudieran adolecer, no sea obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la realización forzosa, ya que dicho defecto de forma puede originar que el tercer poseedor, por desconocer la propia existencia del proceso de ejecución, no pueda intervenir en las actividades ejecutivas que afecten a sus intereses ni impugnar, *ex* artículo 538.3 de la LEC, las resoluciones que le sean perjudiciales, lo que pone en tela de juicio su propio derecho a la tutela judicial efectiva, resultando criticable que, por un lado, el legislador establezca la necesidad de que el Registrador practique dicha comunicación (art. 659.1) y que, por otro lado, convalide la ausencia de la misma o sus defectos de forma (art. 660.2).

De todos modos, y sin perjuicio de lo antedicho, en el caso de que en la certificación de cargas consten como terceros poseedores dos cónyuges casados bajo el régimen de gananciales, estimamos suficiente con que la comunicación se practique a uno de ellos puesto que dada la presunción legal de convivencia establecida en el artículo 69 del Código Civil y que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes (art. 1.385 del Código Civil), no se puede apreciar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STS de 17 de abril de 2000, RAJ 2566) (36).

Además, tampoco deberán ser notificados los terceros poseedores o titulares de cargas o gravámenes no preferentes que hayan inscrito sus derechos después de la expedición de la certificación de cargas, puesto que su conocimiento del proceso de ejecución se presume por figurar en el Registro una nota marginal en la que consta la expedición de dicha certificación de cargas. De todos modos, estos titulares de derechos posteriores también tendrán derecho a participar en las actividades ejecutivas que les afecten, así como impugnar las resoluciones que les sean gravosas; si bien, en aras de acreditar

(35) Cfr. entre otras: SSTC 234/1988, de 2 de diciembre; 34/1999, de 22 de marzo; 149/2002, de 15 de julio; 138/2003, de 14 de julio y 181/2003, de 20 de octubre.

(36) Cfr. PINEDA GUERRERO, M. A., «Régimen de comunicaciones de la existencia del proceso de ejecución y subasta de bienes inmuebles», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1956-57, año LVIII, 15 de enero de 2004, págs. 12 y 13.

su legitimación, el artículo 659.2 les exige la presentación ante el órgano judicial de la inscripción de su derecho. No obstante, en el caso de que no tuvieran su derecho inscrito en el Registro, estimamos que podrán acreditar su legitimación de cualquier otro modo, sin que a ello sea óbice el tenor literal de los artículos 659.2 y 662.1 de la LEC, ya que en modo alguno la inscripción en el Registro debe ser un requisito *sine qua non* para ostentar la posición de tercer poseedor, aunque en este caso puede ocurrir que no lleguen a conocer tan siquiera la propia existencia del proceso de ejecución, pues al no figurar en la certificación de cargas, el Registrador no tiene obligación de efectuarles notificación alguna y al no haber inscrito su derecho, tampoco pueden adquirir dicho conocimiento mediante la nota marginal que de la expedición de dicha certificación consta en el Registro.

2. DERECHO A INTERVENIR EN LAS ACTIVIDADES EJECUTIVAS QUE AFECTEN A SUS INTERESES

A) *Intervención del tercer poseedor en el avalúo del inmueble*

El avalúo de los bienes embargados y la pretensión de que el mismo se encuentre lo más ajustado posible al precio de mercado, reviste una importancia de primer orden, tanto para las partes como para el tercer poseedor, máxime teniendo en cuenta la previsible depreciación de los bienes en la subasta, donde su importe se puede ver reducido al 50 por 100 del valor de tasación o a lo que se deba por todos los conceptos.

Los sistemas de tasación de bienes son el de fijación automática (v.gr., valor fiscal del inmueble); el contractual, basado en el acuerdo de los interesados, y el pericial (37). La LEC ha optado por estos dos últimos sistemas y así el artículo 637 contempla un *sistema contractual*, permitiendo que ejecutante y ejecutado se pongan de acuerdo sobre el valor del bien antes del proceso de ejecución e incluso durante su tramitación, lo cual resulta más oportuno, ya que los acuerdos previos al proceso cuentan con el peligro de que transcurra un gran lapso de tiempo hasta que se produzca la enajenación forzosa y, habida cuenta la alarmante subida de precios del sector inmobiliario, el valor de tasación pactado puede quedar muy por debajo del que en ese momento resulte en el mercado, a no ser que el pacto incluya la oportuna cláusula de actualización.

(37) Cfr. CHAMORRO GONZÁLEZ, M. A., «El procedimiento de apremio. Disposiciones generales y sistemas alternativos de realización», en *Estudios Jurídicos*, III, 2001, págs. 422 y 423.

El acuerdo sobre la valoración del bien se puede adoptar en el propio momento procesal en que se plantee la necesidad de enajenar forzosamente el inmueble, debiendo aceptarse, incluso, un informe tasacional presentado unilateralmente por el acreedor siempre que, dando traslado del mismo al ejecutado y al tercer poseedor, muestren su conformidad o dejen transcurrir el plazo otorgado al efecto sin efectuar alegación en contrario.

De todos modos, y aunque la ley no establezca previsión alguna, el órgano judicial debe examinar en todo caso tanto la forma como el contenido del pacto, velando para que éste no sea abusivo ni perjudique a las partes ni, desde luego, al tercer poseedor, al que siempre se le deberá comunicar el contenido del acuerdo a fin de que muestre su asentimiento, máxime teniendo en cuenta que puede desconocer incluso su propia existencia al no prever la ley su intervención en el mismo. No obstante, estimamos que no sería ocioso que si la existencia del tercer poseedor fuera conocida en el propio momento de adoptarse el acuerdo, se reclamara su conformidad a fin de evitar que su ulterior oposición pudiera redundar en una dilación del proceso de ejecución al tener que acudir a otra vía de valoración.

En defecto de acuerdo de las partes o cuando, a juicio del órgano judicial, éste resulte abusivo o perjudicial, procederá practicar la tasación por medio de un *perito*, mecanismo que goza de un elevado grado de objetividad, máxime teniendo en cuenta que el perito no es designado por el ejecutante ni el ejecutado sino que el sistema normal de nombramiento suele ser a través de los servicios de designación de peritos dependientes de Decanato. No obstante, si las partes dudaren de su imparcialidad, tendrán la posibilidad de recusarlo conforme a lo previsto en los artículos 124 y siguientes de la LEC, debiendo hacerse extensiva esta misma facultad al tercer poseedor, aunque el artículo 638.2 no lo prevea expresamente, pues aun cuando algunos autores (38) se han cuestionado la razón de ser de la recusación en este tipo de peritajes dada la posibilidad ulterior de practicar alegaciones o presentar un informe contradictorio (art. 639.4); a nuestro juicio, si el perito está «contaminado» por cualquier causa, no tiene razón de ser privar a las partes o al tercer poseedor de la posibilidad de recusarlo, ya que por economía procesal se evitará la emisión de un informe que por resultar sospechoso desde un

(38) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 638», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III. Director: LORCA NAVARRETE, A. M. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., 2.^a ed. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3268. Este profesor se pregunta sobre la procedencia de la recusación en este tipo de peritajes que sólo determinan un valor aproximado de mercado y en los que las partes, tras la presentación del avalúo, pueden realizar las alegaciones que deseen e incluso aportar informes periciales alternativos. En el mismo sentido, cfr.: CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 350. Este autor considera que hubiera bastado con la regulación de un sistema de tachas como el previsto para los peritos autores de los dictámenes presentados por las partes (arts. 343 y 344) que se limita a poner bajo sospecha el informe.

principio va a ser objeto, cuando menos, de alegaciones por parte de los interesados, lo que, al igual que la recusación, va a ocasionar una demora del proceso, sin perjuicio de que consideremos oportuno hacer extensivo a este supuesto lo previsto en el artículo 112.1 *in fine* de la LEC, imponiendo la multa de 180 a 6.000 euros al recusante que hubiera obrado con mala fe o con una mera finalidad dilatoria.

Una vez practicada la tasación, el artículo 639.4 prevé la posibilidad de que, en el plazo de cinco días, se puedan realizar alegaciones por escrito así como presentar informes alternativos suscritos por otros peritos, vistos los cuales, resolverá el Juez, por providencia irrecurrible (39), sobre el valor del bien, resultando criticable que la ley no le dé opción a nombrar un perito dirimente que pueda ilustrarle en su decisión, máxime teniendo en cuenta que el Juez no es un experto en esta materia (40).

La facultad de realizar alegaciones o presentar informes, a tenor de lo previsto en el artículo 639.4 de la LEC, la ostentan los acreedores a los que se refiere el artículo 658, remisión legal que resulta, a nuestro juicio, ciertamente ambigua, ya que el mentado precepto se limita a prever el alzamiento del embargo si de la certificación de cargas resulta que el bien se encuentra inscrito a nombre de una persona distinta del ejecutado, por lo que hubiera sido más oportuno que se hubiese remitido al artículo 659, relativo a los titulares de derechos posteriormente inscritos, entre quienes se encuentran los terceros poseedores, los cuales en tanto titulares de un derecho de propiedad, usufructo o dominio útil, o bien nuda propiedad o dominio directo sobre el bien embargado, deben encontrarse legitimados *ex* artículo 538.3 para impugnar la valoración practicada por el perito, presentando alegaciones a la misma u otros informes periciales alternativos. No obstante, algún autor (41) estima que sería más acertado que la ley estableciera la celebración de una comparecencia para la emisión del dictamen, en la que se pudieran solicitar aclaraciones o ampliaciones al informe presentado por el perito, lo que, a nuestro juicio, no resulta una opción acertada, máxime teniendo en cuenta el retraso de los Juzgados en materia de señalamientos, y que en la práctica forense los dictámenes periciales no suelen ser objeto de impugnación.

(39) Cfr. BARRIO CALLE, M. A., «El procedimiento de apremio», en *Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales*, T. I, 2003, pág. 385. Esta autora considera que hubiera sido suficiente con una diligencia de ordenación, al igual que para la liquidación de las cargas.

(40) Cfr. ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., «La subasta judicial y la nueva Ley Ritual», en *Pórtico Legal.com.*, pág. 4. Esta autora estima que hubiera sido más oportuno que en el caso de presentarse dos informes contradictorios sobre el avalúo de una finca, el legislador hubiera optado por nombrar un tercer perito o por sacar a subasta el inmueble por su valor catastral, opinión esta última que, a nuestro modo de ver, no resultaría oportuna por ser dicho valor muy inferior al de mercado.

(41) Cfr. CHAMORRO GONZÁLEZ, M. A., «El procedimiento de apremio. Disposiciones generales y sistemas alternativos de realización», *op. cit.*, pág. 428.

En todo caso, de la valoración realizada por el perito o fijada por el Juez al resolver las alegaciones efectuadas, deberá descontarse el valor de las cargas y derechos anteriores cuya preferencia resulte de la certificación de cargas (42). Dicha liquidación se realizará por el Secretario, resultando loable que el artículo 657 de la LEC prevea la posibilidad de que, a instancia de parte, el órgano judicial pueda dirigirse a los titulares de los créditos preferentes al que sirvió para el despacho de ejecución al objeto de que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía, si bien estimaríamos más adecuado que dicha información también pudiera solicitarse de oficio en aras de practicar una liquidación de cargas lo más precisa posible.

De dicha liquidación se dará traslado, mediante diligencia de ordenación, a las partes y, aunque la ley no lo especifica, estimamos que también al tercer poseedor, ya que éste, al igual que aquéllas, podrá recurrir dicha resolución en el plazo de cinco días siguientes a su notificación *ex* artículo 224 de la LEC.

B) *Participación del tercer poseedor en los mecanismos de realización forzosa alternativos a la subasta*

Una de las principales novedades de la vigente LEC ha sido el establecimiento en el proceso civil de mecanismos de enajenación forzosa alternativos a la subasta judicial, lo que se explica en la Exposición de Motivos por la necesidad de encontrar instrumentos para *agilizar la realización forzosa y mejorar su rendimiento* (43), objetivo que resulta loable, habida cuenta el grado de desprestigio de las subastas judiciales que más que ventas públicas, a las que acuden todo tipo de ciudadanos, se encuentran monopolizadas por ciertos profesionales que han convertido estas enajenaciones judiciales en un auténtico negocio.

(42) No siempre resulta sencillo determinar el valor de los gravámenes preferentes atendiendo a la certificación de cargas, especialmente cuando éstas consistan en servidumbres u otros derechos inscritos que no sean meras anotaciones de embargo o de hipotecas (cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 666», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, pág. 3336).

(43) Con la anterior LEC, la doctrina, consciente del problema suscitado, ya efectuó propuestas en aras de implantar mecanismos sustitutivos o complementarios de la subasta judicial que dieran paso a subastas extrajudiciales ante Notario o Corredor de Comercio, a la venta por medio de comisionistas profesionales o, incluso, se propuso la posibilidad de la concesión de plazos con garantías suficientes a fin de facilitar las condiciones de venta para lograr así una mayor concurrencia de compradores para conseguir una mayor eficacia de la ejecución (cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 179 y sigs. «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*, Ed. CGPJ, Madrid, 1997, págs. 136 y 137).

En esta tesitura resulta comprensible que el legislador haya obviado las tesis puramente formalistas que con base en el artículo 117 de la CE consideraron que la realización forzosa correspondía, con carácter exclusivo, a los Jueces y Tribunales en cumplimiento de su función de hacer ejecutar lo juzgado (44).

Afortunadamente, la nueva LEC, además de mejorar el sistema de subasta, abre el camino a otras vías alternativas de enajenación forzosa, no como

(44) Dicha doctrina tuvo incluso eco en el propio Tribunal Supremo, que en la sentencia de su Sala Primera 402/1998, de 4 de mayo (RAJ 3464), seguida por las de 30 de enero y 20 de abril de 1999, se había atrevido a considerar inconstitucional el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria y —separándose de las sentencias de su Sala Tercera de 16 y 23 de octubre de 1995 (RAJ 7064 y 8123, respectivamente) en las que había declarado su constitucionalidad— proclamó que el procedimiento extrajudicial contemplado en los artículos 129.2 de la LH y 234 a 236 del RH había de considerarse derogado por la DT 3.^a de la CE, ya que el mismo vulneraba la potestad jurisdiccional que conforme al artículo 117.3 es exclusiva de los Jueces y Tribunales, el principio de jerarquía normativa contenido en el artículo 9.3 de la CE, así como el artículo 24 de la CE.

El recelo del TS ante este procedimiento extrajudicial se explicaba por el hecho de que eximía a los notarios de cualquier tipo de comunicación a los Juzgados que tramitaran otras ejecuciones o tuvieran anotados embargos (cfr. FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «Problemas de ejecución sobre inmuebles», en *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Estudios de Derecho Judicial, 13, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, CGPJ, Madrid, 1998, págs. 472 y 473).

Esta sentencia no tuvo buena acogida entre la doctrina: cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F., «Notas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, La Ley, 1998, 4465», en *La Ley*, T. 4, 1998, págs. 1516 a 1518. SANTOS REQUENA, A. A., «Sobre la formación histórica del procedimiento de apremio», en *Revista Derecho y Opinión*, núm. 6, 1998, págs. 476, 477. LÓPEZ LIZ, J., «Contra la hipoteca», en *Presente y futuro del proceso civil*. AA.VV. dirigidos por PICÓ I JUNOY, J., Barcelona, 1998, pág. 646. IGLESIAS CANLE, I., «Procedimiento extrajudicial hipotecario. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998, de 4 de mayo», en *La Ley*, T. 6, 1998, págs. 2313 a 2316. NÚÑEZ BOLUDA, L., «La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su segundo párrafo relativo al "procedimiento extrajudicial". Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 4 de mayo de 1998», en *RDP*, abril de 1999, págs. 321 a 330. GIMENO SENDRA, V., «Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal europeo», en *La Ley*, T. 1, 1999, pág. 1797. CABALLOL ANGELATS, LL., «Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, sobre el procedimiento notarial de realización hipotecaria», en *La Ley*, T. 3, 1999, págs. 2107 a 2115, y en *Justicia*, 1999, núm. 2, págs. 225 a 249. GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento», en *RCDI*, núm. 659, mayo-junio de 2000, pág. 1899).

El legislador, intentando poner fin a la polémica suscitada por la STS 402/1998, de 4 de mayo, ha dado nueva redacción al artículo 129 de la LH en la DF 9.^a de la LEC, aunque dicho precepto no ha solventado todos los problemas suscitados por la Sala Primera del TS al considerar inconstitucional dicho procedimiento extrajudicial (cfr. MIRABELL GUERRÍN, L. M., «La ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralos en la nueva LEC», en *La Ley*, núm. 5220, 8 de enero de 2001, pág. 3).

mecanismos de competencia, sino como una apertura al abanico de posibilidades que redunde en la obtención de unos mayores beneficios tanto para el ejecutante como para el ejecutado (45). Así, se regulan los convenios de realización judicialmente aprobados (art. 640) y la posibilidad de que se practique la enajenación por persona o entidad especializada (art. 641).

La vigente LEC ha querido dotar a estas nuevas vías de realización forzosa de toda suerte de garantías en aras de evitar que se contagien de los males de que adolecen las subastas judiciales. Así, y en lo referente al tema que nos ocupa, la LEC pretende salvaguardar los intereses de los terceros poseedores de bienes embargados, previendo su intervención tanto en los convenios de realización como en las ventas por persona o entidad especializada.

a) Convenios de realización

Los convenios de realización consisten en la celebración de una comparecencia (46) para acordar cualquier forma de realización de los bienes sujetos a enajenación forzosa que puede ir desde presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio superior al que se pudiera obtener en subasta hasta otro tipo de convenio que la ley no especifica y que no tiene que suponer necesariamente la enajenación del bien (47).

(45) Cfr. MARTÍN DÍZ, F., «El futuro de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: análisis del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. 4, 1999, págs. 1630 y sigs.

(46) La LEC no precisa quién habrá de presidir dicha comparecencia, si el Juez o el Secretario Judicial, pues se limita a establecer que el acuerdo alcanzado se aprobará por el Tribunal mediante auto. Dicha omisión legal ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina al haberse desaprovechado una excelente ocasión para ampliar las competencias de los Secretarios Judiciales (cfr. ROBLEDO VILLAR, A., «La realización forzosa de bienes en la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de los medios alternativos a la subasta judicial», en *Ejecución en el proceso civil. Ley 1/2000, de 7 de enero. Estudios jurídicos*, VII, 2001, pág. 385). No obstante, con la normativa actual, algún autor sostiene que la comparecencia debe ser presidida por el Secretario Judicial sin que a ello sea óbice que el acuerdo alcanzado se apruebe por auto, pues también la subasta es presidida por el Secretario y el Juez dicta el auto aprobando el remate (cfr. BARRIO CALLE, M. A., «La ejecución forzosa de condenas dinerarias: incidencia de la LEC 2000 en la Ley de Procedimiento Laboral», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, II, 2001, pág. 180).

(47) El contenido específico del convenio de realización puede ser muy variado, pudiendo admitirse la adjudicación directa al ejecutante, la dación en pago, el pago por tercero, la permuta de bienes, la servidumbre mediante pago, el arrendamiento, el ofrecimiento y realización de trabajos a cuenta del crédito impagado, la administración para pago y, en general, cualquier otra que resulte satisfactoria para el propio ejecutante (cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 640», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, op. cit., pág. 3275. ROBLEDO VILLAR, A., «La realización forzosa de bienes en la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de los medios alternativos

La solicitud al órgano judicial del señalamiento de esta comparecencia pueden realizarlo, a tenor del artículo 640 de la LEC, *el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución* (48), por lo que, sin mucho esfuerzo, procede interpretar que el tercer poseedor del bien embargado objeto de realización forzosa, tendrá legitimación para interesar la celebración de dicha convocatoria, sin perjuicio de que, en todo caso, deba ser citado necesariamente a la misma (49), pues constituye un requisito *sitie qua non* que preste su conformidad con el acuerdo adoptado. De hecho, dicha exigencia legal tiene una relevancia de tal orden que incluso puede suponer una dilación en la aprobación del convenio en el caso de que el tercer poseedor no concurra al acto, ya que, lejos de presumir que su incomparecencia supone su conformidad (50), entendemos que su falta de asistencia exige como requisito añadido comunicarle el contenido del acuerdo adoptado, otorgándole un plazo para que se pronuncie sobre la adhesión al mismo, pues, a tenor de lo previsto en el párrafo tercero *in fine* del artículo 640 de la LEC, *sólo con la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hayan inscrito o anotado sus derechos en el Registro con posterioridad al gravamen que se ejecuta, podrá dictarse por el Juez auto que suspenderá la ejecución respecto del bien objeto del acuerdo* (51),

a la subasta judicial», *op. cit.*, pág. 377). Es discutible que puedan aceptarse acuerdos que aunque tengan por finalidad la satisfacción de la obligación, no supongan la realización del bien o una actuación sobre el mismo para que con el producto líquido de su enajenación o con los frutos o rendimientos se pueda lograr aquella satisfacción, así no parece que pueda acordarse, v.gr., un pago a plazos del crédito del ejecutante (cfr. CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 319).

(48) A tenor de lo previsto en el artículo 640.2 de la LEC, la comparecencia se acordará si el ejecutante se mostrare conforme y el tribunal no encontrare motivos razonables para denegarla, de lo que parece deducirse que si la solicitud no proviniera del ejecutante deberá darse traslado al mismo antes de acceder a la petición (cfr. BARRIO CALLE, M. A., «La ejecución forzosa de condenas dinerarias: incidencia de la LEC 2000 en la Ley de Procedimiento Laboral», *op. cit.*, pág. 179. CHAMORRO GONZÁLEZ, M. A., «El procedimiento de apremio. Disposiciones generales y sistemas alternativos de realización», *op. cit.*, pág. 435).

(49) La citación del tercer poseedor se deberá realizar incluso de oficio por el órgano judicial (cfr. BARRIO CALLE, M. A., «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 387).

(50) Cabe preguntarse sobre los efectos de la incomparecencia del propio ejecutado, ya que la ley no establece nada al respecto; si bien, compartimos las opiniones doctrinales que consideran que si el ejecutado no comparece o si se encuentra en paradero desconocido, ello no será obstáculo para aprobar el acuerdo, si se cumplen los demás requisitos legales, ya que en otro caso éste tendría a su alcance una vía fácil para dar al traste con este mecanismo alternativo a la subasta (cfr. CARBONELL LLORENS, C., «La ejecución hipotecaria. Presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, 31, Madrid, 2000, pág. 361).

(51) Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*. J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000, pág. 86. Este autor se muestra pesimista al respecto esti-

por lo que resulta destacable el protagonismo que el legislador ha querido otorgar al tercer poseedor a estos efectos, ya que su conformidad puede condicionar la aprobación del convenio (52) aunque en todo caso ésta debe entenderse tácitamente otorgada si no mostrare su oposición en el plazo concedido al efecto (53). Por lo demás, y a pesar de que no se contempla expresamente por la ley, estimamos que también resultaría conveniente solicitar el consentimiento del tercero que haya adquirido el bien con posterioridad al embargo pero que todavía no lo haya inscrito a su favor en el Registro.

b) Realización por persona o entidad especializada

La realización por persona o entidad especializada supone una suerte de delegación por parte del órgano judicial a una persona o entidad conocedora del mercado para que proceda a la venta privada del bien objeto de ejecución en aras de aprovechar los conocimientos propios de especialistas para obtener un mayor rendimiento en la venta. No obstante, a la hora de apreciar dicha conveniencia, se habrá de tener en cuenta que los servicios de dicha persona o entidad han de ser remunerados y que sus honorarios se deberán deducir del precio finalmente obtenido, por lo que, aunque no existe una prescripción legal al respecto, resultará oportuno que dichos honorarios sean fijados con carácter previo.

A diferencia del convenio de realización, la legitimación para solicitar al órgano judicial la adopción de este mecanismo alternativo a la subasta, sólo recae en el ejecutante o en el ejecutado con consentimiento de aquél, por lo que, a pesar de que en el proceso de ejecución el tercer poseedor pueda ostentar una posición de «cuasiparte», disfrutando incluso de los medios de impugnación a favor del ejecutado (art. 538.3), en modo alguno cabe entender que puede interesar *motu proprio* este instrumento de realización.

No obstante, cuando los bienes enajenables sean inmuebles, el apartado tercero del artículo 641 prevé la celebración de una comparecencia a la que deberán ser convocadas, además de las partes, las personas que en el proceso pudieran estar interesadas, entre quienes puede incluirse el tercer poseedor del bien embargado.

mando que parece difícil que pueda obtenerse judicialmente dicho acuerdo, que requerirá en todo caso la aprobación del Juez, acreedores y terceros poseedores, habida cuenta que, de ser posible, ya se habría obtenido extrajudicialmente.

(52) Cfr. CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 320.

(53) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 640», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, págs. 3275, 3276.

En dicha comparecencia se determinará la persona o entidad a la que va a confiarse la realización y las condiciones en que ésta se va a efectuar (54), no pudiendo autorizarse la enajenación por precio inferior al 70 por 100 del valor que se haya dado al inmueble tras la liquidación de cargas, salvo que conste acuerdo de las partes y de todos los interesados, entre ellos el tercer poseedor, sin cuya conformidad no podrá autorizarse la venta por un precio inferior.

Tan pronto como se enajene el bien a un tercero, se aprobará la venta por el órgano judicial o, en su caso, éste solicitará las justificaciones oportunas (55), devolviéndose la caución que la persona o entidad especializada —salvo que se trate de una entidad pública— hubiera prestado previamente, disponiendo para realizar su encargo del plazo de seis meses prorrogable si justifica la imposibilidad de llevarlo a cabo por motivos no imputables a la misma.

C) *Participación del tercer poseedor en la subasta judicial del inmueble embargado*

A pesar de que la *voluntas legislatoris* ha pretendido restringir el ámbito de aplicación de la subasta como instrumento de realización forzosa —lo que se refleja incluso en su propia ubicación sistemática que, lejos de ocupar un lugar preponderante, se halla precedida en el texto legal de otros mecanismos alternativos de realización forzosa— resultaría ingenuo desconocer que dichas pretensiones legales no han trascendido de la nebulosa de la teoría porque en el prosaico mundo de la realidad práctica la subasta judicial, cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano (*emptio sub hasta*) (56), no ha

(54) En el caso de que la entidad pública vaya a enajenar el bien por medio de subasta, el edicto de publicidad de ésta también deberá ser fijado en el tablón de anuncios del Juzgado (cfr. *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero*, Ed. La Ley, 2002, pág. 363).

(55) Hubiera sido deseable que la ley hubiese previsto un mayor control de todo el procedimiento de enajenación, ya que resulta insuficiente que se prevea tan sólo que el tribunal pueda pedir justificaciones a la persona o entidad especializada una vez finalizada la operación (cfr. CHAMORRO GONZÁLEZ, M. A., «El procedimiento de apremio. Disposiciones generales y sistemas alternativos de realización», *op. cit.*, pág. 444). No obstante, *de lege data*, algún autor considera que habida cuenta que al Juez le sigue correspondiendo en último extremo el control y la dirección de la venta, cabe entender que puede solicitar también que se le envíe una información periódica o realizar cualquier otra actuación para controlar adecuadamente el desarrollo de la enajenación (cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 641», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, pág. 3282).

(56) Cfr. SANTOS REQUENA, A. A., «Sobre la formación histórica del procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 459.

perdido su protagonismo a causa del escaso —por no decir nulo— éxito de los mecanismos alternativos de realización forzosa (57).

No obstante, dicho fracaso legislativo se halla atemperado por el hecho de que la vigente regulación de la subasta presenta ciertas mejoras que permiten solventar algunos de los problemas que se planteaban en nuestra decimonónica ley rituarial; si bien, a nuestro juicio, su regulación todavía adolece de ciertos defectos e imprecisiones.

Así, y en cuanto al tema que nos ocupa, la LEC no prevé una intervención específica del tercer poseedor en la subasta e incluso silencia cualquier referencia a la necesidad de notificarle el lugar, día y hora en que se va a celebrar, puesto que el artículo 667.2 se limita a establecer dicha exigencia únicamente en relación al ejecutado, lo que a nuestro juicio resulta harto criticable, máxime teniendo en cuenta que se va a enajenar forzosamente un bien que ya no se encuentra en el patrimonio del deudor sino de un tercero que lo ha adquirido con posterioridad a su embargo.

En nuestra opinión, *de lege ferenda*, sería deseable que en pro del principio de tutela judicial efectiva, el legislador previera expresamente la notificación al tercer poseedor de todas aquellas resoluciones que afecten al inmueble cuya propiedad ostenta (58), ya que difícilmente va a poder utilizar los mecanismos de impugnación que la ley pone a disposición del ejecutado para defender sus intereses sobre el inmueble, si desconoce el curso de las actuaciones ejecutivas.

No obstante, *de lege data*, estimamos que el silencio de la ley no debe ser un obstáculo para que en la práctica forense y a tenor de lo previsto en el artículo 270 de la LOPJ, se deban notificar al tercer poseedor todas aquellas resoluciones que le afecten o le puedan reparar perjuicio, máxime en el caso de que, ejerciendo el derecho que prevé el artículo 662.1 *in fine*, se haya personado en la Secretaría del Juzgado para instruirse en los autos y haya solicitado que se entiendan con él las ulteriores actuaciones.

Asimismo, estimamos que en el caso de que la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por 100 del valor por el que hubiere salido el

(57) Cuando estaba en proceso de elaboración la nueva LEC, la doctrina puso de manifiesto que anualmente el 2 por 100 del Producto Interior Bruto español era objeto de subastas judiciales, lo que era buena muestra de la trascendencia económica de este asunto (cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre el avalúo y la subasta de bienes inmuebles en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. 4, 1998, pág. 1491). Desafortunadamente, con la vigente LEC la situación no ha sufrido ninguna modificación relevante dado el escaso éxito de los mecanismos alternativos a la subasta judicial.

(58) También puede ocurrir que el tercer poseedor tan sólo ostente el usufructo o dominio útil de la finca o bien la nuda propiedad o dominio directo, si bien en dichos casos estimamos que resultará asimismo procedente notificarle la fecha, hora y lugar de la subasta.

bien, sería deseable que la ley previera expresamente la posibilidad de que el tercer poseedor pudiera mejorar la postura, ofreciendo una cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior, resultara suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. No obstante, el apartado primero del artículo 670.4 concede dicha prerrogativa únicamente al ejecutado, olvidándose que éste puede que ya no sea propietario del inmueble que se subasta por haberlo enajenado a un tercero con posterioridad al embargo. Además, y por idénticas razones, también se debería oír al tercer poseedor en el caso de que, a tenor de lo previsto en el apartado tercero del artículo 670.4, se pretendiera aprobar el remate por una cantidad inferior al 50 por 100 del valor de tasación cuando esta cuantía no cubra la cantidad por la que se ha despachado ejecución, pues el legislador tan sólo prevé la audiencia de las partes en aras de que el Juez resuelva sobre la aprobación del remate, obviando el interés legítimo del tercer poseedor sobre el inmueble y su pretensión de obtener el mejor precio posible en la enajenación forzosa, máxime teniendo en cuenta que si hubiere sobrante pudiere corresponderle a tenor de lo establecido en el artículo 672.1 de la LEC.

Por lo demás, tampoco contempla la LEC que el tercer poseedor pueda intervenir como licitador en la subasta, si bien en tanto que la ley no lo prohíbe, dicha posibilidad resulta factible, sin perjuicio de que para participar en la misma como postor deba consignar previamente el 30 por 100 del valor de liquidación del bien (art. 669 de la LEC), ya que el artículo 647.2 *in fine* tan sólo exime al ejecutante de dicha obligación, aunque a nuestro juicio, dado el interés que el tercer poseedor ostenta sobre el inmueble, *de iure condendo* pudiera resultar deseable que se le eximiera de efectuar dicha consignación.

Además, en el caso de que el tercer poseedor resulte rematante en la subasta, el silencio legal obliga a plantearse si a efectos registrales se deberá acordar que se inscriba de nuevo el inmueble a su favor o si habrán de cancelarse todas las cargas e inscripciones posteriores respetando la suya. Por nuestra parte, compartimos las opiniones doctrinales (59) que consideran que esta última postura resulta más lógica, máxime teniendo en cuenta que también habrán de respetarse ciertas cargas o gravámenes posteriores que hayan sido anotados sobre el bien a causa de deudas del propio tercer poseedor y cuya cancelación podría dar lugar a situaciones fraudulentas que pudieran ser aprovechadas por el tercer poseedor para defraudar a sus acreedores pretendiendo adelantarse a enajenar el inmueble aparentemente libre de cargas.

(59) Cfr. RIVAS TORRALBA, R., «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31. Ed. CGPJ, Madrid, 2000, pág. 121 y sigs.

D) *Intervención del tercer poseedor en el procedimiento para el desalojo de terceros ocupantes del inmueble tras su enajenación forzosa*

A pesar de que su inapropiada denominación pudiera inducir a confusión, el tercer poseedor de inmuebles embargados no tiene que ostentar inexorablemente la posesión inmediata del bien, ya que el ejecutado le ha podido transmitir un inmueble ocupado por terceros, generalmente arrendatarios (60), o incluso el tercer poseedor ha podido estipular un contrato de arrendamiento con terceras personas.

Dicha eventualidad no resulta ajena al proceso de ejecución, puesto que la vigente LEC en los artículos 661 y 675 (61), acatando las sugerencias del propio Tribunal Constitucional (62), ha supuesto un importante avance en este sentido, pues conciliando el principio de celeridad con el de audiencia y el de tutela judicial efectiva, permite dilucidar en la propia ejecución la cuestión relativa al desalojo, tras la enajenación forzosa del inmueble, de los ocupantes distintos al ejecutado y al tercer poseedor.

(60) A tenor de lo previsto en el artículo 14 de la *LAU de 24 de noviembre de 1994*, el adquirente de una *vivienda* arrendada queda en todo caso subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato. Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente queda subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la LH, en cuyo caso sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años. No obstante, si las partes han estipulado que la enajenación de la vivienda extingue el arrendamiento, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años.

Además, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la referida ley, en caso de enajenación de un inmueble para *uso distinto de vivienda*, el adquirente queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la LH:

Asimismo, la *LAR de 26 de noviembre de 2003* dispone en el artículo 22: «El adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, debiendo respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato o la de la prórroga tácita que esté en curso».

(61) Los referidos artículos 661 y 675 se encuentran insertos dentro de la sección sexta del Título IV, del Capítulo IV, del Libro III titulada «De la subasta de bienes inmuebles», si bien su ámbito de aplicación no puede circunscribirse a los supuestos en que el inmueble sea enajenado en pública subasta sino que también debe hacerse extensivo a los casos en que se procede a su enajenación forzosa por los medios alternativos a la subasta previstos en la sección tercera y cuarta de dicho Capítulo IV, así como al proceso de ejecución hipotecaria, pues precisamente en este último es donde se han suscitado los mayores problemas en relación al desalojo de terceros ocupantes de los inmuebles subastados.

(62) SSTC de 6/1992, de 16 de enero; 21/1995, de 24 de enero; 69/1995, de 9 de mayo; 158/1997, de 2 de octubre; 174/1997, de 27 de octubre; 223/1997, de 4 de diciembre; 227/1997, de 15 de diciembre, y 427/1998, de 14 de febrero.

De todos modos, dichas previsiones legales no han solventado todas las cuestiones en conflicto, por lo que resulta comprensible que ciertas voces doctrinales (63) hayan puesto de manifiesto el carácter restringido del mecanismo de defensa que los artículos 661 y 675 de la LEC brindan a los terceros ocupantes de la finca embargada, el cual se presenta como el único posible para intervenir en la ejecución, lo que contrasta con las posibilidades de intervención que en el proceso de ejecución se otorga a los denominados por la legislación hipotecaria *terceros poseedores*, sin perjuicio de que ni siquiera respecto a éstos las previsiones legales resulten completas, siendo buena muestra de ello el hecho de que en el caso que nos ocupa la ley no realice mención alguna a la posibilidad de que el tercer poseedor pueda intervenir en el trámite incidental previsto para el desalojo de los terceros ocupantes (arts. 661 y 675), lo que, a nuestro modo de ver, resulta censurable al igual que otros aspectos de los referidos preceptos que van a ser analizados a continuación.

A tenor de lo previsto en el artículo 661 de la LEC, *cuando, por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de terceras personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, se les notificará la existencia de la ejecución para que, en el plazo de diez días, presenten los títulos que justifiquen su situación.*

A nuestro juicio, y sin negar virtualidad a dicho precepto, estimamos que el mismo adolece de cierta imprecisión e impropiedad terminológica: en primer lugar, porque prevé la necesidad de practicar una diligencia de notificación cuando en puridad, y de conformidad con el artículo 149 de la LEC, se trata de un requerimiento para que en un determinado plazo se lleve a cabo una determinada conducta que en este caso se contrae a presentar los títulos que justifiquen su situación, y, en segundo lugar, porque prevé que dicha notificación se realice a los terceros ocupantes distintos del ejecutado cuando propiamente debería decir a los *terceros ocupantes distintos del ejecutado y del tercer poseedor o de los familiares que con ellos convivan*, ya que en el caso de que éstos ocupen el inmueble resulta obvio que no tendrán derecho a seguir ocupándolo una vez enajenado forzosamente, sin perjuicio de que la ley tampoco precise si dicho desalojo deberá ser inmediato o si se les deberá conceder un plazo de humanidad; si bien, por nuestra parte, suscribimos las opiniones doctrinales (64) que estiman que si se trata de su vivien-

(63) Cfr. MARTÍN DÍZ, F., «Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, núm. 5147, 25 de septiembre de 2000, pág. 4.

(64) Cfr. ROYO GARCÍA, J. G., «La subasta de bienes inmuebles: especialidades en la ejecución de bienes hipotecados o pignorados en la nueva LEC», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Presupuestos, actos procesales, recursos y ejecución en*

da habitual se les deberá conceder el plazo de un mes para el desalojo, prorrogable por otro mes de existir motivo fundado, por analogía con el plazo que prevé el artículo 704 para el ejecutado que haya sido condenado a entregar un inmueble.

Por lo demás, si dichos terceros ocupantes no presentan los títulos que justifiquen su situación o cuando éstos se consideren insuficientes, el párrafo segundo del artículo 661 (65) prevé que, antes de anunciarse la subasta, se pueda celebrar una vista, tras la cual se declare, por auto irrecurrible, el derecho del ocupante a permanecer en el inmueble después de la enajenación forzosa, resultando criticable que la ley únicamente otorgue legitimación para solicitar el señalamiento de dicha comparecencia al ejecutante (66), siendo que también el ejecutado o incluso el tercer poseedor podrían estar interesados en que esta cuestión se discutiera previamente a la realización del bien, pues, obviamente, los postores estarán dispuestos a ofrecer un precio mayor si les consta que el ocupante del inmueble no tiene derecho a permanecer en el mismo. De todos modos, y sin perjuicio de esta omisión legal, estimamos que en todo caso el tercer poseedor deberá ser convocado a dicha vista (67)

la LEC 1/2000. Ejecución forzosa y medidas cautelares en la LEC 1/2000. Recursos y ejecución provisional en la LEC 1/2000, T. III, 2001, pág. 551.

En contra: cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 675», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pág. 3359.

GÓMEZ DE LIANO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Ed. Forum, Oviedo, 2000, pág. 371.

CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», op. cit., pág. 375.

A nuestro juicio, la postura más acertada es otorgarles el plazo de un mes en el caso de que deban desalojar su vivienda habitual, ya que si bien es cierto que podría alegarse que el ejecutado o el tercer poseedor que ocupa un inmueble que va a ser objeto de enajenación forzosa ya conoce, con al menos veinte días de antelación, la fecha de la subasta (art. 667.2 de la LEC) y que tras ella deberá desalojar el inmueble, también el condenado en una sentencia a entregar un inmueble conoce dicha condena desde que se le notifica la sentencia y, asimismo, para su cumplimiento voluntario posee un plazo de al menos veinte días desde su notificación hasta el momento en que el ejecutante puede instar su ejecución forzosa (art. 548 de la LEC) y, sin perjuicio de ello, el artículo 704 le concede el plazo de un mes para el desalojo.

(65) El apartado segundo del artículo 661 fue producto de la enmienda número 286 al Proyecto de Ley presentada en el Senado [BOCG, VI Legislatura. Senado. Serie II, núm. 154 (d), pág. 332].

(66) De todos modos, y sin perjuicio del tenor de la ley, algún autor estima que también ostenta legitimación para solicitar la celebración de esta comparecencia el ejecutado o cualquier otro sujeto que sea parte del proceso (cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, op. cit., pág. 3324).

(67) Aunque, a diferencia de lo que resulta habitual en la vigente LEC, el legislador no remite, en lo que respecta a la tramitación de esta comparecencia, a lo previsto para la vista del juicio verbal, lo más coherente es que se sustancie conforme a las reglas de ésta.

al objeto de oírle y de que en el propio acto pueda presentar los medios de prueba que considere oportunos (68).

La decisión del órgano judicial respecto al derecho del ocupante a permanecer en el inmueble tras la enajenación forzosa se hará constar en los edictos de la subasta en donde también deberá figurar que quedan a salvo los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio que corresponda, sin perjuicio de que si se ha celebrado el incidente previsto en el artículo 661 ya no pueda volver a promoverse el previsto con idéntico fin en el artículo 675, ya que, por expresa prescripción legal, éste tan sólo puede interesarse cuando no se ha resuelto sobre esta cuestión previamente a la venta forzosa y siempre que no haya transcurrido un año desde la adquisición del inmueble (69).

A estos efectos, el artículo 675 otorga legitimación al adjudicatario o rematante de la subasta, debiendo entenderse que también la ostenta el adquirente en otro medio de realización forzosa alternativo a la subasta e incluso el cesionario de remate, los cuales podrán solicitar el lanzamiento de los terceros ocupantes del inmueble con citación a una vista en el plazo de diez días a la que —a pesar del silencio de la ley— también resultaría oportuno que se citara al ejecutado y al tercer poseedor en aras de que, una vez oídos todos ellos y practicadas las pruebas propuestas y admitidas, se decidiera, por auto irrecurrible, sobre el derecho del ocupante a permanecer en el inmueble para lo que el Juez deberá ponderar las circunstancias concurrentes; así, si el ocupante es un arrendatario, habrá de valorar el derecho sustantivo aplicable, la fecha del contrato de arrendamiento, así como si el mismo pudiera ser simulado o fraudulento, sin que pueda presumirse fraude por el mero hecho de haberse estipulado con posterioridad al embargo del inmueble (70).

(68) Cfr. UCEDA OJEDA, J., «Comentario al artículo 661», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II. Coordinadores: CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ. Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pág. 3073. Este autor estima que el Juez también podrá conceder un período probatorio si no resulta posible practicar todos los medios de prueba en el acto, opinión que, a nuestro modo de ver, no resulta fácil de conciliar con el carácter sumario del incidente ni con el tenor literal de la ley.

(69) La introducción de este plazo fue producto de la enmienda número 1337 al Proyecto de Ley, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Catalán (*BOCG*, VI Legislatura. Congreso. Serie A, núm. 147-9, págs. 360 y sigs.) resultando acertada su incorporación al texto definitivo de la LEC, pues ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto se contemplaba plazo alguno, lo que ocasionaba inseguridad jurídica, ya que parecía dejar al arbitrio del adquirente la posibilidad de solicitar el lanzamiento aun varios años después de la adquisición del bien en la enajenación forzosa, por lo que dicha laguna legal había sido objeto de crítica por parte de la doctrina: cfr. IGLESIAS MEJUTO, J., «Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y anteproyecto de la LEC», en *Presente y futuro de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. AA.VV. Dirigido por PICÓ Y JUNOY, Barcelona, 1998, pág. 654.

(70) Sobre este particular, cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., «La problemática del desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», *op. cit.*, págs. 35 y sigs.

E) *Intervención del tercer poseedor en la administración para pago*

La administración para pago se configura en la vigente LEC como un mecanismo alternativo a la subasta que consiste en la entrega al ejecutante de todos o parte de los bienes embargados al objeto de aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución.

Dicho acuerdo se adopta por medio de providencia, a instancia del acreedor, cuando la naturaleza del bien lo aconseje, previa audiencia de los terceros titulares de derechos sobre el inmueble embargado inscritos o anotados con posterioridad al ejecutante (art. 676.2 *in fine*) (71), lo que supone una importante novedad respecto a la regulación anterior; si bien, resulta reprochable que tan sólo en este caso se haya previsto la intervención del tercer poseedor, ya que también resultaría necesaria su aquiescencia en el acuerdo adoptado por las partes relativo a la forma de llevar a cabo la administración (72), pues el artículo 677 —al igual que el art. 1.522 de la ley anterior— permite que dicha administración se rija por el pacto de las partes y, sólo en su defecto, según la costumbre del país, previsión que también resulta criticable, pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina (73), el legislador debería haber regulado de forma sistemática y completa la forma en que se había de desarrollar la administración en los casos en que no exista costumbre aplicable.

Por lo demás, también se debería haber otorgado intervención al tercer poseedor en la rendición de cuentas del ejecutante, ya que el artículo 678 tan sólo prevé dar vista de las cuentas presentadas por el acreedor al ejecutado para que éste, en el plazo de quince días, presente alegaciones, dándose traslado de las mismas al ejecutante por nueve días que, en caso de no estar conforme, propiciará la celebración de una comparecencia en la que se admitirán las pruebas que se consideren procedentes, las cuales se practicarán en un plazo máximo de diez días, tras el cual el Juez dictará auto en el que resolverá lo pertinente sobre la aprobación o rectificación de las cuentas presentadas, siendo dicho auto susceptible de recurso de reposición (74).

(71) A estos efectos, pudiera ser deseable celebrar una comparecencia con todos los interesados al modo que prevé el artículo 631 de la LEC para la administración judicial (cfr. BARRIO CALLE, M. A., «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 402).

(72) El contenido de dicho acuerdo puede alcanzar no sólo a las facultades del administrador como a la manera en que se ha de llevar la administración, pudiendo incluir también previsiones acerca de la forma y tiempo de la rendición de cuentas (cfr. CORDÓN MORENO, F., «El proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 380).

(73) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 677», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, pág. 3365.

(74) Cfr. ILLESCAS RUS, A. V., «Los recursos en la ejecución», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia. Estudios de Derecho Judicial*, 44, CGPJ, Madrid, 2004, pág. 587.

Asimismo, tampoco menciona la ley la posibilidad de que pudieren existir controversias sobre la administración entre el ejecutante y el tercer poseedor, lo cual no resultará extraño habida cuenta de que éste puede tener un derecho de propiedad sobre el inmueble, el usufructo o dominio útil, o bien la nuda propiedad o dominio directo. Sin embargo, el artículo 679 tan sólo contempla la posibilidad de sustanciar, por los trámites del juicio verbal, aquellas controversias que surjan entre el acreedor y el ejecutado. De todos modos, y a pesar de las omisiones legales, estimamos que en la práctica forense ha de darse intervención al tercer poseedor en todas estas actuaciones, ya que dicha interpretación puede deducirse del tenor literal del artículo 538.3 de la LEC que permite a aquellas personas cuyos bienes se encuentren afectos a la ejecución utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado.

3. UTILIZACIÓN POR EL TERCER POSEEDOR DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN QUE LA LEY CONCEDE AL EJECUTADO

Conforme prescribe el artículo 538.3, la persona frente a la que no se haya despachado ejecución pero cuyos bienes estén afectos al cumplimiento de la obligación, podrá utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado. No obstante, a pesar de la amplitud de los términos legales, a nuestro juicio ha de entenderse que la utilización de dichos mecanismos de impugnación no puede extenderse a cualquier actuación ejecutiva sino que debe circunscribirse a la defensa de los bienes del tercer poseedor afectos a la ejecución, ya que su responsabilidad es *ob rem o propter rem*.

En este sentido, podrá *impugnar infracciones legales* en el curso de la ejecución (art. 562 de la LEC) o *actuaciones ejecutivas contradictorias con el título ejecutivo* (art. 563) que afecten a los bienes afectos (75).

Por el contrario, estimamos cuestionable que pueda oponerse por *motivos de fondo* porque para hacer valer dichos motivos de impugnación la ley prescribe un plazo de diez días desde la notificación del auto despachando ejecución (art. 556) y lo más probable es que cuando aparezca en la ejecución la figura del tercer poseedor dicho plazo ya haya precluido o, aun cuando así no fuera, consideramos hartamente improbable que el tercer poseedor tenga a su disposición la documentación oportuna para acreditar el pago, la transacción, la compensación de un crédito del ejecutado, etc., pues lo normal es que los documentos que acrediten la concurrencia de estas causas se encuentren en

(75) Sobre los mecanismos de oposición a la ejecución: cfr. ACHÓN BRUÑEN, M. J., *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

poder del deudor, pues en modo alguno el tercer poseedor podrá alegar la compensación de un crédito propio.

Asimismo, difícilmente un tercer poseedor se podrá oponer a la ejecución por *defectos procesales*, pues aunque en este caso la ley no prescribe un plazo de oposición, por analogía con el artículo 556 de la LEC se viene aplicando el plazo de diez días desde la notificación del despacho de ejecución al ejecutado, por lo que en tan breve término, resulta difícil que surja la figura del tercer poseedor, a no ser que exista una excesiva celeridad por parte del deudor en enajenar sus bienes embargados.

Por lo demás, la vaguedad del tenor literal del artículo 538.3 de la LEC obliga a preguntarse si sólo podrán utilizar los medios de impugnación puestos a disposición del ejecutado aquéllos que hayan adquirido la propiedad de los bienes embargados o si también podrán servirse de éstos quienes con posterioridad al embargo hayan adquirido cualquier otro derecho sobre esos bienes.

La verdad es que, a nuestro juicio y realizando una interpretación sistemática del mencionado precepto con el artículo 662 de la LEC, que define la figura del tercer poseedor, estimamos que también podrán servirse de los mecanismos de impugnación puestos a disposición del ejecutado los que hubieren adquirido un derecho de usufructo o dominio útil de la finca embargada o bien la nuda propiedad o dominio directo, sin que a ello sea óbice que el artículo 538.3 de la LEC se refiera a personas a «cuyos bienes» haya dispuesto el tribunal que la ejecución se extienda por estar afectos al cumplimiento de la obligación, expresión que erróneamente pudiera inducir a pensar que el legislador tan sólo se está refiriendo a quienes ostentan un derecho de propiedad sobre dichos bienes.

Para oponerse el tercer poseedor deberá personarse con Abogado y Procurador si fueren preceptivos en el proceso de ejecución por ser el título de naturaleza extrajudicial o cuando, siendo éste una sentencia de condena, se haya dictado en un juicio ordinario o en un verbal de cuantía superior a 900 euros (art. 539.1 de la LEC).

3. IMPOSIBILIDAD POR PARTE DEL TERCER POSEEDOR DE UTILIZAR LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN A FAVOR DE LOS TERCEROS PARA LA DEFENSA DEL BIEN AFECTO A LA EJECUCIÓN

De una interpretación *a sensu contrario* del artículo 538.3 se deduce que al dotarse al tercer poseedor de los mismos medios de defensa que al ejecutado, se le está privando de los mecanismos de impugnación que la ley pone a disposición de los terceros.

Sin embargo, dicha apriorística afirmación debe ser matizada, ya que tan sólo resulta operante respecto al bien del tercer poseedor que se encuentra

afecto a la ejecución, por lo que para la defensa del resto de su patrimonio estimamos que podrá servirse de los medios de impugnación que la ley brinda a los terceros y si resultara embargado otro bien de su propiedad podrá interponer una tercería de dominio.

Por el contrario, para la defensa del bien embargado afecto a la obligación por la que se procede, resultará vano que pretenda interponer un juicio de tercería de dominio, ya que, aun cuando ostente un derecho de propiedad sobre el bien trabado, éste es de fecha posterior al embargo y, como defiende el propio TS en su jurisprudencia (76), aunque la acción de tercería de dominio sea similar a una acción reivindicatoria, mantiene con ésta enormes diferencias, pues aquélla tiende esencialmente a que se alce el embargo, no por ser el tercerista dueño del bien embargado al entablar su acción, sino por serlo antes de que se llevara a efecto el embargo, por lo que la justificación documental del tercerista debe ir referida a la fecha del embargo, acreditando que en dicho momento era propietario del bien u ostentaba sobre el mismo un derecho oponible al embargo o a la realización forzosa.

La imposibilidad de interponer con éxito una tercería de dominio ha de predicarse aun en el caso de que el tercero haya adquirido el bien embargado antes de que en el Registro de la Propiedad figure la oportuna anotación preventiva de embargo. No obstante, en estos casos hay que diferenciar si el tercer adquirente ha inscrito la finca en el Registro con anterioridad a la anotación preventiva de embargo o posteriormente.

(76) SSTs de 25 de noviembre de 1926, 15 de marzo de 1928, 22 de junio de 1928, 6 de febrero de 1929, 18 de febrero de 1936 (RAJ 475), 24 de febrero de 1936 (RAJ 352), 28 de enero de 1964 (RAJ 391), 21 de febrero de 1966 (RAJ 1532), 25 de marzo de 1969 (RAJ 1589), 31 de enero de 1970 (RAJ 371), 26 de junio de 1979 (RAJ 2549), 26 de febrero de 1980 (RAJ 534), 21 de junio de 1982 (RAJ 3434), 3 de noviembre de 1982 (RAJ 6521), 13 de diciembre de 1982 (RAJ 7476), 18 de julio de 1983 (RAJ 4236), 30 de octubre de 1983 (RAJ 5846), 26 de junio de 1984 (RAJ 3263), 3 de noviembre de 1984 (RAJ 5364), 17 de diciembre de 1984 (RAJ 6132), 7 de marzo de 1985 (RAJ 1131), 8 de mayo de 1986 (RAJ 2346), 20 de junio de 1986 (RAJ 3784), 20 de febrero de 1987 (RAJ 701), 9 de julio de 1987 (RAJ 5215), 21 de noviembre de 1987 (RAJ 8638), 28 de abril de 1988 (RAJ 3299), 25 de mayo de 1988 (RAJ 4334), 25 de octubre de 1988 (RAJ 7639), 5 de junio de 1989 (RAJ 4291), 16 de junio de 1989 (RAJ 4692), 21 de junio de 1989 (RAJ 4771), 12 de diciembre de 1989 (RAJ 8822), 30 de enero de 1990 (RAJ 105), 27 de febrero de 1990 (RAJ 723), 6 de marzo de 1990 (RAJ 1670), 2 de julio de 1990 (RAJ 5765), 25 de febrero de 1991 (RAJ 1596), 2 de marzo de 1991 (RAJ 2446), 7 de enero de 1992 (RAJ 152), 23 de abril de 1992 (RAJ 3322), 3 de noviembre de 1992 (RAJ 9189), 5 de noviembre de 1992 (RAJ 9221), 31 de mayo de 1993 (RAJ 4058), 17 de junio de 1993 (RAJ 5375), 30 de septiembre de 1993 (RAJ 6661), 2 de junio de 1994 (RAJ 4574), 26 de julio de 1994 (RAJ 6784), 24 de febrero de 1995 (RAJ 1642), 19 de abril de 2000 (RAJ 2152), 7 de mayo de 2003 (RAJ 3887).

a) *Inscripción de la finca a su favor antes de que conste la anotación preventiva de embargo*

Si el tercer adquirente ha inscrito a su favor el inmueble antes de que se haya garantizado la traba con la oportuna anotación preventiva de embargo, ni siquiera se encontrará en la tesitura de interponer una tercería de dominio, pues, como ha declarado la DGRN (77), los principios de legitimación y de tracto sucesivo recogidos en los artículos 38 y 20 de la LH obligan a denegar la práctica de la anotación preventiva de embargo de una finca si cuando se presenta en el Registro el mandamiento, aparece inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se sigue el procedimiento, sin que a ello sea óbice la alegación de que el embargo existe desde que se decretó judicialmente, pues aun cuando el embargo cuya anotación se pretenda sea anterior a la adquisición de la finca trabada por el titular registral, el principio de prioridad (art. 17 de la LH) determina el cierre del Registro a los títulos que se opongan al mismo o sean incompatibles.

No obstante, en estos casos el ejecutante podrá intentar ejercitar una acción rescisoria, si no tiene otro modo de hacer efectivo su derecho, con base en la presunción de fraude esgrimida en el artículo 1297.2 del Código Civil (78), la cual habrá de interponerse en el plazo de cuatro años (art. 1.299 del Código Civil) contándose el *dies a quo* desde el momento en que el perjudicado pueda tener entero y cabal conocimiento del acto que le produce el daño patrimonial (79) aunque la doctrina (80) ha esgrimido que no parece

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

(78) Artículo 1297.2: «Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

La doctrina ha puesto de relieve que, en puridad, el citado precepto no contempla una presunción sino que es un ejemplo más del incorrecto uso que, en ciertas ocasiones, nuestro legislador da a este término: cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*. Ed Nauta, S. A., Barcelona, 1963, pág. 1 19. Este autor estima que sería más adecuado que la redacción del artículo 1297.2 del Código Civil fuera del tenor literal siguiente:

«También podrán ser rescindidos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título oneroso, si en este último caso la enajenación fuere hecha por persona contra la cual se hubiere pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes, siempre que los acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

El deudor podrá evitar la rescisión si probare que el contrato no fue realizado en fraude de acreedores».

(79) STS de 16 de febrero de 1993 (RAJ 774).

(80) Cfr. RODRÍGUEZ VEGA, L., «Garantías del acreedor frente a las mutaciones patrimoniales convencionales del deudor tendentes a impedir o menoscabar la ejecución (acción pauliana)». *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*.

coherente fijar el inicio del cómputo del plazo de caducidad en el momento en que se tiene conocimiento del negocio, sin establecer relación alguna con el otro requisito esencial para poder actuar que es la insolvencia, pues aun siendo lo normal que el conocimiento del acto de disposición coincida con el de la insolvencia del deudor, cuando éste se dilata en el tiempo, parece más razonable considerar que la acción sólo puede ejercitarse cuando el acreedor tiene conocimiento de la insolvencia, o dicho de otro modo, desde que resulta frustrada la persecución de los bienes propios del deudor.

No obstante, el ejercicio de tal acción no conlleva como consecuencia inexorable que el bien sustraído de la ejecución se reintegre a la misma si el adquirente cumple los requisitos para ser considerado tercero hipotecario (81). A estos efectos, si el ejecutante pretende probar la ausencia de buena fe deberá aportar prueba plena, cumplida y manifiesta de que el adquirente del bien conoció o pudo conocer con una mínima diligencia la existencia de la discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, o lo que es lo mismo, que conocía en el momento de adquirir el bien que el mismo se encontraba embargado aunque la anotación preventiva de la traba no figurara en el Registro.

b) *Inscripción de su derecho tras la anotación preventiva de embargo*

La situación del tercero que adquiere un bien embargado desconociendo la existencia de la traba por no figurar en el Registro la oportuna anotación preventiva de embargo, resulta realmente conflictiva cuando inscribe el inmueble a su favor después de dicha anotación preventiva y el rematante o adjudicatario, tras la enajenación forzosa, interesa la cancelación de su inscripción.

La cuestión no resulta pacífica y, de hecho, ha propiciado una diversidad de criterios:

Así, en un principio, la Dirección General mantenía una postura tendente a amparar los derechos de aquél que había adquirido de persona que aparecía en el Registro con facultades para transmitir el bien, esgrimiendo la inaplicabilidad del artículo 38 *in fine* de la LH y del artículo 143 del RH, operantes si el inmueble pasaba a poder de un tercero después de que en el Registro constara la anotación preventiva de embargo, y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1923.4 del Código Civil y 44 de la LH, venía defendiendo la ineficacia contra terceros del embargo mientras no gozara de la oportuna publicidad registral y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 20 de

Estudios de Derecho Judicial, 13, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, CGPJ, Madrid, 1998, págs. 81 y 82.

(81) SSTs de 11 de junio de 1982 (RAJ 3412), 3 de noviembre de 1982 (RAJ 6521), 24 de noviembre de 1986 (RAJ 6579).

la LH, denegaba la inscripción del título que traía causa del procedimiento de apremio en el caso de que el rematante pretendiera inscribir a su favor el bien adquirido en la subasta, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios para contender acerca de la nulidad o validez de los títulos (art. 66 de la LH) (82).

No obstante, la Dirección General cambia su criterio en las Resoluciones de 6 de septiembre de 1988 (RAJ 6999) (83) y 12 de junio de 1989 (RAJ 4804), en las que mantiene la prevalencia del título que trae causa de la anotación preventiva de embargo, esgrimiendo que la preferencia a la que se refiere el artículo 1923.4 del Código Civil en relación con el artículo 44 de la LH frente a los actos dispositivos posteriores a la anotación, no supone que los anteriores hayan de ser siempre preferentes; la colisión entre embargo no anotado y acto dispositivo posterior sobre el inmueble trabado se ha de decidir conforme al principio *prior tempore potior iure*, salvo el caso en que el que hubiere adquirido el bien con posterioridad al embargo reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria, lo cual no puede suceder cuando la anotación de embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien.

Esta postura, que es actualmente la dominante, ha sido objeto de crítica dada la inseguridad para el tráfico del dato oculto de la traba al presumir la connivencia fraudulenta del tercero, siendo que la máxima de la experiencia demuestra que frecuentemente el adquirente del bien es una víctima más (84). Así se ha defendido (85) que aunque el artículo 1.297 del Código Civil presume fraudulentas, a efectos de la rescisión de los contratos, las enajenaciones a título oneroso realizadas por aquellas personas contra las cuales se hubiera expedido mandamiento de embargo de bienes, no puede predicarse la mala fe del adquirente cuando al tiempo de su adquisición no constara en el Registro la anotación de embargo porque para el que accede al Registro lo que se presume no es la mala fe sino lo contrario.

(82) RDGRN de 13 de diciembre de 1974 (RAJ 5061) y 3 de octubre de 1985 (RAJ 5270).

El TS también se pronunció en favor de esta postura en SSTs de 27 de septiembre de 1967 (RAJ 3383) y 16 de mayo de 1969 (RAJ 2597), estableciendo la salvedad de que concurría mala fe por parte del adquirente o conocimiento del embargo del bien en el momento de adquirirlo.

(83) Cfr. VIDAL FRANCÉS, P., «Comentario de la RDGRN de 6 de septiembre de 1988», en *RCDI*, mayo-junio, núm. 59, 1989, págs. 797 a 805. Este autor realiza una exacerbada crítica de dicha Resolución.

(84) Cfr. VA AIGUAVIVA, M., «La ejecución de sentencias civiles en el Registro de la Propiedad», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. Ed. CGPJ, Madrid, 1992, págs. 457 y 458.

(85) Cfr. SERRENA CONTRERAS, P., «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», en *RCDI*, núm. 620, enero-febrero de 1994, pág. 75.

De todos modos, y sin perjuicio de reconocer la delicada situación en que puede quedar el tercero de buena fe, tampoco procede anteponer en estos supuestos la adquisición a la traba, ya que supondría eximir al adquirente de las consecuencias de un asiento registral, siendo que tal solución no encuentra apoyo en el artículo 32 ni en el 34 de la LH, porque la anotación de embargo se encuentra practicada cuando la adquisición se inscribe (86). Tampoco se puede asentar dicha solución en el artículo 1.911 del Código Civil porque cuando se decreta el embargo la finca pertenecía al ejecutado, el cual la enajena después. Asimismo, nada ayudarían a dicho razonamiento las normas procesales que niegan la tercería de dominio a quien no es dueño del bien embargado en el momento de la traba, ni la presunción de fraude del artículo 1297.2 del Código Civil (87).

4. POTESTAD DEL TERCER POSEEDOR DE LIBERAR EL BIEN MEDIANTE PAGO AL EJECUTANTE

Otra potestad que ostenta el tercer poseedor es la de liberar el bien afecto a la ejecución en cualquier momento previo a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor satisfaciendo la cantidad debida dentro de los límites de responsabilidad a que esté sujeto el bien.

Esta prerrogativa legal contemplada en el artículo 662.3 de la LEC no resulta pacífica, ya que aunque a tenor de lo previsto en el artículo 166 del RH cuando se practica la anotación preventiva de embargo se ha de reseñar lo que se trate de asegurar tanto por principal como por costas e intereses, estos dos últimos conceptos son *ab initio* de difícil precisión, puesto que hasta que el procedimiento no alcanza su fin no se procede a su tasación y liquidación, por lo que *a priori* dicho importe debe ser prudencialmente fijado atendiendo a lo previsto en el artículo 575 de la LEC que prescribe para intereses y costas una cantidad inicial presupuestada del 30 por 100 de lo reclamado por principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, porcentaje que, en opinión de la doctrina (88), resulta bajo si atendemos a lo que,

(86) De todos modos, sí que procedería amparar los derechos del tercer adquirente del inmueble en los casos en que el embargo, acordado con anterioridad a la enajenación del bien, se hubiera trabado sobre unos derechos o bienes que todavía no se habían incorporado al patrimonio del deudor, por ser derechos hereditarios expectantes aún no adjudicados ni concretados (STS de 24 de febrero de 1995, RAJ 1642).

(87) Cfr. RIVAS TORRALBA, R., «Anotaciones de embargo, II», *op. cit.*, pág. 81.

(88) Cfr. ESTÉVEZ FERNÁNDEZ-NOVOA, J. C., «La ejecución forzosa: ejecución dineraria y no dinerada», en *Jornadas nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997, pág. 425. En opinión de este autor, el porcentaje fijado debería elevarse hasta un 40 por 100 como mínimo.

por regla general, suelen ascender los intereses y las costas cuando se liquidan y tasan definitivamente.

En esta tesitura procede preguntarse si el tercer poseedor que pretenda liberar el bien deberá limitarse a pagar, en calidad de intereses y costas, la cantidad fijada en la anotación preventiva de embargo o, por el contrario, la que definitivamente resulte una vez practicada la tasación de costas y la liquidación de intereses.

La literalidad del artículo 662.3 viene a primar la seguridad jurídica, es decir, lo que consta en el Registro sobre la realidad extrarregistral, por lo que, beneficiando sobremanera al tercer poseedor, le permite liberar el bien abonando tan sólo las cantidades que consten en la anotación preventiva de embargo. Dicha solución castiga, sin razón alguna, al ejecutante por el mero hecho de haber previsto inicialmente una cantidad para intereses y costas inferior a la finalmente resultante por estos conceptos, por lo que el legislador parece haber olvidado que el propio artículo 575 de la LEC coarta la posibilidad de que el ejecutante pueda fijar libremente la cantidad que considere oportuna de intereses y costas, ya que para sobrepasar el límite fijado en dicho precepto del 30 por 100 de lo reclamado por principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, se le exige justificar una previsible demora del proceso de ejecución que, *a priori*, no siempre va a resultar de fácil acreditación.

Bien es cierto que, a tenor del artículo 613.4 de la LEC, el ejecutante podrá pedir en el curso de la ejecución que se consigne en la anotación preventiva de embargo el aumento de la cantidad prevista en concepto de intereses y costas (89), pero dicha previsión legal tampoco solventa el problema que nos ocupa, pues el importe de dichas partidas se incrementa paulatinamente a lo largo de todo el proceso y no se puede exigir al ejecutante que para salvaguardar sus intereses esté continuamente solicitando sucesivas ampliaciones de la originaria anotación preventiva de embargo, dado el coste que ello comporta y el trabajo adicional para los Juzgados y Registros. Ade-

HERNÁNDEZ MARTÍN T., «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*. AA.VV. Dirigido por FONT SERRA. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 180. Para esta autora el porcentaje no debería ser inferior al 50 por 100.

CACHÓN CADENAS, M., «Notas sobre la regulación del embargo en el Anteproyecto de la LEC», en *Presente y futuro del proceso civil*. AA.VV. Dirigido por PICÓ i JUNOY. Barcelona, 1998, pág. 520. En opinión de este profesor hubiera sido preferible que, en vez de establecerse un porcentaje determinado para intereses y costas, se hubiesen fijado unos límites máximo y mínimo dentro de los cuales el órgano judicial pudiera fijar el importe provisional de los intereses y las costas de la ejecución o bien que, aun partiendo de un porcentaje legalmente establecido, el Juez pudiera modificarlo en atención a la concurrencia de circunstancias especiales.

(89) Esta petición de actualización también procederá en caso de vencimiento de nuevos plazos o de la totalidad de la deuda (art. 578 de la LEC).

más, el citado precepto no permite la práctica de una ampliación por un importe de intereses y costas superior al que hasta ese momento se haya producido, pues aunque algún autor admite dicha posibilidad (90), a nuestro juicio esta interpretación se encuentra vedada por el propio tenor del artículo 613.4, ya que el mismo exige que el ejecutante acredite que tanto los intereses como las costas «han superado la cantidad que, por tales conceptos, constara en la anotación anterior», acreditación que, en nuestra opinión, no debe ser excesivamente rigurosa, teniendo en cuenta que el importe exacto de las costas e intereses no se puede conocer con precisión hasta su aprobación por el órgano judicial.

De todos modos, aunque el ejecutante fuera excesivamente previsor e interesara sucesivas ampliaciones de la anotación preventiva de embargo, no por ello quedarían completamente salvaguardados sus intereses, pues puede ocurrir que en el ínterin lleguen al Registro otras inscripciones o anotaciones y en pro del tercero que ha confiado en la publicidad del Registro, procede entender que la ampliación de la traba ha de ser objeto de un asiento registral específico y no de una nota al margen de la primitiva anotación preventiva. Por consiguiente, la ampliación de dicha anotación preventiva tendrá el rango registral que le corresponda, de modo que si la finca fuera objeto de enajenación forzosa como consecuencia de un reembargo anotado después de la traba inicial pero antes de la anotación de ampliación, el rematante o adjudicatario en la enajenación forzosa podrá solicitar la cancelación de la anotación de ampliación, negándose a abonar los intereses y costas que excedan de los inicialmente fijados en la anotación de embargo que precede a la suya (91).

(90) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 662», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, pág. 3227, en nota.

(91) Cfr. RIFA SOLER, J. M., «La anotación preventiva de embargo», *op. cit.*, 1983, pág. 327.

RIVAS TORRALBA, R., «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», *op. cit.*, págs. 120 y 121.

CACHÓN CADENAS, M., «Modificación y extinción del embargo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*. Ed. CGPJ, Madrid, 1997, pág. 264.

GARCÍA GARCÍA, J. M., «La anotación de embargo en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *BCRE*, Centro de Estudios Registrales, núm. 62, julio-agosto de 2000, pág. 1511 y sigs.

ÁVILA NAVARRO, P., «Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros publicadas en el período enero-marzo de 1992», en *RJC*, núm. 3, 1992, pág. 222.

HERNÁNDEZ VERGARA, A., «La ejecución sobre bienes inmuebles en la LEC 1/2000», en *Curso de práctica procesal civil: la ejecución civil*. Comunidad de Madrid. Actividades Formativas 2001-2002, pág. 111.

FIDALGO IGLESIAS, M. V., «La ejecución ordinaria. Especial referencia al embargo y a la subasta de bienes», en *Estudios Jurídicos*, I-2003, pág. 824.

La verdad es que resulta criticable que con la previsión esgrimida en el artículo 662.3 de la LEC, el legislador haya venido a restar eficacia a la anotación preventiva de embargo como medida de garantía en detrimento del ejecutante y en beneficio de un tercero que en el momento de inscribir su derecho en el Registro ha podido prever el posible aumento de los intereses y costas que prudencialmente constan en dicha anotación preventiva, ya que la máxima de la experiencia nos demuestra que en la práctica totalidad de los casos su importe inicial no coincide con la cantidad que finalmente el órgano judicial aprueba por estos conceptos, por lo que esta norma puede llegar a amparar situaciones fraudulentas propiciando que el ejecutado enajene el bien embargado a una persona de su confianza con el único propósito de que ésta lo libere de la ejecución por una cantidad inferior de la que en otro caso dicho inmueble debería responder.

No obstante, dichas desagradables consecuencias podrían suavizarse si se entendiera que sólo los terceros poseedores que hubieran adquirido el bien en otra ejecución podrían liberarlo pagando las cantidades que en concepto de principal, intereses y costas figuran en la anotación preventiva de embargo. No obstante, esta interpretación que pudiere deducirse de la remisión que el artículo 662.3 efectúa al artículo 613.3 de la LEC, tampoco impediría que, como ha puesto de manifiesto la doctrina (92), se pudiese iniciar una ejecución por un crédito ficticio en la cual se lograra una segunda anotación preventiva de embargo sobre un inmueble con el único objeto de que en dicho procedimiento una persona afín al ejecutado lo adquiriera en pública subasta para, ulteriormente, en la primera ejecución liberarlo abonando tan sólo los intereses y las costas prudencialmente anotados.

La insatisfacción que supone la regulación legal de esta materia, ha propiciado una pluralidad de interpretaciones doctrinales que, forzando la exégesis de los términos legales, pretenden alcanzar una solución adecuada. Así, mientras hay quien defiende que la responsabilidad del tercer poseedor ha de quedar en todo caso limitada a la cantidad que figure en la anotación preventiva de embargo en la fecha en que el tercer poseedor inscribió su derecho en el Registro (93); también hay quien opina que dicha solución

(92) Cfr. FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 662», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, pág. 3327, en nota.

(93) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., «La anotación de embargo en la nueva LEC», en *Lunes* 4,30, núm. 273, 2000, págs. 22 y sigs.

CACHÓN CADENAS, M. J., «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», en *Estudios Jurídicos*. Cuerpo de Secretarios Judiciales, III, 2001, págs. 405 y 406, y en «Comentario al artículo 613», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 3107. Este autor, a pesar de reconocer que la ley limita la responsabilidad del tercer poseedor a la cantidad que figure en la anotación preventiva de embargo en la fecha en que el mismo haya inscrito su derecho en el Registro, entiende que dicha solución es muy discutible en línea de principios porque puede introducir una limitación

sólo se puede defender si el adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la LH (94).

Por el contrario, otros autores mantienen que la responsabilidad limitada a la cantidad que figure en la anotación preventiva se encuentra restringida al tercer poseedor que hubiera adquirido en otra ejecución pero no a cualquier otro sujeto que pretenda pagar o a los terceros poseedores que se encuentren en otra situación (95).

Además, en tal amalgama de opiniones, otra interpretación doctrinal defiende que si el tercer poseedor pretende liberar los bienes antes de la aprobación del remate tan sólo debe abonar las cantidades que para la satisfacción del principal, intereses y costas aparezcan consignadas en la anotación de embargo, pero que si el bien es objeto de realización forzosa habrá de aplicarse la totalidad de lo obtenido al pago de lo que se deba por todos los conceptos sin límite alguno, salvo que el tercer poseedor hubiere adquirido en otra ejecución (96).

La diversidad de interpretaciones doctrinales es claro exponente de un tema no pacífico que la ley resuelve de una manera tan insatisfactoria que obliga a la doctrina a forzar los términos legales realizando interpretaciones demasiado dispares de una cuestión harto polémica que, a nuestro juicio, debería ser objeto de revisión por parte del legislador en futuras reformas legales.

No obstante, y sin perjuicio de que esta materia esté necesitada de reforma, de *lege data* nos atrevemos a dar nuestra opinión sobre el tema:

A nuestro juicio, y en aras de no franquear la puerta a conductas fraudulentas, lo más adecuado es realizar una interpretación restrictiva del artícu-

en el derecho del ejecutante a obtener una tutela judicial efectiva. Por consiguiente, considera que la responsabilidad del tercero adquirente no puede ir más allá de la cantidad que se indique en la anotación de embargo si sólo existe la mera posibilidad en abstracto de que la cantidad que figura en dicha anotación para intereses y costas no baste para cubrir el importe efectivo correspondiente a estos conceptos, pero no en el caso de que existan datos que acrediten la posibilidad efectiva de que dichas cantidades consignadas en la anotación para intereses y costas no sean suficientes.

(94) Cfr. GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., «El embargo y los terceros. El principio de determinación registral y el artículo 613.3 de la nueva LEC 1/2000», en *Diario La Ley*, núm. 5488, 22 de febrero de 2002, págs. 1 a 5.

VEGAS TORRES, J., «Comentario al artículo 613», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 1075.

(95) Cfr. GÓMEZ GALLIGO, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal», *op. cit.*, pág. 1877.

FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 662», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, págs. 3226 y sigs.

FIDALGO IGLESIAS, M. V., «La ejecución ordinaria. Especial referencia al embargo y a la subasta de bienes», *op. cit.*, pág. 823.

(96) Cfr. RIVAS TORRALBA, R., «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», *op. cit.*, págs. 119 y 120.

lo 662, considerando que tan sólo el tercer poseedor que haya adquirido el bien en otra ejecución anterior podrá liberarlo abonando, además del principal, la cantidad que figure en el Registro en concepto de intereses y costas. Dicha limitación, aunque no se establece expresamente por el artículo 662.3, se puede deducir de la remisión que dicho precepto realiza al artículo 613.3, de donde se deriva que únicamente el tercer poseedor que haya adquirido el bien en otra ejecución tendrá limitada su responsabilidad a las cantidades que aparezcan consignadas en la anotación preventiva en la fecha en que hubiera inscrito su adquisición. Por consiguiente, estimamos que los terceros poseedores que se hallen en cualquier otra situación deberán responder del importe total de lo debido una vez tasadas las costas y liquidados los intereses, pues en otro caso se fomentaría el fraude y la picaresca, ya que hay que tener en cuenta que no es ni mucho menos lo mismo que un tercero adquiera un bien embargado directamente del ejecutado que en una enajenación forzosa revestida de toda suerte de garantías legales. Por ello, lo más coherente es considerar que la *voluntas legislatoris* ha sido la de premiar a los que confían en las ventas judiciales en aras de no obstaculizar el éxito de las mismas que en otro caso podrían fracasar dada la inseguridad de los postores respecto a las cantidades por las que responde el bien. La ley reconoce en el artículo 610.2 *in fine* un derecho al reembargante de solicitar la realización forzosa de los bienes trabados con embargos anteriores, por lo que si no se quiere que dicha previsión legal quede en papel mojado al resultar infructuosas las ventas forzosas por falta de compradores, lo más adecuado es conceder a éstos ciertas prerrogativas que no poseen los demás terceros a los que el ejecutado enajena el bien embargado.

5. DERECHO DEL TERCER POSEEDOR A PARTICIPAR EN LA DISTRIBUCIÓN DEL SOBANTE

La vigente LEC, a diferencia del anterior texto normativo, contempla la posibilidad de que en el propio proceso de ejecución se proceda a la distribución del sobrante que resulte tras la subasta del bien inmueble embargado, lo que también puede hacerse extensivo a los supuestos en que la venta se haya producido por otros mecanismos alternativos a la subasta.

En primer lugar, a tenor de lo previsto en el artículo 672, que a su vez remite al 654.1, el precio obtenido se entregará al *ejecutante*, si bien a este respecto procede realizar dos apreciaciones.

Por un lado, no resulta pacífico si el ejecutante deberá cobrar hasta el límite de las cantidades que figuren en la anotación preventiva de embargo o si, por el contrario, se le deberá satisfacer el importe total de lo debido una vez liquidados los intereses y tasadas las costas, aunque, a nuestro juicio y

con base en lo previsto en el artículo 613.3, parece que lo más adecuado es considerar que el ejecutante cobre la totalidad de lo adeudado a menos que exista un tercer poseedor que haya adquirido el bien en otra ejecución, en cuyo caso tan sólo podrá percibir hasta el límite de las cantidades consignadas en el Registro (97).

Por otro lado, procede reseñar que tampoco cobrará el ejecutante la totalidad de lo adeudado en el caso de que se hubiera interpuesto con éxito una tercería de mejor derecho, ya que en este caso deberá conformarse con percibir las tres quintas partes de las costas causadas en el proceso de ejecución hasta que se haya dictado sentencia en la tercería, cobrando a continuación el tercerista hasta el límite reconocido en la sentencia que resuelva la tercería.

Una vez hayan cobrado el ejecutante y, en su caso el tercerista, si existiere sobrante deberá entregarse a los *titulares de derechos inscritos con posterioridad* al gravamen que se ejecuta por estricto orden tabular, de acuerdo con el principio *prior in tempore potior in iure* y, posteriormente, a los que hayan solicitado el *embargo del sobrante* (art. 611), entregándose el resto al *tercer poseedor y al ejecutado* por este orden aunque, como ha puesto de relieve la doctrina (98), hubiera sido más acertado que el tercer poseedor cobrara atendiendo al rango registral de su derecho, opinión que suscribimos, ya que a nuestro juicio no tiene sentido alguno que los titulares de derechos inscritos con posterioridad al tercer poseedor cobren con preferencia a éste, máxime teniendo en cuenta que dichos acreedores pueden serlo del propio tercer poseedor y no del ejecutado, ya que a tenor de lo previsto en el artículo 38.3 de la LH ninguna anotación preventiva de embargo practicará el Registrador por deudas del ejecutado cuando conste en el Registro que el bien figura a nombre de otra persona, por lo que una vez inscrito el bien a nombre del tercer poseedor ya no podrán hacerse constar sobre el mismo otros embargos o cargas del ejecutado.

No obstante, y sin perjuicio de lo antedicho, es preciso reseñar que la distribución del sobrante por estricto orden tabular no siempre va a resultar adecuada, ya que la prioridad o rango registral no debe confundirse con el privilegio o preferencia crediticia, pues el primero deriva del orden de los asien-

(97) Cfr. GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, pág. 1877.

VEGAS TORRES, J., «Comentario al artículo 613», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 1075.

RIVAS TORRALBA, R., «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», *op. cit.*, pág. 143.

FIDALGO IGLESIAS, M. V., «La ejecución ordinaria. Especial referencia al embargo y a la subasta de bienes», *op. cit.*, pág. 823.

(98) FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 672», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, págs. 3251.

tos (salvo los supuestos de hipoteca legal tácita o carga real), así como de la voluntad de los particulares; por lo que no es una cualidad del crédito sino una situación registral. Por el contrario, el privilegio es una cualidad no negociable atribuida al crédito por normas jurídicas de distinto carácter, en atención a criterios de política legislativa, y que origina una anteposición en el pago en caso de concurrencia con otros créditos, siempre que se haga valer por la vía procesal correspondiente (99); su función se limita a determinar cuál de entre varios acreedores de un mismo deudor tiene derecho a satisfacer su crédito con preferencia a los demás, con cargo a bienes determinados o a todo el patrimonio del deudor, el privilegio no es un derecho real sino una cualidad del crédito de carácter personal, por lo que puede haber asientos posteriores que gocen de prioridad crediticia (100). La conciliación del artículo 1923.4(101) y 1927.2(102) del Código Civil ha propiciado abundantes discusiones doctrina-

(99) RDGRN de 3 de abril de 1998 (RAJ 3564): «La preferencia de un crédito es una cualidad intrínseca del mismo cuya virtualidad exclusiva es determinar una anteposición en el cobro en las situaciones de concurrencia de acreedores, frente al criterio general de la *par conditio creditorum* (inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal proclamada en el art. 1.911 del Código Civil), que determinaría el reparto proporcional de los bienes del deudor entre los acreedores concurrentes (cfr. art. 1.929 del Código Civil). La preferencia crediticia es, pues, una modalización del principio de responsabilidad patrimonial universal. Y sólo puede operar cuando se está actuando exclusivamente dicha responsabilidad».

El principio de *par conditio creditorum* no se ha aplicado en toda su pureza, siendo habitual que los legisladores lleven a cabo una ordenación jerárquica o prelativa de los diversos créditos a fin de que se satisfagan unos antes que otros, por razón del interés a que cada uno de ellos sirve (cfr. RÍOS SALMERÓN, B., «Tercería de mejor derecho y protección del crédito salarial», en *Puntos críticos en ejecución de sentencias. Recurriridad de las resoluciones judiciales. Especial referencia a la suplicación*. Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPJ, 1998, págs. 454 y 455).

(100) Cfr. RIVAS TORRALBA, R. A., «Anotaciones de embargo, II», *op. cit.*, págs. 93 y 94, y en «Ejecución dineraria y Registro de la Propiedad», en *Puntos críticos en ejecución de sentencias. Recurriridad de las resoluciones judiciales. Especial referencia a la suplicación*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1998, págs. 159 y 160.

ALFINT MASSOT, J. M., «Registro de la Propiedad y vía de apremio», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio, op. cit.*, págs. 308 y 309.

(101) Artículo 1.923 del Código Civil: «Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: (...)

4.º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores».

(102) Artículo 1.927 del Código Civil: «Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán, en cuanto a su respectiva prelación las reglas siguientes: (...)

2. Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos que se expresan en el número 3.º del citado artículo 1.923 y los comprendidos en el número 4.º del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad».

les (103); si bien, es criterio aceptado por la DGRN que el embargo no altera la naturaleza personal del crédito y tampoco le confiere su preferencia, ya que ni el embargo ni la anotación preventiva otorgan al ejecutante ningún derecho real de carácter procesal, pues la anotación preventiva de embargo en modo alguno modifica la naturaleza del crédito que sigue siendo un derecho personal, por lo que si el embargo es consecuencia de un crédito privilegiado ello no implica que el privilegio del crédito se traslade al embargo, ya que la colisión entre embargos debe resolverse por el principio del *prior tempore*, que es el criterio de solución de conflictos que rige en el ámbito de los derechos reales, por lo que el acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo goza de preferencia frente a créditos posteriores a dicha anotación preventiva, pero ello no quiere decir que los créditos anteriores a la anotación hayan de ser preferentes al crédito a cuyo favor se practicó el embargo o al embargo mismo todavía no anotado, la colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las normas sobre concurrencia y prelación de créditos (104). Éste fue ya el criterio mantenido por el legislador de 1881 que en la Exposición de Motivos de la Comisión de Códigos redactora de la Ley Hipotecaria estableció que las anotaciones preventivas de embargo no eran un premio al que llegaba primero en la carrera (105).

(103) Cfr. RIVAS TORRALBA, R. A., «Anotaciones de embargo», *op. cit.*, pág. 76 y sigs. Este autor realiza una extensa y brillante exposición de las opiniones doctrinales sobre esta cuestión.

(104) RRDGRN de 7 de marzo de 1896, 14 de julio de 1933, 12 de junio de 1970 (RAJ 2921), 16 de octubre de 1974 (RAJ 5053), 5 de marzo de 1982 (RAJ 2317), 12 de septiembre de 1983 (RAJ 7013), 3 de octubre de 1985 (RAJ 5270), 6 de septiembre de 1988 (RAJ 6999), 22 de noviembre de 1988 (RAJ 9004), 12 de junio de 1989 (RAJ 4804), 15 de diciembre de 1994 (RAJ 10019), 3 de abril de 1998 (RAJ 3564), 18 de julio de 1998 (RAJ 5974).

SSTS de 20 de enero de 1954 (RAJ 76), 18 de febrero de 1954 (RAJ 1295), 27 de enero de 1958 (RAJ 551), 13 de junio de 1958 (RAJ 2491), 19 de abril de 1960 (RAJ 1282), 14 de diciembre de 1968 (RAJ 5859), 12 de junio de 1970 (RAJ 2921), 21 de febrero de 1975 (RAJ 666), 7 de marzo de 1978 (RAJ 1052), 14 de junio de 1988 (RAJ 4876), 7 de abril de 1989 (RAJ 2998), 27 de enero de 1990 (RAJ 70), 30 de enero de 1990 (RAJ 105), 27 de febrero (RAJ 723), 2 de julio de 1990 (RAJ 5765), 15 de octubre de 1990 (RAJ 7865), 26 de marzo de 1991 (RAJ 2446), 12 de febrero de 1992 (RAJ 1272), 23 de abril de 1992 (RAJ 3322), 1 de febrero de 1994 (RAJ 855), 4 de mayo de 1994 (RAJ 3568), 10 de mayo de 1994 (RAJ 3896), 13 de junio de 1994 (RAJ 4841), 5 de diciembre de 1994 (RAJ 9408), 24 de febrero de 1995 (RAJ 1642), 19 de abril de 2000 (RAJ 2152).

(105) En sentido contrario: cfr. RAMOS FOLQUES, R., «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y Registro: sus efectos después de la reforma de 1944», *op. cit.*, pág. 564, y en «El precedente real de las anotaciones de embargo», *op. cit.*, pág. 723. Este autor concede a la anotación preventiva de embargo una eficacia plena, considerando que lo contrario supondría una verdadera burla, pues se estaría admitiendo una anotación, con los gastos que ello supone, para decirle luego al interesado que ha perdido el tiempo y el dinero. Si la anotación preventiva de embargo tuviera sólo eficacia limitada ningún abogado podría asegurar a su cliente que fuera a cobrar, ya que siempre podrían existir en la más absoluta oscuridad créditos preferentes.

Por consiguiente, y partiendo de dicha premisa, puede ocurrir que en el momento de repartir el sobrante el orden registral no coincida con la preferencia crediticia, resultando loable que para estos casos se haya previsto en el artículo 672 de la LEC la posibilidad de que se pueda promover un incidente en el seno de la ejecución en el que se ventilará la preferencia a los solos efectos de distribución del sobrante.

A tenor de lo previsto en el citado precepto, puede promover este incidente «cualquier interesado», por lo que ha de considerarse legitimado todo acreedor posterior al gravamen que se ejecuta, sea reembargante o embargante del sobrante (106), así como el tercer poseedor e incluso el propio ejecutado, dándose traslado a todos éstos de la petición promoviendo el incidente por plazo de treinta días (al tercer poseedor y al ejecutado para que manifiesten lo que a su derecho convenga y a los demás acreedores para que acrediten la subsistencia y exigencia de sus créditos, presentando liquidación de los mismos). En el caso de que los acreedores posteriores lo sean a consecuencia de un reembolso trabado por otro Juzgado, el requerimiento de liquidación al acreedor deberá acompañarse, por no decir sustituirse, por un exhorto dirigido a dicho órgano judicial para que informe acerca de la subsistencia de la deuda (107).

En parecidos términos: cfr. FRANCO ARIAS, J., «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, págs. 360 y sigs.

(106) El reembolso y el embargo del sobrante aunque a veces se confunden por su aparente semejanza, en realidad tienen naturaleza y efectos diferentes, ya que mientras el *reembargo* consiste en una multiplicidad de afecciones sobre un mismo bien, el *embargo del sobrante* supone que un segundo ejecutante solicita al Juez que conoce de la primera ejecución que retenga el sobrante que pueda quedar tras haberse resarcido por completo el primer acreedor, se trata en puridad del embargo de una expectativa o bien futuro, en el que no se concede al segundo ejecutante derecho alguno sobre el bien en cuestión, ya que si el primer embargo es sobreesido por cualquier causa los bienes quedarán libres de toda traba. En los casos de reembolso si el embargo trabado en primer lugar se extingue, sin llegarse a la realización forzosa, no se produce la extinción del segundo embargo sino que éste se convierte en un embargo pleno y perfecto, aunque si el bien embargado en primer lugar es objeto de enajenación forzosa siendo adquirido por un rematante o adjudicado al ejecutante, el reembargante tan sólo percibirá, en su caso, el sobrante que resulte de la enajenación una vez resarcido el embargante. La vigente LEC en los artículos 610 y 611, ha regulado estas figuras, a las que ya con la anterior ley se refería la doctrina (cfr. CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1957, págs. 351 y 352. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *El proceso de ejecución*, Palma de Mallorca, 1982, pág. 162 y 163. CACHÓN CADENAS, M. J., «El embargo», *op. cit.*, pág. 604. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 747 y sigs. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, T. II, 5.^a ed., J. M. Bosch editor, S. A., Barcelona, 1992, pág. 1073. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional, // Proceso Civil*, J. M. Bosch editor, S. A., Barcelona, 1994, pág. 136. MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 491).

(107) Cfr. SABATER I SABATÉ, J. M., «Primeros conflictos, problemas y dudas en la ejecución de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Studia Iuridica. Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, CGPJ, 2004, pág. 280.

El artículo 672 silencia cualquier referencia a la preceptividad de Abogado y de Procurador en este incidente, si bien estimamos que por aplicación de lo previsto con carácter general en el artículo 539.1 de la LEC, resultarán necesarios, salvo que se trate de la ejecución de una sentencia dictada en un juicio verbal cuya cuantía no exceda de 900 euros, lo que no resulta muy probable habida cuenta de que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 584 de la LEC, raramente en un proceso de dicha cuantía resultarán embargados inmuebles, por lo que aunque el artículo 539.1 es un precepto previsto para regular las normas de representación y defensa de las partes en el proceso de ejecución, estimamos procedente efectuar una interpretación *in extenso* del mismo, aunque en este incidente intervengan terceros acreedores que no tengan la condición de parte en la ejecución.

De los escritos y liquidaciones presentados se conferirá traslado al que haya promovido el incidente, a fin de que conteste en el plazo de diez días y aporte prueba documental, resolviendo el órgano judicial, por auto, a los solos efectos de la distribución de las sumas adeudadas.

Contra dicha resolución no cabrá recurso alguno, dejando a salvo las acciones que pudieren corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos como y contra quien corresponda; si bien, algún autor (108) sostiene que sería más oportuno que la ley permitiera la interposición de recurso de reposición y posteriormente de apelación al objeto de evitar ulteriores procedimientos declarativos, opinión que compartimos en parte, pues aunque no consideramos adecuado la interposición de un recurso de reposición contra el auto que ponga fin al incidente, sí que resultaría deseable que dicha resolución fuera apelable, pues tampoco tienen efecto de cosa juzgada las sentencias dictadas en los juicios verbales que pretenden la tutela sumaria de la posesión y no por ello la ley veda la posibilidad de recurso.

IV. CONCLUSIONES

I. La ley no expropia al ejecutado de su facultad de disposición sobre los inmuebles embargados, de ahí la importancia de garantizar la traba con la oportuna anotación preventiva de embargo en aras de que el bien permanezca afecto a la ejecución y de que si un tercero adquiere la propiedad, el usufructo o dominio útil, o bien la nuda propiedad o dominio directo del mismo, se convierta en lo que impropiamente se denomina por la legislación procesal e hipotecaria «tercer poseedor». No obstante, y a pesar de su relevancia, la anotación preventiva de embargo no confiere al ejecutante una protección

(108) FRANCO ARIAS, J., «Comentario al artículo 672», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, págs. 3253.

registral plena, ya que los actos dispositivos realizados con anterioridad por el ejecutado a favor de un tercero, aun inscritos después de la anotación, tendrán carácter preferente, si bien dicho tercero para no ser tratado como un tercer poseedor deberá interponer la correspondiente tercería de dominio solicitando el alzamiento del embargo.

II. El tercer poseedor de un inmueble embargado, a diferencia de un mero ocupante del mismo (v.gr., un arrendatario), pierde su derecho sobre el bien a consecuencia de su enajenación forzosa, a menos que la anotación preventiva de embargo haya caducado o de que, antes de la aprobación del remate o de la adjudicación del inmueble al acreedor, el tercer poseedor abone al ejecutante una cantidad que, a pesar de los confusos términos legales, estimamos deberá alcanzar la totalidad de lo debido una vez tasadas las costas y liquidados los intereses, salvo que el tercer poseedor haya adquirido el bien en otra ejecución, en cuyo caso tan sólo responderá de las cantidades consignadas en la anotación preventiva a la fecha de la inscripción de su adquisición.

III. La extinción del derecho que ostenta el tercer poseedor sobre el inmueble embargado a consecuencia de su enajenación forzosa, exige dotar al mismo de un cierto protagonismo en el proceso de ejecución, cuestión que es regulada por la LEC de manera incompleta y desafortunada, resultando criticable que, por un lado, el artículo 659.1 establezca la necesidad de que el Registrador comunique la existencia de la ejecución al tercer poseedor que figure con posterioridad en la certificación de cargas y que, por otro lado, el artículo 660.2 convalide la ausencia de comunicación o la notificación defectuosa.

IV. Asimismo, la ley omite la participación del tercer poseedor en actividades ejecutivas que pudieran afectar a sus intereses, v.gr., silencia cualquier referencia a su intervención en el incidente para el desalojo de los terceros ocupantes del inmueble, omitiendo también su posible participación como licitador en la subasta, pues ni tan siquiera contempla la necesidad de notificarle su señalamiento, siendo que *de le ge fe renda* resultaría incluso deseable que se le eximiera del deber de consignación previo. Además, en el caso de que resulte rematante, es conflictivo si, a efectos registrales, procede acordar una nueva inscripción a su favor o si habrán de cancelarse todas las cargas e inscripciones posteriores respetando la suya, opinión esta última que resulta más oportuna, pues también habrán de respetarse las cargas o gravámenes que, aun posteriores, hayan sido anotados sobre el bien a causa de deudas del propio tercer poseedor.

V. El legislador dota al tercer poseedor de los mismos medios de defensa que al ejecutado (art. 538.3 de la LEC), previsión legal que ha de ser matizada, debiendo entenderse, a nuestro modo de ver, que tan sólo puede utilizar dichos mecanismos de impugnación en defensa del bien embargado

afecto a la ejecución, por lo que para la defensa del resto de su patrimonio deberá servirse de los medios de impugnación que la ley brinda a los terceros y si resultara embargado otro bien de su propiedad podrá interponer una tercera de dominio.

M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑEN
 Doctora en Derecho Procesal

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, M. J., *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», en *RCDI*, núm. 681, enero-febrero de 2004.
- «Embargo de bienes o derechos no pertenecientes al ejecutado», en *Diario La Ley*, núm. 5937, 21 de enero de 2004.
- ALFINT MASSOT, J. M., «Registro de la Propiedad y vía de apremio», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*. Ed. CGPJ, Madrid, 1997.
- ALMENAR BELENGUER, M., «La ejecución dinerada: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes. Requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31, CGPJ, Madrid, 2000.
- «La ejecución dineraria y la vía de apremio». Coordinador: SANCHO GARGALLO, I. Ponentes: ANTÓN GARUÓ, J. I. y ALMENAR BELENGUER, M., *Primeras Jornadas Jurídicas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000). Conclusiones*. Asociación Profesional de la Magistratura, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986.
- «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», en *RCDI*, núm. 672, julio-agosto de 2002.
- ÁVILA NAVARRO, P., «Comentario a Resoluciones de la Dirección General de los Registros publicadas en el período enero-marzo de 1992», en *RJC*, núm. 3, 1992.
- BARRIO CALLE, M. A., «La ejecución forzosa de condenas dinerarias: incidencia de la LEC 2000 en la Ley de Procedimiento Laboral», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, II, 2001.
- «El procedimiento de apremio», en *Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales*. T. i, 2003.
- CABALLOL ANGELATS, LL., «Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, sobre el procedimiento notarial de realización hipotecaria», en *La Ley*, T. 3, 1999, y en *Justicia*, 1999, núm. 2.
- CACHÓN CADENAS, M. J., *El embargo*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1991.

- «Modificación y extinción del embargo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*, Ed. CGPJ, Madrid, 1997.
- «Notas sobre la regulación del embargo en el Anteproyecto de la LEC», en *Presente y futuro del proceso civil*. AA.VV. Dirigido por PICÓ i JUNOY, Barcelona, 1998.
- «Comentario al artículo 613», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III. Director: LORCA NAVARRETE, A. M. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», en *Estudios Jurídicos*. Cuerpo de Secretarios Judiciales, III, 2001.
- CAPO BONNAFOUS, «Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho Hipotecario español», en *RCDI*, 1933.
- CARBONELL LLORENS, C., «La ejecución hipotecaria. Presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. *Estudios de Derecho Judicial* CGPJ, 31, Madrid, 2000.
- CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1957.
- CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*. Ed. Aranzadi, A Thomson Company, Pamplona, 2002.
- CURIEL LORENTE, F., «Ley de Enjuiciamiento Civil: referencia y breve comentario de las modificaciones de la Legislación Hipotecaria», en *BCRE*, Centro de Estudios Registrales, núm. 56, enero de 2000.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, M. A., «El procedimiento de apremio. Disposiciones generales y sistemas alternativos de realización», en *Estudios Jurídicos*, III, 2001.
- DE LA RICA ARENAL, R., «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», en *RCDI*, T. XXXI, 1958.
- ESTÉVEZ FERNÁNDEZ-NOVOA, J. C., «La ejecución forzosa: ejecución dineraria y no dineraria», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La tercería de dominio*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1980.
- *El proceso de ejecución*. Palma de Mallorca, 1982.
- «Naturaleza y función de la tercería de dominio», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, 1992.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «Problemas de ejecución sobre inmuebles», en *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. *Estudios de Derecho Judicial*, 13. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, CGPJ, Madrid, 1998.
- FIDALGO IGLESIAS, M. V., «La ejecución ordinaria. Especial referencia al embargo y a la subasta de bienes», en *Estudios Jurídicos*, I, 2003.
- FRANCO ARIAS, J., *El procedimiento de apremio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.
- «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio*. Ed. CGPJ, Madrid, 1997.

- «Comentario al artículo 638, 640, 641, 661, 662, 666, 672, 675, 677», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III. Director: LORCA NAVARRETE, A. M. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., 2.ª ed. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «La anotación de embargo en la nueva LEC», en *Lunes* 4,30, núm. 273, 2000.
- «La anotación de embargo en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *BCRE*, Centro de Estudios Registrales, núm. 62, julio-agosto de 2000.
- GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., «El embargo y los terceros. El principio de determinación registral y el artículo 613.3 de la nueva LEC 1/2000», en *Diario La Ley*, núm. 5488, 22 de febrero de 2002.
- GIMENO SENDRA, V., «Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal europeo», en *La Ley*, T. I, 1999.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F., «Notas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, La Ley, 1998, 4465», en *La Ley*, T. 4, 1998.
- *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*. Ed. Forum, Oviedo, 2000, pág. 371.
- GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento», en *RCDI*, núm. 659, mayo-junio de 2000.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, T., «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*. AA.VV. Dirigido por FONT SERRA. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- HERNÁNDEZ VERGARA, A., «La ejecución sobre bienes inmuebles en la LEC 1/2000», en *Curso de práctica procesal civil: la ejecución civil*, Comunidad de Madrid, Actividades Formativas 2001-2002.
- IGLESIAS CANLE, I., «Procedimiento extrajudicial hipotecario. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998, de 4 de mayo», en *La Ley*, T. 6, 1998.
- IGLESIAS MEJUTO, J., «Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y anteproyecto de la LEC», en *Presente y futuro de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. AA.VV. Dirigido por PICÓ I JUNOY, Barcelona, 1998.
- ILLESCAS RUS, A. V., «Los recursos en la ejecución», en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia. Estudios de Derecho Judicial*, 44, CGPJ, Madrid, 2004.
- ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., «La subasta judicial y la nueva Ley Ritual», en *Pórtico Legal.com*.
- LÓPEZ LIZ, J., «Contra la hipoteca», en *Presente y futuro del proceso civil*. AA.VV. Dirigidos por PICÓ I JUNOY, J., Barcelona, 1998.
- MANZANO SOLANO, A., «Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 25 años de Revista Crítica», en *RCDI*, núm. 657, Conmemorativo del 75.º aniversario de la fundación de la revista, 1925-31 de enero de 2000.
- MARTÍN DRZ, F., «El futuro de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: análisis del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. 4, 1999.

- «Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, núm. 5147, 25 de septiembre de 2000.
- MARTÍN VILLA, P., «Sobre las ejecuciones judiciales», en *RJC*, núm. 2, 1987.
- MEDINA GARCÍA, R., «Estudio pormenorizado de las subastas en el juicio ejecutivo en contraposición con el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Aplicación analógica a otros procedimientos», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998.
- MIRABELL GUERÍN, L. M., «La ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados en la nueva LEC», en *La Ley*, núm. 5220, 8 de enero de 2001.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional, II. Proceso Civil*. J. M. Bosch editor, S. A., Barcelona, 1994.
- MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 1997.
- NÚÑEZ BOLUDA, L., «La inconstitucionalidad del artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su segundo párrafo relativo al "procedimiento extrajudicial". Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 4 de mayo de 1998», en *RDP*, abril de 1999.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Deudas y sociedad de gananciales. Su proyección práctica en los procesos civil y penal*, ADDENDA, Ed. Colex, Madrid, 1994.
- PARDO NÚÑEZ, C., *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A. Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1997.
- PINEDA GUERRERO, M. A., «Régimen de comunicaciones de la existencia del proceso de ejecución y subasta de bienes inmuebles», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1956-57, año LVIII, 15 de enero de 2004.
- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1985.
- RAMOS FOLQUES, R., «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y Registro: sus efectos después de la reforma de 1944», en *RDP*, 1951.
- «El precedente real de las anotaciones de embargo», en *RDP*, 1952.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, T. II, 5.^a ed., J. M. Bosch editor, S. A., Barcelona, 1992.
- RIFÁ SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*. Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1983.
- RÍOS SALMERÓN, B., «Tercería de mejor derecho y protección del crédito salarial», en *Puntos críticos en ejecución de sentencias. Recurribilidad de las Resoluciones judiciales. Especial referencia a la suplicación*. Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPJ, 1998.
- RIVAS TORRALBA, R. A., «Sobre anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1981.
- *Anotaciones de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.
- *Anotaciones de embargo, II*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.

- «Ejecución dinerada y Registro de la Propiedad», en *Puntos críticos en ejecución de sentencias. Recurribilidad de las resoluciones judiciales. Especial referencia a la suplicación*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1998.
- «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», en *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Estudios de Derecho Judicial, 31. Ed. CGPJ, Madrid, 2000.
- ROBLEDO VILLAR, A., «La realización forzosa de bienes en la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de los medios alternativos a la subasta judicial», en *Ejecución en el proceso civil. Ley 1/2000, de 7 de enero. Estudios jurídicos*, VII, 2001.
- ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario. Dinámica registral*, T. VI, 8.^a ed., revisada, ampliada y puesta al día. Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Reflexiones sobre el avalúo y la subasta de bienes inmuebles en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. 4, 1998.
- RODRÍGUEZ VEGA, L., «Garantías del acreedor frente a las mutaciones patrimoniales convencionales del deudor tendentes a impedir o menoscabar la ejecución (acción pauliana)», en *Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*. Estudios de Derecho Judicial, 13. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, CGPJ, Madrid, 1998.
- ROYO GARCÍA, J. G., «La subasta de bienes inmuebles: especialidades en la ejecución de bienes hipotecados o pignorados en la nueva LEC», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Presupuestos, actos procesales, recursos y ejecución en la LEC 1/2000. Ejecución forzosa y medidas cautelares en la LEC 1/2000. Recursos y ejecución provisional en la LEC 1/2000*, T. III, 2001.
- SABATER I SABATÉ, J. M., «Primeros conflictos, problemas y dudas en la ejecución de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Studia Iuridica*, 19. Estudios sobre la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, CGPJ, 2004.
- SÁNCHEZ GIL, J. L. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V., *Cien cuestiones registrales*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- SANTOS REQUENA, A. A., «Sobre la formación histórica del procedimiento de apremio», en *Revista Derecho y Opinión*, núm. 6, 1998.
- SARMIENTO RAMOS, J., *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*. Ed Nauta, S. A., Barcelona, 1963.
- *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil* J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000.
- SERRANO ESPINOSA, G., «Acerca de la ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, novedades en la ejecución dineraria y en la hipotecaria», en *Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia*. índices. Vol. VIII, 2003.
- SERRENA CONTRERAS, P., «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», en *RCDI*, núm. 620, enero-febrero.
- TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Compraventa judicial y acción contradictoria de dominio por caducidad de la anotación preventiva del embargo ejecutado», en *Diario La Ley*, núm. 5739, 14 de marzo de 2003.

- UCEDA OJEDA, J., «Comentario al Artículo 661». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II. Coordinadores: CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ. Aranzadi Editorial, Navarra, 2001.
- VA AIGUAVIVA, M., «La ejecución de sentencias civiles en el Registro de la Propiedad». *Cuadernos de Derecho Judicial Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992.
- VEGAS Torres, J., «Comentario al artículo 613». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* Ed. Cívitas, Madrid, 2001.
- VIDAL FRANCÉS, P., «Comentario de la RDGRN de 6 de septiembre de 1988». *RCDI*, mayo-junio, núm. 59. 1989.
- VV.AA., *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero*. Ed. La Ley, Madrid, 2002.

Las tercerías de dominio en relación con el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. REQUISITOS PREVIOS PARA EL EJERCICIO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO: 1. EL REQUISITO PREVIO DE LA PERTENENCIA AL EJECUTADO DEL BIEN EMBARGADO. 2. LA ENAJENACIÓN POSTERIOR EN SUBASTA JUDICIAL DE BIENES EMBARGADOS NO PERTENECIENTES AL EJECUTADO. 3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER LA TERCERÍA. RELACIONES CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 4. LEGITIMACIÓN PASIVA EN LAS TERCERÍAS. 5. PLAZO O PERÍODO PROCESAL PARA INTERPONER LA TERCERÍA.—
II. EFECTOS Y OBJETO DE LA TERCERÍA: 1. EFECTOS DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA TERCERÍA. 2. OBJETO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO. 3. RESOLUCIÓN SOBRE LA TERCERÍA.

I. REQUISITOS PREVIOS PARA EL EJERCICIO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO

Cabe sistematizar la cuestión diferenciando cuatro tipos de requisitos previos habilitantes del ejercicio de la tercería de dominio: *a)* la falta de pertenencia del bien embargado al ejecutado; *b)* la legitimación activa del demandante de tercería; *c)* la legitimación pasiva del demandado/s (ejecutante y/o ejecutado); y *d)* plazo o período procesal para interponer la tercería. Analizaremos cada uno de estos requisitos separadamente.

1. EL REQUISITO PREVIO DE LA PERTENENCIA AL EJECUTADO DEL BIEN EMBARGADO

El primer requisito se puede enunciar en sentido inverso, es decir, en lugar de hablar de la falta de pertenencia del bien embargado al ejecutado como requisito de la tercería, cabe hablar de la pertenencia a este último del bien trabado como requisito del embargo, cuya falta habilita la tercería.

Ciertamente, en materia de ejecución forzosa, hay que partir como exigencia obvia y coherente con el principio de responsabilidad patrimonial

universal del artículo 1.991 del Código Civil de que la ejecución se ha de proyectar y ha de recaer sobre bienes que pertenezcan al patrimonio del deudor ejecutado. El artículo 593, párrafo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula la forma en que se ha de verificar la concurrencia de este requisito en el momento en que se decide la traba o embargo de un bien concreto y determinado. Para adoptar esta decisión es requisito suficiente y necesario, como dice VEGAS TORRES (1), para que el Tribunal pueda y deba acordar la traba, que existan indicios o signos externos por los que se pueda deducir razonablemente que el bien concernido pertenece al ejecutado. Es requisito necesario, ya que sin tales indicios y signos el Tribunal no debe acordar la traba; y es suficiente porque concurriendo los mismos el Tribunal debe ordenar el embargo, sin que pueda exigir la aportación de una prueba completa de la titularidad del ejecutado, según se desprende del citado artículo 593, párrafo 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A lo sumo deberá comprobar la concurrencia de circunstancias fácilmente perceptibles que le permitan fundar una presunción de pertenencia (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1983).

No se trata de un criterio legal contradictorio con el del artículo 590 de la misma Ley en el que se contempla la investigación previa de la pertenencia del bien al ejecutado, pues el objeto de la investigación prevista por este último precepto se limita a la localización de bienes que aparentemente pertenezcan al deudor, partiendo de una situación previa de desconocimiento de los mismos, en tanto que el artículo 593 lo que prohíbe es que, localizados dichos bienes, la investigación judicial prosiga hasta completar la prueba de la titularidad del deudor de una forma plena.

Esta regulación sobre la forma de acreditar la titularidad o pertenencia de los bienes trabados al ejecutado encierra el riesgo de que sean embargados bienes que sólo en apariencia pertenecen al ejecutado, pero cuyo titular real sea otra persona. Se trata de un inconveniente que el legislador asume en razón de la finalidad de que el procedimiento de ejecución produzca una tutela judicial del derecho de crédito de forma mínimamente efectiva, en la idea de que la exigencia de una prueba plena de la titularidad del bien embargado facilitaría eventuales maniobras fraudulentas de los ejecutados con el fin de vaciar simuladamente su patrimonio para dejarlo a salvo de cualquier acción ejecutiva contra el mismo.

Ahora bien, es evidente que la evitación de este fraude no debe hacerse con instrumentos jurídicos que conduzcan a situaciones de injusticia, por lo que admitiendo la posibilidad del error que eventualmente se derive de fundar el embargo en la mera apariencia de titularidad del ejecutado, se impone la

(1) VEGAS TORRES, JAIME, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 983 y sigs.

necesidad de adoptar instrumentos a través de los cuales el eventual titular verdadero perjudicado por dicho error pueda eludir sus consecuencias mediante el levantamiento de la traba de sus bienes indebidamente embargados. De regular tales mecanismos se ocupan los artículos 593 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de la figura de la tercería de dominio.

En puridad, y con carácter previo a la tercería de dominio, que sólo procede después de acordada la traba del bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil trata de prevenir en una fase previa a la propia traba la afección de bienes ajenos al patrimonio del ejecutado a través de unas actuaciones que vienen reguladas en los párrafos 2 y 3 de su artículo 593. Estas actuaciones previas sólo proceden cuando, a pesar de la existencia de indicios de la titularidad del ejecutado sobre el bien, concurrentemente con los mismos el Tribunal, por percepción directa o bien por manifestaciones del ejecutado o de otras personas, tenga motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar pertenecen a un tercero.

En estos casos el Tribunal debe sopesar dos apariencias contrapuestas, la de la pertenencia del bien al ejecutado y la de la pertenencia del mismo bien a un tercero, y lo debe hacer en un marco procesal que está diseñado para evitar que estas actuaciones previas se conviertan en un trámite meramente dilatorio. Con tal objeto se prevé que el Tribunal ordenará mediante diligencia que se haga saber al tercero la inminencia de la traba, a partir de cuya comunicación el tercero dispone de un plazo de cinco días para oponerse razonadamente al embargo, aportando, en su caso, los documentos que justifiquen su derecho. Durante ese mismo plazo, y con independencia de la actuación del tercero, las partes de la ejecución pueden manifestar al Tribunal su conformidad a que no se lleve a cabo el embargo sobre el bien de dudosa titularidad.

En opinión de VEGAS TORRES (2), la decisión de no embargar el bien sólo resultará procedente cuando el tercero haya justificado de manera plena que el bien le pertenece, pues si tras sus alegaciones y prueba aportada la titularidad no pueda determinarse concluyentemente por requerir juicios fácticos o jurídicos más complejos, el Tribunal debería embargar, trasladando el debate procesal y la decisión definitiva a la posterior tercería, en que las posibilidades de alegación y prueba son mayores, pues caso contrario puede producirse una lesión irreversible al derecho de defensa del ejecutante y/o ejecutado.

Esta idea aparece ciertamente formulada con toda claridad y contundencia en la propia Ley para el caso de que el bien sobre el que se cierne la cuestión sea un inmueble, en cuyo caso dispone el artículo 593.3 que, «tratándose de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, se ordenará, en todo caso, su embargo, a no ser que el tercero acredite ser titular registral

(2) *Op. y loc. cit.*

mediante la correspondiente certificación del Registrador, quedando a salvo el derecho de los eventuales titulares no inscritos, que podrá ejercitarse contra quien y como corresponda», precepto que resulta congruente con lo que disponen los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y 658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la llamada «tercería registral» y con el principio de legitimación registral, conforme al cual se presume exacto el contenido del Registro.

A esta regla sólo le cabe una contraexcepción de alcance ciertamente limitado. Se refiere al supuesto de que el bien en cuestión constituya la vivienda familiar del tercero, en cuyo caso todavía serán necesarios dos requisitos adicionales para evitar el embargo: 1.º que el tercero presente título privado justificativo de su derecho (no se admite a estos efectos el documento público) (3); y 2.º que, trasladado dicho título a las partes, éstas hayan manifestado en el plazo de cinco días su conformidad a que no se realice el embargo, de forma que si no media dicho asentimiento expreso deberá ordenarse el embargo.

2. LA ENAJENACIÓN POSTERIOR EN SUBASTA JUDICIAL DE BIENES EMBARGADOS NO PERTENECIENTES AL EJECUTADO

Si a pesar de lo dispuesto por el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por carecer el Tribunal de los elementos de criterio necesarios para promover el incidente estudiado anteriormente, se traban bienes que sólo en apariencia pertenecen al ejecutado pero cuyo verdadero dueño es un tercero, cosa posible por estar basado el embargo en una mera apariencia de titularidad, en tales casos se plantean dos tipos de interrogantes: 1.º qué trascendencia jurídica presenta la falta de pertenencia del bien al ejecutado o su pertenencia a tercero sobre la validez y eficacia del embargo; 2.º qué trascendencia jurídica cabe reconocer a esa misma circunstancia sobre la validez y eficacia jurídica de la enajenación forzosa con que concluye la ejecución.

A) En cuanto a lo primero, resulta evidente que la falta de titularidad del ejecutado sobre los bienes embargados no puede resultar jurídicamente

(3) Se trata de una exclusión no sencilla de interpretar, pues la escritura pública vale más y no menos que el documento privado. Puede pensarse que la excepción sólo ampara títulos que por su naturaleza documental privada están excluidos del acceso al Registro de la Propiedad que se rige por el principio de titulación pública (cfr. art. 3 LH), y no a los documentos públicos que tienen franco acceso registral. No obstante, debe notarse que el requisito de titulación pública es concurrente con el de la calificación registral favorable para el acceso al Registro, por lo que el precepto de ritos, ahora interpretado, debería asimilar a estos efectos al documento privado el público que por la existencia de defectos u obstáculos registrales se ve imposibilitado de beneficiarse de la protección registral.

indiferente desde el punto de vista de la eficacia y validez del embargo. Ahora bien, la duda se suscita sobre si el grado de afectación debe ser el de la nulidad absoluta o de pleno derecho o bien si estamos ante un supuesto de mera anulabilidad del embargo. Da respuesta a esta cuestión el artículo 594, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, diciendo que «El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz», eso sí, sin perjuicio de la posibilidad de que el verdadero titular lo impugne a través de la correspondiente tercería de dominio. Esta tesis ya la mantenía con anterioridad a la reforma procesal de 2000, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ, afirmando que «la traba realizada en tan precarias condiciones es absolutamente válida, eficaz y conforme a Derecho: el Juez puede pasar de inmediato a la fase de realización forzosa» (4), sin perjuicio de la posible interposición de una tercería de dominio.

Por tanto, no estamos en presencia de un acto procesal nulo de pleno derecho, sino ante un acto anulable, que produce sus efectos en tanto no sea objeto de impugnación, y ello dentro de los límites propios en cuanto a legitimación y plazo de la impugnación de los actos anulables. En particular, en este caso sólo puede impugnar el embargo la persona interesada, esto es, la persona que en el momento de la traba sea dueña de los bienes embargados, y en cuanto al plazo en que podrá formular la tercería va desde que se acuerda la traba hasta que se produce la enajenación forzosa del bien en el procedimiento de ejecución, según después desarrollaremos más ampliamente.

Dos consecuencias necesarias derivadas de lo anterior son: 1.º que, en opinión mayoritaria de la doctrina, no cabe, una vez trabado el embargo, que éste sea alzado de oficio por el Tribunal que lo ordenó por una apreciación extemporánea sobre la no pertenencia del bien al ejecutado; y 2.º que una vez precluida la posibilidad de ejercitar una acción impugnativa de la traba mediante la tercería de dominio, por haberse consumado la enajenación forzosa (cfr. art. 596.2), ya no podrá impugnarse o combatirse por causa de la falta de titularidad del ejecutado. Así resulta con claridad de lo dispuesto por el artículo 594.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al prescribir que: «Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiese adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido por la legislación sustantiva».

Es decir, si los actos ejecutivos consistentes en la enajenación forzosa y pago al ejecutante pasan a ser firmes, si el embargo de bienes de tercero es

(4) FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho Procesal, III*, Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990, pág. 139. En el mismo sentido, para CACHÓN la no pertenencia de los bienes al ejecutado no provoca la nulidad o ineficacia del embargo (CACHÓN CADENA, *El embargo*, Barcelona, 1991, págs. 13 y sigs.).

eficaz en tanto no es objeto de impugnación mediante una tercería de dominio y si la posibilidad de interponer ésta precluye al producirse aquella enajenación y no fue formulada en tiempo oportuno, carece de sentido plantear en un momento posterior la cuestión de la ineficacia o invalidez del embargo que dio origen a la posterior enajenación forzosa, pues su eficacia como acto legitimador de dicha enajenación no puede ya ser alterada (5). Y todo ello es consecuencia del carácter meramente anulable del embargo de bienes perteneciente a tercero. Lo contrario exigiría que tal circunstancia fuese causante de una nulidad de pleno derecho del embargo, que no es, como se ha dicho, la opción seguida por el legislador.

Esta idea la vemos confirmada a la vista del origen legislativo del citado párrafo 1.º del artículo 594, que se encuentra en una enmienda presentada por el Grupo Popular en el Senado (núm. 280), cuya enmienda responde a la siguiente Justificación: «Aclarar la redacción del precepto evitando posibles interpretaciones que no serían razonables (la de que el rematante o adjudicatario adquiere siempre de modo irreivindicable, que se podría deducir del imperativo "adquirirá", que se emplea en el texto modificado); se trata de aclarar que la adquisición será o no irreivindicable en función de los requisitos que establece, a tal efecto, la legislación sustantiva y que, por tanto, si se cumplen tales requisitos, la adquisición de los bienes embargados por el rematante o adjudicatario no podrá ser impugnada, basándose exclusivamente en que el embargo no debió trabarse por no pertenecer los bienes al ejecutado».

B) *¿Significa ello que el verdadero dueño se ve despojado inevitablemente y en todo caso de su propiedad o titularidad sobre el bien ejecutado?* No siempre y en todo caso. En este capítulo de excepciones hay que reseñar dos aspectos distintos: por un lado, el artículo 594, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil deja a salvo las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación que puedan corresponder al verdadero titular del bien; y por otro lado, se ha de destacar que la protección que se brinda al rematante o adjudicatario a través del carácter irreivindicable de que se dota a su adquisición está sujeta a los requisitos que, con carácter general para tales adquisiciones *a non domino*, establece la «legislación sustantiva» a que se remite el artículo 594.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.º Comenzando por este segundo aspecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil, como hemos visto, no concede al adquirente en enajenación forzosa, derivada de un embargo, mayor protección que la que otorgan las normas materiales o sustantivas al comprador o adquirente de cosa ajena, que en general subordinan la irreivindicabilidad de la adquisición al requisito de la

(5) Como señala MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ, el embargo es presupuesto esencial para la validez de los posteriores actos ejecutivos, actos que, si el embargo no se produjo, serían nulos de pleno derecho (*op. cit.*, pág. 136).

buena fe, en cuya ausencia decae la irreivindicabilidad. Así, en el caso de los bienes inmuebles hay que estar a lo dispuesto a este respecto por el conocido artículo 34 de la Ley Hipotecaria y a los requisitos en él establecidos.

Ahora bien, en caso de concurrencia de todos los requisitos citados, la adquisición del rematante o adjudicatario quedará firme conforme al citado artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta manera, la Ley de Enjuiciamiento Civil reacciona frente a la discutida jurisprudencia anterior que, como dice VEGA TORRES (6), venía permitiendo, sin limitación alguna, que el verdadero dueño impugnara en juicio declarativo las enajenaciones forzosas basadas en embargos de bienes no pertenecientes al ejecutado (así, las sentencias del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1999 y 8 de marzo de 1993, entre otras). Esta jurisprudencia partía de considerar nulo de pleno derecho el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado, con lo que la protección dispensada al verdadero dueño de bienes transmitidos a tercero en un procedimiento de enajenación forzosa resultaba mucho más intensa que la que se dispensaría en los casos de que el dueño aparente vendiese mediante negocio jurídico voluntario al margen de la ejecución.

El resultado de esta jurisprudencia era un importante grado de inseguridad jurídica en las enajenaciones forzosas, expuestas como estaban a la aparición de eventuales reclamaciones posteriores, con la consiguiente pérdida de eficacia del procedimiento de ejecución como instrumento de protección jurisdiccional del crédito.

2.º Por otra parte, ya habíamos anticipado que el párrafo 2.º del artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deja a salvo las eventuales acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación que puedan corresponder al verdadero dueño que no ha ejercitado en tiempo oportuno la tercería de dominio. En cuanto a las acciones de resarcimiento es obvio que corresponde al *verus dominus* para reclamar al ejecutado el enriquecimiento injusto que éste haya experimentado al ver extinguida su deuda como consecuencia de la venta de un bien que no formaba parte de su patrimonio, a lo que puede sumarse la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en caso de haber mediado mala fe por parte del ejecutado, como sucedería en el caso de haber sido él el que hubiese designado el bien en el trámite de manifestación de bienes.

En cuanto a la acción de nulidad de la enajenación, es evidente, según lo que se indicó anteriormente, que la causa de dicha nulidad no podrá estar basada en la ausencia del requisito de la pertenencia del bien al ejecutado en el momento de la traba, pero existen otras posibles causas de nulidad que podrán fundamentar la pretensión de nulidad a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los casos más

(6) *Op. y loc. cit.*

claros son: 1.º que los bienes embargados y enajenados resultasen ser legalmente inembargables; y 2.º que habiéndose admitido a trámite una tercería de dominio, el procedimiento no fuese suspendido y la ejecución continuase hasta la enajenación, en contra de lo dispuesto por el artículo 598.1.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER LA TERCERÍA. RELACIONES CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La legitimación activa para interponer la tercería está regulada en el artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo párrafo 1.º dispone que podrá interponerla «quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo». Por tanto, son tres los requisitos exigidos: *a)* que el demandante de tercería no sea parte en la ejecución; *b)* que afirme ser dueño de los bienes embargados (debiendo aportar de ello un principio de prueba por escrito); *c)* que no haya adquirido su derecho del ejecutado después de trabado el embargo.

1.º En cuanto al *primer requisito*, no ser parte del procedimiento de ejecución, esto es, ser tercero respecto de dicho procedimiento, ha de calificarse su concurrencia en función de lo dispuesto por el artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre partes y sujetos de la ejecución forzosa.

En particular, desde la óptica registral, conviene destacar que no es tercero y, por tanto, no está legitimado en la tercería quien, sin ser deudor o sujeto pasivo de la deuda perseguida, haya visto embargados sus bienes por considerar el Tribunal que éstos se hayan especialmente afectos al cumplimiento o pago de la obligación o deuda por la que se proceda (en virtud de afecciones fiscales, o por razón de deudas de la comunidad de propietarios en los términos del art. 9 de la Ley de Propiedad Horizontal o en los casos de embargos sobre bienes gananciales a que se refiere el art. 1.373 del Código Civil, etc.).

En caso de que el titular del bien esté disconforme con este criterio, la vía judicial de reacción frente a ella, faltando la legitimación como tercerista, es la de personarse en la ejecución y utilizar las excepciones o causas de oposición que la Ley concede al ejecutado, conforme al artículo 538.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo mismo cabe decir para el caso de que el titular de los bienes embargados no esté, ni según el título ni según la Ley, legitimado pasivamente en la ejecución, es decir, no tenga del deber jurídico de soportarla.

Tampoco es tercero ajeno a la deuda, según reiterada jurisprudencia, la esposa adjudicataria del bien ganancial en virtud de disolución del régimen de gananciales cuando las deudas se contrajeron con este carácter durante la

vigencia del citado régimen. Así lo declaran sentencias del Tribunal Supremo como las de 2 de febrero de 1985 y 18 de marzo de 1995, según la cual:

«según el artículo 1.532 LEC, la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor que ha de corresponder al “tercero” que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente “tercero”, es decir, no es el “deudor”; como dice la sentencia de 21 de julio de 1987, no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos, sobre ellos, los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico-matrimonial, modificación que, a tenor del artículo 1.317 del Código Civil, no puede perjudicar en ningún caso tales derechos», añadiendo la sentencia de 19 de febrero de 1992, que «existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aun después de la disolución, puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen, incluso, sido adjudicados al cónyuge no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del artículo 1.401 del Código Civil».

En el caso de la referida sentencia, acreditado en autos que las deudas tributarias para cuya exacción se instruyó el procedimiento administrativo de apremio al que se refiere la tercería de dominio ejercitada, fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y que tales deudas son anteriores a la disolución del régimen económico-matrimonial que regía entre la recurrente y su esposo, es decir, el de sociedad de gananciales, y su sustitución por el de separación de bienes, es claro que de tales deudas responden los bienes que integraban aquella sociedad, de acuerdo con los artículos 1362-4.º del Código Civil, y 6 y 7 del Código de Comercio. Por su parte, la sentencia de 26 de enero de 1985 puntualiza que «si bien es cierto que antes de la celebración del matrimonio, como con posterioridad al mismo, los cónyuges pueden acogerse al régimen económico-matrimonial que estimen más conveniente, cuando aquél se hubiera contraído bajo el de la sociedad de gananciales, la sustitución de tal régimen, constante matrimonio, por el de separación de bienes, exige se proceda a su liquidación, conforme el artículo 1.396 del Código Civil, previa formalización del activo y del pasivo de la sociedad, en cuyo pasivo habrá de integrarse, a la luz del número 1.º del artículo 1.398, el importe de “las deudas pendientes a cargo de la sociedad”, cuyo prioritario pago impone el artículo 1.399 del propio Cuerpo legal, y una vez abonadas las deudas de la sociedad conyugal, se dividirá el remanente entre los cónyuges, adjudicándose por mitad, tal como establece el artículo 1.404».

Finalmente debe citarse el criterio jurisprudencial que niega la condición de tercero al tercerista cuando la separación de patrimonios no deba ser reconocida en base a la teoría del levantamiento del velo societario al haberse producido el desplazamiento patrimonial con finalidades fraudulentas. Así lo mantiene la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1997, entre otras muchas, al expresar que la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica tiene como función evitar el abuso de una pura forma jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas. Sigue con ello la línea marcada por la sentencia de 28 de mayo de 1984, emblemática en la materia, al sentar la doctrina de que «la idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.». Se trata de un criterio consolidado y firmemente mantenido a través de las posteriores sentencias de 5 de octubre de 1988, 20 de junio de 1991, 12 de febrero de 1993 y la muy reciente de 8 de mayo de 2001.

2.º El *segundo requisito* para apreciar la legitimación activa consiste en que el tercerista ha de ser dueño de los bienes embargados o titular de algún derecho que, por disposición legal expresa, pueda oponerse al embargo o a la realización forzosa. Así resulta del párrafo 2.º del artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, «podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o de varios bienes embargados como pertenecientes al embargado». Esta disposición da pie para admitir las tercerías fundadas en derechos distintos del dominio. Es decir, se admiten tercerías relativas a derechos embargados que no sean susceptibles de dominio. En este capítulo cabe incluir los siguientes supuestos:

- a) derechos de crédito, habiendo quedado superadas las dudas que planteaba la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1984);
- b) derechos reales limitados, como el usufructo o la servidumbre, que en caso de no estar inscritos antes de la traba se consideraban extinguidos tras la enajenación forzosa (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1997);
- c) también pueden considerarse comprendidos en el párrafo 2.º del artículo 595 las tercerías basadas en derechos de dominio no consolidado o en los casos de acreedores del dominio. Éste sería el caso del comprador cuando se pacta la reserva de dominio a favor del vende-

dor hasta el completo pago del precio. Las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989, 17 de julio de 1993, 23 de febrero de 1995 y de 3 de julio de 1996 ya habían admitido estas tercerías. No obstante, otras sentencias anteriores como las de 25 de octubre de 1988 exigían prueba del dominio pleno, lo que requería probar no sólo la existencia del negocio transmisivo, sino que éste hubiese sido seguido de la *traditio*.

Ahora bien, curiosamente la jurisprudencia también concede acción de tercería al vendedor de bienes con pacto de reserva de dominio hasta que le sea pagada la totalidad del precio de los mismos. Este es el caso de la sentencia de 7 de octubre de 1995, que afirma para tales casos que el vendedor puede oponerse a que el comprador, antes de haber completado el pago, disponga de los bienes, ya de forma voluntaria, ya de forma forzosa, a virtud esta última de procedimiento de ejecución individual o colectiva, canalizando tal oposición mediante la interposición de una tercería (cfr. también la sentencia de 19 de mayo de 1985). La combinación de ambos criterios lleva a la discutible conclusión de que los bienes vendidos con pacto de reserva de dominio son inembargables, en tanto se mantenga la vigencia de dicho pacto.

3.º El *tercer requisito* de la legitimación activa consiste en que el derecho del tercerista tiene que existir ya en el momento de la traba. Por tanto, falta la legitimación en el tercero que ha adquirido su derecho del ejecutado una vez trabado el embargo. Pero aquí se imponen *dos precisiones*:

- a) la primera es que no queda excluido de la tercería quién ha adquirido su derecho después del embargo cuando su transmitente no fue el ejecutado, sino persona distinta de éste que hubiese adquirido antes de la traba. Esta acertada disposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil se fundamenta, como indica VEGA TORRES, en la idea de que lo relevante no es tanto el momento en que adquiere el tercerista como que, en el momento de la traba, los bienes no pertenezcan al ejecutado. Por tanto, resulta admisible la tercería formulada por un adquirente posterior a la traba siempre que su derecho traiga causa de otro tercero que fuera dueño en el momento del embargo;
- b) la segunda precisión se refiere al caso de que la adquisición del tercerista se haya producido después del embargo pero antes de su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad mediando buena fe en aquél. A este respecto, si bien el párrafo 1.º del artículo 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial...», aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba», añade en su párrafo 2.º que tal regla «se entenderá sin perjuicio de las

normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas». Este precepto zanja, pues, la polémica sobre el carácter constitutivo de la anotación preventiva del embargo, pues deja claro que el elemento verdaderamente constitutivo es la propia resolución judicial, desde cuya fecha el embargo comienza a producir sus efectos. Ahora bien, cuando el *embargo entra en conflicto con derechos de terceros*, estos quedarán a salvo de los efectos de la traba en dos casos:

- cuando hayan adquirido antes del embargo o después si su derecho trae causa de quien era dueño en el momento de la traba;
- cuando habiendo adquirido después del embargo *éste no le es oponible* «conforme a las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas», según dispone el artículo 587.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el caso de los bienes inmuebles, el tercero deberá haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad antes de la práctica de la anotación del embargo, pues ésta destruiría la buena fe (art. 34 LH). En estos casos, le basta al tercero acreditar la inscripción de su derecho al Tribunal para que éste mande alzar el embargo, conforme a los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y 658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (tercería registral).

Si la inscripción fuese posterior a la anotación del embargo, éste se mantendrá (art. 658.2.º), pudiendo el tercer poseedor pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores (cfr. art. 662.1.º).

Aquel alzamiento no se fundamenta, como dice VEGAS TORRES, en la ausencia del requisito de la pertenencia de los bienes al ejecutado, sino en la protección que se dispensa a los adquirentes de buena fe de bienes embargados (art. 587-2.º LEC). No obstante, esta protección está basada en una presunción de buena fe que puede ser destruida por el ejecutante promoviendo un procedimiento declarativo frente al adquirente para probar que adquirió con conocimiento de la traba, lo que permitiría embargar nuevamente el mismo inmueble. En cualquier caso, para impedir la posibilidad de alegar desconocimiento de la traba, el mismo ejecutante puede solicitar la adopción de medidas de garantía de la traba, conforme a los artículos 621 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre ellas señaladamente, en el caso de inmuebles, su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

Queda así *superada la doctrina tradicional*, según la cual el embargo traba la finca desde el momento de la anotación, afectando a todas las enajenaciones realizadas después de practicada ésta, que quedan sometidas a las

resultas del procedimiento de ejecución, pero no afecta a las enajenaciones anteriores, que se entendían preferentes y liberadas de la acción del anotante, aunque se lleven al Registro en un momento posterior a la anotación. Partía esta postura de la interpretación del artículo 44 de la Ley Hipotecaria conforme al cual: «el acreedor que obtenga anotación a su favor ... tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil», precepto que otorga preferencia sólo en cuanto a los créditos posteriores, dejando a salvo los anteriores, salvedad que también se entendía aplicable a las enajenaciones anteriores, y ello aunque lleguen al Registro después. Este criterio, basado en una interpretación *a sensu contrario* del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, se apoya, además, en la idea de que el acreedor embargante no goza de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (sentencias de 19 de noviembre de 1992 y 10 de mayo de 1994).

Combinada la citada postura tradicional con la idea del carácter constitutivo de la anotación preventiva respecto del embargo, se alcanzaba la conclusión de que se debía entender por enajenación anterior la que lo fuese respecto de la fecha de la anotación y no ya del embargo. El resultado de todo ello en sede registral fueron ciertas calificaciones en las que se denegaba la inscripción del remate alcanzado en la ejecución cuando entraba en conflicto con una enajenación inscrita después de la anotación preventiva y cuya fecha fuese intermedia entre las de la resolución acordando la traba y la de la anotación.

Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya salió al paso de estas interpretaciones que dificultaban extraordinariamente la actividad de la protección jurisdiccional del derecho del acreedor al hacer ineficiente el procedimiento de ejecución. Así lo hizo en su Resolución de 12 de junio de 1986, cuyas ideas esenciales reiteró después en las de 6 de septiembre de 1988 y 12 de junio de 1989, según la cual:

«el embargo, para nada altera la naturaleza del crédito del actor que sigue siendo un derecho personal; el que el artículo 1923.4.º del Código Civil le conceda determinada preferencia a partir de la anotación, excepcionando la regla general de igualdad de trato de los acreedores, no trasciende a esa naturaleza personal y sólo juega para decidir, en una posible incidencia del proceso de ejecución, cuál sea el crédito que debe ser satisfecho preferentemente con el importe realizado.

Lo dicho anteriormente no quiere decir que el embargo en sí carezca de trascendencia real. Se trata de una medida cautelar que, como otras que pueden ser adoptadas en diversas actuaciones judiciales —con carácter preventivo o en vías de ejecución, en procesos singulares o en procedimientos colectivos, con inmisión o no en la posesión de los bienes—, a la vez que confiere a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas, que

pueden ser actuados aún sin la mediación de su dueño, restringe claramente las facultades dominicales. Y así ocurre que sólo será posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no pueda darlos, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento» (7). Esta es también la posición que se puede considerar mayoritaria entre la doctrina de los autores con distintas matizaciones. Así, GUASP (8), en referencia a la naturaleza jurídica del embargo, habla de «derecho real procesal» que comprende una potestad real que el Juez adquiere sobre ciertos bienes y un derecho real del embargante que no puede hacer valer fuera del proceso. REY PORTÓLES, por su parte, tras negar que el embargo constituya un derecho subjetivo patrimonial, ya que ello tropieza con obstáculos difícilmente salvables como la falta de titular y su indisponibilidad autónoma fuera de la entera posición procesal, sostiene que cabe calificar aquél de «semiderecho real de constitución coactivo judicial», dada la necesidad de decidir su relación de prevalencia con los demás derechos subjetivos que incidan sobre los inmuebles, y cuya peculiaridad principal radica en que su eficacia *erga omnes* se proyecta sólo *in futurum* y no *in praeteritum*, es decir, contra adquirentes (idem acreedores) ya existentes en la fecha de aquél» (9).

Admitida la trascendencia real del embargo, la Dirección General se plantea la cuestión de «si para la misma es requisito constitutivo la práctica de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, como parece apoyar la analogía con la hipoteca (cfr. arts. 4 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria), el carácter obligatorio de la anotación preventiva (cfr. arts. 43 de la Ley Hipotecaria, 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 68 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria) y los términos de los artículos 764 y 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que parece resultar que la práctica de la anotación preventiva es uno de los requisitos del embargo.

Pero ha de reconocerse que en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva. Habrá de estimarse, pues, que, respecto de este acto modificativo de los derechos reales inmobiliarios, rigen las normas generales de nuestro sistema, según las cuales la inscripción como regla no tiene carácter constitutivo ni siquiera en el supuesto de que se trate de derechos reales que no lleven aneja la facultad de posesión inmediata como, por ejemplo, ocurre con los censos consignativos, las servidumbres negativas, sobre todo las no aparentes, o el retracto convencional.

Por el contrario, sí hay, en cambio, datos positivos que abonan la tesis de que el embargo es una medida que se constituye enteramente en la esfera

(7) Vid., en el mismo sentido, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de noviembre de 1988 y 3 de abril de 1998.

(8) GUASP, JAIME, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1986, pág. 421.

(9) REY PORTÓLES, JUAN MANUEL, *Prelación de créditos con embargo anotado*, ciclo de conferencias publicado por el Colegio de Registradores de España, 1989, pág. 392.

judicial (cfr. arts. 63-12 y 1.403 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El asiento de anotación preventiva procede a petición del que «obtuviera mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo (hecho pasado) en bienes inmuebles del deudor» (cfr. art. 42-2.º de la Ley Hipotecaria), antes de la anotación puede proceder la previa notificación del embargo (luego ya existe) (cfr. arts. 1.373 del Código Civil y 144-1 del Reglamento Hipotecario); aun sin la anotación no puede condicionar su existencia ni tener, respecto de ella, un valor constitutivo (sentencias de 14 de octubre de 1965, 19 de abril de 1971, 28 de julio de 1977, 4 de abril de 1980 y 24 de noviembre de 1986). Y es también la posición más conforme con la doctrina del Alto Tribunal respecto de la tercería de dominio: al ser ésta una cuestión de preferencia, se precisa invocar un título dominical vigente al efectuarse judicialmente la traba para que pueda el tercerista obtener el respeto y protección que reclama (sentencias de 7 de julio de 1988, 25 de noviembre de 1926, 15 de marzo y 22 de junio de 1928, 6 de febrero de 1929, 18 y 24 de febrero de 1936, 28 de enero de 1984, 21 de febrero de 1966, 25 de marzo de 1969 y 4 de abril de 1980).

Ciertamente, en nuestro sistema el acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos posteriores a la fecha misma en que la anotación preventiva del embargo se produce, según resulta de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil y confirmó reiterada jurisprudencia. Pero ello, naturalmente, no quiere decir que los créditos o los actos dispositivos anteriores a la anotación misma hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo, o al embargo mismo todavía no anotado. Para decidir estas otras colisiones de derechos ha de estarse entonces a las demás normas de nuestro ordenamiento.

La colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las demás normas sobre concurrencia y prelación de créditos. La colisión entre embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, puesto que afecta al ámbito de los derechos reales, según el principio *prior tempore potius iure*, a salvo el derecho de tercero protegido por la legislación hipotecaria. Es decir, producido el embargo, aunque no esté anotado, el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo, dejando indemne al adquirente sólo si reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria (lo que aquí no ocurre porque la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien)» (10). En conclusión, puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prio-

(10) En el mismo sentido puede verse FRANCO ARIAS, *El procedimiento de apremio*, Bosch, 1987, pág. 225.

ridad ni por la fe pública registral (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta), no cabe en tales casos impedir la inscripción del remate, siempre que previamente se cancele la inscripción de la venta con cumplimiento de los requisitos del artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario. Frente a este planteamiento no puede invocarse que el anotante no goza de la protección del principio de fe pública registral, pues el principio de prioridad es independiente y distinto de aquél: el título que se anticipa en el Registro produce cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aunque aquél no reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; lo que sucede es que ese efecto de cierre registral, basado en la sola prioridad, es provisional, mientras que si el título primeramente ingresado goza de la protección de la fe pública el cierre es definitivo.

Estas consideraciones, como señala la Resolución de 5 de mayo de 1993, vienen avaladas por el artículo 175.2.º del Reglamento Hipotecario, tras su reforma de 1992, que expresamente impone la cancelación de toda inscripción posterior a la anotación del embargo, aunque se refiera a enajenaciones anteriores.

Este planteamiento puede observarse que ha pasado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma tal que el adquirente posterior al embargo, salvo que inscriba antes de la anotación, en cuyo caso podrá alegar las normas de protección del tercero de buena fe, recibirá el tratamiento procesal de tercer poseedor, es decir, la anotación del embargo se mantendrá (art. 658.2.º), pudiendo el tercer poseedor pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores (cfr. art. 662-1.º) (11). La misma

(11) Sobre la posición procesal del tercer poseedor en el procedimiento de ejecución, resulta muy esclarecedor el siguiente párrafo que le dedicó en su Informe al Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil la Comisión General de Codificación, en el que se contiene una durísima crítica al artículo 1.490 de la antigua Ley y al artículo 674 del Anteproyecto (concordante con el 659 de la Ley definitivamente aprobada), y que produjo una clara influencia en la redacción definitiva de la Ley en este punto: «este artículo 674 es trasunto del actual 1.490 LEC, según nefasta redacción dada por la Ley de reforma procesal de 1992, y decimos nefasta porque sólo la más absoluta ignorancia o desconocimiento de los principios procesales básicos de nuestro sistema, junto con una superficial lectura de las normas, hizo posible que se formularan. Bastará una simple pregunta para advertir lo fundado de la crítica expuesta: ¿es que tiene lógica que el deudor ejecutado, luego de serle embargado el bien y anotado el embargo, pueda realizar actos dispositivos sobre el mismo, de forma unilateral y de espaldas al proceso, que tengan como consecuencia el alterar los trámites de la ejecución, complicándola, incrementando sus costes y retrasando su conclusión?; ¿no es el adquirente de un bien embargado el que debe estar atento y al que corresponde la carga de acudir, si lo estima conveniente al proceso de ejecución, por cuanto ya sabía por el Registro de la Propiedad del embargo e inminente ejecución que afecta al bien adquirido?; ¿es que el criterio de la *perpetuatio legitimationis* no se predica respecto de la ejecución? Creemos que la formulación de estos interrogantes dispensa de mayores argumentaciones. En realidad el originario artículo 1.490

solución se aplica al caso de adquisición anterior que se inscribe después del embargo (pues el art. 658.2.º no distingue), pero en este caso el adquirente podrá, además, interponer la correspondiente tercería de dominio.

Como *elemento complementario* a la legitimación del tercerista, el artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone el requisito de que, junto a la demanda se presente un *principio de prueba del derecho del tercerista*, del que resulte *prima facie* la existencia y legitimidad del derecho en que se basa la tercería, incluso de una forma indirecta. Por tanto, lo que no se exige es que se trate de un documento que haga prueba plena del citado derecho, tal como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. sentencias de 7 de mayo de 1993 y de 11 de febrero de 1999) (12), y a diferencia de lo que se exige en el incidente preliminar del artículo 593.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sí requiere prueba plena del derecho del tercero para eludir la traba del bien.

Una vez admitida a trámite la demanda, ésta se sustancia por los trámites del juicio ordinario (cfr. art. 599), siendo preceptiva la intervención de Abogado y Procurador (cfr. art. 399).

estaba pensado exclusivamente para las ejecuciones hipotecarias, y las notificaciones que contemplaba eran en favor de derechos y gravámenes nacidos entre la constitución de la hipoteca que se ejecuta y el comienzo de la ejecución, pero nunca en favor de derechos que nacieran después de iniciada la ejecución». Tras esta severa crítica, la Comisión General de Codificación concluye con una recomendación que el legislador acogió en buena medida: «Por todo ello, se propone volver a la primitiva idea de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de no llamar al procedimiento de ejecución a ninguna persona que haya adquirido sus derechos sobre el bien a ejecutar después del embargo y su anotación (sin perjuicio de reconocerle el derecho de concurrir, si así lo estima conveniente, y subrogarse en el lugar de su transmitente), limitando las notificaciones a los supuestos de ejecución hipotecaria y a los titulares del dominio o de derechos reales adquiridos sobre el bien hipotecado, en el ínterin entre la constitución de la hipoteca que se ejecuta y el comienzo de la ejecución. Adicionalmente —añade la Comisión—, podrá preverse que el Registro de la Propiedad haga comunicaciones a esos titulares de derechos sobre el bien a ejecutar adquiridos después del embargo, pero dejando bien claro que tales comunicaciones no tienen el carácter de trámite procesal, de modo que su omisión o incorrecta realización no afecta al resultado del proceso».

(12) Así esta última sentencia aclara que el artículo 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, pero ello ha sido interpretado jurisprudencialmente en sentido amplio, bastando la justificación de una apariencia de buen derecho, sin perjuicio de que, cumplido el requisito y dado curso a la demanda, el actor tenga que acreditar plenamente su derecho, por ser una carga que le corresponde, de modo que para dar curso a la demanda se requiere la presentación con la misma de un documento que justifique *prima facie* el dominio, pero sin que se exija ni pueda exigirse, que el documento necesite hacer prueba plena, pues es al resolver el fondo del litigio donde ha de hacerse el análisis y el examen de dicho título cuyo examen, calificación y alcance constituye la esencia de la acción ejercitada, en consonancia con el resto de las pruebas que se practiquen en el pleito (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1946, 19 de febrero de 1992 y 14 de febrero de 1995).

4. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LAS TERCERÍAS

La Ley de Enjuiciamiento Civil vincula la legitimación pasiva en la tercera de dominio al interés en el mantenimiento de la traba. Este interés se presume en el ejecutante en todo caso, por lo que siempre debe ser demandado.

En cuanto al ejecutado, sin embargo, sólo cabe presumir su interés en el mantenimiento de la traba en caso de que haya sido él quien haya designado para el embargo el bien objeto de la tercería, por lo que no siendo así no deberá ser objeto de la demanda de tercería, sin perjuicio de la posibilidad que se le reconoce de intervenir a su instancia, intervención que, conforme al artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contará con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería.

5. PLAZO o PERÍODO PROCESAL PARA INTERPONER LA TERCERÍA

Regula esta materia el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se ocupa tanto de la determinación del *dies a quo* de la acción de tercería, como de la fijación del *dies ad quem* de la misma:

- a) En cuanto al primero, dispone el citado artículo que: «1. La tercería de dominio podrá interponerse desde que se haya embargado el bien o bienes a que se refiera, aunque el embargo sea preventivo». Por tanto, cabe la tercería desde que el embargo se haya decretado por resolución judicial, aunque no se hayan adoptado todavía las medidas de garantía o publicidad de la traba, esto es, aunque no se haya practicado todavía la anotación preventiva, según resulta del artículo 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- b) En cuanto al *dies ad quem*, lo fija indirectamente el párrafo 2.º del artículo 596 de la Ley Procesal al disponer que: «El Tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio..., que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta».

Señala, pues el citado artículo de la Ley de ritos los límites temporales de la acción de tercería de dominio y lo hace en base a la premisa de que el objeto de esta acción lo es exclusivamente el alzamiento del embargo trabado (cfr. art. 601.1), por lo que resulta lógico que los límites temporales de la tercería coincidan con los del embargo, es decir, comienza el plazo de la tercería desde el mismo momento de la traba y termina en el momento en que se produce la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiere.

ra en pública subasta, momento en el cual desaparece como tal el embargo, pues adviértase que el que adquiere el bien en la ejecución lo adquiere libre del embargo en cuya virtud se haya enajenado, según resulta con claridad del artículo 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hay, pues, en cuanto a la fijación del momento en que precluye la posibilidad de la tercería una remisión de la Ley procesal a la legislación sustantiva o civil, ya que dicho momento debe coincidir con el de la plenificación de la transmisión del dominio del bien embargado y subastado. En materia de bienes inmuebles la transmisión del dominio se vincula a la *traditio* instrumental a que se refiere el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, entendiéndose producida ésta con la entrega al adquirente del testimonio del auto aprobatorio de la enajenación forzosa en que se exprese, en su caso, el pago del precio, conforme al artículo 674.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la jurisprudencia tiene ya avalada de forma reiterada la idea de la asimilación de dicho testimonio a la escritura pública a los efectos de la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462 del Código Civil.

Este criterio interpretativo es el que resulta de varias sentencias del Tribunal Supremo, como las de 10 de junio de 1994, 24 de junio de 1997, así como la más reciente de 29 de julio de 1999, todas ellas concordantes entre sí. Así, la de 10 de junio de 1994, se produce en los siguientes términos:

«La doctrina de esta Sala no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión (vid. sentencias de 5 de enero de 1899, 28 de junio de 1949, de 17 de febrero de 1956, de 29 de febrero de 1960, etc.); pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de "que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante, no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o *ficta*, al no ser *numerus clausus* la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil"; con lo que consumada ya la venta por la concurrencia del título (aprobación del remate) y modo (adjudicación de la finca al rematante), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque pueda ser imprescindible a otros efectos (entre ellos el acceso de la adquisición al Registro de la Propiedad), no será necesario para que concurra el requisito de la tradición instrumental del citado artículo 1462.2.º del Código Civil». Estima el Tribunal que este criterio jurisprudencial fue confirmado por la reforma procesal de 30 de abril de 1992, al modificar los artículos 1.514 y 1.515 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haciendo del testimonio del auto de remate título sufi-

ciente para la inscripción en el Registro, concluyendo en que «la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública, incluida la existencia de una tradición simbólica que produce la consumación de la transmisión». En definitiva, como dice la sentencia de 29 de julio de 1999, «la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario», momento en el cual decae la posibilidad de interponer la tercería de dominio. Alude a la misma idea la sentencia de 1 de septiembre de 1997, hablando del momento en que el adquirente entra en la posesión civilísima del inmueble.

Dado este nuevo *statu quo* legal, a mi juicio, no cabe mantener para el futuro el criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 3 de marzo de 2001 (13), en la que estimaba que resulta procedente la denegación de la inscripción de un remate judicial derivado de un embargo trabado sobre finca no perteneciente al ejecutado, sobre el argumento de que tanto el embargo como la posterior enajenación judicial tienen su fundamento exclusivo en el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor y presuponen para su validez la pertenencia del bien afecto al patrimonio del deudor en el momento de la traba. Argumentación que decae al cotejar la nueva regulación que tasa la posibilidad de impugnar el embargo, por razón de la falta de pertenencia del bien al ejecutado, en tanto dure aquél, y precluye al producirse la transmisión del bien al adjudicatario o rematante.

Por otra parte, el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser objeto de interpretación sistemática para complementar los supuestos no recogidos en el mismo, relativos a otros modos de finalización del embargo y que, con arreglo a la finalidad institucional de la tercería, deben determinar igualmente la preclusión de la posibilidad de su ejercicio. En particular debe entenderse producido dicho efecto preclusivo en otros dos casos:

1.º cuando la transmisión del bien embargado a favor del acreedor o de un tercero tiene lugar, no mediante su enajenación en subasta pública, sino a través cualquier otro de los modos de realización forzosa previstos por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, también en los casos de convenio de realización y de venta por medio de persona o entidad especializada a que se refieren los artículos 640 a 642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

2.º cuando, por causa distinta de la transmisión del bien embargado se produzca el alzamiento del embargo. Este supuesto, no recogido explícitamente en la nueva Ley tiene, sin embargo, el refrendo de la jurisprudencia, como se

(13) Relativa a un supuesto anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998, que confirmó la inadmisión de una tercería porque el tercerista había obtenido previamente el alzamiento del embargo mediante la consignación de la cantidad por la que se seguía la ejecución. Esta conclusión se alcanza igualmente de lo dispuesto con carácter general por el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto.

Pues bien, en cualquiera de los casos citados, la consecuencia de la interposición extemporánea de la tercería es la inadmisión a trámite de la demanda, que se deberá acordar mediante auto dictado de plano y sin sustanciación alguna.

II. EFECTOS Y OBJETO DE LA TERCERÍA

Podemos estructurar la materia de este apartado distinguiendo entre los efectos de la admisión a trámite de la tercería y los derivados de una eventual estimación de la misma.

1. EFECTOS DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA TERCERÍA

En cuanto a los primeros, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene en materia de efectos derivados de la admisión de la demanda de tercería los dos mismos efectos que ya preveía la anterior Ley procesal en sus artículos 1.455 y 1.535. Tales efectos son la suspensión de la ejecución en relación con el bien a que se refiera la tercería y la admisión de la posibilidad de que el ejecutante solicite mejora del embargo, lo que deberá ordenar el Tribunal mediante providencia en virtud de dicha solicitud. Así resulta del tenor del artículo 598 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (párrafos 1 y 3).

Respecto de la mejora del embargo, la mera admisión a trámite de la tercería es causa suficiente para ordenarla, a instancia de parte, si bien dicha mejora deberá limitarse a los bienes o derechos que sean precisos para cubrir el previsible valor de realización de los que sean objeto de la tercería.

En cuanto al efecto suspensivo debe precisarse que lo que se suspende son las actuaciones de realización forzosa (el llamado procedimiento de apremio), pero no debe impedir la adopción de las medidas de garantía del embargo, por lo que podrá decretarse y practicarse la anotación preventiva del embargo a pesar de estar interpuesta la tercería.

Ahora bien, *especialidad* importante en esta materia es la representada para las *ejecuciones directas sobre bienes hipotecados* en virtud de lo dispuesto por el artículo 696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que impone el

requisito de que el título base de la tercería de dominio debe reunir la condición de estar inscrito y ello en fecha anterior a la inscripción de la hipoteca, por lo que dado el principio de titulación auténtica y pública en que está basado el Registro de la Propiedad (cfr. art. 3 LH y 34 RH), no podrá constituir soporte para el ejercicio de tercería de dominio con eficacia suspensiva sobre el procedimiento judicial sumario un título de propiedad documentado de forma privada, pues un documento privado, por razón de lo dicho, nunca puede dar lugar a una inscripción de dominio.

Esta idea, que se aparta del patrón común de las tercerías, diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil y que procede de la redacción previa a la reciente reforma procesal del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, había sido confirmada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de febrero de 1987 y 26 de septiembre de 1991, en base a la cita de los artículos 127 y 132-2.º de la Ley Hipotecaria y a la consideración de que esta última es posterior a la anterior Ley procesal y de idéntico rango normativo.

Como pone de manifiesto MORELL (14), se trata de una tercería sujeta a tantos requisitos que difícilmente tiene lugar en la práctica, señalando, a continuación, dos únicos casos en que, a su juicio, puede prosperar dicha tercería: o bien cuando se haya duplicado en el Registro el asiento de una misma finca, es decir, en los supuestos de doble inmatriculación, o bien por haber transmitido el hipotecante la finca a un tercero y, a pesar de ello, haberse inscrito después la hipoteca por él constituida (15).

A los dos efectos anteriores se debe añadir un tercero consistente en la prohibición de admitir segundas o posteriores tercerías. Así se desprende del artículo 597 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al prescribir que: «No se permitirá en ningún caso segunda o ulterior tercería sobre los mismos bienes, fundada en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera».

Se trata de una norma que reproduce el contenido del artículo 1.538 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. En tales casos, la demanda de tercería deberá ser rechazada por apreciación de litispendencia o de cosa juzgada, que

(14) MORELL, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1930, pág. 147.

(15) GARCÍA GARCÍA, por su parte, en su trabajo *Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, 1994, destaca otras posibles hipótesis, a las que no duda en calificar de insólitas: a) en el supuesto de haberse producido un error en la aplicación por el Registrador del tracto sucesivo, es decir, en el criterio de legitimación registral, en base a una inscripción previa, para disponer o gravar de los derechos reales sobre bienes inmuebles (cfr. art. 20 LH); b) en el supuesto de que un titular dominical inscrito con anterioridad en el historial de una finca, que alegase su propiedad frente a adquirentes posteriores y frente al acreedor hipotecario con hipoteca constituida por esos adquirentes, por existir causas determinantes de nulidad o resolución de esos adquirentes, y sin que éstos puedan acogerse a la protección de la fe pública registral por carecer de alguno o algunos de los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

podrán alegarse como excepciones procesales en la contestación a la demanda y ser objeto de debate y decisión en la audiencia previa al juicio, conforme a los artículos 405 y 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. OBJETO DE LA TERCERÍA DE DOMINIO

En cuanto a los efectos derivados de la resolución de la tercería, se han de estudiar en relación con lo que se puede denominar el objeto de la misma, ya que aquellos dependerán de éste. A este respecto debe destacarse que el objeto de la tercería de dominio se limita a discutir sobre la procedencia o improcedencia del embargo por razón de la pertenencia del bien trabado al patrimonio del tercerista y no del ejecutado. La súplica de la demanda de tercería ha de limitarse, por tanto, a la petición de alzamiento de la traba, siendo improcedente cualquier otra petición, incluida la declaración de dominio en favor del tercerista. Así resulta con claridad de los dos párrafos del artículo 601 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual:

«1. En la tercería de dominio no se admitirá más pretensión del tercerista que la dirigida al alzamiento del embargo.

2. El ejecutante y, en su caso, el ejecutado, no podrán pretender en la tercería de dominio sino el mantenimiento del embargo o sujeción a la ejecución del bien objeto de tercería».

El párrafo 1.º, por tanto, prohíbe la *acumulación de acciones*, y el segundo la *reconvención*. La indebida acumulación debe ser apreciada de oficio (art. 73.4) y puede ser denunciada por el demandado o por los demandados en la contestación (art. 402), en cuyo caso se debatirá y decidirá la cuestión en la audiencia previa al juicio (art. 419).

En cuanto a la *reconvención*, como pone de manifiesto VEGAS TORRES (16), al amparo de la legislación anterior eran frecuentes la encaminada a obtener la declaración de nulidad del título de adquisición del tercerista y la dirigida a destruir dicho título mediante rescisión por fraude de acreedores. La jurisprudencia había admitido la primera, pero precisando que no era necesaria la reconvención, pues la nulidad del título del tercerista podía alegarse en la tercería mediante una simple excepción (vid. sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1991, 23 de febrero de 1996, 19 de mayo de 1997 y 24 de abril de 1998), pero era más reacia a admitir en las tercerías el ejercicio de acciones rescisorias mediante reconvención (la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1998 rechaza expresa y contundentemente la reconvención que tenga por objeto la rescisión). No obstante, hay que notar que esa reconvención sí había sido

(16) *Op. y loc. cit.*

admitida por otras sentencias. Así, la de 14 de noviembre de 1995, no sólo considera admisible una reconvención en la que se solicitaba la rescisión, sino que, además, llegar a casar por incongruente la sentencia de la Audiencia que no se había pronunciado sobre tal reconvención. Por su parte, la sentencia de 1 de diciembre de 1995 considera admisible ambas modalidades de reconvención, si bien bajo la condición de que sean parte en la tercería todos los participantes o interesados en el negocio de cuya nulidad o rescisión se trate.

La Ley de Enjuiciamiento Civil zanja la cuestión prohibiendo cualquier clase de reconvención en las tercerías de dominio. Respecto de la nulidad del título del tercerista queda abierta la posibilidad, admitida por la jurisprudencia, de alegarla como excepción.

En relación con la *rescisión por fraude de acreedores*, no parece viable que pueda fundamentar una excepción, por lo que deberá solicitarse en proceso independiente de la tercería, como acertadamente razona la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1998.

Este limitado objeto de la tercería lo ha puesto de manifiesto igualmente la jurisprudencia, destacando sus *diferencias con la acción reivindicatoria*. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1997, aclara que la jurisprudencia ha señalado la no identificación de la acción de tercería de dominio con la acción reivindicatoria, puesto que la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, sustrayéndolo de un procedimiento de apremio (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994). Esta sentencia es fruto de una evolución jurisprudencial que desde una posición inicial de equiparación absoluta de la tercería con la acción reivindicatoria, pasa a una posición intermedia en la que se indica la existencia de una simple analogía sin posibilidad de identificación (sentencia de 13 de abril de 1982), hasta llegar a la más reciente en la que el objeto de la acción de tercería ha quedado delimitado y dirigido exclusivamente a liberar del embargo bienes indebidamente trabados (sentencia de 22 de julio de 1996).

Por todo ello, a mi juicio, no resulta acertada la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de marzo de 2001, que en un supuesto en que la sentencia de la tercería ordenaba no sólo el alzamiento del embargo, sino también la cancelación de la inscripción de dominio del demandado en la tercería, estima procedente practicar dichas cancelaciones en el orden registral y, paralelamente, practicar la inscripción del citado dominio a favor de tercerista triunfante, y ello bajo el frágil argumento de que «el respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a Jueces y Tribunales ... impide al Registrador ... so pretexto del discutido alcance de la tercería de dominio, desconocer la eficacia registral de una declaración judicial ... que afirma la pertenencia del dominio a favor de determinada persona».

Finalmente, dentro de este capítulo del objeto de la tercería, cabe reseñar cierta jurisprudencia conforme a la cual *la acción de tercería puede interponerse* no ya frente a un embargo sino también frente a una intervención indebidamente acordada sobre cierto bien en un *procedimiento de suspensión de pagos*. Así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 1995, según la cual en todo procedimiento de ejecución colectiva o concursal, como el de suspensión de pagos, el embargo de bienes, que es medida aseguratoria o cautelar propia y específica de los procedimientos de ejecución individual (juicio ejecutivo, por ejemplo), viene a ser sustituido por la ocupación o cuasi-ocupación de los bienes del deudor (en este caso, el suspenso), de forma que la referida ocupación o intervención judicial de bienes en el procedimiento de ejecución colectiva es medida aseguratoria o cautelar idéntica o similar al embargo de bienes en los procedimientos de ejecución individual. Así se desprende, del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, cuando en su párrafo último establece que «desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras esta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado». Si ello es así, resulta patente —según la citada sentencia— que si en la suspensión de pagos se intervienen o incluyen como formando parte del «activo» del suspenso unos bienes que no son propiedad de dicho suspenso, sino que lo son de un tercero, éste, mediante una tercería de dominio, puede conseguir que dichos bienes dejen de estar intervenidos e incluidos en la relación de bienes integrantes del «activo» del suspenso.

3. RESOLUCIÓN SOBRE LA TERCERÍA

La resolución de la tercería aparece regulada por los artículos 603 y 604 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el primero:

«La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien».

Y para el caso de resolución estimatoria dispone el artículo 604 que:

«El auto que estime la tercería de dominio ordenará el alzamiento de la traba y la remoción del depósito, así como la cancelación

de la anotación preventiva y de cualquier otra medida de garantía del embargo del bien al que la tercería se refiriera».

Obsérvese, pues, que a pesar de tramitarse en juicio ordinario, las tercerías se deciden por medio de auto, lo que viene a ratificar la teoría de la naturaleza incidental de estas actuaciones respecto del procedimiento de ejecución en que tienen lugar (cfr. art. 206.2.). Y, ciertamente, ello resulta coherente con la severa limitación de su objeto a la cuestión de decidir sobre la procedencia del embargo, pues si éste se acuerda por medio de auto, es lógico que una resolución que cuyo objeto se limite a confirmarlo o a alzarlo, sin ningún otro pronunciamiento, revista la misma forma (art. 545.4).

Por tanto, el artículo 604 ha de entenderse en el sentido de que el único pronunciamiento que puede contener la parte dispositiva del auto que estima la tercería es el de alzamiento de la traba y de las medidas de garantía. En otro caso, dado que la única petición que puede articularse en la súplica de la demanda es la de alzamiento de la traba (art. 601), el auto que incluyera en su parte dispositiva cualquier otra decisión distinta a la estimación o desestimación de esa petición, sería incongruente. Paralelamente no incurre en incongruencia el auto que, a pesar de haberse incluido en la súplica de la demanda la pretensión de la declaración del derecho del tercerista, se limita a decidir sobre el alzamiento de la traba (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1992).

Y es que el juicio sobre la pertenencia de los bienes es, en la tercería de dominio, como dice VEGAS TORRES, un simple antecedente lógico de la decisión sobre alzamiento o mantenimiento de la traba y, como tal, ha de quedar reflejado en la fundamentación del auto resolutorio (art. 208.2), sin trascender a su parte dispositiva. En este sentido debe interpretarse el artículo 603, párrafo primero, cuando dice que el auto resolutorio se pronunciará «sobre la pertenencia del bien», pronunciamiento que se habrá de exteriorizar, pues, en la fundamentación de aquel auto y no en su parte dispositiva.

Repárese, por lo demás, que esta interpretación es la más congruente con la prescripción legal de que el juicio sobre la pertenencia de los bienes sólo es relevante a los efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien. Por tanto, la tercería de dominio no impide ni prejuzga de ninguna manera ulteriores procesos acerca de la titularidad del bien entre los mismos sujetos que fueron parte en aquélla.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad
Letrado adscrito de la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Doctor en Derecho

El artículo 1.862 del Código Civil español y el delito de *stellionatus* en la *conventio pignoris*

El artículo 1.862 del vigente Código Civil español dispone: «*La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres, las cosas que sabía que estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen*».

Si hoy en día sabemos que el derecho real de hipoteca es constitutivo, y que el usual y buen funcionamiento del Registro de la Propiedad imposibilitaría que pudiera darse la situación que contempla el precepto, habría que preguntarse cuál es la razón de su existencia. Lo que sería tanto como tratar de indagar a qué obedece el que se incluyera en el Código.

Bien, hagamos un poco de historia... jurídica, por supuesto.

Existía un principio en el Derecho griego antiguo, llamado de la *anepafia* (1), en virtud del cual el propietario de una cosa no podía volver a utilizarla como medio de garantía, incluso aunque le perteneciera, mientras estuviera sujeta a la posible reclamación de otro. Este principio establecido inicialmente para el derecho ático (2), en su traslación al *pignus* romano, implicaría la prohibición de volver a constituir garantía sobre una cosa ya previamente pignorada (3), lo que impediría su reutilización

(1) Este principio, por el cual nadie puede servirse de una cosa como medio de garantía o de obtención de crédito, aunque le perteneciera y tuviera la disponibilidad material, salvo que tal cosa sea *anepafos*, esto es, libre de reclamación de otro. BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano», en *TDR*, Barcelona, 1997, pág. 68, n. 6.

(2) PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930, pág. 85, n. 2.

(3) Respecto a los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa ya previamente gravada, se puede consultar a RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des*

como medio de crédito, mientras la cosa no estuviera libre del gravamen anterior o bien simplemente pendiente de la reclamación de la garantía precedente.

El cumplimiento y exigibilidad de este principio de la *anepafia*, hacía suponer que siempre que se constituyera un *pignus*, la cosa estaría presumiblemente libre de posibles reclamaciones, incluso aunque nada se hubiera dicho, en razón a que la propia ley ya obligaba al deudor con la prohibición de volver a utilizarla para negociar nuevos créditos, poniendo como garantía la misma cosa. Claro está que, a efectos prácticos, la efectividad y cumplimiento de tal premisa estaría condicionada a la posible conformidad o declaración del deudor de no haber nada en contra que se opusiera a la constitución del gravamen, para así conseguir la plena efectividad y seguridad en la contratación privada, amen de la obligación de declarar cualesquiera otras incidencias que afectaran a los bienes.

Esto supuso la necesidad de la búsqueda de un sistema de advertencias, a modo de rudimentario sistema de publicidad sobre los gravámenes, que impidiera la duplicidad de los mismos sobre los bienes, como de hecho se adoptó en la antigua Grecia (4) mediante la utilización de los *horoi* en las fincas gravadas (5).

Pero parece ser que, a pesar de las prohibiciones legales, la violación del principio de la *anepafia* era cosa frecuente, puesto que aunque el acreedor pudiera cautamente indagar y conocer la existencia de la carga anterior, siempre cabía la posibilidad de que el deudor a pesar de ello, pudiera llevar a cabo una nueva convención que le permitiera obtener un nuevo derecho de crédito (6). Por ello, se impone la necesidad de refrendar la declaración del

Verpfändersbesonders in den Papyri, Leipzig, 1909, pág. 9 y sigs. [ídem. *Gesammelte Aufsätze*, 4 (1971), Tübingen, pág. 173 y sigs.].

(4) Según MORO SERRANO, los campos áticos estaban llenos de unos cipos o lápidas que publicaban el nombre de los acreedores y la cuantía de sus créditos. Tan extendido estaba este sistema que «los terrenos libres de lápidas probablemente habían pasado a ser propiedad de los acreedores». MORO SERRANO, «Las formas de garantía real en Roma», en *RCDI*, 65 (1989), pág. 716.

(5) Y si bien es cierto, que en Grecia existía un régimen de notificaciones sobre inmuebles, ello lo era en forma privada mediante la utilización de determinadas marcas en los propios bienes —los conocidos *horoi*— en los fundos rústicos o en los edificios urbanos, pero en realidad, en lugar de significar una transferencia real de la posesión de los bienes, era sólo una mera forma de dar una advertencia a los terceros utilizando para ello la inscripción en los *horoi*. BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria...», *op. cit.*, pág. 68.

(6) La hipoteca romana se origina como una modalidad de la *prenda sin desplazamiento de posesión*, como diríamos ahora, o de un *pignus* en el que *non transiit nec possessio ad creditorem*, sin que se utilizase el término hipoteca hasta Juliano. Esto supone que para posibilitar una garantía ulterior, la *res* no salía del poder del deudor; cosa que ya había sido admitida en las antiguas formas de garantía real en las que incluso el traspaso del dominio no implicaba el de la posesión. Por ello lo normal era la continua-

deudor mediante sanciones que hicieran más efectiva la imposición del referido principio. De esta manera, la prohibición de volver a entregar nuevamente en garantía, como si estuvieran libres, las cosas anteriormente gravadas, se sancionaba con el delito de *stellionatus* (7).

Llegado a este punto, sería interesante conocer, en primer lugar, si este principio de la *anepafiatene* correspondencia con los textos romanos, y por otra parte, una vez que se ha producido el delito de *stellionatus*, cuáles son sus penas y qué efectos produce sobre la contratación.

El reconocimiento del referido principio supondría, en el caso del *pignus* romano, la indisponibilidad de la cosa dada en prenda, en cuanto que imposibilitaría la existencia de acreedores subsiguientes. Dicho principio supondría, a la par que una contradicción evidente, una remora para las posibilidades de evolución del *pignus possessionis* al *pignus conventum* y a la eventualidad de la admisibilidad de una pluralidad de acreedores.

Efectivamente, aun cuando ya en tiempos de la obra justiniana era moneda corriente la pluralidad de créditos sobre una misma cosa obligada, todavía a modo de resabio arcaizante aparecen en las fuentes pasajes en clara confrontación a la multiplicidad crediticia. Teniendo este punto de vista presente, es como se puede comprender el fragmento de GAYO (8), recogido en D.20.1.15.2:

qui res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiarpericulum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant, praedicere solent, alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit (9).

En este fragmento se contempla la concurrencia de dos acreedores, aludiendo al posible riesgo (*periculum*) en el que pueden incurrir los que suelen

ción del poseedor en la tenencia de la cosa. ARIAS RAMOS, «La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», en *RDP*, 313 (1943), pág. 214, n. 4, y pág. 215.

(7) Sobre el delito de *stellionatus* se puede consultar el excelente trabajo de MENTXAKA, «Stellionatus», *Bulletino dell'Istituto di diritto romano (BIDR)*, vol. XXX (XCI coll.), Milano, pág. 277 y sigs. En dicho artículo se recoge como antecedentes dos publicaciones sobre la materia como son la de VOLTERRA, *Stellionatus*, *Studi sassaresi*, vol. VII (1929), Sassari, pág. 107 y sigs., y ZILLETI, *Annotazioni sul crimen stellionatus*, *Archivio giuridico* «Filippo Serafini» (AG), vol. CLXI (1961), Modena, pág. 72 y sigs.

(8) GAIUS, *Lib. singulari de formula hypothecaria*.

(9) 20.1.15.2: «Los que hubieran obligado sus bienes y los obligaran de nuevo a un segundo acreedor, para evitar el peligro en que suelen incurrir los que obligan muchas veces los mismos bienes, suelen manifestar que la cosa no está obligada a ningún otro más que, a título de ejemplo, a Lucio Ticio, para que en lo que exceda de la primera obligación la cosa quede obligada, de manera que se pueda hipotecar en lo que vale de más, o en su totalidad cuando la cosa quede liberada de la primera deuda».

obligar dos o más veces unos mismos bienes. Para evitar esto, se acude a una especie de cláusula de estilo o de *fórmula tipo*, consistente en el ardid de manifestar que *la cosa no está obligada a ningún otro, salvo a Lucio Ticio*, por ejemplo, recayendo la segunda obligación en lo que exceda del primer gravamen, o en la totalidad de la cosa en cuanto quede libre de aquélla.

Independientemente de la consideración que este fragmento sea un anticipo del reconocimiento explícito de la admisibilidad de un segundo gravamen coincidente con el primero (10), el texto nos advierte de la existencia de un riesgo (*periculum*) que hay que evitar, pero no dice cuál es éste. En cambio, parece dar por sentado que el deudor debe de advertir al acreedor antes de proceder a la constitución del gravamen de cuál es la situación real en la que se encuentra el bien (11).

En otro fragmento, PAULO (12), que refuerza su opinión con la de JULIANO, califica de hurto a quien vende una cosa que había sido gravada con prenda. El texto recogido en D.47.2.66.pr., dice así:

si is, qui rem pignoris dedit, vendiderit eam quam vis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat; idque et Iulianus putat (13).

El pasaje, aparte de calificar de hurto dicho supuesto, lo reconoce como tal, tanto si media entrega de la cosa al acreedor —*tradiderat creditori*—, como si dicha cosa hubiera quedado obligada en virtud de un pacto especial —*sive speciali pactione tantum obligaverat*—. Lo que nos obliga a pensar en que se trata de una *conventio pignoris* (o *pignus conventum*), con un tratamiento asimilado al *pignus possessionis*, cuando son sustancialmente distintos. Probablemente, no es sino un intento de querer introducir algo que no estaba en el texto original, que posiblemente se refería sólo a la primera de las dos situaciones contempladas. Aparte de lo insólito y especial del supuesto de calificar de hurto el hecho, aún cuando quien tal procede es el propio dueño —*quam vis dominus sit*.

(10) ROBLES VELASCO, «La segunda hipoteca en el Derecho romano», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 2001, núm. 668, pág. 2347.

(11) Esta advertencia, con todos los inconvenientes de las comunicaciones privadas, parece dejar al acuerdo deudor-nuevo acreedor la publicidad de la existencia de gravámenes anteriores que recaigan sobre la cosa. De ahí la necesidad de la *interpellatio*, o advertencia que todo deudor que quiera destinar una cosa ya previamente gravada para proceder a la constitución de una nueva garantía, debe de realizar al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada. ROBLES VELASCO, «La segunda hipoteca en el Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 2366, n. 75.

(12) PAULUS, *Lib. VII, ad Plautium*.

(13) D.47.2.66.pr.: «Si el que dio una cosa en prenda la hubiere vendido, aunque fuere su dueño, comete hurto, ya se la hubiere entregado al acreedor, o ya solamente la hubiera obligado por un pacto especial [y esto opina también Juliano]».

Tal calificación nos permite pensar, cuando menos, en que hasta ese momento se daba por reconocida y establecida la imposibilidad legítima de volver a gravar la misma cosa con nuevas garantías, con lo cual se deducía la necesidad de refrendar mediante sanciones que hicieran efectiva la imposición de tal modo de proceder.

Ello nos lleva a referirnos al delito de *stellionatus*.

El *stellionatus* sanciona como delito grave la prohibición de dar en garantía y como libres las cosas anteriormente gravadas. Y aunque tal delito hunde sus raíces en el viejo *ius civile*, todavía en los propios textos justinianos se recogen algunas orientaciones, aunque en todo caso, sin determinar unas características muy precisas del mismo. Así ULPIANO (14), aunque no llega a calificarlo de *infamatorio* (15), no por ello deja de llevar aparejada una pena extraordinaria, aunque sin precisar más. El texto viene recogido en D.47.20.2:

stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet (16).

La nota de *infamia* en cuanto que impone la pérdida de la moralidad u honorabilidad social, requería de una intervención pretoria (*nota censoria*). El Digesto (17) no llega a recoger al *stellionatus* entre los casos que pueden dar lugar a esta tacha, salvo que se incluyera entre los casos de hurto, injuria, dolo malo o fraude, lo cual en todo caso no deja de hacer discutible (18) su inclusión entre las instituciones citadas (19).

Papiniano, coetáneo de Septimio Severo (193-211 d.C.), probablemente pensó que no tenía sentido el mantenimiento del *stellionatus* como delito, de ahí que no lo incluyera ni entre las intervenciones públicas ni entre las accio-

(14) ULPIANUS, *Lib. VI ad Sabinum*.

(15) (...) No obstante en D.3.2.13.8. *ULP. 6, ad. ed.: crimen stellionatus infamian irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium* [el crimen de estelionato implica infamia en el condenado, aunque el juicio no es público], lo que implica una cierta contradicción, pues si es calificado de «crimen», término con el que los romanos denominaban a los delitos de derecho público, ¿cómo a continuación señala que no es público?, según MENTXAKA, la contradicción aparece porque el estelionato no es uno de los delitos originarios (ley de las Doce Tablas), sino como un *crimina* surgido de la *cognitio extra ordinem*. MENTXAKA, «Stellionatus»..., *op. cit.*, pág. 279.

(16) D.47.20.2: «El proceso de estelionato no es infamatorio ciertamente, pero lleva consigo la aplicación de una pena extraordinaria».

(17) D.3.2.1.

(18) En cambio, en el Derecho justiniano incurrían en infamia los que habían sido condenados por incumplimiento de contrato que exigían recíproca confianza como el mandato, sociedad, depósito o tutela. GARCÍA GARRIDO, M. J., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982, pág. 170.

(19) En cambio, en C.2.12(11).1 1, los deudores que hayan hecho cesión de un bien, aunque fueren vendidos, no por ello cometen infamia.

nes privadas (20). Esto es fácilmente comprensible, si según ERMANN, el término *hypotheca* comienza a prevalecer sobre el *pignus conventum* en la época de los Severos por influencia helénica, realizándose una modificación en las obras de Gayo y de Marciano por la jurisprudencia anterior a Justiniano, e incluso por los propios compiladores justinianos de tal forma que el término *pignus* se llegó a sustituir corrientemente por el de *hypotheca* (21).

Esto nos hace suponer, que hasta ese momento al menos formalmente, si que era necesaria aún la previa satisfacción del acreedor pignoraticio para posibilitar una garantía posterior. De ahí también hasta ese momento, de la necesidad de tranquilizar y garantizar al acreedor, incluso imponiendo coactivamente sobre el deudor que éste no va a constituir un nuevo *pignus* mientras estuviera vigente el primero (22).

No obstante, ULPIANO (23) considera que, a menos que hubiera además de *stellionatus* otra acusación criminal (la *actio doli* es subsidiaria), se podía acusar de ello a quien lo hiciera con dolo, estableciendo a continuación los casos en los que tiene lugar en D.47.20.3.1:

stellionatum autem obiici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit, quod obiiciatur; quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubique igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiiciemus. Máxime autem in his locum habet, si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit, vel permutaverit, vel in solutum dederit; nam hae omnes species stellionatum continent. Sed et si quis merces supposuerit, vel obligatas averterit, vel si corruperit, aeque stellionatus reus erit. Item si quis imposturam fecerit, vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulare. Et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare (24).

(20) D.47.20.1. PAPINIANUS, *Resp. l.* El hecho que el estelionato tenga ese carácter, ni privado ni público, sino considerado como un crimen extraordinario, hace, según MENTXAKA, que se encuadre entre los llamados *crimina*. Esto es, la acción no es pública, en el sentido de *legítima*, ni privada, como resultante de un delito privado. MENTXAKA, «Stellionatus»..., *op. cit.*, pág. 303.

(21) ERMANN, «Pygnus hypothecae», en *Melanges Girard*, 1 (1912), págs. 419 y sigs.

(22) En cualquiera de estos casos se dificultaba que una misma cosa sea objeto de nuevas garantías con otros acreedores. Fue necesario que desaparecieran todos estos obstáculos para que la posibilidad de concurrencia de varias garantías reales sobre el mismo bien fuera posible. ROBLES VELASCO, «La segunda hipoteca en el Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 2347.

(23) ULPIANUS, *Lib. VIII, de officioproconsulis*.

(24) D.47.20.3.1: «También se puede acusar de estelionato a los que hicieron alguna cosa con dolo, conviene saberlo, si no hubiere otra acusación criminal que se les formule;

Esto es, tendrá lugar cuando se oculte la obligación contraída o se enajene una cosa que previamente había sido obligada en favor de otro, o en el caso que las mercancías que pudieran servir de medio de garantía se sustrajeran al posible acreedor o se estropearan adrede para impedir el beneficio de éste.

En cuanto a la cuestión de cuál sea la pena a aplicar, no hay una uniformidad de criterio, puesto que si bien en este mismo título *vigésimo, fragmento 3.2 (25)*:

poena autem stellionatus nulla legitima est, quum nec legitimun crimen sit; solent autem ex hoc extraordinem plecti, dummodo non debeat opus metalli haec poena in plebiis agredi; in his autem, qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio, vel ab ordine motio remittenda est.

Del cual se desprende, que a pesar de no haberse establecido una pena concreta para el estelionato, puesto que no es un *crimen* señalado por la ley, su tratamiento adecuado sería a través del *procedimiento extraordinario*, siendo la pena distinta según la clase social, puesto que si se trata de plebeyos no puede ir más allá del trabajo en las minas, o en el caso que el infractor ostentara alguna dignidad o magistratura, la comisión de tal delito implicaría la posible destitución o remoción de su cargo.

En otro texto de MODESTINO (26), tampoco se establece paridad con los textos anteriores. Dicho fragmento viene recogido en D.47.20.4:

de periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit; et ideo ad tempus exulat (27).

porque a igual que en los juicios privados existe la acción de dolo, en los delitos públicos son perseguibles por estelionato. Así pues, donde falte el título de delito, podemos acusar de estelionato. Éste, principalmente, tiene lugar cuando alguno hubiera disimulado el estar obligado, o hubiera enajenado o permutado, o dado en pago maliciosamente a alguien una cosa obligada a otro, porque en todos estos casos implican estelionato. También cuando alguno hubiese sustituido mercancías, o hubiere distraído las que estaban obligadas, o las hubiere estropeado, será considerado reo de estelionato. Asimismo, si alguno hubiere hecho o impostura o colusión en perjuicio de otro, también podrá ser acusado de estelionato. Y como en general se ha dicho, a falta de la denominación del delito, tiene lugar esta acusación criminal, y no es necesario expresar la clase de delito».

(25) D.47.20.3.2: «No existe pena alguna señalada por la ley al delito de estelionato, dado que tampoco es un delito definido por la ley; por ello se suele castigar mediante el procedimiento extraordinario, con tal que la pena no deba de exceder del trabajo en las minas, tratándose de plebeyos; en cambio, si se trata de los que se hallan revestidos de alguna dignidad se ha de aplicar la suspensión temporal o la destitución del orden al que pertenezca».

(26) MODESTINUS, *Lib. III, De poenis*.

(27) D.47.20.4: «Si alguno juró en un instrumento [público], que eran suyas las cosas pignoradas, resultará un delito de estelionato, y por tanto, será desterrado temporalmente».

Esto es, que en el caso de mediar juramento recogido en un instrumento (público), aseverando que la cosa dada en prenda es suya, si después se demuestra que no lo es (28), la pena que se impone es la de destierro temporal (29).

Este es precisamente el supuesto al que parece referirse el precepto contenido en el artículo 1.862 del Código Civil español, al aludir a las posibles responsabilidades criminales en las que puede incurrir el que dolosamente defraudase a un posible acreedor hipotecario, ofreciendo como libres y objeto de prenda o hipoteca, cosas que ya sabía gravadas, o haciéndose pasar por dueño de las que no le pertenecen.

Probablemente, en la continua evolución del *pignus* se asistió a la creación de una situación de hecho favorable a la aparición de nuevos acreedores posteriores y sucesivos, bien utilizando para ello una convención privada donde el deudor se prestaría a ello con el conocimiento y consentimiento del acreedor anterior, o bien utilizando para ello la referida *fórmula de estilo*. Lo cierto es que pronto se presentaron posibles concursos de acreedores, los cuales se resolvieron mediante la regla, tan romanista por lo demás, de *melior est condicio possidentis*, con lo cual la preferencia la va a obtener en el caso de concurrencia de acreedores, el que sea poseedor.

Situación aplicable al *pignus possessionis*, pero no tanto al *pignus conventum*. Pero al no diferenciar claramente ante cuál de estas dos formas de *pignus* nos encontramos, es lo que podría crear confusión al intérprete. Sólo así es posible entender, que más tarde esta idea reaparezca en los propios textos justinianeos, utilizando para ello las palabras de Paulo (30). Concretamente en D.20.4.14. Dice así el texto:

si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possesor melior sit (31).

En este fragmento se juega con los dos principios. El principio de prioridad aparece de forma que en caso de pignoración sucesiva de una misma

(28) Un supuesto similar se puede encontrar en C.9.34.1.

(29) MENTXAKA considera que el supuesto de hecho que dio lugar al pasaje podría ser que se tratara de una pignoración de cosas ajenas en la que el propietario no dio su consentimiento, por lo que el propietario reivindicó al acreedor pignoraticio las cosas que aparecen reflejadas en el documento de prenda, y que el deudor pignoraticio hizo objeto de prenda. Por ello se le condena como reo de estelionato. MENTXAKA, «Stellionatus»..., *op. cit.*, págs. 313 y 314.

(30) PAULUS, *Lib. XIV ad Plautium*.

(31) D.47.20.4: «Si uno, que no era el dueño, hubiere pignorado a dos una misma cosa en tiempos distintos, es preferido el primero; pero si fueran varios los no dueños de quien recibiéramos la prenda, será preferido el poseedor».

cosa en favor de dos o más acreedores, la preferencia es en favor del primero (regla *prior potior est*); pero tratándose del supuesto de constitución de prenda por dos o más deudores, ninguno de los cuales pudiera determinar ser el propietario (32), la preferencia es en favor del que tiene la posesión (*possessor melior sit*).

En realidad, creemos que el fragmento no es sino un intento de tratar de conciliar una regla dictada para el *pignus possessionis*, dando entrada al principio de prioridad que juega con el otro tipo de *pignus*, el *pignus conventum*, no en éste, facilitando su incorporación a una nueva variante de garantía real que, a la postre, sería la que se impondría.

Por último, en cuanto al tratamiento de los efectos de la contratación, la cuestión estriba en determinar si en estos casos requerían de la necesidad de la comunicación por parte del deudor de la inexistencia de un gravamen pignoraticio previo sobre los bienes para no incurrir en el delito de *stellionatus*. Si esto era así, y nada parece indicar lo contrario, tal declaración se puede entender como un sistema muy rudimentario de publicidad de las garantías reales, ya que aparte de la prohibición del viejo principio de la *anepafia*, lo que era fácilmente vulnerado mediante el simple expediente del sometimiento de la voluntad del deudor a la del acreedor, dicho sistema de declaraciones privadas presentaba una serie de graves inconvenientes, entre otros porque se necesitaría, además, que se expresara la relación entre el importe de la garantía y el valor de los bienes que la cubrían. Si tal declaración incluyera dicha equivalencia, podría llegar a darse en la práctica que frecuentemente el valor de los bienes fuera muy superior al de la deuda pretendidamente cubierta, de forma que todavía podría quedar margen de negociación para una posterior garantía, lo que, a la postre, facilitaría la constitución de una garantía posterior.

En otro orden de cosas, la propia configuración del *pignus conventum* o *hypotheca* con su no transmisión de propiedad, ni tan siquiera el tránsito posesorio a diferencia del *pignus datum*, harían que la posibilidad de utilizar una misma cosa como medio de obtención de nuevas garantías no fuera ya un obstáculo en sí, pero sí que durante algún tiempo produjera el efecto de una fuerte coacción psicológica que pesaría sobre el deudor, por lo menos hasta que se produjera el cumplimiento de la primera obligación garantizada; esto, sin hablar de la dificultad, no menor, de la obtención de una justa valoración de la cosa, teniendo todavía pendiente la primera garantía que cubría, aunque sólo fuera parcialmente su valor. Inconvenientes no pequeños, que propiciaron que los romanos no llegaran a desarrollar, por lo menos en toda su extensión, el problema de la pluralidad de vínculos hipotecarios sobre unos mismos bienes.

(32) Este pasaje tiene todos los visos de ser más un intento de conciliar ambos supuestos, o un añadido posterior que obra del propio Paulo.

Todos estos planteamientos dificultarían que una misma cosa fuera objeto de nuevas garantías con otros o ulteriores acreedores. Fue necesario que desaparecieran todos estos obstáculos materiales o psicológicos para que la posibilidad de concurrencia de varias garantías reales sobre unos mismos bienes fuera posible (33).

Remover tales obstáculos, en conclusión, es lo que creemos que se hizo imprescindible para permitir la posibilidad de nuevas garantías sobre cosas ya gravadas previamente por el deudor, utilizando para ello, bien la voluntad de las partes o bien el transcurso del tiempo para que, como resultado de una práctica habitual, como dice BISCARDI (34), se acabase posibilitando la concurrencia de varios vínculos hipotecarios sobre una misma cosa y sin que ésta, como en los orígenes del *pignus*, estuviera sujeta a la excluyente posesión de uno de éstos (35).

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Facultad de Derecho
Universidad de Granada

(33) ROBLES VELASCO, «La segunda hipoteca en el Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 2347.

(34) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 70.

(35) ROBLES VELASCO, «Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria. El problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo», en *RCDI* (mayo-junio de 1997), núm. 640, págs. 775-798.

DICTÁMENES Y NOTAS

La ejecución hipotecaria y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda

SUMARIO: 1. INEXISTENCIA DE NORMA ESPECÍFICA EN LA LAU.—2. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 34 LH.—3. FUNDAMENTOS DE LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 29 DE LA LAU A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—4. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.—5. CONCLUSIÓN.

El presente artículo tiene por objeto el análisis de los criterios de prelación aplicables en caso de colisión de los derechos del arrendatario de una finca destinada a uso distinto del de vivienda y del adjudicatario de dicha finca en virtud de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Antes de entrar en el estudio pormenorizado de los criterios que nos ofrece el ordenamiento jurídico, es importante señalar que el caso en cuestión exige la conjugación de distintos órdenes normativos (1), como son la legislación especial de arrendamientos urbanos («LAU»), la Ley Hipotecaria («LH»), la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC») y el Código Civil («CC»). Debe tenerse en cuenta, además, que en los casos objeto de examen intervienen, como mínimo, cuatro sujetos interesados: el deudor hipotecario-arrendador, el acreedor hipotecario ejecutante, el adjudicatario de la finca hipotecada y el arrendatario. En los casos de transmisión de la finca hipotecada con anterioridad a la ejecución, se añadirá a los anteriores un quinto sujeto, el adquirente no deudor o «tercer poseedor» (en la terminología de la LH).

El análisis de los criterios para resolver la colisión entre el arrendamiento como derecho personal (al menos, según la tesis tradicional) susceptible de inscripción, pero cuya inscripción no es constitutiva, y la hipoteca como

(1) GIMENO SENDRA, V., «Proceso Civil Práctico», Tomo VIII, en *La Ley*, Madrid, 2002, pág. 277.

derecho real con inscripción constitutiva, pasa por determinar si el arrendamiento es anterior o posterior a la hipoteca y de si está o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Es ésta una cuestión actualmente debatida y, a nuestro modo de ver, aún no resuelta. Adelantemos nuestra conclusión de que los arrendamientos inscritos anteriores a la hipoteca son los únicos que deberían tener preferencia frente al adjudicatario; en el resto de casos (el arrendamiento anterior no inscrito y el posterior, inscrito o no), el adjudicatario de la finca ejecutada tendría derecho a resolver el arrendamiento.

1. INEXISTENCIA DE NORMA ESPECÍFICA EN LA LAU

La LAU no contiene ninguna previsión específica respecto a la enajenación forzosa de una finca arrendada para uso distinto del de vivienda, pues su Título III carece de una norma análoga a la establecida en el artículo 13 para los arrendamientos de vivienda (2).

Existe gran consenso jurisprudencial en cuanto a que no cabe aplicar por analogía el artículo 13 de la LAU a los arrendamientos distintos del de vivienda, pues, atendiendo al sistema de fuentes establecido en el artículo 4.3 de la LAU, éstos quedan regulados en primer término por la voluntad de las partes. Asimismo, para los arrendamientos de uso distinto del de vivienda no se persigue la protección de una duración mínima del contrato (principio que inspira el art. 13 y justifica la clara inversión del principio de prioridad registral que de él resulta) (3). Tal como se refleja en la propia Exposición de

(2) El fin perseguido por el artículo 13 LAU es proteger al inquilino durante el plazo de duración mínimo de cinco años del contrato de arrendamiento establecido en el artículo 9 de la LAU. Así, el arrendamiento subsiste a la hipoteca durante los cinco años de duración legal del contrato de arrendamiento, esté o no inscrito el contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad, incluso en el caso de que haya sido celebrado el mismo con posterioridad a la inscripción de la hipoteca. En caso de que la duración pactada del contrato de arrendamiento sea superior a cinco años, el derecho del arrendatario quedará resuelto como consecuencia de la ejecución hipotecaria transcurridos los cinco primeros años del mismo, incluso en el caso de que no esté inscrito y sea posterior a la inscripción de la hipoteca. Finalmente, el arrendamiento con duración superior a cinco años inscrito en el Registro de la Propiedad continuará por la duración pactada, prevaleciendo así en caso de ejecución hipotecaria sobre el derecho de los acreedores hipotecarios que hubiesen accedido con posterioridad al Registro de la Propiedad y los adjudicatarios (lo que no es más que un corolario evidente del principio de prioridad registral y de purga de los derechos posteriores que anima el artículo 236-1, apartado 3 del Reglamento Hipotecario, o el 674.2 LEC). Un sector doctrinal (por aplicación del art. 14 LAU, que se refiere a la enajenación de la finca arrendada) defiende que el criterio no es el de la inscripción, sino el de la celebración con anterioridad a la constitución de hipoteca, prevaleciendo más allá de los cinco años, por el plazo pactado, los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la constitución de la hipoteca.

(3) Ya en el Informe para una Nueva Política de Vivienda, elaborado en enero de 1992 por un comité de expertos del MOPT, se planteaba la necesidad de una nueva Ley

Motivos de la LAU, las realidades económicas subyacentes en uno y otro tipo de contratos son distintas, mereciendo una especial protección los arrendamientos de vivienda. Además, cuando el legislador ha querido aplicar el régimen legal de los contratos de arrendamiento de vivienda para aquéllos de uso no residencial, lo ha indicado así de forma expresa (4). Por otro lado, queda al margen de la voluntad negocial el establecimiento de un sistema de prelación de derechos oponible a terceros (y especialmente frente a titulares anteriores) distinto del previsto en la ley.

La falta de norma específica en la LAU que resuelva esta cuestión ha dado pie, básicamente, a dos interpretaciones doctrinales:

- a) Un sector doctrinal mantiene que debe seguirse el régimen general de prelación establecido en la LH, la LEC y el CC, que nos lleva a que la enajenación forzosa de una finca arrendada para uso distinto del de vivienda debe regirse por el derecho común (5), al igual que los contratos de arrendamiento no sometidos a leyes especiales. En consecuencia, sería de aplicación el artículo 1.571 del CC (*venta quita renta*), por la remisión que al mismo se efectúa en el artículo 4.3 de la LAU, y por ser pacífica su aplicación a enajenaciones a título distinto del de venta (6). Ello no sería más que la consecuencia

de Arrendamientos Urbanos en la que se materializara una separación normativa entre los arrendamientos de viviendas y de locales para usos no residenciales, «*dejando que estos segundos se guíen exclusivamente por la ley de la oferta y de la demanda*».

(4) SAP Madrid, de 1 de abril de 2000 (AC 2000/1764).

(5) Así, ROCA-SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario; Hipotecas. Ejecución hipotecaria*, Tomo IX, Bosch Casa Editorial, S. A., 8.^a edición, Barcelona, pág. 448; FINEZ, J. M., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (F. Pantaleón Prieto), Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1995; PUENTE DE ALFARO, F. DE LA, *El arrendamiento frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: artículos 13, 14 y 29 de la LAU*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1996; págs. 218 y 219; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3 vols., Barcelona, Iurgium Editores-Atelier, 2000, págs. 3046-3047; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Dilex, S. L., Madrid, 2004, pág. 513; en el marco de la LAU de 1964, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1992, págs. 28-29; REDONDO GARCÍA, F., *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002, pág. 114; POVEDA BERNAL, M. I., *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 456-457 (en relación con el art. 13 LAU).

(6) Entre otros, LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART, Tomo XX, Vol. 1.^o-B, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, págs. 1350-1351; RIVERA FERNÁNDEZ, M., en *op. cit.*, pág. 506. Véanse también las SSTs de 5 de diciembre de 1924 y 17 de octubre de 1958 (R. 3099).

lógica del principio de relatividad de los contratos (arts. 1.091 y 1.257 del CC) y de la regla de la extinción del contrato de arrendamiento por pérdida de la cosa arrendada por parte del arrendador. En virtud de esta teoría, por la remisión que hace el 1.571 del CC a la LH, los arrendamientos serán preferentes atendiendo al principio de prioridad, es decir, según el rango de inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad. Los arrendamientos de fincas de uso no residencial no inscritos o los inscritos con posterioridad a la hipoteca carecen por tanto de preferencia frente al acreedor hipotecario y, a instancia de éste, se extinguirán a la fecha de la venta del bien en subasta, pues la transmisión de la finca provoca en este caso la extinción del derecho (7).

- b) Otra corriente doctrinal, por el contrario, entiende que la expresión *enajenación*, empleada en el título del artículo 29 de la LAU, engloba no sólo los casos de venta, sino también otros negocios de orden traslativo (8), de forma que dicho artículo resultaría de aplicación incluso en los supuestos de venta forzosa de la finca. Así, el adjudicatario quedaría subrogado en la posición del arrendador (sin derecho, por tanto, a que termine el arrendamiento), incluso respecto de arrendamientos concertados tras la inscripción de la hipoteca, y aún los no inscritos, salvo que el adjudicatario tenga la condición de tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 de la LH (9). Es discutible, desde luego, que pueda aplicarse extensivamente un artículo que entraña una clara excepción a la regla general de la relatividad de los contratos a las partes y sus herederos, a la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito (art. 1.549 del CC) y, en definitiva, a la configuración del sistema registral en nuestro Derecho.

(7) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. y otros, en *op. cit.*

(8) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Editorial Aranzadi, S. A., segunda edición, Pamplona, 1997, págs. 665 y 666; FUENTES LOJO, J. V., *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*, Tomo I, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1996, pág. 177; LEÓN CASTRO, J. y COSSIO, M. DE, *Arrendamientos Urbanos*, Granada, 1995, pág. 254; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Notas sobre el arrendamiento para usos distintos del de vivienda en la nueva LAU de 1994*, en Revista SEPIN, 14 de enero de 1995, pág. 6; MARTÍN CONTRERAS, L., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 317.

(9) Entre otras, SAP de Huesca, de 22 de octubre de 1997 (AC 1997/2140); SAP de Asturias, de 9 de abril de 2001 (AC 2001/1048); SAP de Alicante, de 22 de mayo de 2003 (JUR 2003/223128); SAP de Málaga, de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003/191787); SAP de León, de 31 de diciembre de 2003 (JUR 2004/52386) y, menos contundentemente, la STS de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/6128).

Algunos defensores de la aplicabilidad del artículo 29 de la LAU al supuesto estudiado, como GULLÓN BALLESTEROS (10), opinan que *«ha sido un desacierto notable de la nueva LAU no atender a las situaciones que se crean por la posibilidad de que un propietario-arrendador celebre contratos de arrendamiento para que lo tengan que soportar sus acreedores si le ejecutan. Debió haberse diferenciado entre los arrendamientos inscritos en el Registro de la Propiedad antes o después de los derechos de éstos, y protegerse a los primeros en sus propios términos, extinguiéndose los segundos con la ejecución. [...] no se ha solucionado legislativamente el viejo tema de la suerte del arrendamiento constituido por el arrendador frente al adquirente en un procedimiento de ejecución sobre la finca arrendada, es más, lo puede haber agravado interpretando literalmente el artículo 29, pues si se inscribiese antes de la adquisición forzosa, habría que soportarlo el adquirente al no reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»*.

2. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 34 LH

Incluso quienes defienden la aplicación del artículo 29 LAU a la ejecución forzosa han de admitir que si el adjudicatario posterior gozara de la protección del artículo 34 LH, no le sería oponible el arrendamiento. Ahora bien, para que el adjudicatario goce de la protección del artículo 34 LH, se requiere adquisición a título oneroso de persona que en el Registro figure con facultades para enajenar y buena fe (11). No ampara, por tanto, al que inscribe por primera vez en el Registro, al que adquiere a título gratuito o al que no llega a inscribir su derecho.

La jurisprudencia y la doctrina (12) más recientes parecen coincidir en que la buena fe del artículo 34 LH debe presuponer un mínimo de diligencia por parte del adquirente para conocer la situación real de la finca con independencia de lo que figure en el Registro de la Propiedad. Como dice la SAP de Alicante, de 22 de mayo de 2003 (JUR 2003/223128): *«pues tiene esta-*

(10) GULLÓN BALLESTEROS, A., *op. cit.*

(11) Resulta criticable que la remisión en el 29 LAU se haya hecho al artículo 34 LH y no al 32 LH (ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Editorial Aranzadi, S. A., Segunda Edición, Pamplona, 1997, págs. 666 y 667).

(12) MARTÍN CONTRERAS, L., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 320 y 321; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART, Tomo XX, Vol. 1.º-A, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, págs. 435-441; MARINA REIG, J. M., *Enajenación forzosa y ejercicio del derecho de adquisición preferente de los artículos 25 y 31 LAU*, en Revista SEPIN, diciembre de 1996, pág. 4.

blecido la jurisprudencia con reiteración, la buena fe no implica sólo el desconocimiento de la inexactitud del Registro de la Propiedad, sino también la posibilidad de conocer esa discordancia».

En consecuencia, tratándose de un arrendamiento de local no inscrito (sea anterior o posterior a la hipoteca), y salvo que su existencia le conste al adjudicatario por medios extrarregistrales, el adjudicatario podría desconocer el arrendamiento. Pese a la diferente dicción del artículo 1.571 del CC (*«el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente...»*) y el 29 LAU (*«el adquirente... quedará subrogado... salvo que concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»*), existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial de que tanto el inciso final del artículo 29 LAU, como el artículo 1.571 del CC, no dan lugar a la resolución automática del arrendamiento, sino que es preciso que el adquirente decida resolverlo (13).

Obsérvese que resultará prácticamente imposible que el adjudicatario de la subasta reúna los requisitos del artículo 34 LH, toda vez que en el curso de la ejecución, lo más probable será que se ponga de manifiesto a los licitadores la existencia del arrendamiento en virtud de los artículos 661.1, 661.2 ó 675 de la LEC.

Éste es el caso planteado en la SAP de Málaga, de 15 de mayo de 2003 (JUR 2003/191787): *«[...] El único requisito discutido de los que exige el artículo 34 de la LH para gozar de la protección de la presunción de exactitud de integridad en la inscripción, es el de la buena fe, pero entendida en sentido hipotecario, o sea, que el adquirente desconozca la inexactitud del registro, pues si la conoce, decae la buena fe, y en este sentido acierta la sentencia de instancia cuando constata que por el proceso de ejecución hipotecaria conocía la existencia del arrendamiento [del local comercial], y que por ello, el adjudicatario, parte en dicho procedimiento, [...], no podrá desconocer los datos, que en él constan, desde el momento en que, en el auto de adjudicación, en el hecho quinto se dice que se hizo saber la subasta a los arrendatarios [...]»*. Así también la SAP de León, de 31 de diciembre de 2003 (JUR 2004/52386): *«En el caso de autos, los actores adquieren un local previamente inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del anterior titular y ejecutado, en virtud de un auto de adjudicación del artículo [1]31 de la LH, sin embargo no es posible tener por probada la concurrencia de la buena fe entendida como desconocimiento de la existencia del arrendamiento o al menos de la ocupación del local de Bar Cafetería por un tercero [...], y en todo caso la ocupación del local por terceros debió dar pie a los futuros adquirentes para indagar el título que ostentaban para ello, nada de lo cual consta que tuviese lugar, y por tanto no puede invocarse en el caso*

(13) Véase la STS de 28 de julio 1993 (RJ 1993/6393).

presente la condición de tercero del artículo 34 de la LH para dar por terminado el arriendo»,

Recuérdese, por último, que la buena fe se presume (art. 34 LH), por lo que corresponde al arrendatario que pretende mantener la relación arrendaticia la carga de probar que el adquirente conocía la existencia del arrendamiento y la incorrección, por tanto, del Registro (14).

3. FUNDAMENTOS DE LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 29 DE LA LAU A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

A continuación, exponemos las razones por las que creemos inaplicable el artículo 29 de la LAU a la ejecución hipotecaria:

1. La línea argumental que defiende la aplicabilidad del 29 LAU a la ejecución forzosa no permite explicar la no poco sorprendente conclusión de que el arrendatario con título no inscrito, posterior a la hipoteca, merezca mejor protección que el usufructuario (también posterior a la hipoteca) con título inscrito (ya que la inscripción del derecho de este último se va a cancelar con base al art. 674.2 de la LEC o 219.2.º del Reglamento Hipotecario). O sea, un derecho personal (o al menos tradicionalmente considerado como tal) no inscrito, merecería mejor protección que un derecho real inscrito, siendo ambos posteriores a la fecha de la hipoteca.

Cabe hacer mención aquí a la discusión sobre la naturaleza personal o real del derecho de arrendamiento. Según la tesis tradicional, el derecho de arrendamiento se concibe como un derecho personal, no oponible a tercero (15). Sin embargo, varios autores (16), así como la STS de 6 de mayo de 1955 (R. 1693), coinciden en que, por virtud de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la ley reconoce a los arrendamientos ciertos efectos de carácter real con relación al adquirente ulterior. Por otra parte, algunos autores (17), como VALLET DE GOYTISOLO, defienden la condición de derecho real del arrendamiento con eficacia *erga omnes* (tesis refutable, entre otras razones, porque el derecho arrendaticio no se adquiere por usucapión ni tampoco le afecta el

(14) Véase la STS de 7 de diciembre de 2004 (RJ 2004/7872).

(15) Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil; Vol. III; Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1990, págs. 38-43. Véase también POVEDA BERNAL, M. L., en *op. cit.*, pág. 440.

(16) LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Derechos Reales, Vol. I; Posesión y Propiedad*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 9-10; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., en *op. cit.*; LUCAS FERNÁNDEZ, F., en *op. cit.*

(17) ALIA NOMBELA, T., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Vol. IV*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pág. 120.

régimen de la prescripción extintiva de los derechos reales) (18). Coincidimos con Díez-PICAZO (19) en que, en vez de la clasificación tradicional de derechos entre personales o reales como compartimentos estancos, «*resulta más útil hablar simplemente de situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y carentes de ella*». En este sentido, opinamos que el derecho de arrendamiento no inscrito en el Registro de la Propiedad no puede gozar en ningún caso de mayor oponibilidad frente a terceros que un derecho real inscrito.

2. Tan chocante como la anterior es la conclusión que resulta de dicha línea argumental de que el arrendamiento no inscrito merezca mejor trato que el arrendamiento inscrito, siendo ambos posteriores a la hipoteca, ya que este último también ha de purgarse, junto con los derechos reales inscritos, por imperativo del artículo 674.2 LEC («*se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores*»).

Por este efecto de purga, creemos equivocada la aserción *obiter dicta* de la SAP de Madrid, de 1 de abril de 2000 (AC 2000/1764) que parece apoyar el mantenimiento del arrendamiento inscrito, aún después de la purga, sobre la base de su consideración de derecho personal no incompatible con la mudanza real («*aún inscrito el derecho de arrendamiento, si se considerara que el mismo tiene carácter personal habría que plantearse la posible oposición del mismo a terceros*»). Como ya se ha dicho, al margen del carácter personal o real del arrendamiento, inscrito en este caso, ha de tenerse en cuenta su poder de oposición frente a terceros, que, a nuestro juicio, debe ceder ante el imperativo del artículo 674.2 LEC. La ya lejana STS de 22 de diciembre de 1945 (R. 1305), sobre un arrendamiento sujeto al CC, sancionaba la resolución *ex iure* del arrendamiento inscrito posterior a la hipoteca como consecuencia de su ejecución (en aplicación de la derogada regla 17 del 131 LH) (20).

3. Si cabe más paradójica resulta la conclusión de que merezca mayor protección el arrendatario de uso distinto de vivienda no inscrito (pero cuya existencia se ponga de relieve al adjudicatario) con contrato a diez años, que el arrendatario de vivienda no inscrito con idéntico plazo (pues, con base al art. 13.1 LAU, el contrato de este último se resolverá si ya han transcurrido

(18) LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, en *op. cit.*

(19) Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., en *op. cit.*

(20) «...verificado el remate o la adjudicación, se decreta de oficio, por imperio de la ley, la cancelación de las inscripciones o anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca en atención a que ésta actúa a modo de condición resolutoria que se ha cumplido y determina de iure automáticamente la extinción de los derechos del deudor-dueño y de los que [de] el (sic) traigan causa, sin que pueda ofrecer duda que en el concepto de inscripciones posteriores y susceptibles de cancelación está comprendido el arrendamiento inscrito como limitación del dominio, similar en algún aspecto al derecho real propiamente dicho».

los cinco primeros años), cuando, justamente, según la propia Exposición de Motivos de la LAU, la intención del legislador era la contraria.

Resulta interesante advertir la sutil, pero trascendental diferencia existente entre la redacción de los artículos 13 y 14 LAU respecto del arrendamiento de viviendas. El artículo 13 excepciona la resolución del arrendamiento por plazo superior a cinco años como consecuencia de la ejecución hipotecaria si el contrato de arrendamiento ha «*accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador*» (lo que, en caso de ejecución hipotecaria, equivale a decir con anterioridad a la inscripción de la hipoteca). A su vez, el artículo 14 sólo exime al adquirente de la vivienda arrendada por plazo superior a cinco años de la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendador por la totalidad de la duración pactada cuando «*concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*». Así, mientras que con base en el 13 LAU, el adjudicatario puede desconocer el arrendamiento de vivienda no inscrito con duración superior a cinco años, transcurridos los cinco primeros años, aunque le conste extrarregistralmente su existencia (pues se exige, para aplicar la excepción a la resolución, que haya accedido al Registro con anterioridad a la hipoteca), el adquirente de esa misma vivienda arrendada que fundamente su derecho en el 14 LAU sólo podrá desconocerlo si, no solamente no consta inscrito el arrendamiento en el Registro, sino si, además, concurren en él el resto de los requisitos exigidos en el artículo 34 LH (o sea, como se ha señalado más arriba, que sea un tercero de buena fe, que sea un adquirente a título oneroso y que haya inscrito su derecho). El legislador ha querido que el adquirente de vivienda arrendada que pretenda desconocer el arrendamiento existente se vea sujeto a mayores exigencias que el adjudicatario de vivienda arrendada que adquiere en el curso de una ejecución hipotecaria. Si se aplicara el artículo 29 LAU extensivamente a los supuestos de adquisición forzosa derivado de la ejecución hipotecaria, resultaría que se estarían imponiendo al adjudicatario de local de negocio arrendado a plazo superior a cinco años mayores exigencias para desconocer el derecho del arrendatario de uso distinto del de vivienda que los que se imponen, conforme al 13 LAU, al adjudicatario de vivienda arrendada a plazo mayor de cinco años. Ello significa, mirado ahora desde la óptica del arrendatario, que el arrendatario de uso distinto de vivienda goza de mayores excepciones para hacer mantener su derecho de arrendamiento, que el arrendatario de vivienda.

Esta sola reducción al absurdo bastaría, en nuestra opinión, para rechazar la aplicación del artículo 29 LAU a la ejecución hipotecaria.

Sea cual sea la dicción literal del artículo 29 de la LAU (que permitiría, es cierto, entenderlo aplicable a cualquier transmisión, no sólo la derivada de actos voluntarios *inter vivos*), este artículo, como cualquier otro precepto

legal, no puede interpretarse en el vacío, sin tener en cuenta su contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado (parafraseando el art. 3 del CC). Parece claro que el artículo 14 —el análogo al 29 en el ámbito del arrendamiento de vivienda— contempla un supuesto diferente del artículo 13, referido específicamente a la resolución del derecho del arrendador consecuencia, entre otros, de una ejecución hipotecaria. Si la intención del legislador en la redacción del artículo 29 era hacerlo extensivo, además de a la enajenación, a los supuestos de resolución del derecho del arrendador *«como consecuencia del ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra»* (art. 13 LAU), entonces, ¿no debería ese mismo legislador haberse ahorrado el artículo 13 LAU, confiando la regulación de estos supuestos a la aplicación «extensiva» del 14 LAU?

4. El análisis de los criterios de prelación aplicables a la enajenación forzosa de la finca con arrendamiento no residencial exige la conjugación de distintos órdenes normativos, como son la LAU, la LH, la LEC y el CC, por la confluencia de un interés al menos cuatripartito del adjudicatario y del acreedor hipotecario, por un lado (que querrán que el primero goce del derecho a resolver el arrendamiento) y del deudor-arrendador y el arrendatario, de otro (que aspirarán, en principio, a lo contrario). En este sentido, el derecho de arrendamiento no puede gozar de mayor protección que los derechos reales (como la hipoteca), ni perjudicar el valor de la finca dada en garantía al acreedor hipotecario. El acreedor hipotecario que otorga un crédito sobre la base del otorgamiento en su favor de una hipoteca sobre una finca libre de arrendamientos, tiene el legítimo interés a que el valor de la cosa hipotecada no se vea perjudicado por la concertación posterior de un arrendamiento en condiciones perjudiciales (con una renta inferior a la de mercado o por plazo superior al aplicable en el mercado, por ejemplo) y, para ello, tórnase ineludible que el adjudicatario (que puede ser el propio acreedor hipotecario) pueda resolver un arrendamiento concertado en condiciones perjudiciales. En otro caso, por acto del deudor-hipotecante (concertación del arrendamiento) puede quedar comprometido el valor de la cosa gravada y, con ello, la expectativa de satisfacción del crédito del acreedor hipotecario a través de la ejecución de la hipoteca, supuesto éste que parece claramente reñido con la naturaleza de derecho real de garantía que se predica de la hipoteca.

4. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

1. La anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, el Texto Refundido de 1964, contenía una normativa más tuitiva para el arrendatario de locales de negocio que la LAU vigente, estableciendo en su artículo 57 la prórroga forzosa del contrato para el arrendador, *«aún cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones»*. No obstante, no se estableció un criterio jurisprudencial unánime acerca de si la ejecución hipotecaria extinguía o no el arrendamiento constituido con posterioridad a la hipoteca. Como razonamiento para la extinción del mismo, la STS de 23 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9814) señala que *«al cancelarse en el auto de adjudicación con eficacia erga omnes todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, no debe hacerse de mejor condición un mero derecho personal como es el que concierne al contrato de arrendamiento...»*. Esta posición jurisprudencial favorable a la resolución del arrendamiento (21), por aplicación de la legislación hipotecaria (art. 131 LH, reglas 8.^a y 17.^a LH), no sólo referida a arrendamientos inscritos posteriores, sino también a los no inscritos, se hizo extensiva, sin cualquier género de dudas, a los contratos de arrendamiento sometidos al Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril de 1985 (que como se recordará, admitía la exclusión contractual de la prórroga forzosa) (22).

En cambio, la STS de 6 de mayo de 1991 (R. 3566) que defiende la permanencia del arrendamiento (23), se basa en que *«la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario [...] [no debe] afectar a derechos personales que no hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad...»*. O sea, que ante la imposibilidad de inscripción del arrendamiento conforme a la normativa vigente con anterioridad a la modificación del artículo 6 de la LH introducida por la Disposición Adicional 2.^a de la LAU de 1994, el Tribunal Supremo justifica la ineficacia real de la transmisión resultante de la ejecución hipotecaria. La argumentación es, en sí misma, rechazable, porque tampoco tendría acceso al Registro una compraventa formalizada en póliza intervenida por Notario o contrato privado y, no por ello podemos decir que el título y derecho del adquirente haya de mantenerse, o merezca cualquier protección, en caso de ejecución de la hipoteca. En todo caso, eliminada la imposibilidad de acceso de los arrendamientos al Registro de la Propiedad a través de la modificación de la LH, tal argumentación ha quedado aún más huérfana de amparo.

(21) SSTS de 5 de febrero de 1945 (R. 502), 22 de diciembre de 1945 (R. 1305), 22 de mayo de 1963 (R. 3587), 31 de octubre de 1986 (R. 6022) y 17 de noviembre de 1989 (R. 7890).

(22) RDGRN de 19 de noviembre de 1987 (R. 8737).

(23) Véanse también las SSTS de 19 de febrero de 1968 (R. 1153), 9 de junio de 1990 (R. 4749), 23 de febrero de 1991 (R. 1591), 6 y 23 de junio de 1992 (R. 3566 y 5165).

Y es que, bajo la vigencia de la LAU 1964, aún podía existir cierta base jurídica para aplicar su artículo 57 a los supuestos de ejecución hipotecaria con preferencia a la legislación hipotecaria (como ley especial o como ley posterior). Pero esa base se ha desvanecido por completo con la desaparición de la prórroga forzosa y del artículo 57 en la LAU 1994. Los argumentos de ley especial o de ley posterior no son aplicables al artículo 29 respecto de la ejecución hipotecaria, porque dicho artículo no contempla tal supuesto (la ausencia de paralelismo entre el 29 y el 13 es harto ilustrativa) (24).

2. En la STS de 9 de mayo de 1996 (RJ 1996/3784), posterior a la nueva LAU, se trataba de determinar si unos contratos de arrendamiento de vivienda pactados con posterioridad a la hipoteca continuaban vigentes tras el auto de adjudicación de la finca o si, por el contrario, resultaba de aplicación la regla 17 del artículo 131 de la LH (en su redacción anterior), «ordenándose la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca». En esta sentencia, el TS se adhiere a la jurisprudencia anterior favorable a la pervivencia del arrendamiento (25). Estimamos que esta sentencia del TS no resulta concluyente para el caso de ejecución hi-

(24) Según la originaria jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 16 de enero de 1992) (RTC 1992/6) y de 24 de enero de 1995 (RTC 1995/21), era prácticamente imposible proceder al lanzamiento del arrendatario en procedimiento especial del artículo 131 de la LH. No obstante, dicha doctrina fue restringida por el propio Tribunal (ATC 309/1994) (RTC 1994/309 AUTO); SSTC 69/1995 (RTC 1995/69); SSTC de 2 de octubre de 1997 (RTC 1997/158); de 27 de octubre de 1997 (RTC 1997/174), 4 de diciembre de 1997 (RTC 1997/223), 15 de diciembre de 1997 (RTC 1997/227), 24 de febrero de 1998 (RTC 1998/42) y 8 de febrero de 1999 (RTC 1999/6), declarando que, en la medida en que aquella primera doctrina había nacido para garantizar el derecho de defensa de aquéllos que *prima facie* ostentan un legítimo y aparente título que les legitima para poseer la finca, que es objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la misma no podía ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado por la ejecución hipotecaria, excluyéndose por ello su aplicación en los supuestos en que se alegara un título que hubiera sido calificado por los *propios órganos judiciales* como fraudulento o *extinguido por la ejecución*. De esta manera, el TC deja vía libre para un cambio de criterio sobre la materia por la jurisdicción ordinaria.

(25) Según esta sentencia, «partiendo de un arrendamiento válidamente constituido, y de la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: a) porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, mediante la subasta establecida en el artículo 131 LH, afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a derechos personales, que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso; b) Porque de seguirse criterio distinto, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento, no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el artículo 114 de la LAU, y c) Porque tratándose de arrendamientos con derecho a prórroga forzosa [...] se quebrantaría el contenido del artículo 57 de la misma Ley, que impone obligatoriamente dicha prórroga para el arrendador».

potecaria de una finca arrendada para uso no residencial, ya que se refiere a arrendamientos de vivienda, y, además, éstos se sujetan a la ley anterior, el TR de 1964, y de ahí que el Tribunal atribuya una mayor protección al arrendatario y defienda la subrogación en el contrato de arrendamiento de quien suceda al arrendador al amparo del artículo 57 de dicho texto normativo. Esta sentencia resume el criterio del Tribunal de que el mantenimiento del contrato de arrendamiento urbano solamente quiebra: *a)* cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia; *b)* cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario; y *c)* cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de garantía o de subasta de la finca hipotecada (para lo cual puede servir como pauta, salvo pacto en contrario, las disposiciones del artículo 219.2.º del Reglamento Hipotecario). Esta sentencia, sin embargo, no es sensible al hecho de la radical distinción entre arrendamientos de vivienda y los de uso distinto del de vivienda que anima la legislación de arrendamientos urbanos vigente.

3. Las SSTs de 20 de abril de 1995 (RJ 1995/3485) y de 14 de junio de 1997 (RJ 1997/4658) recogen brevemente la jurisprudencia anterior del TS al respecto, las cuales consideramos igualmente no concluyentes para resolver la cuestión, por las mismas razones señaladas en relación con la STS de 9 de mayo de 1996.

4. En la STS de 21 de julio de 1998 (RJ 1998/6128), la cuestión litigiosa se centra en determinar si, una vez resuelta una compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, el vendedor readquirente debe o no soportar el arrendamiento concertado por el comprador antes de que tuviera lugar la extinción de la relación contractual. En este caso, el TS determinó que el pacto locativo existía y no debía perjudicarse por la resolución del contrato de compraventa, al amparo del artículo 29 de la LAU. No obstante, consideramos que esta sentencia del TS tampoco resulta concluyente para el caso de ejecución hipotecaria de una finca arrendada para uso no residencial, dado que (i) se refiere a una enajenación voluntaria; (ii) ésta tuvo lugar asimismo bajo la vigencia del TR de 1964 y, de ahí que el tribunal de instancia atribuyera una mayor tuición al arrendatario al amparo del artículo 57; (iii) acoge asimismo el argumento del tribunal de instancia de que *«la inscripción de la cláusula resolutoria no debe perjudicar al arrendatario, por analogía de lo contenido en la doctrina jurisprudencial relativa a los arrendamientos pactados con posterioridad a la constitución de una hipoteca...»*, cuando hemos visto que la jurisprudencia existente no ha sido unánime al respecto.

5. Por contra, la SAP de Madrid, de 1 de abril de 2000 (AC 2000/1764), que analiza la eficacia de la ejecución hipotecaria sobre un arrendamiento de uso distinto de vivienda sujeto a la LAU, acaba declarando la inoponibilidad del arrendamiento al adjudicatario. No obstante, tampoco resulta concluyente

en contra de la aplicación extensiva del artículo 29 LAU a supuestos de ejecución hipotecaria, dado que, según la sentencia, el adjudicatario era un tercero de buena fe del artículo 34 LH y, por tanto, sería de aplicación, aún en el caso de aplicación extensiva del artículo 29 LAU a los supuestos de ejecución forzosa (que la AP cuestiona), la excepción del tercero del 34 LH prevista en el inciso final del 29 LAU.

5. CONCLUSIÓN

Nos adherimos a la corriente doctrinal que defiende la inaplicabilidad del artículo 29 de la LAU a la ejecución hipotecaria, siendo éste únicamente aplicable a la transmisión voluntaria. Al no poder hacer extensivas las disposiciones del artículo 29 de la LAU a la ejecución hipotecaria de una finca arrendada para uso no residencial, al amparo del derecho común, supletoriamente aplicable conforme al artículo 4.3 de la LAU y, concretamente en virtud del artículo 1.571 del CC, no habría protección alguna para el arrendatario no inscrito ni para el arrendatario posterior con título inscrito frente al adjudicatario de la subasta.

Pensamos que todavía hay cabida para un cambio de criterio jurisprudencial que acoja esta interpretación y ponga fin al debate sobre esta cuestión, cuando tenga ocasión de pronunciarse sobre arrendamientos para uso distinto del de vivienda sujetos a la LAU de 1994.

FERNANDO AZOFRA y SONJA MALKKI
Abogados

El abogado y las sociedades de servicios jurídicos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DELIMITACIÓN.—3. SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN PROFESIONAL.—4. SOCIEDADES DE SERVICIOS PROFESIONALES: 4.1. SOCIEDADES DE *ENGINEERING, CONSULTING* Y SIMILARES. 4.2. SOCIEDADES QUE OFRECEN SERVICIOS JURÍDICOS.—5. POSICIÓN DEL ABOGADO.

1. INTRODUCCIÓN

Constatada la tendencia actual al ejercicio en grupo de las profesiones liberales, la utilización del Derecho de sociedades se presenta como el mejor recurso, ya que se configura como el Ordenamiento de las diferentes estructuras de organización de las que puede servirse un conjunto de personas que persigue una finalidad común. Así, los profesionales liberales que quieren desarrollar su actividad profesional en cooperación con otros profesionales, de igual o distinta disciplina.

El ejercicio colectivo (en sentido amplio) de las profesiones liberales, y entre ellas de la Abogacía, no presenta una única realidad. Los profesionales pueden acordar distintos grados de integración, desde el punto de vista tanto material, referido a lo puesto en común y al objeto social, como personal, respecto a las características o cualidades de los socios.

Utilizando el término sociedad en un sentido amplio, *capaz* de abarcar cualquier supuesto que implique la puesta en común de medios materiales y/o personales útiles para el ejercicio de la actividad profesional y/o de la propia actividad, es posible distinguir entre «sociedades de profesionales» y «sociedades profesionales» (1). Ambas tienen como denominador común el

(1) Términos que ya fueron utilizados por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1977, pág. 238, si bien, el autor ofreció unos conceptos que luego han sido matizados por la Doctrina. Dijo que «sociedades de profesionales son

servir de instrumento de agrupación a los profesionales para que puedan desempeñar su actividad de la forma más ventajosa (2). Y se distinguen, a su vez, de las denominadas «sociedades de servicios profesionales», que ofrecen al público iguales servicios, pero sin que haya puesta en común de elementos profesionales (ni medios, ni frutos, ni actividad).

Por tanto, atendiendo al objeto social es posible la siguiente clasificación:

1. Sociedades de servicios profesionales (o de producción de servicios). Son sociedades cuyo objeto social consiste en explotar la actividad propia de las profesiones liberales, pero no su ejercicio en común.
2. Sociedades de (o entre) profesionales. Son sociedades formadas por profesionales liberales, cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión (sociedades de medios); y, a veces, la puesta en común de los resultados de la actividad profesional individual (sociedades de comunicación de resultados).
3. Sociedades profesionales (o de ejercicio). Son sociedades formadas por profesionales liberales para el ejercicio en común de su profesión.

A las primeras, y en relación con el ejercicio de la profesión de abogado, me referiré a continuación.

2. DELIMITACIÓN

La prestación de servicios profesionales por una sociedad a terceros puede llevarse a cabo de diferentes formas. Por eso es necesario distinguir las sociedades profesionales, cuyo objeto social consiste en el ejercicio en común de la profesión liberal, que constituyen una modalidad de ejercicio de tales profesiones, que en este caso se lleva a cabo de forma colectiva frente al tradicional ejercicio individual, de aquellas otras sociedades que ofrecen servicios propios de una profesión liberal, pero sin que su objeto social sea el ejercicio de la profesión: son las denominadas sociedades de servicios profesionales, que se dedican a organizar y explotar la actividad propia de una o varias profesiones liberales, pero no a su ejercicio, para lo cual se sirven, como no podía ser de otra forma, de profesionales legalmente cualificados, vinculados a ella por una relación de tipo civil o laboral, o incluso societaria,

aquellas en las que los profesionales son socios y sociedad profesional aquella en la que los socios están vinculados a la sociedad por una simple relación de empleo. Además, en el primer caso, la relación de los profesionales puede ser no sólo de "empleo" sino también de arrendamiento de servicios»; sobre la distinción, vid., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», en *RCDI*, núm. 653, 1999, págs. 1258-1260.

(2) MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1994, pág. 17.

pero sin que la sociedad aparezca como el profesional, ya que la integración de los profesionales en su seno no se formula como alternativa al ejercicio individual de la profesión por cada uno de ellos (3).

Dentro de las sociedades de servicios profesionales cabe distinguir dos supuestos:

1. Las sociedades de intermediación profesional, que sólo realizan una actividad mercantil de mediación en el sector de los servicios profesionales.

2. Las sociedades de servicios profesionales propiamente dichas (o de producción de servicios), que también realizan una actividad mercantil, consistente en la explotación de la actividad profesional, pero que, a diferencia de las anteriores, asumen la condición de deudora de los servicios profesionales frente al cliente.

En ambas sociedades, y por mor del principio de «reserva de actividad» (4), los servicios profesionales los ejecutarán profesionales legalmente habilitados, que estarán obligados contractualmente con la sociedad, bien por una relación civil (contrato de arrendamiento de servicios, principalmente), bien por una relación laboral, aunque también es posible, al menos desde el Derecho societario, que sean socios que aportan su actividad profesional (como aportación de industria o a través de prestaciones accesorias, dependiendo del tipo social adoptado por la sociedad de servicios). Y sin perjuicio de que puedan existir socios que sean profesionales liberales pero que no aportan su trabajo, sino solamente su capital, como el resto de socios capitalistas.

3. SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN PROFESIONAL

Las sociedades de intermediación profesional son sociedades que ofrecen al público servicios propios de profesiones liberales, pero sin prestarlos directamente. Su objeto social no es el ejercicio de la profesión liberal, como ocurre en las sociedades profesionales, ni la prestación de servicios profesionales, como en las sociedades de servicios profesionales propiamente dichas, sino una actividad de mera mediación mercantil (5), que consiste en poner

(3) DELGADO GONZÁLEZ, A. F., *Las sociedades profesionales: (el ejercicio en común de las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios)*, Madrid, 1996, pág. 54.

(4) Así denominó el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre profesiones colegiadas al régimen de la libre competencia vigente en España*, presentado al Gobierno en junio de 1992, a la limitación que para la prestación de determinados servicios profesionales suponen las exigencias de titulación y colegiación.

(5) DE BARBARÁ LLAURADÓ, R., «Delimitación del objeto en las sociedades profesionales», en *RHP*, núm. 15, 1972, págs. 89-96; FERNÁNDEZ DEL Pozo, L., *El nuevo Registro*

a disposición del cliente el profesional cualificado para la prestación del servicio que demanda y en coordinar las diferentes prestaciones específicas seguidas (6). La sociedad actúa como agente o mediador de servicios profesionales.

Se origina entonces, desde el punto de vista económico, una relación triangular: cliente/sociedad, sociedad/profesional y cliente/profesional. Normalmente el cliente paga a la sociedad los servicios profesionales, y ésta remunera al profesional en forma de salario o de honorarios según que la vinculación entre ellos sea laboral o civil. Aunque de ser civil, en cuyo caso el profesional ejerce por cuenta propia, es posible que el cliente pague directamente al profesional, que a su vez entregará una cantidad a la sociedad por la captación de la clientela, usualmente en forma de comisión o porcentaje de los honorarios abonados por el cliente (7).

Desde el punto de vista jurídico, y con independencia de los vínculos que unan a la sociedad con los profesionales, existe un doble contrato: el celebrado por el cliente con la sociedad, que se compromete únicamente a localizar al profesional adecuado, y el celebrado entre el cliente y el profesional elegido por la sociedad, que se compromete a realizar el servicio profesional solicitado por el cliente (8).

Mercantil: sujeto y función mercantil-registral. Crítica general sobre su ámbito institucional, Madrid, 1990, págs. 147-149; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Comentario de los artículos 1.665-1.708», en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ & SALVADOR (Coords.), *Comentario del Código Civil*, Vol. II, Madrid, 1991, pág. 1404.

(6) DELGADO, *Las sociedades profesionales...*, cit., págs. 55-57, limita los supuestos de intermediación profesional a la elección del profesional y al ámbito del contrato de seguro; en concreto, al seguro de responsabilidad civil y al de asistencia sanitaria. En el primero (art. 74 LCS) se suele incluir con carácter accesorio la defensa jurídica del asegurado, en cuyo caso el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado (no así en el autónomo de defensa jurídica, art. 76.a, en el que el asegurado tiene derecho a elegir libremente al Procurador y al Abogado, que en ningún caso estarán sujetos a las instrucciones del asegurador). En el segundo (arts. 105 y 106 LCS y DA 1.ª-A.2 LSSP) habrá intermediación cuando la empresa aseguradora cuente con un cuadro de profesionales que ponga a disposición del cliente (aunque también es posible que no realice esa mediación, cuando sin dicho cuadro se limita a abonar los gastos que el asegurado ha desembolsado a un concreto profesional elegido por él). Y destaca, pág. 57, n. 19, que, sin embargo, CAPILLA RONCERO, F., «Sociedades de profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 226, se refiere únicamente a las sociedades de *consulting* o *engineering*, y MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales...*, cit., pág. 36, incluye ambas (seguros y consultoras), al señalar como funciones de las sociedades de intermediación tanto las de mediación como las de coordinación.

(7) GARCÍA PÉREZ, R., *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1997, pág. 57.

(8) GONZÁLEZ MORAN, L., *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1990, pág. 238, al estudiar la responsabilidad en el ejercicio colectivo privado de la medicina admite la existencia de un doble contrato con independencia de los vínculos (asociativos o no) que unan a los facultativos entre sí. «Se produce una bifurcación», pues el paciente

Ahora bien, a la vista de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (9) en su empeño por reconducir las sociedades profesionales a sociedades de mera intermediación (por una mal entendida falta de viabilidad jurídica de las primeras, que ahora veremos), cabe hablar de otra modalidad de doble contrato. Así, habrá un primer contrato —contrato base— celebrado entre el cliente y la sociedad, en virtud del cual ésta asume la prestación del servicio, convirtiéndose en deudora del mismo, y otro —contrato de ejecución—, por el que la sociedad encarga su ejecución a un profesional que estará integrado en ella como socio o trabajador, o no, pero, en tal caso, vinculado por un contrato civil de prestación de servicios profesionales (normalmente de arrendamiento de servicios).

Cuando la sociedad con la que el cliente contrata los servicios encarga su ejecución a un profesional habilitado que no está integrado en ella pero sí vinculado por un contrato civil de prestación de servicios (o lo celebra llegado el momento), entre el cliente y el profesional no hay una relación contractual directa, como partes contratantes, sino sólo indirecta, al interponerse la sociedad. Se plantea entonces el problema de la calificación jurídica de esta relación tripolar. Las tres posiciones subjetivas son: la de quien se compromete mediante contrato a proporcionar el servicio (la sociedad), la de quien realiza el servicio (el profesional), y la del receptor del servicio (el cliente). En principio, dos figuras jurídicas parecen aptas para enmarcar esta situación: el contrato en favor de tercero y la delegación: 1. En el contrato a favor de tercero, la causa de la atribución patrimonial que se opera a favor de ese tercero, ajeno a la relación contractual entre el estipulante y el promitente, es la voluntad común de los sujetos contratantes de atribuir ese beneficio al tercero. Se trata de una única causa que articula la vinculación entre los tres sujetos (la causa de la recepción de la ventaja patrimonial por el tercero es la misma que la de su atribución), que es legítima porque así lo dispone el artículo 1.257 del Código Civil, y conforme a la cual el beneficiario sólo adquiere derechos y no obligaciones. Sin embargo, en el supuesto que ana-

contrata, en primer lugar con la dirección de la clínica, que le presentará al especialista adecuado, y luego con ese especialista, que realizará el acto médico.

(9) RRDGRN de 1 de agosto de 1922, 2 de junio de 1986 (RJA 3837), 23 de abril de 1993 (RJA 3006) y 26 de junio de 1995 (RJA 5331). Las dos primeras son analizadas por OLAVARRÍA IGLESIAS, J., «Las sociedades de profesionales: *intuitupersonae*, libertad de empresa y cambio en la doctrina de la DGRN», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, págs. 272 y sigs.; sobre la tercera, vid., OLARTE ENCABO, S., «Algunas reflexiones sobre la inscripción registral de sociedades mercantiles de profesionales liberales. A propósito de la Resolución de 23-4-1993 de la DGRN», en *Actualidad y Derecho*, núm. 43, págs. 1 y sigs.; VICENT, «Nota a la "Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 1993"», en *RGD*, 1993, págs. 11972-11976; ALBIEZ DOHRMANN/GARCÍA PÉREZ, «Nuevamente sobre la inscripción de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil (acerca de la RDGRN de 26 de junio de 1995)», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, 1996, págs. 211-235.

lizamos: los tres sujetos se encuentran vinculados por dos relaciones causales diversas; el receptor de los servicios asume también obligaciones (su pago); y no puede considerarse tercero extraño a la relación que vincula al profesional y a la entidad. Situación que se encuadra en el fenómeno delegatorio. 2. En éste se dan dos relaciones causales diferentes que vinculan a tres sujetos, de forma tal que sólo uno se encuentra doblemente vinculado. Una, la de cobertura, vincula al estipulante-delegante (sociedad) con el promitente-delegado (profesional), y consiste en un contrato de los que articulan prestaciones de servicios. La otra, la de valuta, une al beneficiario-delegatario (cliente) con el estipulante-delegante (sociedad), y también consiste en una relación contractual de las que articulan prestaciones de servicios. La primera es la causa de la atribución que efectúa el delegado (profesional) a favor del particular (delegatario); y la segunda es la causa de su recepción por este último.

Los supuestos estudiados de relación tripolar consisten en una delegación de deuda, o pasiva, porque la iniciativa parte de un sujeto (sociedad) en su condición de deudor, de forma que su deuda es asumida o cumplida por otro (el profesional). La delegación puede ser *delegatio promittendi* o *solvendi*. La primera es aquélla en la que el profesional asume frente al cliente la obligación de desarrollar materialmente la prestación objeto del contrato, siendo susceptible de producir una novación subjetiva por cambio de deudor si la acepta el acreedor (cliente). En la *delegatio solvendi*, que es la que normalmente se produce, el profesional no asume ninguna obligación frente al cliente, se limita a efectuar la prestación a favor del mismo, sin que se produzca novación subjetiva del deudor.

En cuanto a su contenido hay que distinguir: a) Relación delegante-sociedad y delegado-profesional (relación de cobertura). Si la relación de cobertura no estaba constituida con anterioridad al fenómeno delegatorio, el primer acto que lo impulsa (*iusus*) constituye, simultáneamente, una oferta en orden a la configuración de la relación de cobertura, manifestándose la aceptación por el desenvolvimiento de la prestación a favor del cliente. Si ya estaba concertada, ese impulso se configura como una orden (y no como una autorización). El cumplimiento del profesional al cliente extingue la deuda de la sociedad con el cliente (art. 1163.2 del Código Civil), rigiéndose las relaciones de la sociedad con el profesional por el artículo 1158.2.º del Código Civil, ya que se ha producido un pago por tercero que tenía interés en el cumplimiento, en cuyo caso el profesional puede reclamar a la sociedad lo pagado, que será una cantidad equivalente al valor de los servicios prestados, salvo lo previsto en el contrato celebrado entre ellos; b) Relación delegatario-cliente y delegante-sociedad (relación de valuta). La obligación de prestación de servicios de la sociedad la cumple, no la deudora, sino otro sujeto, el profesional, el cual debe a la sociedad una prestación semejante a la que es elemento objetivo de la relación de valuta, siendo legítimo el pago por un sujeto que no es deudor

(art. 1.158 del Código Civil); y c) Delegado-profesional y delegatario-cliente. Entre ellos no media ninguna relación contractual. Sin embargo, entran en contacto en el momento en que se desenvuelve la prestación, cuyo cumplimiento conlleva la extinción de dos deudas de manera simultánea: la del profesional frente a la sociedad —aunque a veces la extinga solo parcialmente— y la de ésta frente al cliente: efecto típico del fenómeno delegatorio, que, por tanto, impide que el cliente pueda pretender del profesional la satisfacción de la deuda que frente a él tiene contraída un sujeto distinto, la sociedad, a la que deberá reclamarlo. Esta es la diferencia sustancial con el contrato a favor de tercero, en el que el cliente puede dirigirse directamente contra el profesional para obtener el cumplimiento de la obligación, y ello, porque la vinculación es la existente entre acreedor y deudor (10).

No obstante, esta otra modalidad de doble contrato determinada por la DGRN (y esté o no integrado el profesional en la sociedad) no es un ejemplo de intermediación porque falta la relación contractual directa entre el cliente y el profesional, necesaria para completar la típica relación triangular. En la medida en que la sociedad asume la condición de deudora de los servicios profesionales deja de ser una simple intermediaria, para dar paso a una sociedad de producción de servicios propiamente dicha.

En cualquiera de los casos, la intervención del profesional liberal ejecutor material del servicio, con su consiguiente responsabilidad civil profesional (derivada de la independencia técnica con la que desarrolla su actuación), no deja sin efecto la que pueda haber contraído la sociedad. Si bien, en los supuestos de intermediación propia, en la que existe una relación directa entre el cliente y el profesional, la responsabilidad de la sociedad radicará únicamente en la elección del profesional llamado a ejecutar los servicios, y, en su caso, en la organización de los medios necesarios para su desarrollo (11).

En definitiva, en las sociedades de intermediación profesional hay que distinguir la actividad de la sociedad, que consiste en una labor de simple media-

(10) Vid., ALONSO PÉREZ, M. T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997, págs. 173-192.

(11) GONZÁLEZ MORAN, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 238, indica que el especialista «será responsable de todos los daños producidos al paciente con ocasión de la realización del acto médico principal, mientras que la clínica habrá de responder de los daños causados con motivo de la prestación de cualquiera de las obligaciones asumidas por ella; porque ésta ha sido la que se ha comprometido a procurarle los cuidados previos, simultáneos y posteriores al acto médico principal»; FERNÁNDEZ DEL POZO, *El nuevo Registro Mercantil...*, cit., señala que en el caso de las sociedades de intermediación, «la sociedad es un puro agente o mediador en la prestación de servicios, de suerte que sólo se responsabiliza de la elección del profesional... Cosa bien distinta de cuando la sociedad se interesa en la prestación del servicio profesional haciéndolo suyo; organizando los medios, repartiendo turnos, asociando o contratando a profesionales bajo su dirección y administración, etc.».

ción y posible coordinación, de la actividad profesional, que se desenvuelve al margen de los mecanismos sociales de gestión y representación (12).

Pese a tratarse de sociedades mercantiles de mediación, ajenas al ejercicio colectivo (en sentido estricto) de las profesiones liberales, su estudio se realiza junto con las sociedades profesionales porque a ellas ha recurrido la DGRN para posibilitar la inscripción registral de auténticas sociedades profesionales que por razones de supuesta incompatibilidad con el estatuto de la profesión liberal se han considerado inviables en nuestro Ordenamiento Jurídico (13).

Los argumentos que según la DGRN impedían la admisión y consecuente inscripción de las sociedades profesionales han sido, básicamente, que: 1. La falta de ánimo de lucro que se predica de las agrupaciones profesionales, guiadas por la idea de servicio y desinterés, impide su ejercicio en sociedad; 2. Un ente abstracto, como es la sociedad, no puede conseguir los requisitos de cualificación necesarios para el ejercicio profesional, ni desarrollar una actividad de carácter intelectual, independiente, personal, y normalmente, *intuitu personae*; 3. El ejercicio de la profesión liberal, que es una actividad civil, no puede estructurarse conforme a los tipos mercantiles; 4. No puede utilizar los tipos mercantiles personalistas, que atribuyen a la sociedad y al socio la condición de comerciante; y 5. Tampoco los capitalistas, en los que la condición y el estatuto de socio se configuran sobre la aportación de capital, que es secundaria en las sociedades profesionales, y en los que rige el sistema de limitación de responsabilidad de los socios, contrario a la responsabilidad personal e ilimitada del profesional liberal (14).

Esa imposibilidad de inscripción fue resuelta por la propia DGRN, calificando erróneamente a las sociedades profesionales como sociedades de

(12) CAPILLA, *Sociedades de profesionales...*, cit., pág. 226, destaca que los servicios profesionales «se prestan en régimen de dependencia laboral, o asimilados, o en régimen de actividad liberal individual o colectiva, pero no en sociedad».

(13) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1404, no considera que esta clase de sociedad tenga tipicidad social, ni que se trate de una sociedad profesional. Destaca que la construcción de este tipo de sociedades tiene por finalidad encajar las llamadas «sociedades profesionales en sentido estricto» en el sistema, lo que critica por no considerarla ni acorde con la voluntad de los partícipes ni necesaria desde el punto de vista jurídico para admitir la viabilidad de las citadas sociedades; VICENT, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2003, entiende que la sociedad de intermediación «no existe en la práctica, sino que es una "explicación" de la sociedad profesional existente que ha dado la DGRN, partiendo de que la propia sociedad no puede ejercer la actividad profesional titulada: por tanto, se impone la "teoría del doble acto"».

(14) ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales», en *Estudio en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1992, págs. 14-15, indica que «El carácter básicamente individual y personal de su actividad, especialmente en cuanto a la relación fiduciaria con el cliente y una responsabilidad exclusiva, ha sido el argumento tradicional para negar la validez de sociedades que tienen por objeto desarrollar una actividad profesional liberal».

intermediación profesional cuya inscripción registral no encontraba obstáculo (15). Esto generó una práctica viciada, pues los profesionales que querían constituir una sociedad profesional con forma mercantil, y que por las razones expuestas iban a encontrar impedido el acceso al Registro Mercantil, se vieron en la necesidad de formular un objeto social que, lejos de recoger su verdadera intención de constituir una sociedad para el ejercicio colectivo de su profesión, adoptaba la fórmula típica de las sociedades de intermediación en el sector de los servicios profesionales, de seguro acceso al Registro; es decir, bajo la apariencia de una sociedad de intermediación profesional se escondía una sociedad profesional (16).

Sin perjuicio de que el recurso a las sociedades de intermediación profesional ha permitido la inscripción de verdaderas sociedades profesionales, aunque camufladas, no puede olvidarse que en algunos sectores profesionales perdura la prohibición de captación de clientela por medio de terceras personas, lo que desde el punto de vista del estatuto de la profesión liberal impide tanto la constitución de tales sociedades con esa finalidad como su utilización por los profesionales liberales. De existir esa prohibición en un determinado ámbito profesional, los problemas de admisibilidad provendrán, no del Derecho de sociedades, y sí del estatuto de la profesión liberal en cuestión, como ocurre en la Abogacía.

El vigente Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) (17) prohíbe a los abogados tanto la constitución de sociedades de intermediación profesional, que intervienen en la búsqueda de clientes a cambio de

(15) La RDGRN de 2 de junio de 1986 (*RJA* 3837) admitió la inscripción de una SRL cuyo objeto consistía en «prestar toda clase de servicios y asesoramiento a empresas o personas físicas, contables, fiscales, jurídicas, de administración, gestión y representación», tras argumentar que se trataba de una sociedad de intermediación profesional, y no de una sociedad profesional. Solución que ha sido objeto de general crítica porque había diferenciado correctamente ambas figuras: «hay que señalar aquellas otras sociedades que más bien son mediadoras, en el sentido de no proporcionar al solicitante la prestación que está reservada al profesional, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas».

(16) Así, por ejemplo, la DGRN admitiría la inscripción de una sociedad cuyo objeto social consistiera en «la prestación de servicios jurídicos propios de la abogacía, incluida la actuación ante tribunales y arbitros por medio de sus socios y de los demás abogados que presten servicios profesionales para la sociedad», puesto que los servicios se prestarían «por medio» de sus socios y demás abogados, actuando la sociedad como mediadora, coordinadora, organizadora, etc. Y rechazaría la de aquella cuyo objeto consistiera en el «asesoramiento y asistencia jurídica a toda clase de personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, en todos los ámbitos, ramos y especialidades del Derecho, tanto español como extranjero», ya que parecería que es la propia sociedad la que presta dichos servicios.

(17) Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española en sesión de 27 de septiembre de 2002, modificado en sesión de 10 de diciembre de 2002.

una compensación, normalmente en forma de comisión, como la utilización de las constituidas por otros (abogados o no), al estar prohibida la competencia desleal, y calificarse como tal, según dispone su artículo 8.2.e), «*La contravención de los artículos 15 y 16 de este Código...*». Y dice el artículo 15 que es «*contraria a la dignidad de la profesión la partición y distribución de honorarios entre Abogados*», así como «*compartir sus honorarios con persona ajena a la profesión*», salvo las excepciones que prevee, que se refieren a la colaboración profesional y al ejercicio colectivo en sentido amplio de la profesión de abogado, que no incluye a las sociedades de intermediación profesional, en las que, como hemos visto, no hay puesta en común de elementos profesionales (ni medios, ni frutos, ni actividad).

Además, su artículo 19 prohíbe de forma específica los denominados honorarios de presentación, al disponer que «*El abogado no podrá nunca pagar, exigir ni aceptar, comisiones, ni ningún otro tipo de compensación a otro abogado, ni a ninguna otra persona por haberle enviado un cliente o recomendado a posibles clientes futuros*». Por lo que, en definitiva, se sigue calificando como desleal la captación de clientela en su forma remunerada, a diferencia del anterior CDA (18), que consideraba captación desleal de clientela el «encargar a terceras personas la obtención de clientela tanto si su labor es retribuida como si no lo es», artículo 6A2.c).

4. SOCIEDADES DE SERVICIOS PROFESIONALES

Cuando se habla de sociedades de servicios profesionales parece lógico pensar en sociedades que prestan tales servicios, es decir, que asumen la condición de deudora de los mismos, y no de mera intermediaria. Esto puede ocurrir, bien porque la sociedad tenga por objeto el ejercicio colectivo de la profesión liberal que realiza dichos servicios, que ejecutarán sus socios —sociedad profesional—, bien porque la sociedad tenga por objeto, no el ejercicio de esa profesión, sino simplemente la prestación de iguales servicios —sociedades de servicios profesionales—, dentro de las que hay que distinguir: 1. Las sociedades de *engineering*, *consulting*, y similares, que, no obstante, algunos autores incluyen en las sociedades de intermediación, por las razones que veremos; y 2. Las sociedades que ofrecen servicios jurídicos al público en general o a sus clientes con carácter accesorio.

(18) Código Deontológico de la Abogacía, aprobado por la Asamblea de Decanos celebrada los días 28 y 29 de mayo de 1987, modificado el 30 de junio de 1995.

4.1. SOCIEDADES DE *ENGINEERING*, *CONSULTING* SIMILARES

Dentro de las sociedades de servicios profesionales es ya clásico referirse a las sociedades que ofrecen servicios que requieren la intervención de distintos profesionales que desarrollan su actividad en parcelas de ese producto o servicio final integral que no siempre pueden delimitarse. Son las denominadas «sociedades de *engineering*» (o de ingeniería industrial) (19), que realizan complejas prestaciones calificadas como industriales, pero que precisan de actividades profesionales en sentido estricto (realización de proyectos por ingenieros o arquitectos, dirección de obra, asesoría contable, jurídica, estudios de mercado, etc.) (20).

Ante el temor de que estas sociedades de ingeniería industrial encontraran los mismos obstáculos de acceso al Registro Mercantil que las sociedades

(19) El contrato de *engineering* carece de regulación jurídica específica en nuestro Ordenamiento. En el ámbito del Derecho Público sí hay algunas disposiciones relativas al mismo. Así, la Orden Ministerial de 8 de marzo de 1972, que aprobó un pliego de cláusulas generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, competencia del Ministerio de Obras Públicas, y el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, sobre sociedades consultoras y de ingeniería industrial, que se mantenía en vigor en la parte no recogida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre), si bien, estas dos últimas disposiciones han sido derogadas por el Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que regula en su artículo 196 los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios.

(20) Sobre las sociedades de ingeniería, vid., PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., «Arrendamientos mercantiles», en *Derecho Mercantil*, coord.: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Vol. II, Barcelona, 2003, págs. 567-569, quien señala que «De clara inspiración norteamericana, se están introduciendo, con notable éxito, en la práctica comercial española, unos contratos muy similares, en cierta medida, al de arrendamiento de obra o servicios (mercantiles) y que tienen un amplio contenido, difícil de concretar. En ello se engloba la planificación de proyectos y estudios técnico-económicos, la realización, total o parcial, de los proyectos elaborados y la realización de una parte del proyecto a favor de otra empresa prestadora de servicios. Igualmente, dentro de su órbita, o muy próximos a ella, los contratos de asistencia técnica y los de transferencia tecnológica. Las empresas que se crearon en los Estados Unidos para prestar determinados servicios a otras que consistían en estudios de organización comercial, análisis de posibilidades, estudios de mercado (*marketing*), montaje de plantas industriales o transferencia de tecnología, recibieron el nombre de *empresas de engineering*, habiendo sido clasificadas en tres grupos por el Real Decreto de 12 de febrero de 1982: estudios e informes, proyectos y servicios complementarios, y de ahí toman nombre los contratos, que algunos llaman de ingeniería mercantil»; VALENZUELA GARACH, F., «Arrendamientos mercantiles», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, coord.: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Madrid, 2000, págs. 497-500, señala que «Lo esencial de este contrato es la *realización de una obra*, el proyecto, con la consiguiente obligación de entrega del mismo una vez finalizado; en otros términos, la *consecución de un resultado*, que —como fruto de un trabajo intelectual— exige unos conocimientos técnicos especializados. Todo ello, en definitiva, lo aleja de la cercana naturaleza del *arrendamiento de servicios*»; GALLEGO SÁNCHEZ, E., «El contrato de *engineering*», en *Contratación Mercantil*, Valencia, 2003; BERCOVITZ, A., «El contrato de *engineering*», en *HPE*, 94, 1985.

profesionales, se articularon varias construcciones a fin de garantizar su viabilidad:

1. Considerar que las prestaciones de los profesionales liberales tienen un carácter meramente auxiliar en los productos o servicios finales que las sociedades de *engineering* ofrecen al público. Las actividades profesionales cuyo objeto consiste en una prestación intelectual pierden sus características propias en relación con el complejo producto final, que se califica de industrial. Carácter accesorio que impide que constituyan el objeto del contrato celebrado entre la sociedad y el cliente, de carácter mercantil y referido al producto industrial final, en el que el elemento organización predomina sobre la actividad de los profesionales involucrados: el producto ofrecido, aunque con contenido profesional, proviene de la organización en su conjunto. Construcción que, por tanto, obvia los inconvenientes encontrados por las sociedades profesionales (21).

2. Aplicarles la misma solución que a las sociedades profesionales, que consistió en calificarlas (erróneamente) como sociedades de intermediación profesional (22). Se dice entonces que las sociedades de *engineering*, pero sobre todo las que realizan proyectos y estudios de carácter técnico-económico sin asumir su ejecución (sociedades de *consulting*), realizan una función de intermediación (o de interposición gestora) entre el público y los profesionales, en lo que se refiere a la parcela de actividad profesional dentro del complejo producto final ofrecido por la sociedad. El cliente contrata con la sociedad, que se obliga a que un profesional debidamente cualificado, vinculado a ella o que se vincula en ese momento, será quien realice los servicios profesionales, pero no a cumplir ella la prestación profesional.

Sin embargo, las sociedades de ingeniería y las de consultoría no funcionan como intermediarias, básicamente, por dos razones: a) Porque, aun admitiendo indiciariamente su configuración como sociedades intermediarias, faltaría la relación contractual directa entre el cliente y el profesional, típica de las sociedades de mediación; y b) Porque cuentan con los recursos necesarios para la consecución del producto final sin tener que recurrir a competencias externas. Estas empresas asumen una compleja y única prestación de servi-

(21) GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, págs. 62-64.

(22) Esta es la calificación adoptada por CAPILLA, *Sociedades de profesionales...*, cit., pág. 223; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales...*, cit., pág. 36; CADARSO PALAU, J., «La sociedad profesional de arquitectos», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, págs. 385-403, señala que «hemos de reconocer que hay un supuesto fronterizo en que la adscripción puede resultar dudosa, y ese es el supuesto de las sociedades interprofesionales que prestan un servicio integrado o integral, no identificable en su conjunto con ninguna de las singulares prestaciones que lo componen; ahí parece que cabe a la sociedad un papel autónomo de organización o de mediación que la situaría en una tipología intermedia».

cios integrada por actividades propias de diversas profesiones, que van a ejecutar los respectivos profesionales, que mantendrá con ellas una vinculación jurídica que puede responder a distintos títulos (como profesional con relación civil, como profesional con relación laboral, o como socio).

Por tanto, no son sociedades de intermediación profesional porque los servicios los presta directamente la sociedad, que asume los resultados de la actividad profesional y la responsabilidad directa de los mismos, y tampoco son sociedades profesionales porque: a) Su objeto social no es el ejercicio en común de una o varias profesiones liberales, sino la prestación de un servicio o producto integral en el que participan distintos profesionales, con o sin carácter accesorio, y cualquiera que sea su vinculación jurídica con la sociedad; y b) Los socios de estas sociedades generalmente no coinciden con los prestadores de la actividad profesional. La sociedad suele pertenecer a socios capitalistas que utilizan el trabajo intelectual de los profesionales contratados (23). Se trata, en definitiva, de sociedades mercantiles de producción de servicios.

Para que los abogados puedan prestar sus servicios en sociedades de producción de servicios profesionales en virtud de una relación civil (es decir, como profesionales liberales en sentido auténtico, que actúan con independencia interna y externa) es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 27.3 del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) (24), según el cual, *«El ejercicio de la abogacía por cuenta ajena en régimen de especial colaboración habrá de pactarse expresamente por escrito, fijando las condiciones, duración, alcance y régimen económico de la colaboración»*. Y para que lo hagan en virtud de una relación laboral (es decir, como profesional que mantiene su independencia interna, no así la externa o de auto-organización), lo que dice el artículo 27.4 EGAE sobre que *«La abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad»*. Previsiones en cuanto a la forma y contenido de los contratos que no se corresponden con la normativa legal (arts. 1.255 y 1.278 a 1.280 del Código Civil, y 8 ET), pero cuya exigencia no lo es con carácter general, sino limitado al ámbito de supervisión propio de los Colegios de Abogados; esto es, a la posibilidad que estos tienen de *«exigir la presentación de los contratos de colaboración y de trabajo a fin de verificar que se ajustan a lo establecido en este Estatuto General»* (art. 27.5), pero sin afectar a su validez ni eficacia.

(23) CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, Madrid, 2000, págs. 49-51; JIMÉNEZ HORWITZ, M., «La responsabilidad contractual en el equipo médico», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, págs. 563-569.

(24) Aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

En cuanto a su posible prestación como socio, aun cuando desde el punto de vista del Derecho de sociedades no hay impedimento alguno a la existencia de socios de industria o de socios capitalistas que se comprometen a desarrollar su actividad profesional como objeto de una prestación accesorio, en función del tipo social adoptado por la sociedad de servicios profesionales, desde la perspectiva deontológica se plantean algunos problemas. En primer lugar juega en contra la prohibición de dar participación en los honorarios del artículo 15 CDAE, ya que si el abogado actúa como socio los honorarios se integrarán en la sociedad como beneficios de ésta en los que participarán el resto de socios, sin que se trate de uno de los supuestos exceptuados de dicha prohibición, puesto que no es una modalidad de ejercicio colectivo (en sentido amplio) de la profesión. Pero además resulta que, conforme a los artículos 28 y 29 EGAE, la «aportación» de actividad profesional por los abogados a una sociedad ha de ajustarse a la regulación que del ejercicio colectivo (en sentido estricto) de la Abogacía se contiene en tales preceptos, que sólo la admiten a una sociedad profesional que ha de tener por objeto exclusivo, bien el ejercicio de la Abogacía, y estar formada únicamente por abogados ejercientes (son los denominados despachos colectivos del art. 28 EGAE), bien el ejercicio de varias profesiones liberales incluida la Abogacía que sean complementarias y no incompatibles con ésta, y cuyos socios sólo podrán ser miembros de tales profesiones (son los despachos multiprofesionales del art. 29 EGAE). Ahora bien, no cabe duda que la proliferación de estos supuestos puede llevar a situaciones límites, en las que lo verdaderamente perseguido por los abogados sea la constitución de una sociedad profesional en la que desarrollar su actividad profesional, pero que aparezca en el mercado bajo la etiqueta de «asesoría», *consulting*, o similares, con el fin de escapar de la disciplina colegial de las sociedades de abogados (y de la legal, cuando la haya).

En definitiva, estas sociedades mercantiles que contratan a abogados para que les presten asesoramiento jurídico en relación con los servicios que facilitan a sus clientes, «no podrán aparecer como asesoras o consejeras jurídicas, ni por consiguiente podrán minutar honorarios de abogados, en cuanto que la función de asesoramiento y consejo jurídico está reconocida en el artículo 436 de la LOPJ en régimen exclusivo y excluyente a los abogados, bien ejerzan individualmente o bien en régimen de despacho colectivo» (25).

(25) DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, L., «Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 334; la cita del artículo 436 hay que entenderla referida al actual artículo 542.1 LOPJ, tras la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, y teniendo en cuenta que, según la STS de 2 de junio de 2001 (RJA 2001, 7977), el precepto constitucional «no confiere... la exclusividad del asesoramiento jurídico a los abogados, sino que limita la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico, sin que les atribuya el monopolio a éstos».

4.2. SOCIEDADES QUE OFRECEN SERVICIOS JURÍDICOS

Me refiero ahora a aquellas sociedades que ofrecen servicios jurídicos (y no un producto integral del que formen parte, como en el caso anterior) con carácter bien accesorio a sus clientes, bien principal al público en general.

1. En el primer supuesto se trata de aquellas sociedades que ponen a disposición de sus clientes el servicio de asesoramiento jurídico que llevarán a cabo abogados por ella contratados, en un intento más de consolidar el «negocio del derecho», y de convertir la profesión de abogado en una actividad netamente mercantil.

La sociedad asume la prestación del servicio profesional, por lo que no puede calificarse de sociedad de intermediación profesional, ni, por supuesto, como modalidad de ejercicio de la profesión liberal. Por lo que, ni la sociedad ni su departamento jurídico podrán aparecer como asesoría jurídica, ni minutar honorarios de abogados. Se trata de una sociedad que, dedicada a cualquier actividad comercial o industrial, tiene un departamento formado por abogados que prestan asesoramiento jurídico, no al empresario (o no sólo a él) que es la otra parte contractual (como ocurre en las sociedades de *consulting*), sino a terceros; esto es, a los clientes de su empleador, que son los verdaderos receptores de los servicios jurídicos.

Desde el punto de vista del ejercicio profesional del abogado contratado es un supuesto de ejercicio individual de la Abogacía, bien por cuenta ajena, si está vinculado con la sociedad por una relación laboral, bien por cuenta propia, si la relación es civil, normalmente un contrato de arrendamiento de servicios en el que tiene lugar el fenómeno de la delegación, ya analizado. Pero sin que sea posible, como hemos visto, que el abogado desarrolle su prestación de servicios en concepto de socio que «aporta» su actividad profesional.

2. Pensemos ahora en una sociedad constituida por profesionales liberales que ofrece al público, en general, los servicios propios de su profesión que ellos realizarán, pero en la que todos o la mayor parte estén vinculados a la sociedad por una relación distinta de la societaria, sea civil o laboral. Pues bien, en este caso, el objeto social se habrá desplazado desde el ejercicio en común de la actividad profesional, propio de la sociedad profesional (o multiprofesional) (26), al de su mera organización y explotación, típico de la sociedad de producción de servicios profesionales.

Esta sociedad podrá adoptar cualquiera de las formas sociales admitidas en Derecho, y entre ellas, la de sociedad laboral, que, según el artículo 1.1 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (LSL), es una

(26) Multiprofesionalidad que viene determinada por el objeto plural de la sociedad, es decir, por el elemento objetivo, y no por su composición o elemento subjetivo («sociedades multiprofesionales impropias»).

sociedad anónima o de responsabilidad limitada en la que la mayoría de su capital social es propiedad de los trabajadores que prestan en ella servicios retribuidos en forma personal y directa, y cuya relación laboral es por tiempo indefinido. Sociedad que responde a la finalidad de conseguir nuevos métodos para la creación de empleo y fomento de la participación de los trabajadores en la empresa, de acuerdo con el mandato del artículo 129.2 CE, y que se rige por la citada Ley, que modifica en algunos aspectos el régimen general de la SA, y en su caso de la SRL, que se aplicará en lo no previsto en la LSL (Disposición Final 1.ª), y que le atribuye un régimen tributario más beneficioso que el de las SA o SRL ordinarias.

Entre las especialidades de su régimen jurídico cabe destacar:

1. La sociedad laboral quedará constituida y gozará de personalidad jurídica desde que se inscriba en el Registro Mercantil la escritura pública fundacional a la que se adjuntará certificado que acredite que la sociedad ha sido calificada como tal por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (u órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma, en su caso) y que se encuentra inscrita en el correspondiente Registro Administrativo de Sociedades Laborales (27). La sociedad puede tener carácter laboral desde su constitución o con posterioridad, sin que esta circunstancia implique transformación social (arts. 2 y 4).

2. En su denominación deberá figurar necesariamente la indicación «sociedad anónima laboral» o «sociedad de responsabilidad limitada laboral» o sus abreviaturas «SAL» o «SLL», según proceda (art. 3.1).

3. El capital social estará dividido en acciones nominativas si es una SA, y en participaciones sociales si es una SRL (art. 5.1). Las acciones y las participaciones sociales se dividen en dos clases: las que son propiedad de los trabajadores con relación laboral por tiempo indefinido, denominada «clase general», y las restantes, denominada «clase general».

4. La «clase laboral» estará integrada por trabajadores en el sentido del artículo 1.1 del ET por tiempo indefinido. En ellos se produce una conjunción de papeles, pues son a la vez trabajadores por cuenta ajena, con todo el rigor que corresponde a este concepto jurídico-laboral y con la repercusión que pueda tener a efectos de la Seguridad Social, y socios de una sociedad que, en cuanto que sujeto de derecho formalmente distinto de ellos, es su empleador o empresario (28). Así, la retribución de la prestación de trabajo tiene carácter salarial (y no el de anticipo a cuenta de los resultados finales), sin perjuicio de su participación en los beneficios sociales mediante el reparto de dividendos.

(27) Este Registro, que se lleva a cabo en las diversas Comunidades Autónomas, está regulado por el Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre.

(28) STS de 11 de noviembre de 1997.

5. La sociedad laboral puede estar formada sólo por esos socios trabajadores con relación laboral por tiempo indefinido («clase laboral»), o por ellos y otros socios siempre que los primeros ostenten la mayoría del capital social (art. 1.1), lo que les garantiza el control de la sociedad (29).

6. Estos otros socios constituyen la llamada «clase general», que se justifica porque permite la financiación de la sociedad (pueden existir socios que sólo aporten capital) y la participación en ella como socios de trabajadores que no reúnan las condiciones que la Ley exige a la «clase laboral». Además, los trabajadores que integren (o pueden integrar) la «clase laboral» pueden ser titulares también de acciones o participaciones de la «clase general». Y los trabajadores, socios o no, con contrato por tiempo indefinido que adquieran por cualquier título acciones o participaciones sociales de la «clase general» tienen derecho a exigir de la sociedad la inclusión de las mismas en la «clase laboral», siempre que se acrediten las condiciones que la Ley exige, que será competencia de los administradores sin necesidad de acuerdo de la Junta General.

7. Por último, la sociedad puede contratar a trabajadores por tiempo indefinido, que no serán socios, siempre que el número de horas-año trabajadas por ellos no supere el 15 por 100 del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores, o el 25 por 100 si la sociedad tiene menos de 25 socios trabajadores (art. 1.2).

En definitiva, la sociedad laboral sirve para formalizar una sociedad de servicios profesionales, y no una sociedad profesional, puesto que en la primera no es posible el ejercicio en común de la profesión liberal mediante la «aportación» de actividad profesional por sus miembros. Los socios en los que concurra la condición de profesional desarrollarán su actividad profesional como consecuencia de la relación laboral que mantendrán con la sociedad laboral, es decir, como profesionales que ejercen su profesión de forma individual por cuenta ajena, y no como profesionales que ejercen su profesión por cuenta propia pero que sustituyen el ejercicio individual por el colectivo, como ocurre en las sociedades profesionales.

En consecuencia, una sociedad laboral formada por abogados para el ejercicio de su profesión no podrá aparecer como profesional de la Abogacía, condición reservada exclusivamente al abogado (persona física que reúna los requisitos previstos en el art. 9.1 EGAE) (30) y a la sociedad profesional de

(29) Además, ningún socio podrá tener una participación que supere la tercera parte del capital social, salvo que se trate de sociedades laborales participadas por entidades públicas, en cuyo caso esta participación podrá llegar hasta el 50 por 100 (art. 5.3).

(30) Artículo 9.1 EGAE: «Son abogados quienes, incorporados a un Colegio Español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados».

abogados constituida en los términos del artículo 28 EGAE (despacho colectivo de abogados). La condición de abogado corresponderá únicamente a sus socios abogados, individualmente considerados, como una modalidad más de ejercicio individual de la Abogacía por cuenta ajena, que deberá acomodarse a lo dispuesto en el artículo 27 EGAE.

5. POSICIÓN DEL ABOGADO

Acabamos de ver que tanto si la sociedad que explota la actividad profesional, en este caso el ejercicio de la Abogacía, adopta un papel de mera intermediaria como si asume la condición de deudora de los servicios jurídicos frente al cliente, desde el punto de vista del ejercicio profesional del abogado que necesariamente ha de ejecutarlos es un supuesto de ejercicio individual de la Abogacía.

Abogado en el ejercicio individual de su profesión que mantiene su responsabilidad civil profesional, la cual se fundamenta en el ejercicio personal basado en su específica competencia y en la independencia de su actuación. Notas que justifican que el abogado deba responder de los daños que se derivan de una actividad que realiza con independencia técnica, cualquiera que sea la forma de ejercicio (liberal o dependiente, y en el primer caso, individual o colectivo) (31). Y por tanto, sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pueda corresponder a la sociedad de intermediación profesional o de producción de servicios profesionales a la que esté vinculado, y ya lo sea por una relación civil o laboral (32).

En este punto hay que mencionar la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 9 de julio del 2004, referida a una señora que encargó a los servicios jurídicos del Sindicato, al que se hallaba afiliada, el ejercicio de las acciones pertinentes en un asunto, cuya defensa correspondió a un determinado Letrado que estaba vinculado al Sindicato mediante contrato laboral, el cual interpuso la correspondiente papeleta y

(31) ALBANÉS MEMBRILLO, A., «La responsabilidad civil del abogado: *quantum* indemnizatorio», en *AJA*, núm. 331, 1998, afirma que la responsabilidad civil profesional es «la que se atribuye a aquellas personas que, en el desempeño de una profesión reglada (para la cual es necesario estar en posesión de un título que habilite para su ejercicio), producen un daño como consecuencia de la infracción de los principios o normas que informan dicho ejercicio profesional».

(32) A la responsabilidad civil del abogado se refiere el artículo 546.2 LOPJ: «Los abogados y procuradores están sujetos, en el ejercicio de su profesión, a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda», y el artículo 78.2 EGAE: «Los abogados, en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio».

posterior demanda, recayendo sentencia que apreció la caducidad de la acción ejercitada por haberse formulado la demanda una vez transcurrido el plazo, por lo que aquélla presentó demanda reclamando una indemnización contra el Letrado y el Sindicato, que fueron condenados solidariamente en primera instancia por sentencia confirmada en apelación.

El Sindicato recurrió en casación por infracción del artículo 1.903 en relación con el artículo 1.104, ambos del Código Civil, y de la Jurisprudencia de esa Sala, pues, si bien se había probado que el Letrado codemandado cometió un error, era evidente que el ejercicio de la acción ante el Juzgado de lo Social no podría haberlo realizado el Sindicato ahora recurrente, que citó la STS de 7 de octubre de 1983, según la cual, la relación jerárquica o de dependencia que es el presupuesto inexcusable de la obligación de reparar los daños causados por aquellas personas de quienes se debe responder no existe entre quien encarga la redacción de un proyecto de obra y posterior dirección de la misma a un arquitecto que realiza su cometido según las reglas de su arte, como profesional independiente y sin relación de subordinación alguna, por lo que por los daños causados por las deficiencias en que éste pueda haber incurrido no puede exigirse responsabilidad al dueño o promotor de la obra, pues su comportamiento no ha sido culposo o negligente, sino correcto y diligente al encomendar una actividad que no podía desarrollar por sí mismo a aquellos a quienes legal y técnicamente corresponde.

El motivo fue acogido, «pues en el caso que nos ocupa, la recurrente encomendó la tarea que solicitaba su afiliada a persona que por sus títulos académicos y su pertenencia a un Colegio de Abogados acreditaba sus conocimientos técnico-científicos, en la medida necesaria y suficiente para que deba afirmarse, como declara la sentencia de 19 de julio de 1993, que concurre el presupuesto legal exculpatario prevenido en el último párrafo del artículo 1.903 del Código Civil».

GLORIA ORTEGA REINOSO

gloriaor@ugr.es.

Profesora Doctora del Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Granada

Objeto social y disolución de una sociedad anónima. La analogía de las causas de disolución

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE LOS SOCIOS. LA INTERPRETACIÓN DEL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD.—3. CONSECUENCIAS DE LA INACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD. CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA LSA.—4. CONSECUENCIAS DE LA INACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD. CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. POSIBILIDAD DE APLICACIÓN ANALÓGICA.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El supuesto de hecho, objeto de la consulta realizada, reside en determinar la viabilidad de la posible disolución de una sociedad anónima (en adelante «la Sociedad») como consecuencia de la falta de desarrollo de su objeto social.

El artículo II de sus estatutos sociales vigentes tiene el siguiente tenor literal: *La sociedad tiene por objeto: a) transportes regulares discrecionales de viajeros y mercancías, y agencias de unos y otros, y de viajes; b) representación, comercialización y venta de vehículos de motor, garajes y talleres de reparación; c) estaciones de servicios para la venta de carburantes y lubricantes; d) negocios de hostelería y similares; e) urbanización, construcción y enajenación de fincas; f) explotaciones agrícolas y ganaderas; g) fabricación y comercialización de productos derivados de la carne; h) importación y exportación de toda clase de mercancías. Las actividades integrantes del objeto social podrán ser desarrolladas por la Sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en Sociedades con objeto idéntico o análogo».*

Según nuestro conocimiento, la actividad real de la Sociedad reside en la administración y liquidación de sus propiedades inmobiliarias.

Como resultado de las consideraciones anteriormente expuestas, podemos extraer y adelantar la apariencia de una falta de realización del objeto social, puesto que los resultados de la Sociedad en relación con su beneficio contable de sus anteriores ejercicios sociales ha venido determinado por la enajenación de ciertos bienes inmuebles, así como por la realización de actividades de alquiler y por la rentabilidad de valores financieros.

Estas actividades desarrolladas por la Sociedad, según la información proporcionada, son las que han constituido las actuaciones de la misma. Por ello, y a la luz del supuesto de hecho expuesto, nos proponemos a continuación la realización de un breve estudio y análisis sobre la posibilidad de que la Sociedad se encuentre incurso en alguna causa de disolución prevista legalmente.

2. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE LOS SOCIOS.

LA INTERPRETACIÓN DEL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD

Toda labor interpretativa tendente a esclarecer la adecuación del objeto social estatutario de las actividades que en la práctica realiza la Sociedad (descritas en el apartado anterior) ha de venir presidida por la protección del interés de los socios en la realización y consecución del objeto social estatutario.

De esta forma, partiendo de que el objeto social es un elemento del contrato de sociedad sobre el que prestan su consentimiento los diferentes accionistas de una sociedad, se observa como el legislador ha establecido una serie de mecanismos tendentes a la protección de dicho interés relacionado con el objeto social.

En relación con esta cuestión, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (1) acertadamente manifiesta que: *«Desde esta perspectiva, los socios, al aportar un capital al acervo común, actúan en cierta medida impulsados por la solidez y seguridad que les proporciona el hecho de que una sociedad se dedique a unas determinadas actividades y no a otras, quizá más arriesgadas y menos provechosas (2). Ante esta situación, el ordenamiento jurídico reacciona estableciendo, de un lado, unas limitaciones al poder de representación de los administradores cuya actuación deberá circunscribirse al objeto social determinado en los estatutos, según el artículo 129.1.º de la Ley, y, de otro, articulando una serie de medidas para poder modificar el objeto social,*

(1) JUAN CARLOS SÁENZ DE ALBIZU, *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Civitas, 1990.

(2) GARRIGUES, «La protección de las minorías en el Derecho español», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, I, pág. 256.

reservando en el supuesto de sustitución de éste un derecho de separación del socio disconforme. Atendiendo a estas razones, se puede comprender fácilmente que, sin el requisito de la determinación, tales cautelas se verían frustradas, ya que las posibilidades de controlar el ámbito de actuación de los administradores quedarían defraudadas, y asimismo, sería también factible cualquier modificación de hecho del objeto social lastimando de esta forma legítimos intereses de los socios minoritarios.

Existen además otros preceptos que, aún de forma secundaria, pueden utilizarse para fundamentar en la determinación la tutela de los socios; en este sentido, el artículo 115 de la Ley otorga a los accionistas la posibilidad de impugnar aquellos acuerdos de Junta que lesionen el interés social; también el artículo 132.2.º faculta a cualquier accionista para solicitar el cese de aquellos administradores que violaren la prohibición de competencia; finalmente, el artículo 262 atribuye a todo accionista, cuando concurren, entre otras, las causas previstas en el artículo 261.1.3.º (conclusión de la empresa, imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o paralización de los órganos sociales), el derecho a requerir de los administradores la convocatoria de Junta al objeto de que ésta acuerde la disolución de la sociedad, pudiendo incluso, en cuanto interesado, instar la disolución judicial de la sociedad, si su requerimiento hubiera sido desatendido, el acuerdo no hubiera podido ser adoptado o éste hubiera sido contrario a la disolución».

Establecido el presupuesto interpretativo del objeto social, entendemos que con la finalidad tendente al esclarecimiento de si la Sociedad se encuentra desarrollando en la actualidad su objeto social (transcrito anteriormente) de conformidad con las actuaciones fácticas o de hecho que está llevando a cabo la Sociedad, hemos de acudir a las reglas hermenéuticas que nuestro Ordenamiento Jurídico nos ofrece, lo que nos llevaría a utilizar los criterios de interpretación de los contratos en general. Ello supondría utilizar las escasas reglas de interpretación contractual que recoge nuestro Código de Comercio (arts. 57 a 59) para recurrir posteriormente a la remisión que el artículo 50 del mismo realiza al Derecho común (3).

Inicialmente podemos afirmar la validez del recurso a las reglas interpretativas de los contratos, aunque no desconocemos opiniones doctrinales (4) que han propugnado el recurso a los medios de interpretación legales cuando las dudas interpretativas se susciten entre socios y órganos sociales una vez iniciada la vida social, así como por considerar que los estatutos sociales se desgajan de la fuente de creación de la sociedad una vez iniciada la vida de la misma.

(3) SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, vid., *op. cit.*, págs. 55 y sigs.

(4) GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, Tomo I, págs. 276 y sigs.

Dentro de las referidas reglas de interpretación contractual, cabe distinguir las de carácter subjetivo y las de carácter objetivo. Así, la interpretación subjetiva es aquella que se dirige a la averiguación o búsqueda de la voluntad real o intención común de los contratantes *voluntas spectanda*, es por tanto una interpretación histórica del contrato que persigue una reconstrucción del pensamiento y del propósito de los autores de la regla contractual. La interpretación objetiva, en cambio, es aquella operación que trata de eliminar las dudas o las ambigüedades de la declaración contractual atribuyendo a la misma sentido y un significado objetivo incluso con independencia de la voluntad real de los contratantes (5).

Con el objeto de poder definir qué tipo de interpretación utilizar en cuanto a la cláusula del objeto de la Sociedad antes expuesta, coincidimos con SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (6) que, según la opinión doctrinal dominante, los criterios de interpretación deberán adquirir mayor grado de objetivación cuanto más lejana al establecimiento del contrato sea la relación a la que el mismo deba ser aplicado. Es decir, lo que aparecía ya con cierta claridad respecto a quienes se incorporaron a la sociedad en cuestión, en un momento posterior a su fundación, debe ser resuelto conforme a los criterios interpretativos objetivos (arts. 1.284 a 1.289 del Código Civil) (7).

Pues bien, en nuestro caso concreto, no podemos despreciar el dato de que la Sociedad se constituyó hace varias décadas con el referido objeto social, y que es con posterioridad cuando se produce la entrada de nuevos accionistas a la Sociedad mediante ampliación de capital con aportación no dinerada consistente en inmuebles de su patrimonio.

Por ello, la interpretación de la siguiente estipulación del objeto social de la Sociedad «...e) *urbanización, construcción y enajenación de fincas...*», único que podría entenderse que amparase la única actividad real de la Sociedad, es decir, el alquiler de inmuebles y la enajenación de fincas, ha de realizarse mediante la atribución a la misma de un sentido objetivo.

Por lo tanto, ante una eventual alegación de los socios mayoritarios de la Sociedad tendente en la afirmación de la realización del objeto social mediante la realización de las actividades de alquileres y enajenación de fincas, pudieran oponerse a la misma los siguientes argumentos:

- i) Pese al recurso a las reglas de interpretación objetiva de los contratos, según hemos argumentado y propuesto con anterioridad, no hemos de olvidar que el punto de partida de toda actividad interpretativa debe ser la letra del contrato. Así el artículo 1.281 del Código

(5) LUIS DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, págs. 260 y 261, vol. II, Tecnos, 1986.

(6) SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *vid.*, *op. cit.*, pág. 58.

(7) En sentido análogo al tratamiento del mismo como un contrato de adhesión.

Civil ordena que se esté al «sentido literal» cuando los términos sean claros y no dejen duda sobre la intención, acogándose al viejo brocardo latino *in claris non fit interpretatio*. En este sentido, con clara evidencia en cuanto a los alquileres, se puede observar que en ningún momento se hace referencia a los mismos en la relación del objeto social, por lo que puede concluirse la no inclusión en el objeto social de la referida actividad (sin que en este momento sea preciso, por no ser objeto de estudio, atender a las consecuencias de dicha actuación desde la órbita del poder de representación de los administradores de la Sociedad).

- ii) En cuanto a la actividad de enajenación de fincas que está realizando la Sociedad conforme a la información proporcionada, resulta necesario el recurso a otros criterios hermenéuticos ante la posible duda que pudiera suponer su calificación o no como actividad desarrollada en consonancia con el objeto social, en el sentido de propugnar o no el ejercicio del objeto social de la Sociedad.

En este sentido, el artículo 1.285 del Código Civil prevé que «*Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*». Este criterio sistemático es consecuencia de la unidad lógica del contrato, para evitar contradicciones, antinomias, etc. Pues la aplicación de dichas reglas a las actividades propias del objeto social nos indican que las diferentes actuaciones que componen cada actividad, suponen la realización de las mismas en su conjunto con el propósito de alcanzar cada actividad en cuestión.

Así, por ejemplo, dentro de la actividad a), relacionada con el fin del transporte, carece de sentido el establecimiento de agencias que no estén destinadas a la consecución de tal fin. En el marco de la actividad b), relacionada con los vehículos, supone igual contradicción lógica el establecimiento de talleres de reparación cuyo fin no sea la reparación de vehículos. Por ello, dentro de la actividad e) conexas con el negocio inmobiliario, no podemos por menos que concluir que la actuación relativa a la enajenación de fincas se encuentra incluida dentro de dicha actividad inmobiliaria como resultado de la urbanización y construcción de tales fincas.

Acudiendo a la interpretación finalista del contrato, también podemos llegar a un resultado similar al anterior. Para ello hemos de atender a la función económico-social, entendiendo por ella el resultado práctico empírico propuesto por el tipo contractual genérico y propuesto también por las partes contratantes. Si el tipo contractual de la Sociedad es la sociedad anónima y el propósito inicial constituyente o fin social encierra un evidente ánimo lucrativo para sus socios, dicho resultado propuesto por los socios se verá mayormente conseguido si interpretamos como conexas las antedichas actua-

ciones que integran la actividad del objeto social que hemos denominado como inmobiliaria.

Es decir, no se entendería tendente y favorable a la no consecución del fin social una actividad de urbanización y construcción separada de su consecuente enajenación de fincas, resultado de dicho proceso inmobiliario. *Por ello no podría mantenerse que la actividad de enajenación de fincas no fuere resultado lógico y final de las actividades de urbanización y construcción, puesto que previamente a la enajenación de dichas fincas se tendría que haber procedido a la adquisición de las mismas, actividad esta no individualizada y propiamente especificada en el objeto social, si no es a través de su consideración como fruto o causa de dicha urbanización y construcción.*

En otro orden de cosas, no debemos olvidar como criterio interpretativo objetivo el establecido en el artículo 1.288 del Código Civil que prevé lo siguiente: «*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*».

Esta norma jurídica, en palabras de JORDANO BAREA (8), «*está fundamentalmente inspirada en el principio de la autorresponsabilidad del declarante, y también en el de la protección de la confianza, derivados ambos del principio de la buena fe en sentido objetivo, entendida en sentido ético como conducta ajustada a los criterios, postulados o exigencias de la corrección, lealtad, honorabilidad u honestidad y probidad en el tráfico jurídico*».

Esta importantísima regla interpretativa recoge el principio de la buena fe en materia de interpretación de contratos. Es decir, como afirma Díez-PICAZO: «*el culpable de la redacción defectuosa u oscura debe ser el perjudicado por ella*» (9). En nuestro supuesto de hecho, la mayoría social fue la que inicialmente constituyó la Sociedad y redactando por tanto sus estatutos sociales, y en concreto en cuanto nos interesa, la cláusula del objeto social. Ello significa que la minoría social que entró a formar parte de la Sociedad mediante la citada ampliación de capital, muy posteriormente a la constitución de dicha sociedad, se adhirió mediante dicha ampliación al negocio fundacional social y por tanto a la cláusula objeto social que estaba propuesta desde la constitución de la sociedad por la actual mayoría social.

La consecuencia lógica del principio de la buena fe en la interpretación de los contratos aplicada al caso enjuiciado, no puede ser otra que el no poder aceptar por parte de la mayoría social la eventual afirmación de ésta consistente en que existe una duda sobre el significado de la cláusula del objeto social relativa a la enajenación de fincas en cuanto a su ejecución por parte de la Sociedad. Esto es, si se calificase que la redacción del objeto

(8) JORDANO BAREA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo II, 1990, pág. 518.

(9) Díez-PICAZO, *vid.*, *op. cit.*, pág. 236.

social en cuanto a dicha actuación, es por menos dudosa, no podría esgrimir la mayoría social la validez de dicha duda al ser ella la autora de la misma y por tanto la causante de la defectuosa redacción que supone la autora de la misma y por tanto la causante de la defectuosa redacción que supone cierta oscuridad en cuanto a la lectura e interpretación del objeto social.

Por último, y pese a la claridad existente a nuestro juicio del resultado interpretativo realizado hasta ahora, resulta acertado traer a colación de nuevo las palabras de SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (10) en este tema, con el objeto de poder reafirmar nuestra opinión al respecto. En este sentido, el citado autor expone lo siguiente: *«Para concluir con las cuestiones que en torno al objeto social suscita el tema de la interpretación, será necesario ponderar todavía el valor que, como índice interpretativo, deba atribuirse a los materiales postestatutarios. Esos consistirían fundamentalmente en decisiones de los órganos sociales que, en desarrollo del texto estatutario, determinarán el comportamiento social a seguir. Desde la óptica del objeto social, el problema se centra en determinar qué valor habrá de concederse al comportamiento constante de los órganos sociales cuando éstos atribuyen un contenido concreto a la redacción de dicha cláusula estatutaria, aunque ésta recoja una formulación del mismo susceptible de comprender una pluralidad de acepciones. Dicho comportamiento, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, habrá de ser constante y no aislado, y además no podrá suponer modificación o ampliación alguna del objeto social».*

De acuerdo con lo anterior, el comportamiento de los órganos especiales (vid. art. 1.282 del Código Civil) de la Sociedad ha sido tendente a la no realización de las actividades sociales integrantes del objeto social. Ello es así porque las únicas actuaciones conocidas han sido las relativas a la del alquiler del patrimonio inmobiliario aportado por la minoría social en su entrada en la Sociedad, en la enajenación de componentes de dicho patrimonio inmobiliario, así como en la inversión en activos financieros.

Ello nos indica claramente la ausencia de voluntad de los órganos sociales en desarrollar el objeto social, puesto que las actividades realizadas anteriormente citadas suponen únicamente el interés de dichos órganos en rentabilizar el patrimonio social y no en la persecución de los fines o actividades integrantes del mismo, mediante la labor de lo que podría llamarse el establecimiento de hecho de una «entidad patrimonial» o de tendencia de bienes con una clara finalidad conservativa patrimonial, puesto que la enajenación de dichos activos inmateriales se ha realizado esporádicamente y no habitualmente, como sería propio en una sociedad cuyo efectivo objeto y fin social fuera la obtención del ánimo de lucro de sus socios a través de la realización de actividades inmobiliarias de urbanización, construcción y enajenación de

(10) SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, vid., *op. cit.*, págs. 62 y 63.

fincas (aunque esa rentabilización no haya supuesto la consecución del fin social, como posteriormente analizaremos).

Como conclusión, podemos adelantar que, a nuestro juicio, la Sociedad ha estado inmersa en una clara inactividad social, entendida ésta como la falta de ejercicio real de la actividad que configura el objeto social, porque se han ejercitado actividades distintas de las que constan en los estatutos.

3. CONSECUENCIAS DE LA INACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD. CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA LSA

El artículo 260.1.3.º de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante «LSA»), prevé expresamente lo siguiente: «1.º La sociedad anónima se disolverá... 3.º Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social...».

La primera causa legítima para la disolución de la sociedad anónima es «la conclusión de la empresa que constituya su objeto». Siguiendo a EMILIO BELTRÁN (11) podemos decir que: «El fundamento de esta causa de disolución es evidente: si la sociedad nace para el ejercicio en común de una actividad económica, debe desaparecer cuando dicha empresa se haya cumplido, porque se habrá realizado el fin social. La trascendencia de esta causa de disolución es muy escasa [cfr. J. GARRIGUES, *Dictámenes*, III, 517-518; R. URÍA (-A. MÉNDEZ), *Comentario*, II, 804; J. C. SÁENZ, *Objeto social*, 336-337]. En primer lugar, porque sólo concurre cuando la empresa social que integra el objeto haya sido cumplida, agotada. No basta con que la sociedad ejercite de hecho una actividad distinta a la que integre el objeto social [vid., por el contrario, art. 142.I.d) CSC, que considera causa de disolución el ejercicio de una actividad no comprendida en el objeto social], porque no necesariamente ese ejercicio obedecerá al agotamiento de las actividades que integren el objeto. No es suficiente tampoco que la sociedad no ejercite actividad alguna, supuesto que podrá integrar la causa de imposibilidad manifiesta de realizar el fin social».

Esto es, conforme a la conceptualización de esta primera causa de disolución que realiza la doctrina mercantilista más autorizada no podemos afirmar que la Sociedad se encuentre inmersa en dicha causa como consecuencia de las actividades ajenas al objeto social que realiza, así como por la no realización de actividad alguna incluida en su objeto social.

No obstante lo anterior, más interesante se nos antoja la segunda causa de disolución prevista en el citado precepto societario, a saber, «la imposibilidad

(11) EMILIO BELTRÁN, «La disolución de la Sociedad Anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil*, Civitas, 2.ª ed., 1997.

manifiesta de realizar el fin social». El alcance de esta causa de disolución depende del sentido que se dé a la utilización de la expresión «fin social».

Según BELTRÁN (12): «A nuestro juicio, los referidos antecedentes y la propia letra del precepto inducen a considerar que el legislador pretende distinguir los conceptos de fin social y objeto social [cfr. R. URÍA (-A. MÉNDEZ), *Comentario*, II, 805; J. C. SÁENZ, *El objeto social*, 342; contra BROSETA, *Manual*, 308, que equipara la expresión a objeto social]. Si consideramos por fin social la obtención de beneficios a través del ejercicio de una actividad económica (vid. arts. 1.665 y 116 del Código de Comercio), la imposibilidad de conseguir el fin social puede nacer tanto de la imposibilidad de obtener beneficios (fin último) con el ejercicio del objeto social, cuando de la imposibilidad de desarrollar el objeto social (fin medio) (cfr. F. VICENT, *Compendio*, I, 504; C. PAZ-ARES, en *ADC*, 1983, 1075; contra A. BÉRGAMO, *Las acciones*, III, 364; M. DE LA CÁMARA, *Estudios*, II, 521-522)».

En el mismo sentido, PAZ-ARES (13) expone que: «...Desde esta perspectiva, hemos de señalar que el fin común y el objeto social, aunque conceptualmente puedan —e incluso deban— distinguirse, no pueden disociarse: ambos, indisolublemente vinculados, constituyen la causa del contrato de sociedad, entendida como el propósito práctico o la finalidad empírica perseguida por las partes. En realidad, podríamos decir que el fin común como elemento causal del contrato se integra de dos subelementos: el fin común último o fin abstracto (v.gr., ánimo de lucro) y el fin común próximo o fin concreto, que es el objeto social (v.gr., fabricación de productos lácteos). Dicho de otra manera, el fin común como categoría causal única tiene relevancia en un doble plano: en el plano formal de los objetivos finales buscados y en el plano material de la actividad programada para la sociedad. Puede hablarse así de un fin común formal (fin común último) y de un fin común material (objeto social). El primero hace referencia a la estructuración de la racionalidad teleológica de la sociedad, que normalmente posee una dimensión subjetiva: repartir beneficios entre los socios, satisfacer sus necesidades, auxiliarles en el desarrollo de sus empresas, ordenar el disfrute de una cosa común, etc. (en este sentido se habla de causa lucrativa, uso y disfrute, etc.) y siempre tiene una dimensión objetiva: desarrollar una empresa (lucro objetivo), regular el mercado (causa cartelizadora), expandir la cultura, promocionar la fe (causa, ideal), etc. El segundo alude a la estructuración de la racionalización instrumental de la sociedad, y tiene por objeto definir el sector o ramo de actividad que se propone realizar la sociedad permanente (fabricación de productos lácteos, central de compras, ejercicio

(12) BELTRÁN, vid., op. cit., págs. 108 y 109.

(13) PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II, 1990, págs. 1322 y 1323.

de la medicina, representación de obras teatrales, etc.) o el resultado que se propone alcanzar la sociedad ocasional (construir un barco, comprar una cosa común). La inescindibilidad de ambos elementos o aspectos se advierte de inmediato si tenemos en cuenta que, por sí solos, ninguno es suficiente para cumplir las funciones que está llamada a cumplir la causa del contrato de sociedad (de este aspecto nos ocupamos de inmediato: *vid.*, *infra* sub b). También se aprecia su carácter inescindible examinando el derecho positivo. Un buen ejemplo nos lo ofrece la previsión como supuesto de disolución de la imposibilidad sobrevenida de la causa. La ley se refiere a esta hipótesis bajo el rótulo de imposibilidad manifiesta de realizar el fin social (así art. 260.1.3.º LSA, que permite integrar el art. 1700.2.º del Código Civil [*vid.*, *infra* com. art. 1.700 III, 2]). Es obvio que dentro del fin social ha de incluirse tanto el fin común último [*v.gr.*: el lucro] como el objeto social [*v.gr.*: el refino de crudo]. Si sólo se incluyera el primero no podría disolverse la sociedad por imposibilidad de realizar la actividad; tendría que reorientarse hacia otras actividades. Si sólo se incluyera el segundo habría que continuar el ejercicio de una actividad no rentable aunque definitivamente se hubiese acreditado la imposibilidad de obtener el lucro».

De igual forma, SÁENZ DE ALBIZU (14) concluye manifestando que: «A nuestro entender, cuando el legislador utiliza la expresión fin social, no pretende con ella referirse exclusivamente al objeto social, sino al fin en sentido amplio que se concretaría tanto en el fin-medio (objeto social) como en el fin último; parece, por otra parte, lógico pensar que la sociedad habrá de disolverse tanto si la actividad prevista estatutariamente no puede realizarse como si, aún siendo ésta viable, no puede servir ya para realizar el fin último que normalmente consistiría —dada la prevalencia de sociedades lucrativas— en la obtención de beneficios».

Expuesta terminológica y conceptualmente la causa de disolución consistente en la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, nos proponemos analizar si dicha consecuencia jurídica es aplicable al supuesto de hecho analizado.

Por un lado, tal y como hemos manifestado, puede equipararse la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social con aquella imposibilidad jurídica o de hecho de realizar el objeto social. Según se nos ha puesto de manifiesto,

(14) SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *vid.*, *op. cit.*, pág. 342. Este autor sostiene que esta es la tesis mantenida por VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, 1.ª ed., pág. 504, Valencia, 1981, quien afirma que constituye una causa de disolución la imposibilidad de obtener beneficios con una actividad, no obstante ser técnicamente posible su continuación, y que parece admitir también PAZ-ARES, «Disolución de sociedad de responsabilidad limitada por paralización de órganos sociales (Comentario a la STS de 15 de febrero de 1982)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pág. 1075, quien pone en relación el problema de la imposibilidad de realizar el fin social con la existencia o no de beneficios.

la Sociedad en la actualidad sólo se dedica a la enajenación de fincas, alquiler de inmuebles y rentabilización de valores financieros, recordando en este momento que el objeto social complejo de la Sociedad data de su fecha de su constitución hace varias décadas. Pues bien, entendemos que nos encontramos evidentemente ante una *imposibilidad de hecho* en la realización del fin social, puesto que basta contrastar la amplitud de las actividades que componen el mismo, para poder manifestar que la Sociedad no se ha encontrado desde su constitución ni se encuentra en la actualidad preparada con los elementos técnicos y humanos para poder afrontar cualquiera de las múltiples actividades que componen dicho objeto social, puesto que evidentemente la voluntad de los órganos sociales no ha sido la realización del mismo (como ya hemos constatado con anterioridad).

En este sentido, cabe recordar siguiendo a SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (15) que *«...puede afirmarse que existe una imposibilidad material o de hecho para realizar el objeto social cuando la actividad en que dicho objeto consiste no puede llevarse a cabo a causa de impedimentos naturales o fácticos, como pueden ser, entre otros, la ausencia de unos determinados conocimientos o la carencia de medios técnicos adecuados para acometer la actividad recogida en los estatutos»*.

El requisito de que dicha imposibilidad sea «manifiesta», es decir, que ésta se deba a circunstancias o hechos permanentes o insuperables, no es óbice para poder calificar la actual situación de la Sociedad como causa de disolución por imposibilidad de hecho para realizar su fin social, puesto que el carácter de permanente e insuperable se ha venido poniendo de manifiesto desde la propia constitución de la sociedad, ya que desde dicho acto fundacional no ha habido lugar a la realización de cualquier actividad integrante de su objeto social.

Además por imposibilidad manifiesta, no debemos entender la existencia de meras dificultades y obstáculos transitorios y vencibles en la realización del fin social, de forma que debe tratarse de una imposibilidad clara y, sobre todo, definitiva de la que la sociedad no puede sobreponerse sin grave quebranto para los accionistas, el cual se pondría de manifiesto para los accionistas si se pretendiere la remoción de dicha causa de disolución mediante la acometida actual de los medios técnicos y humanos necesarios para dotar de viabilidad funcional a la Sociedad y así poder desarrollar ésta su objeto social.

No obstante, para poder calificar como relevante a efectos de disolución por esta causa, a la imposibilidad, basta con que ésta sea sobrevenida lo que nos evita la prueba de la existencia de la misma desde el inicio de la vida

(15) SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, vid., *op. cit.*, pág. 91, citando este autor desde la perspectiva del Derecho de obligaciones a CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, III, págs. 65 y 66.

social, siendo palpable en nuestro caso la existencia de esta imposibilidad sobrevenida a la luz de las actuaciones que realmente han ejecutado los órganos sociales y que han supuesto un desdén de la realización de las actividades propias del objeto social.

Con todo lo anterior puede mantenerse que la Sociedad no se encuentra preparada para ejecutar su fin social o, lo que es lo mismo, que tiene una imposibilidad manifiesta de hecho para su realización, puesto que a lo largo de su vida no ha alcanzado la posibilidad de obtener unos medios técnicos y desarrollar unos conocimientos para la consecución de su fin social.

Por otro lado, el fin social no comprende únicamente el objeto social sino también el fin común último, que es el *ánimo de lucro*, entendido como el *ánimo de los socios de repartir entre sí los beneficios*. En relación con este componente del fin social, también podemos manifestar que es relevante a la hora de manifestar si la Sociedad se encuentra incurso en causa de disolución por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.

Es parecer mayoritario en nuestra doctrina (16) que el derecho del socio a participar en las ganancias de la sociedad, contemplado en el artículo 48.2.a) LSA, constituye un reconocimiento legal y genérico al socio como último destinatario del beneficio de la sociedad. Este derecho es, según la doctrina autorizada, un derecho distinto al dividendo —concebido como absoluto y periódico— y del derecho del socio al dividendo acordado. *El derecho del socio al beneficio justifica que éste pueda exigir a los administradores una gestión lucrativa de la sociedad que se materialice en la consecución de beneficios*, pero no le fundamenta poder reclamar periódicamente —esto es, en cada ejercicio social— a la sociedad una parte de éstos.

Por tanto, únicamente en el supuesto en que se probare por los socios minoritarios que la gestión social no persigue y consigue una consecución de beneficios, podría operar este supuesto como causa de disolución, lo cual es improbable en nuestro supuesto de hecho por la constatación de la existencia de beneficios en determinados ejercicios sociales.

Por todo lo expuesto y como conclusión a este apartado, la verdadera causa de disolución de la Sociedad tipificada legalmente en la LSA, que pudieran hacer valer los socios minoritarios, sería la relativa a la imposibilidad manifiesta de hecho de realizar el objeto social, como consecuencia de la inadecuación de recursos técnicos y humanos para la realización del mismo, sin quebranto para dichos minoritarios, lo que evidencia la falta de desarrollo de su objeto social por la Sociedad.

(16) RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ MACHADO PLAZAS, «Derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales y abuso de la mayoría (SAP-Barcelona, de 25 de julio de 1994)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 4, 1995, pág. 292; vid., igualmente, toda la doctrina mercantil en este mismo sentido citado por estos autores.

4. CONSECUENCIAS DE LA INACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD.
CAUSA DE DISOLUCIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES
DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. POSIBILIDAD
DE APLICACIÓN ANALÓGICA

Con independencia de la viabilidad propuesta de la referida causa típica de disolución prevista en la LSA, nos proponemos a continuación si la inactividad de la sociedad entendiendo como tal *«el hecho causante de la disolución es la falta de ejercicio real de la actividad que figura en el objeto social, bien porque la Sociedad esté totalmente paralizada o porque se ejerciten actividades distintas de las que constan en los estatutos»*, de acuerdo con las consideraciones que doctrinalmente se exponen al analizar la causa de disolución del artículo 104.1.d) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante «LSRL») (17), siempre teniendo presente como premisa que pone de manifiesto PÉREZ EMBID (18), que la sociedad tiene el deber de realizar el objeto social.

El citado artículo 104.1.d) de la LSRL prevé expresamente que: *«I. La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá ... d) Por falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos»*.

Expuesta ya a lo largo de los apartados anteriores la inexistencia de desarrollo de su objeto social por la Sociedad, procede en estos momentos analizar la posible aplicación de esta causa típica prevista en la LSRL a una hipotética disolución de una sociedad anónima.

ELÍAS-OSTÚA (19) explica la falta de coherencia en el diferente tratamiento positivo que recibe la disolución y liquidación de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada del siguiente modo: *«La razón principal de estas discrepancias reside en el hecho de que la LSA de 1989, sobre todo en lo referente a la materia citada, permanece anclada en los mismos conceptos de la LSA de 1951, casi medio siglo anterior, mientras la LSRL de 1995 ha tenido en cuenta la evolución experimentada durante todo este largo período de tiempo.*

Por eso, la LSRL de 1995 representa un progreso, aunque no carezca de defectos, al incorporar lo que se han denominado mejoras y ventajas técnicas, ya conocidas al tiempo de la promulgación de la LSA de 1989, pero no tenidas en cuenta en esta última norma legal. Tales diferencias causan una brecha en nuestra normativa societaria, que se pretende salvar, cuando se considera posible, apelando al recurso de la analogía».

(17) RAÚL DE ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, «Notas sobre la falta de coherencia en la normativa sobre disolución y liquidación del Derecho de Sociedades», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 36, Consejo General del Notariado, diciembre de 2001, pág. 25.

(18) PÉREZ EMBID, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 1995, pág. 36.

(19) RAÚL DE ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, *vid., op. cit.*, pág. 13.

El mismo autor ya adelanta una posible conclusión nuestra sobre este tema al decir que: «*La falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social durante tres años consecutivos figura como causa de disolución en el artículo 104.1.d) de la LSRL, pero es omitida en el artículo 260 del TRLSA, sin que existan razones que abonen tal diferencia, debiendo ser parejo el reconocimiento del supuesto disolutorio en ambos tipos sociales*» (20); y «*Consideramos que este supuesto disolutorio debería figurar también en la normativa reguladora de la SA, donde su presencia tendría, como ya dijimos, todavía mayor interés que en la sociedad de responsabilidad limitada*» (21).

Es decir, existe una incoherencia en el tratamiento legislativo de las causas de disolución de la sociedad anónima y de la sociedad limitada, que no obedece a razones, ni siquiera mediante el recurso a la diferencia tipológica existente, lo cual nos llevaría que ante la inexistencia de la correspondiente laguna legal fuera necesario acudir a la integración de las causas legales de disolución de una sociedad anónima mediante los recursos que el Ordenamiento Jurídico prevé al efecto, como es la posibilidad de aplicación analógica, cuyos requisitos expondremos con posterioridad.

El recurso a la analogía en el campo del Derecho de Sociedades no ha sido extraño para nuestra doctrina científica. De esta forma SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, en relación con el requisito de posibilidad del objeto social (22) expresa lo siguiente: «*Evitando abordar en este momento la imposibilidad desde la perspectiva de la disolución, ya que ésta será objeto de un tratamiento particularizado, cabe, sin embargo, destacar aquellas posturas que propugnan una aplicación del precepto ahora examinado (art. 260.1.3 LSA) a las sociedades personalistas; esto viene a rellenar una laguna importante y a reafirmar la trascendencia del requisito de la posibilidad en el terreno que ocupa nuestra atención*».

Es decir, la causa de disolución por imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social no aparecía en el Código de Comercio (cuerpo normativo regulador de las sociedades personalistas, vid. art. 221), sino que se introdujo por el legislador español en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, de ahí que se propugnara la aplicación analógica de este supuesto a las sociedades personalistas.

Como primera consecuencia de lo anterior, podemos extraer que la falta de tipicidad legal para un determinado tipo societario de una causa de disolución puede ser constitutivo de la existencia de una laguna legal suscep-

(20) RAÚL DE ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, vid., *op. cit.*, pág. 17.

(21) RAÚL DE ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, vid., *op. cit.*, pág. 25.

(22) SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, vid., *op. cit.*, pág. 89, vid. la doctrina mercantilista citada en este sentido por este autor: GIRÓN, *op. cit.*, pág. 624, y VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 203.

tibie de integración mediante el recurso a la aplicación analógica de las normas.

Evidentemente, el supuesto descrito no coincide con el ahora analizado. En aquél, la extensión analógica normativa se produce mediante la viabilidad de la aplicación de una causa de disolución prevista legalmente para una sociedad capitalista (sociedad anónima) a una sociedad personalista. Aunque la identidad de razón es apreciable también en nuestro supuesto analizado (si cabe con mayor argumento debido al carácter capitalista de ambas sociedades, la anónima y la limitada), es decir, la aplicación analógica de una causa de disolución prevista en la LSRL (falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos) a un supuesto de disolución de una sociedad anónima.

Interesantes argumentos a favor de la aplicación analógica en el Derecho de Sociedades realiza VICENT CHULIÁ (23) de la siguiente manera: «1. La regulación fragmentaria del régimen de cada uno de los tipos societarios —o de las formas jurídicas de organización del Derecho de Sociedades en sentido amplio— obliga (no sólo aconseja) a aplicar las normas por analogía, cuando entre el supuesto regulado y el que exige una solución exista —identidad de razón— (art. 4.1 del Código Civil). 2. En el campo de las sociedades de capital, tomando como presupuesto la amplia coincidencia de sus principios configuradores (ver mi "Introducción al Derecho Mercantil", 8.ª ed., 1995, págs. 166-167 y 334), parece evidente que las soluciones legales presentes en la Ley 2/95, de Sociedades de Responsabilidad Limitada —más progresistas o simplemente inéditas hasta ahora— deben aplicarse a la Sociedad Anónima —pero quizá también a todas las sociedades mercantiles, e incluso a entidades no societarias—. Para ello será necesario comprobar que existe una laguna de ley —y no simplemente ausencia de norma porque los intereses en presencia se hallan suficientemente protegidos aplicando la Ley que regula el tipo concreto o el Derecho supletorio— (Código de Comercio y Código Civil). 3. La lista de supuestos es amplia: Las normas concretas de la LSL aplicables a los grupos de sociedades...; la interpretación y aplicación práctica de la causa de disolución obligatoria por reducción del capital social por debajo del mínimo legal (arts. 104.1.f) y 108 LSL, que completan y ayudan a interpretar el art. 260.1.5 LSA)».

Más recientemente, este mismo autor ha afirmado de igual forma lo siguiente (24): «la sustancial coincidencia entre los principios configuradores de la SA y la SL determina que, en general, exista identidad de razón a que se refiere el artículo 4.1 del Código Civil para obligar a aplicar las normas legales por analogía».

(23) VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 14.ª ed., Valencia, 2001.

(24) VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 14.ª ed., Valencia, 2001.

En el mismo sentido, favorable a la aplicación analógica en el derecho de Sociedades, FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ SEGOVIA (25) al decir que: «Evidentemente, cabe el recurso a la analogía ex artículo 4 del Código Civil en relación con cualquier norma societaria...».

Sentada la base de la posibilidad de la aplicación analógica del Derecho de Sociedades, nos proponemos abordar dicha posibilidad en nuestro caso concreto.

Para la aplicación de la analogía, como función integradora del Derecho, se requiere la existencia de una laguna legal. Puede hablarse pacíficamente de dicha existencia cuando existe una ausencia legislativa expresa. Comentando el artículo 4 del Código Civil, GULLÓN BALLESTEROS (26) se refiere a la analogía de esta forma: «Por tanto, se reconoce por el legislador la existencia de lagunas en la norma jurídica cuando —éstas no contemplen un supuesto específico—. Sin embargo para recurrir a la analogía no basta este silencio, pues puede tratarse de una omisión deliberada porque no se ha querido regular. Es necesario que exista una necesidad de dar una respuesta jurídica, y de ahí que el precepto exija que se regule otro semejante, es decir, que si el legislador ha creído darle consecuencias jurídicas, el primero debe también recibirlas».

Aplicando los razonamientos de GULLÓN BALLESTEROS a nuestro caso obtenemos que, evidentemente, *existe una laguna legal en el artículo 260 de la LSA al no contemplar expresamente como causa de disolución la inactividad social o la realización de actividades contrarias al objeto social*, supuesto que sí fue contemplado con posterioridad en el artículo 104 de la LSRL. Cabe recordar asimismo (y sin atender en este momento por no ser objeto de este estudio, a las diferentes acepciones que de la categoría de «laguna legal» ha elaborado nuestra doctrina científica) que nuestra doctrina mercantilista (según hemos apuntado con anterioridad) sí ha considerado como laguna legal la ausencia de la previsión de una causa de disolución (concretamente la referida a que en el art. 221 del Código de Comercio no se recogía como causa de disolución la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social que se introdujo en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951).

Por otro lado, también es palpable la necesidad de ofrecer una respuesta jurídica a dicha laguna legal, no sólo por los motivos doctrinales citados que consideran un avance la regulación que de la disolución realiza la LSRL respecto de la LSA, sino porque por razones evidentes el silencio de la LSA sobre la causa de disolución de la LSRL no pudo ser querido por el legislador

(25) FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ SEGOVIA, «A propósito del procedimiento analógico en el Derecho de Sociedades (a propósito del AAP Albacete, de 23 de febrero de 2002)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 19, 2002, pág. 199 y sigs.

(26) *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I, 1990, pág. 29.

porque no haya querido regularlo, puesto que éste sí lo introduce con posterioridad en la LSRL (e incluso ya existía en el antiguo art. 103.5 de la Ley General de Cooperativas).

Siguiendo con la exposición de GULLÓN BALLESTEROS (vid., *op. cit.*), a efectos de dilucidar la viabilidad de la aplicación analógica a este caso tratado, dice el citado autor que *«La analogía descansa en la semejanza entre el supuesto de hecho no regulado con el regulado. Es una tarea difícil de apreciar cuando existe esa semejanza. Puede entenderse que se produce cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo o, dicho de otra forma, hay que ver si los elementos esenciales que constituyen la ratio iuris de la norma se observan en el primero en el supuesto no regulado. El elemento de identidad no debe ser uno cualquiera, sino que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada. A ello alude el precepto comentado al hablar de identidad de razón, queriendo significar seguramente que por contener ambos supuestos el elemento o elementos que llevan a establecer una determinada norma, la misma es, o debe ser, de aplicación a ambos. Precisamente porque hay que retornar a los fines de la regulación legal (ratio iuris), la analogía es un proceso de pensamiento valorativo y no únicamente una operación lógico-formal»*.

Puede afirmarse pues, que será posible la analogía porque la *ratio iuris* sea, en mayor o en menor medida, expresión de un principio general del sistema, que se enuncia ya expresamente (mediante el procedimiento analógico) como norma en la que subsumir el caso carente de regulación.

En este sentido podemos afirmar junto con MUÑOZ MARTÍN (27), que la nueva causa de disolución introducida por el artículo 104.1.d) de la LSRL se puede considerar como integradora de todas las demás relacionadas con el objeto social (conclusión de la empresa, imposibilidad sobrevenida y manifiesta de realización del fin social y paralización de los órganos sociales), su finalidad común es impedir la presencia en el tráfico de sociedades cuya actividad, por cualquier motivo, está paralizada. Es evidente, según hemos adelantado, que no se trata de un problema específico de la sociedad de responsabilidad limitada sino común con la sociedad anónima. Junto con dicha finalidad con la citada *«se pretende tutelar al socio, facilitándole que, a través de la cuota de liquidación pueda recuperar la plena disponibilidad de aquella parte de su patrimonio integrado en un patrimonio social inactivo»* (28).

(27) N. MUÑOZ MARTÍN, «La disolución de sociedades de responsabilidad limitada», en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, MacGraw-Hill, tomo II, 1996, pág. 1065.

(28) ROJO, «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LXXIX, pág. 1494. En el mismo sentido se

Evidentemente las finalidades del artículo 104.1.d) de la LSRL, tendentes a la protección del tráfico jurídico evitando las sociedades inactivas, así como la protección del interés del socio en recuperar mediante la cuota de liquidación del patrimonio inactivo, son principios comunes del Derecho de Sociedades entre los que existe una identidad de razón (29). Es decir, entre las causas de disolución legalmente previstas en la LSA y la LSRL (ambos supuestos) contienen como elemento común dicha finalidad de protección del tráfico jurídico y del socio (en los términos explicados) por lo que no cabe sino predicar la aplicación a ambos supuestos de la norma del artículo 104.1.d); esto es, sería susceptible argumentar como causa de disolución de una sociedad anónima (por aplicación analógica) el supuesto de inactividad social o realización de actividades distintas a las previstas en el objeto social, que se regula positivamente en el antedicho precepto de la LSRL.

A dicha aplicación analógica no obstaría la excepción que a este remedio integrador establece el propio artículo 4.2 del Código Civil cuando establece que: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Admitiendo que las normas civiles sancionadoras pueden incluirse dentro del ámbito restrictivo señalado en dicho artículo 4.2 del Código Civil, en nuestra opinión, la causa de disolución del artículo 104.1.d) no goza del tal carácter sancionador, como por ejemplo, sí han sido calificados los supuestos en que la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo, donde la disolución sí adquiere un perfil sancionador (30).

A mayor abundamiento, en el ámbito jurisprudencial cabe señalar también la existencia de esta posibilidad de aplicar analógicamente las normas del Derecho de Sociedades.

De esta forma, F. JOSÉ MARTÍNEZ SEGOVIA (31) expone el siguiente supuesto de hecho enjuiciado por la Audiencia Provincial de Albacete: «La cuestión que aborda el Auto, objeto de este comentario, es la de determinar quién debe correr con los gastos de la convocatoria judicial de la Junta General Extraordinaria. Nuestra Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (LSA) no prevé disposición expresa alguna que prevea a quién corresponde sufragar estos

pronuncia JOSÉ MARÍA DE EIZAGUIRRE, «La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Estudios de Derecho Mercantil*, Civitas, 2000.

(29) FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ SEGOVIA, vid., *op. cit.*, pág. 212, en cuanto a la existencia de unos principios generales de las sociedades con estructura corporativa, citando entre ellos a los derechos de las minorías.

(30) BELTRÁN, vid., *op. cit.*, pág. 38, cuando califica como carácter sancionador el supuesto del artículo 260.1.5.º de la LSA [vid., arts. 104.1.f) y 108 LSRL].

(31) FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ SEGOVIA, vid., *op. cit.*, págs. 212 y 213.

gastos, mientras que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (LSRL) sí lo hace, concretamente, el artículo 45.5 in fine establece explícitamente que los gastos de convocatoria (judicial) serán de cuenta de la sociedad.

Según el referido Auto, la aplicación de la norma de la LSRL al presente caso (que era el de una sociedad anónima laboral) se justifica del siguiente modo: Con relación al segundo motivo, procede igualmente su estimación por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 45 in fine de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que dispone que los gastos de la convocatoria (judicial) serán de cuenta de la sociedad. En el presente caso, dicha decisión se justifica, además, por tratarse de un acto en interés de la sociedad y de terceros, amparado por la Ley de Sociedades Anónimas, lo que se deduce del orden del día de la Junta General Extraordinaria, acordada judicialmente».

Por otro lado e igualmente a mayor abundamiento, en aras de preconizar la aplicación de la analizada causa de disolución prevista en la LSRL (relativa a la falta de ejercicio real de la actividad que figura en el objeto social, bien porque la sociedad esté totalmente paralizada o porque se ejerciten actividades distintas de las que constan en los estatutos) a un supuesto de disolución de una sociedad anónima, se pueden citar igualmente los siguientes argumentos:

i) Argumento de Derecho Comparado

En el Derecho portugués (arts. 141 a 165 del «Código das Sociedades Comerciais», aprobado por Decreto-Ley 262/1986, de 2 de septiembre) existe un régimen general de disolución y liquidación, sin perjuicio de las especialidades oportunas en las distintas formas sociales.

ii) Argumento de legislación proyectada

La propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el día 16 de mayo de 2002, también ha puesto de manifiesto, para justificar la elaboración del citado Código, el parecer que hemos venido exponiendo al exponer en su Exposición de Motivos que: «...De otra parte, la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada contenía una extensa regulación que, en muchos temas, reproducía las normas de la Ley de Sociedades Anónimas y, en otras materias comunes también con el prototipo de las sociedades de capital —como, por ejemplo, en materia de transformación o de disolución y liquidación—, introducía soluciones más modernas y adecuadas a las exigencias de la realidad. La coexistencia de dos regímenes diferentes para solucionar problemas idénticos no debía continuar mucho tiempo. (...) La generalización de preceptos relati-

vos a los diversos tipos sociales se ha visto facilitada por el hecho de que, surgidos en momentos históricos diferentes, se ha advertido que ofrecían problemas en muchos casos comunes, dando lugar a situaciones semejantes cuya regulación era más depurada en aquellos tipos de sociedades que han tenido una atención por parte del legislador en épocas más recientes, debido también en gran medida a la mayor experiencia acumulada sobre los problemas surgidos en la vida de algunas modalidades de sociedades. Estas circunstancias justifican que la mencionada generalización de los preceptos efectuada por este Código proceda en buena parte de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada (...) Es obvio que materias como ... la disolución y liquidación, están reguladas en las Leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada con normas que, en realidad, son aplicables en su inmensa mayoría a todos los tipos de sociedades mercantiles. Por supuesto, la generalización no se ha realizado mecánicamente. Ha sido necesario considerar cada una de las normas que se generaliza para determinar hasta qué punto era generalizable y para introducir en ella las adaptaciones precisas a fin de que esa generalización fuera congruente con las características específicas de cada uno de los tipos sociales».

Pues bien, del citado texto podemos extraer como conclusión que la LSRL ha ofrecido una regulación más completa acorde con la práctica a determinados supuestos, en relación con la LSA, ello suponía que no pudiera mantenerse la coexistencia de dos regímenes jurídicos diferentes para tratar problemas idénticos.

En este sentido, el artículo 554 de la antedicha propuesta del Código de Sociedades Mercantiles establece lo siguiente: «Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su tipo social, se disolverán: ... 5.º por falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos».

Ello nos indica y nos permite considerar que la actual causa de disolución del artículo 104.1.d) de la LSRL pretende ser de lege ferenda una causa de disolución común para cualquier sociedad mercantil, lo que nos faculta para reiterar nuestra anterior posición sobre que dicha causa resuelve problemas idénticos en la sociedad anónima y en la sociedad limitada, como es el relativo a las sociedades inactivas o que realizan actividades fuera de su objeto social, debiéndose permitir incluso de lege data, mediante el recurso a la analogía propuesto, considerar que una sociedad anónima que padezca este tipo de situaciones también se encuentra en causa de disolución.

Por último, sólo nos resta realizar un breve apunte sobre el procedimiento a seguir por los accionistas minoritarios ante la posible existencia de las causas de disolución descritas a lo largo de este trabajo. Es decir, el sistema legal presupone la necesidad de un acuerdo de disolución adoptado por la Junta General (art. 262 de la LSA) y, en su defecto, de una resolución judicial. Para obtener ese acuerdo de Junta General, la LSA impone a los administradores la obligación de convocar junta general y legítima a cualquier accionista para solicitar de aquéllos dicha convocatoria cuando concurra una causa legítima para la disolución (art. 262.2 LSA). Y en el caso de que la Junta no se convocase, no pudiese lograr un acuerdo o éste fuere contrario a la disolución, *«cualquier accionista podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad»* (art. 262.3 LSA).

5. CONCLUSIONES

- i) Existen argumentos interpretativos para considerar que las actuales actividades de alquiler, enajenación de fincas e inversión en valores financieros por parte de la Sociedad, se encuentran realizadas al margen de las diversas actividades y actuaciones que integran el objeto social de la Sociedad.
- ii) Por otro lado, la realización de las actividades que actualmente ejecuta la Sociedad, antes citadas, pueden suponer que exista una imposibilidad fáctica de desarrollo del propio objeto social de la misma por no contar la misma con los medios técnicos y tener ausencia de conocimientos para la realización de las actividades comprendidas en el objeto de la Sociedad, ya que la misma ha estado ejercitando actividades fuera de su objeto social.
Esta conclusión pudiera suponer que la Sociedad estuviera incurso en la causa de disolución por imposibilidad manifiesta de realizar su fin social, prevista expresamente en la LSA.
- iii) Puede afirmarse la aplicación analógica de la causa de disolución legal por falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos, prevista en la LSRL a un supuesto de disolución de una sociedad anónima, que perfectamente pudiera resultar aplicable a nuestro caso analizado, en el que como hemos manifestado, la Sociedad ha venido realizando en todo momento actividades distintas a las previstas en su objeto social.

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Doctor en Derecho
Abogado

DERECHO COMPARADO

Armonización internacional de las reglas sobre interpretación de los contratos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. LA *LEX MERCATORIA*. 1.2. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 11 DE ABRIL DE 1980. 1.3. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. 1.4. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. 1.5. DIFERENCIAS Y RASGOS COMUNES.—2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA, LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: 2.1. INTERPRETACIÓN SUBJETIVA *versus* INTERPRETACIÓN OBJETIVA: 2.1.1. *Introducción*. 2.1.2. *Interpretación subjetiva en la Convención de Viena, los Principios Unidroit y los Principios de Derecho contractual europeo*. 2.1.3. *Interpretación Objetiva en la Convención de Viena, los Principios Unidroit y los Principios de Derecho contractual europeo*. 2.1.4. *Circunstancias relevantes*. 2.2. REGLAS ESPECIALES DE INTERPRETACIÓN EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: 2.2.1. *Regla de la interpretación contra proferentem*. 2.2.2. *La interpretación sistemática*. 2.2.3. *El principio de conservación del negocio jurídico*. 2.2.4. *Las discrepancias lingüísticas*. 2.3. CLÁUSULAS DE INTEGRIDAD EN LOS CONTRATOS.—3. LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La intensificación de los intercambios comerciales entre nacionales de distintos países, así como la inseguridad jurídica que genera la existencia de ordenamientos jurídicos diferentes en cada uno de ellos, exige un esfuerzo de adaptación de la realidad jurídica a las necesidades que impone el tráfico internacional.

Tal esfuerzo de adaptación se viene realizando a nivel internacional y ahora también a nivel regional (en el ámbito de la Unión Europea) para

favorecer la existencia de instrumentos de armonización jurídica a los que se pueda acudir por nacionales de distintos países.

Entre estos instrumentos tienen gran importancia la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los Principios de Derecho contractual europeo.

En los mismos, que tienen distinta naturaleza, finalidad y destinatarios, se revela un mismo espíritu en cuanto a la regulación de la interpretación de los contratos, de forma que unos textos han influido decisivamente sobre los otros.

Por ello, antes de abordar el estudio de las reglas relativas a la interpretación de los contratos en estos textos legales, haremos una breve referencia a cada uno de estos textos, comenzando por recordar que todos ellos comparten la finalidad de ser instrumentos útiles en la creación de una nueva *lex mercatoria* o *ius commune*.

1.1. LA *LEX MERCATORIA*

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente, la disgregación del poder político favoreció la creación de un Derecho Común europeo unificado en lo esencial (*ius commune*), así como el desarrollo de usos comerciales para regular las relaciones entre los comerciantes, que recibieron el nombre de *lex mercatoria*.

Sin embargo, el fenómeno codificador supuso un obstáculo evidente para el desarrollo de las relaciones jurídicas entre los nacionales de los distintos Estados. En este sentido, tras el Congreso de Viena, no sólo se había desmoronado el Sacro Imperio Romano Germánico, sino también el *IUS COMMUNE* romano-canónico, que había proporcionado los fundamentos de la irrupción de una ciencia jurídica europea unificada en lo esencial. Como ha señalado REINHARD ZIMMERMAN, en este momento «la idea de un Derecho Común europeo, basado en las fuentes romanas parecía, por ello, tan muerta como el Sacro Imperio Romano Germánico al que tradicionalmente venía asociado» (1).

Respecto a la *lex mercatoria*, los usos comerciales estuvieron rigiendo la vida comercial en Europa hasta que se produjo la llamada «nacionalización del Derecho Mercantil» (2), consecuencia de la codificación, con lo que el Derecho se hizo nacional, surgiendo así divergencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

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

(2) GARRIGUES, J., *Temas de Derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978, pág. 300.

El hecho de que se hiciera prevalecer la ley nacional sobre el uso, dentro de la jerarquía de las fuentes, tuvo como consecuencia dos efectos graves, como señala JOAQUÍN GARRIGUES: «como el comercio sigue siendo comercio internacional, es necesario recurrir constantemente a las normas de conflicto entre las diversas leyes nacionales... en segundo lugar, aparece la preponderancia de la ley de los países superindustrializados sobre los países en vías de desarrollo» (3).

La solución a esta situación, según el citado autor, podría pasar por una nueva versión de dicha *lex mercatoria*. Así, GARRIGUES señala que «el final de esta evolución será la consagración moderna de la *lex mercatoria*, es decir, la transformación de un Derecho legal divorciado de la realidad, en un Derecho vivo, nacido de los usos de comercio» (4).

En definitiva, la codificación y el nacionalismo del Derecho se empiezan a poner en duda como marco jurídico aceptable en un mundo cada vez más conectado e interdependiente. Como se señala en una obra reciente sobre los *Principios de Derecho contractual europeo*, «la armonización, la coordinación y la interdependencia son necesidades absolutas de nuestro tiempo, y la historia prueba que la división es un fenómeno relativamente nuevo y no un destino ineludible» (5).

Pues bien, los tres textos que en este trabajo van a ser objeto de consideración pueden considerarse manifestaciones de diferente alcance en esa tarea de adaptar el Derecho a las nuevas necesidades que impone la armonización, la coordinación y la interdependencia. No obstante, tales textos tienen diferente naturaleza y alcance, tal y como se expone a continuación.

1.2. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 11 DE ABRIL DE 1980

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional proporciona un texto uniforme sobre el derecho de la compraventa internacional de mercaderías. La preparación de la Convención se realizó por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y fue adoptada en virtud de conferencia diplomática el día 11 de abril de 1980.

El gran éxito de la Convención fue el de conciliar diferentes tradiciones jurídicas, como lo demuestra el hecho de que entre los Estados en los que entró en vigor la Convención figuraban países de todas las regiones geográficas.

(3) GARRIGUES, J., *ob. cit.*, n. 2, pág. 301.

(4) GARRIGUES, J., *ob. cit.*, n. 2, pág. 301.

(5) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 97.

ftcas, etapas de desarrollo económico y sistemas jurídicos y sociales (los once Estados originales eran Argentina, China, Egipto, EE.UU., Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Yugoslavia y Zambia).

Materialmente, como deriva de la propia denominación de la Convención, ésta sólo será aplicable a los contratos de compraventa, siempre que éstos tengan un ámbito internacional (las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes) y recaigan sobre mercaderías.

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

Sin embargo, aparte del ámbito de aplicación estricto de esta Convención, los Tribunales arbitrales han aplicado en numerosas ocasiones sus disposiciones para resolver litigios, aún en el caso de que la Convención no fuera directa o indirectamente aplicable. En este sentido, *las reglas contenidas en la Convención de Viena son una clara manifestación de la lex mercatoria, y por ello han sido tenidas en cuenta a la hora de redactar otros textos, como los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de Derecho contractual europeo.*

Como ha señalado OLE LANDO (6) en el Simposio de Kyoto «EU-Japan Legal Dialogue (contracts)»: *«el contrato de compraventa ha sido siempre el paradigma de contrato para aquellos que elaboran principios generales del derecho de contratos»* (7).

1.3. Los PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

El principio sobre la libertad de pactos, en lugar de procurar la igualdad entre los contratantes, ha servido, en muchas ocasiones, para favorecer a la parte contratante más fuerte. En este sentido, en las relaciones de los países desarrollados con los países en vías de desarrollo, son aquéllos los que redactan los contratos y las cláusulas generales, y los que imponen los contratos tipo.

(6) LANDO, O., *Principles of European Contract Law, The EU-Japan Legal Dialogue (contracts)*, Kyoto, Japan; November 21-22, 1996 (<http://kclcl.or.jp/japanese/sympo/EU.htm>).

(7) *«The sales contract has always been the paradigm contract for those who make general principles of contract law».*

Por ello, *la creación de un conjunto equilibrado de reglas que puedan ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las tradiciones jurídicas y las condiciones sociales y económicas de los países en los que vayan a ser aplicadas*, es un gran avance hacia la igualdad entre las partes en las relaciones jurídicas internacionales. Y precisamente este es el objetivo de los Principios publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit).

En efecto, *los Principios Unidroit constituyen un claro intento de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales*, para lo cual evitan la terminología propia de un sistema jurídico determinado. Asimismo, son suficientemente flexibles para adaptarse a los continuos cambios provocados por el desarrollo tecnológico y económico en la práctica comercial internacional.

Estos Principios fueron desarrollados por un grupo de juristas de los principales sistemas jurídicos del mundo, que comprendía expertos de primer orden en el dominio del Derecho de Contratos y del Derecho Comercial Internacional. Este grupo se encargó de la redacción de los Principios, que se convirtieron en un «restatement» internacional de los principios generales del Derecho de los Contratos, siendo publicados en Roma en el año 1995 (8).

Respecto a la aplicación de los Principios, *los mismos son aplicables a los «contratos mercantiles internacionales»*, lo que exige una breve referencia a qué se debe entender por «internacionales» y por «mercantiles».

Respecto a la «internacionalidad», los Principios no adoptan expresamente ningún criterio en concreto. Sin embargo, en los Comentarios que se incluyen, junto con la transcripción de los Principios, se señala que «existe la presunción de que el concepto de internacionalidad de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente aparezcan excluidas aquellas relaciones que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación)» (9).

Mayor interés suscita la «mercantilidad» como requisito para que los contratos internacionales puedan regirse por los Principios Unidroit. Y es que «la restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos «mercantiles» no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter «civil» y «mercantil» de las partes y/o los negocios jurídicos» (10).

(8) BONELL, M. J., Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. española de A. M. GARRRO, Unidroit, Roma, 1995, pág. vii.

(9) BONELL, M. J., *ob. cit.*, n. 8, pág. 2.

(10) BONELL, M. J., *ob. cit.*, n. 8, pág. 2.

Por tanto, «no se trata de condicionar la aplicación de los Principios al carácter formal de comerciantes que puedan tener las partes o a la naturaleza mercantil del contrato» (11), sino que simplemente se tratan de excluir del ámbito de aplicación de los Principios las «operaciones de consumo».

En cuanto a los Principios Unidroit como conjunto de reglas aplicables al contrato, *pueden ser aplicados por las partes como Ley directamente aplicable a su contrato, o como lex mercatoria*.

Respecto al primer supuesto, dado que los Principios sobre los contratos comerciales internacionales están expresamente adaptados a las necesidades que plantea el comercio internacional, las partes pueden optar por elegir directamente tales Principios como Ley aplicable a su contrato en lugar de aplicar su propia Ley nacional. En este supuesto será conveniente combinar la adopción de los Principios como Derecho aplicable con un acuerdo de arbitraje, en cuanto que los arbitros no están vinculados a un ordenamiento jurídico en particular, por lo que los Principios se aplicarían con exclusión de cualquier normativa de carácter nacional, salvo las normas nacionales de carácter imperativo. Y es que en caso contrario la adopción de los Principios «sería normalmente considerada como un simple acuerdo para incorporarlos al contrato, mientras que el Derecho aplicable al mismo tendría que determinarse en base a las reglas de derecho internacional privado del foro» (12).

Sin embargo, como se ha visto, los Principios también podrían ser aplicados como *lex mercatoria*, siempre que en el contrato se hubiera estipulado que el mismo queda sujeto a los «principios generales del derecho», los «usos y costumbres del comercio internacional» o la *lex mercatoria*.

Aparte de la aplicación de los Principios, éstos han sido empleados en multitud de ocasiones para interpretar o complementar textos internacionales vigentes. En este sentido, «se percibe una tendencia hacia una interpretación e integración de textos internacionales en base a principios uniformes, autónomos e internacionales... Este criterio se basa en una presunción de que el Derecho uniforme, aún después de su incorporación al Derecho interno de un país determinado, sólo se integra formalmente a dicho ordenamiento jurídico interno. Desde un punto de vista sustantivo, un texto de derecho uniforme no pierde su naturaleza de cuerpo legislativo autónomo, elaborado a nivel internacional y que aspira a ser aplicado de manera uniforme en todo el mundo» (13).

En definitiva, los Principios de Unidroit obedecen a la intención de crear un conjunto normativo autónomo e independiente, aplicable a los contratos comerciales internacionales, y que pueda ser utilizado por operadores jurídicos.

(11) BONELL, M. J., *ob. cit.*, n. 8, pág. 2.

(12) BONELL, M. J., *ob. cit.*, n. 8, pág. 3.

(13) BONELL, M. J., *ob. cit.*, n. 8, pág. 5.

cos de toda clase de tradiciones jurídicas. Así las cosas, constituyen una clara manifestación de la *lex mercatoria* moderna.

1.4. Los PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

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.

Sin embargo, ha sido el impulso realizado por los órganos comunitarios el que ha llevado a la publicación de estos Principios. Así, 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].

Las fuentes de inspiración de los PECL han sido los «restatements» (14) norteamericanos, los Principios Unidroit, la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías y el Código de Comercio Uniforme redactado por la Conferencia Nacional de Comisionados y por el «American Law Institute». En este sentido, los PECL parecen configurarse como una «imparcial formulación de los principios a la luz de una investigación detallada del Derecho Comparado, que vaya más allá de la diversidad jurídica existente» (15).

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, DIEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES 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

(14) El «American Law Institute» promueve la clarificación y simplificación del Derecho a través de «Restatements» sobre distintas materias, entre las que se encontraba un «Restatement of Contracts».

(15) DIEZ PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 137.

la estructura jurídica de la Unión y que provocarán, lo queramos o no, otros cambios en la estructura jurídica» (16).

Se inicia así un largo camino hacia la unificación del Derecho Contractual en la Unión Europea, mediante la crítica de que el método que hasta ahora se ha utilizado para tal unificación (las Directivas comunitarias) produce resultados insatisfactorios. 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» (17).

En definitiva, 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.

Como señalan OLE LANDO y HUGH BEALE, «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» (18).

Dicha armonización debe afrontar los problemas de la compartimentación nacional del Derecho, así como las diferencias aparentemente insalvables que existen entre los sistemas jurídicos de los países del «Common Law» y los países de «Civil Law», de Europa continental. Para ello, REINHARD ZIMMERMAN señala que «una combinación entre Derecho comparado e Historia del Derecho se revela como el camino más indicado para aprehender las relaciones entre "Common Law" y "Civil Law" y de avanzar en el proceso de comprensión mutua y armonización» (19).

En definitiva, los PECL constituyen *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

(16) DÍEZ PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 95.

(17) DÍEZ PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 99.

(18) LANDO, O. y 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, 2003, pág. 28.

(19) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, n. 1, pág. 61.

aplicar directamente por los arbitros en casos como los citados (20) (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).

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».

En todo caso, en el presente trabajo sólo se tendrá en cuenta una de las manifestaciones de esta armonización europea; los Principios del Derecho Contractual Europeo.

1.5. DIFERENCIAS Y RASGOS COMUNES

Como se ha señalado en puntos anteriores, los tres textos que son objeto de estudio (la Convención de Viena, los Principios Unidroit y los PECL) tienen distinto alcance y destinatarios.

Así, la *Convención de Viena será aplicable a los contratos de compra-venta internacional que recaigan sobre mercaderías*, por lo que limita su ámbito de aplicación a una sola clase de contrato, si bien un contrato fundamental en el tráfico jurídico internacional.

Por su parte, *los Principios Unidroit se aplican a los contratos mercantiles internacionales*, teniendo en cuenta que con el concepto de la mercantilidad sólo se pretenden excluir las operaciones de consumo, pero no resucitar la distinción entre contratos mercantiles y civiles (como señala GIRÓN TENA, «en el plano de los hechos económicos, lo más significativo, desde el punto de vista 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») (21).

Respecto a los PECL, *son unos Principios de Derecho Contractual que extienden su aplicación a los contratos de consumo, a diferencia de los Principios Unidroit. Por otro lado, «estos principios son de carácter europeo, no internacional* (como son los Principios Unidroit), lo que significa que van di-

(20) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 31.

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

rígidos a solucionar los posibles conflictos que se susciten en los contratos de carácter transnacional; es decir, aquellos contratos suscitados en el seno de la Unión Europea entre comerciantes o no comerciantes que pertenezcan o que tengan fijado su lugar de residencia en algún país de la Unión Europea» (22).

Precisamente ese carácter europeo ha suscitado ciertas críticas, ya que «si planteamos la utilidad de los Principios de Derecho contractual europeo en relación con los contratos comerciales internacionales, parece claro que su adopción provoca una «regionalización» poco aconsejable, que acaba «cantonalizando» el Derecho contractual europeo y perjudicando la contratación extracomunitaria y la armonización internacional del Derecho de contratos» (23). En contra, se ha señalado que los PECL sirven a la necesidad de la integración europea, a diferencia de los Principios Unidroit, y que además incluyen la regulación de las operaciones de consumo, fundamentales en la actual configuración de la Unión Europea como mercado común.

Pues bien, a pesar de las diferencias entre los tres textos que son objeto de estudio, éstos comparten *una finalidad común evidente; la de servir como instrumentos que pueden ser utilizados en las relaciones jurídicas entre nacionales de distintos países sin necesidad de acudir a las normas de un país determinado, y la de constituir intentos de armonización jurídica sobre la base del estudio del Derecho Comparado, tratando de conciliar principios de distintas tradiciones jurídicas.*

Por ello, la regulación contenida en la Convención de Viena ha influido decisivamente en la redacción de los Principios Unidroit (24), como ha señalado MICHAEL JOACHIM BONELL (25), y también se ha tenido en cuenta en la redacción de los PECL. De igual forma, los grupos encargados de la redacción de los Principios Unidroit y de los PECL se han influido mutuamente (26). Y la anterior influencia de unos textos sobre los otros tiene una traducción concreta en la regulación relativa a la interpretación de los contratos, de la que pasamos a ocuparnos a continuación.

(22) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del Derecho Privado europeo: Los Principios de Derecho contractual europeo de la Comisión Lando», en la Obra colectiva, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 259.

(23) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *ob. cit.*, n. 22, pág. 403.

(24) «Such an important and universally applied instrument as the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) was of course an obligatory point of reference».

(25) BONELL, M. J., *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice* (<http://www.unidroit.org/english/principals/pr-exper.htm>).

(26) BONELL, M. J., *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, Uniform Law Review, 1996 (<http://www.cisg.law.peace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>).

2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA, LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Una vez expuesta la naturaleza y alcance de los textos que son objeto de consideración, procederemos al estudio de las reglas relativas a la interpretación de los contratos, comenzando con la distinción entre la interpretación subjetiva y la interpretación objetiva.

2.1. INTERPRETACIÓN SUBJETIVA *VERSUS* INTERPRETACIÓN OBJETIVA

2.1.1. Introducción

La interpretación de los contratos no puede confundirse con la interpretación de las normas jurídicas. Así, mientras que «la tarea del intérprete, en cuanto a la interpretación de las normas jurídicas, debe limitarse a liberarlas de dudas y oscuridades, siendo por tanto una interpretación esencialmente objetiva, la tarea de quien interpreta un contrato es más ardua y compleja porque debe, además de eliminar las eventuales dudas y ambigüedades del contrato, tratar de encontrar la concreta voluntad de las partes contratantes, por lo cual *la interpretación del contrato ha de cumplir una función que es al mismo tiempo objetiva y subjetiva*» (27).

Como ha señalado DIEZ-PICAZO, «*se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerado en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes*». La interpretación es así una tarea de indagación de la concreta intención de los contratantes, pero es también una tarea de atribución de sentido a la declaración» (28).

Por ello, señalaba FEDERICO DE CASTRO que «para el observador totalmente extraño, lo declarado serán sonidos, manchas en un papel, gestos o maneras de obrar más o menos absurdas e incomprensibles; mientras no los entiende, quedan para él en letra muerta y en actos sin sentido. Conocido o descubierto su significado, cobran vida y serán expresión de sentimientos, deseos, aspiraciones y mandatos» (29).

La interpretación subjetiva es aquella que tiene por objeto la búsqueda de la intención o voluntad real de los contratantes. Por ello, se ha señalado que es una interpretación histórica del contrato, que «persigue una

(27) DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Introducción, Teoría del Contrato, Las relaciones obligatorias*, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 247.

(28) DIEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, n. 27, pág. 247.

(29) DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 73.

reconstrucción del pensamiento y del propósito de los autores de la regla contractual» (30).

Por el contrario, la *interpretación objetiva* es aquella por la cual se trata de averiguar el sentido de la declaración atendiendo al significado que a la misma se atribuirá en el tráfico jurídico, con independencia de que coincida con la voluntad real de los contratantes.

REINHARD ZIMMERMAN (31) ha señalado que las expresiones latinas *verba* (interpretación objetiva) y *voluntas* (interpretación subjetiva) reflejan el debate que durante largo tiempo ha dominado las discusiones sobre la interpretación de los contratos en el Derecho romano. Y en términos generales, concluye que es cierto que *se ha producido una evolución del verba al voluntas, esto es, una evolución desde criterios estrictamente objetivos y formalistas hacia criterios excesivamente subjetivos en la interpretación de los contratos* (32).

El equilibrio entre las dos formas de interpretación ha sido certeramente descrito por ZIMMERMAN (33), señalando que los sistemas legales arcaicos están vinculados a criterios formalistas y objetivos en la interpretación de los contratos, de forma que sólo con el desarrollo y refinamiento de la cultura jurídica los elementos de interpretación subjetivos son tomados en consideración. Sin embargo, cuando se alcanza un determinado nivel en este proceso, el progreso cesa y comienza el declive. El solo énfasis en criterios subjetivos puede minar la certeza de la Ley y la seguridad jurídica en las relaciones comerciales. Por ello, los sistemas legales modernos normalmente intentan establecer un equilibrio (34).

La tensión entre ambos criterios de interpretación ha estado presente durante toda la historia europea. Si bien en un primer momento predominaron los criterios objetivos, la influencia de los humanistas y de la pandectística impuso la supremacía de un criterio subjetivo en la interpretación de los contratos, que se consolidó en el siglo XIX. Y es que para los pandectistas, la interpretación subjetiva era una consecuencia natural del principio de la au-

(30) DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, n. 27, pág. 249.

(31) ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pág. 623.

(32) «The two maxims just mentioned reflect the struggle between *verba* and *voluntas* that for a long time dominated any discussion about the interpretation of contracts in Roman Law. Very generally speaking, it is indeed true to say that there has been a development from *verba* to *voluntas*, from a strictly objective to a excessively subjective approach».

(33) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, n. 31, págs. 621-622.

(34) «Archaic legal systems are usually dominated by a very literal, word-oriented (i.e. objective) approach, and it is only with the increasing refinement of legal culture that subjective elements begin to be taken into consideration. When a certain stage in this process is reached, progress ceases and decline begins. Sole emphasis on subjective criteria will seriously affect or even undermine the certainty of law and the security of commerce. Modern legal systems, therefore, usually attempt to establish a balance».

tonomía de la voluntad, que exigía de los jueces averiguar la voluntad real de los contratantes.

A lo anterior cabe añadir la existencia de concepciones diferentes sobre la propia finalidad de la interpretación. En este sentido, Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES hacen referencia a las finalidades de la interpretación según la doctrina anglosajona, «que no se refieren tanto a esta investigación de la voluntad o al sentido de las expresiones, sino que lo que se busca es determinar la extensión de las obligaciones de las partes. Podríamos decir que en el continente se busca el sentido para conocer qué es lo pactado y poder así exigir el cumplimiento del contrato de acuerdo con estas intenciones, por lo que será un paso previo para la ejecución del propio contrato, mientras que en el Derecho anglosajón lo que hay que determinar es el contenido; por tanto, es un *posterius* y seguramente por ello, en los tratados ingleses de contratos se habla de “the contents of the contract” y no de interpretación. Utilizando una expresión más continental, lo que parece que ocurre en el sistema inglés sería más parecido a la “integración” que a la “interpretación”» (35).

En todo caso, en términos generales, cabe distinguir entre una tendencia hacia la interpretación subjetiva de los contratos en la Europa continental y otra tendencia hacia la interpretación objetiva en los países anglosajones (36).

Así, la interpretación subjetiva aparece recogida en el Código Civil francés (art. 1.156), en el alemán (parágrafo 133) o en el español (art. 1.281). Sin embargo, estos textos también contienen, con carácter complementario, criterios de interpretación objetiva. Y *esta combinación de criterios se contiene también en los textos que pretenden armonizar las reglas relativas a la interpretación de los contratos, a los que nos referimos en el punto siguiente.*

2.1.2. Interpretación Subjetiva en la Convención de Viena, los Principios Unidroit y los Principios de Derecho contractual europeo

a) Introducción

Tanto los *Principios Unidroit* como los *Principios de Derecho contractual europeo* contienen reglas específicas relativas a la interpretación de los contratos, a diferencia de lo que sucede con la Convención de Viena, que sólo se refiere a la interpretación de las declaraciones y otros actos de una de las partes.

(35) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 249.

(36) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 249.

Así, el artículo 4.1[1] de los Principios Unidroit se refiere en primer lugar a la interpretación subjetiva, disponiendo lo siguiente:

«El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes».

Por su parte, el artículo 5.101 de los PECL se refiere a la interpretación subjetiva de los contratos en sus dos primeros apartados, disponiendo que:

«[1] Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación común no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas.

[2] Si se demuestra que una parte buscó dar sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera».

Aparte de las reglas relativas a la interpretación de los contratos en sentido estricto, tanto la *Convención de Viena* como los *Principios Unidroit* contienen reglas sobre la interpretación de las declaraciones y conducta de una de las partes.

En este sentido, la Convención de Viena hace referencia en el artículo 8.1 a la interpretación subjetiva, señalando lo siguiente:

«A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención».

En términos similares, el artículo 4.2[1] de los Principios Unidroit establece que:

«Las declaraciones y demás conducta de cada una de las partes se interpretarán conforme a su intención, siempre que la otra la haya conocido o no la haya podido ignorar».

La clara similitud existente en la redacción de los anteriores artículos justifica su tratamiento conjunto, si bien previamente puede ser útil hacer una breve referencia particular a las reglas sobre la interpretación de las declaraciones o conducta de una de las partes.

- b) Significado de las reglas de interpretación relativas a las declaraciones y conducta de una de las partes

Antes de proceder al estudio de los elementos que caracterizan las reglas sobre la interpretación subjetiva en los tres textos que son objeto de estudio, es preciso hacer una breve referencia a las particularidades de las reglas de interpretación de las declaraciones y conducta de una de las partes, que solamente se contienen en la Convención de Viena y en los Principios Unidroit.

En primer lugar, tanto del artículo 8.1 de la Convención de Viena como del artículo 4.2 de los Principios Unidroit resulta que los mismos *serán aplicables no sólo a las declaraciones de las partes, escritas o verbales, sino también a los demás actos o a su conducta*, ya que se refieren a «las declaraciones y otros actos» (la Convención de Viena) y a «las declaraciones y demás conducta» (los Principios Unidroit).

Sin embargo, la particularidad más importante que contienen estos artículos es la *referencia a las declaraciones y otros actos «de una parte» (la Convención de Viena) o «de cada una de las partes» (los Principios Unidroit)*, en lugar de referirse a la intención común de los contratantes, como se hace en los Principios Unidroit y en los PECL al referirse a las reglas sobre la interpretación de los contratos. Y es que en la interpretación de los actos y declaraciones ni se especifica el momento al que deberá referirse la interpretación de los mismos, ni se alude directamente a la interpretación de los contratos.

En primer lugar, dado que no se precisa el momento al que deberá referirse la interpretación de las declaraciones o actos, *los artículos deberán entenderse aplicables tanto a los actos y declaraciones anteriores a la celebración del contrato como a los posteriores*. De acuerdo con lo anterior, PARRA LUCÁN, refiriéndose al artículo de la Convención de Viena, ha señalado que «el ámbito de aplicación de esta regla es muy amplio, y no se limita sólo a la interpretación del contrato: también se aplica a las declaraciones y actos realizados durante la fase de negociación del contrato (oferta, aceptación, revocación de la oferta, rechazo de una oferta), con el fin de determinar, en primer lugar, si el contrato ha sido concluido; asimismo, es aplicable en la interpretación de los actos posteriores a la perfección del contrato (modificación, notificación de que los bienes son defectuosos) que, de acuerdo con otros preceptos de la propia Convención, tienen efectos jurídicos y pueden plantear importantes problemas de interpretación» (37).

Respecto al hecho de que el artículo no se refiera directamente a la interpretación de los contratos sino a la de las declaraciones y actos de una de las

(37) PARRA LUCÁN, M. A., *Interpretación del contrato*, obra colectiva; coordinador: SERGIO CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, Colex, 2003, pág. 469.

partes, hay que distinguir dos supuestos; en el caso de los Principios Unidroit no se plantea ningún problema, ya que además de las reglas sobre la interpretación de los actos y declaraciones de una de las partes se contienen reglas específicas sobre la interpretación de los contratos.

Diferente es el caso de la *Convención de Viena, en la que no existe referencia directa a la interpretación de los contratos. Sin embargo, esta circunstancia en ningún caso podría ser interpretada en el sentido de excluir los contratos de su ámbito de aplicación*. Y es que como ha señalado ADAME GODDARD, «si bien habla (el artículo) de declaraciones y actos de una parte, las reglas serán aplicables también en la interpretación de un contrato firmado por los dos contratantes, ya que el contrato puede concebirse como una declaración de la parte que lo firma» (38),

En definitiva, este artículo recoge claramente el criterio de la interpretación subjetiva, de forma que si las partes comparten el mismo entendimiento respecto de las palabras o conducta utilizadas, tal interpretación prevalecerá sobre la interpretación que hubiera realizado una «persona razonable».

c) La intención común de las partes

Como ya se ha señalado, tanto los Principios Unidroit como los PECL contienen una referencia explícita a la intención común de los contratantes, que deriva de la teoría voluntarista del contrato.

Señala FEDERICO DE CASTRO que tal principio, que implica que «hay que tener en cuenta lo que se quiere más que lo que se dice» (39), se recogió por el Derecho común con el aforismo *spectanda est voluntas*, afirmándose frente al formalismo romanista por el Ordenamiento de Alcalá.

Como se señala en los Comentarios a los Principios de Derecho contractual europeo, «el juez debe comenzar por analizar cuál era la intención común de las partes en el momento de la celebración del contrato. Y resulta lógico, porque en origen, *el contrato es una creación de las partes y los jueces deben respetar sus intenciones*, tanto las expresas como las implícitas, incluso cuando la voluntad de las partes se hubiera manifestado de manera oscura o ambigua» (40).

La búsqueda de la *intención común de las partes, como criterio de interpretación subjetiva, se combina con el matiz de que las palabras no deben ser consideradas simplemente en su sentido literal*. Y es que el juez debe hacer

(38) ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compra-venta internacional de mercancías*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1991, pág. 67.

(39) DE CASTRO, F., «El negocio jurídico», *ob. cit.*, n. 29, pág. 82.

(40) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 416.

prevalecer la voluntad común por encima de la literalidad del contrato, llegado el caso. En este sentido, los PECL disponen que los contratos se interpretarán conforme a la intención común de los contratantes, «incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras empleadas».

De acuerdo con lo anterior, los PECL optan claramente por averiguar cuál es la intención de las partes, imponiéndola sobre el sentido literal de las palabras empleadas. En esta cuestión, DIEZ-PICAZO, ROCA SASTRE y MORALES han señalado que «es evidente que las palabras serán siempre el medio que se va a utilizar para averiguar la voluntad real y, en consecuencia, para saber cuál es la intención común debe partirse de este elemento primario, que es la expresión oral o escrita. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el Código español, cuyo artículo 1.281 acepta la regla contenida en el brocardo *in claris non fit interpretatio*, el artículo 5.101[1] PECL se inclina más por la fórmula francesa, contenida en el artículo 1.156 del Code Civil, de acuerdo con la cual debe buscarse la intención común de las partes, antes que atender al sentido literal de los términos empleados, recogido también en el artículo 1.362 del Código Civil italiano» (41) (42).

En cuanto a los Principios Unidroit, si bien no se refieren de forma expresa a esta cuestión en su articulado, en los Comentarios de BONELL se recoge este criterio, al señalar que «el significado de una cláusula contractual puede ser diferente a su sentido literal en el idioma utilizado y diferir del significado que una persona sensata pudiera darle, siempre y cuando pueda establecerse que éste ha sido el sentido que las partes han querido darle a dicha cláusula al momento de celebrarse el contrato» (43).

Sin embargo, existe un límite al criterio de la intención común de los contratantes. Y es que *los jueces «no deben modificar el significado de un contrato que esté claro y sea preciso so pretexto de interpretarlo. De hacerlo así estarían ignorando la fuerza de la Ley de los contratos entre las partes»* (44).

Por último, a pesar de la claridad de la regla sobre la interpretación común de los contratos, los Comentarios a los Principios Unidroit hacen hincapié en que no debe sobreestimarse en la práctica, «porque, en primer

(41) DIEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 254.

(42) Sin embargo, tal criterio ha sido aplicado en ocasiones por la Jurisprudencia española. A título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990/8051) señaló que «el artículo 1.282 tiene carácter subsidiario respecto del anterior, por lo que sólo debe recurrirse a él si el contrato que hubiese de ser interpretado ofreciese alguna duda en el sentido literal de sus cláusulas. Sin que, por otro lado, la interpretación haya de detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las palabras escritas, pues ha de indagar fundamentalmente la intención de las partes y el espíritu y finalidad que hayan presidido el negocio, así como la conexión que el acto o negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedente».

(43) BONELL, M. J., *ob. cit.*, n. 8, pág. 95.

(44) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 417.

lugar, es muy poco probable que las partes en los negocios mercantiles utilicen un lenguaje totalmente diferente a su significado y, segundo, aún en este supuesto, sería muy difícil de probar al surgir una controversia cuál ha sido el significado preciso que se alegue como la intención común y de hecho compartida por la otra parte al momento de celebrarse el contrato» (45).

d) La intención de una de las partes, conocida por la otra

En el punto anterior se ha hecho referencia a la intención común de las partes, que existe cuando las partes tienen una voluntad coincidente. Sin embargo, puede ser que una de las partes se exprese de una forma equivocada, y que la parte a la que se dirige la declaración conozca su intención exacta.

Así, si una de las partes expresa su voluntad en forma defectuosa, la otra parte puede confiar normalmente en el sentido lógico que cupiera atribuir a sus palabras. Pero si esta última conocía o hubiera debido conocer la verdadera voluntad de la primera, entonces debe quedar vinculada por la interpretación a favor de la primera parte.

Esta regla se recoge tanto en el artículo 5.101 [2] de los PECL («si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera»), como en las reglas sobre la interpretación de las declaraciones y conducta de una de las partes recogidas en el artículo 8.1 de la Convención de Viena y en el artículo 4.2[1] de los Principios Unidroit, a los que ya se ha hecho referencia, y que establecen que las declaraciones o conducta de una de las partes deberán interpretarse conforme a su intención, siempre que la otra parte la hubiera conocido o no la hubiera podido ignorar.

De acuerdo con los anteriores artículos, *la parte destinataria de la declaración debe quedar vinculada por la interpretación favorable a la primera parte, siempre que conociera esa interpretación o no la pudiera ignorar*. En este punto, ADAME GODDARD hace notar que el texto (se refiere a la Convención de Viena) dice «no haya podido ignorar», que es distinto de «no debía ignorar». Y es que «la frase que dice que una parte “no haya podido ignorar” la intención de la otra significa que la intención de ésta era manifiesta, de modo que resultaba imposible ignorarla, por ejemplo, por constar en una carta, o por ser una costumbre entre las partes». Por el contrario, «la expresión “no debía ignorar” exige una conducta activa de una parte que tiene la obligación de informarse» (46).

(45) BONELL, M. J., *ob. cit.*, n. 8, pág. 95.

(46) ADAME GODDARD, J., *ob. cit.*, n. 38, pág. 68.

En definitiva, *la intención de una de las partes, que la otra parte conocía o no podía ignorar, no es sino una manifestación de la intención común*. Se trata, por tanto, de una voluntad común, «no porque haya sido expresada o asumida por ambas partes, sino porque expresada por una de ellas, la otra no sólo no se ha opuesto, sino que implícitamente la ha aceptado al conocerla y no decir nada en contra» (47).

2.1.3. *Interpretación Objetiva en la Convención de Viena, los Principios Unidroit y los Principios de Derecho contractual europeo*

a) Introducción

Tanto la Convención de Viena como los Principios Unidroit y los PECL recogen el criterio de la interpretación objetiva. Así, el artículo 8.2 de la Convención de Viena señala lo siguiente:

«Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte».

Respecto a los Principios Unidroit, recogen tal criterio tanto al tratar de la interpretación de los contratos como al tratar de la interpretación de las declaraciones y conducta de una de las partes. Así, el artículo 4.1 [2] señala lo siguiente:

«Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias».

Respecto a las declaraciones y demás conducta de cada una de las partes, el artículo 4.2[2] establece que:

«Si el inciso precedente no fuera aplicable, tales declaraciones y conductas deberán interpretarse conforme al sentido que les daría una persona sensata de la misma condición, colocada en las mismas circunstancias».

(47) DIEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 253.

Por último, el artículo 5.101[3] de los PECL establece que:

«Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados [1] y [2], el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias».

De la lectura de los anteriores artículos resulta evidente que su redacción es prácticamente idéntica, lo que, aparte de revelar la influencia que unos textos han ejercido sobre los otros, hace conveniente la referencia conjunta a todos ellos.

b) Significado de la interpretación objetiva

El criterio de la interpretación subjetiva, al que ya se ha hecho referencia en este trabajo, se corrige con la introducción de un sistema objetivo de interpretación para el caso de que, tras aplicar la regla sobre la intención común, no haya sido posible averiguar el significado real de la voluntad de las partes.

En este sentido, REINHARD ZIMMERMAN (48) ha señalado que «una declaración de intención, como emanación de la autonomía privada del individuo, no existe sin un contexto social; crea expectativas razonables en otras personas, que no pueden ser defraudadas. Esto refleja un cambio significativo desde la teoría del contrato basado en el individualismo a una perspectiva que acentúa las consecuencias sociales del comportamiento humano» (49).

Por ello, es necesario combinar el criterio de la intención común con un canon de interpretación objetiva que permita conservar la eficacia del contrato cuando no es posible averiguar dicha voluntad común. En caso contrario, si no fuera posible averiguar la verdadera voluntad de las partes y no pudiera acudirse a ningún criterio de interpretación objetiva, el contrato sería ineficaz.

Como señalan Díez-Picazo, Roca Trías y Morales, «se trata no tanto de realizar una interpretación ficticia o arbitraria de lo que las partes quisieron, sino de *aplicar una regla objetiva que parte de la base cierta de que se quiso celebrar un contrato. Se introduce así una regla subsidiaria, que sólo podrá*

(48) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, n. 31, pág. 636.

(49) «A declaration of intention, as the emanation of an individual's autonomy, does not exist in a social vacuum; it gives rise to reasonable expectations on the part of others, which must not be disappointed: This reflects the significant shift from a theory of contract based on individualism to a perspective which accentuates the social consequences of human behaviour».

aplicarse cuando hayan fallado los métodos establecidos en los párrafos precedentes y que obliga al Juez a usar un criterio general: el significado que en las mismas circunstancias se habría atribuido a lo acordado por personas razonables» (50).

En el mismo sentido, en los Comentarios a los PECL se señala que «la misión de los jueces no es la de descubrir las intenciones de las partes a toda costa y decidir de una manera arbitraria en qué consistían» (51). Por tanto, si no es posible discernir la intención común de las partes, el juez deberá acudir a un canon de interpretación objetivo, aplicando el criterio de la razonabilidad, al que aludimos en el punto siguiente.

De acuerdo con lo anterior, prevalecerá la interpretación del declarante, siempre que pruebe que la otra parte conocía o no podía ignorar cuál era su intención. Del mismo modo, «si el declarante prueba que su intención la hubiera entendido una persona razonable, entonces prevalecerá su intención. Pero si no prueba esto, la otra parte podrá probar que ella entendió el acto o declaración como lo habría entendido una persona razonable, y prevalecerá este sentido» (52).

c) Lo «razonable»

Los tres textos que son objeto de consideración en este trabajo se refieren, como criterio de interpretación objetivo, a la interpretación que realizaría una persona razonable («a reasonable person») de igual condición que las partes.

El artículo 1.301 de los PECL es el único de los tres textos que recoge una definición expresa de lo razonable, cuando señala que:

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

Señalan Díez-Picazo, Roca Trías y Morales que, en definitiva, el carácter razonable incluirá dos criterios: «por una parte, la buena fe, y por otra, una regla estándar que aparece construida sobre la base de elementos generales

(50) Díez-Picazo, L.; Roca Trías, E., y Morales, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 255.

(51) Díez-Picazo, L.; Roca Trías, E., y Morales, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 418.

(52) Adame Goddard, J., *ob. cit.*, n. 38, pág. 69.

del uso y giro de los negocios y actitudes de una determinada profesión o ramo de actividad» (53).

Por tanto, *el canon de la razonabilidad no se puede interpretar en abstracto, sino entendiendo que se trata de una persona razonable en la misma situación y circunstancias* que la parte que recibió la declaración.

En este sentido, el Juez que vaya a interpretar la declaración conforme al sentido de una persona razonable, «deberá tener en cuenta el idioma, costumbres, experiencias, cultura, papel que desempeña en el contrato y desempeño en sus negociaciones y en su cumplimiento la parte a quien se dirigió la declaración, la solución que tendría el caso en su Derecho interno, y luego suponer lo que sería, en una situación y circunstancias, el entendimiento razonable» (54).

Se contrarresta así el interés de la voluntad, que se protege mediante la regla de la interpretación subjetiva, con el interés de la seguridad en el tráfico, que se protege mediante cánones de interpretación objetiva como el de la «persona razonable». Y es que la referencia a «una persona razonable de la misma condición que la otra parte» es un canon de interpretación objetiva que recuerda a otros como el *bonus paterfamilias*, el *boni viri arbitrium* o la «buena fe». Por tanto, «la objetividad viene referida a reglas estándar de conducta, cláusulas abiertas que deben ser analizadas por el juez en cada una de las situaciones en que se encuentre» (55).

2.1.4. Circunstancias relevantes

Los tres textos objeto de estudio hacen referencia expresa a las circunstancias más relevantes para determinar la intención de las partes o la interpretación que del contrato hubiera realizado una persona razonable.

Así, el artículo 8.3 de la Convención de Viena, el artículo 4.3 de los Principios Unidroit y el artículo 5.102 de los PECL recogen una lista ejemplificativa de circunstancias que pueden ser relevantes para determinar la intención común o el significado razonable del contrato.

Entre ellas, las negociaciones previas, el comportamiento o las prácticas entre las partes suelen tener más peso en la aplicación del criterio «subjetivo», mientras que otras circunstancias, como la naturaleza y objeto del contrato, el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial, o los usos, suelen tener más importancia a la hora de apreciar el criterio de lo «sensato» o «razonable».

(53) DIEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 256.

(54) ADAME GODDARD, J., *ob. cit.*, n. 38, pág. 69.

(55) DIEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 256.

En definitiva, *se trata de una serie de reglas particulares destinadas a dar efectividad a los métodos de interpretación objetivo y subjetivo, pero no se trata de una lista exhaustiva*, ya que para determinar la voluntad de las partes o el carácter razonable será preciso atender a todas las circunstancias pertinentes del caso, estén o no incluidas en las enumeraciones antedichas.

2.2. REGLAS ESPECIALES DE INTERPRETACIÓN EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Los Principios Unidroit y los PECL introducen reglas especiales de interpretación que se corresponden con criterios contenidos de forma tradicional en los Códigos Civiles, y que se aplican tanto a la interpretación subjetiva como a la interpretación objetiva.

Según REINHARD ZIMMERMAN (56) la importancia de los cánones especiales de interpretación en el *IUS COMMUNE* fue probablemente una consecuencia directa de la reducción de la regla *id quod actum est* a un criterio puramente subjetivo, ya que si sólo interesaba la intención de las partes, entonces era necesario establecer algunos criterios básicos para determinar su intención presunta cuando la actual no pudiera ser descubierta (57).

Entre las más destacadas de estas reglas se encuentran la interpretación *contra proferentem*, la interpretación a favor de la conservación del negocio o la interpretación sistemática, de las que pasamos a ocuparnos a continuación.

2.2.1. Regla de la Interpretación contra proferentem

Los Principios Unidroit recogen esta regla especial de interpretación en el artículo 4.6, al señalar «*si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte*».

En términos similares, los PECL disponen en el artículo 5.103 que, «*en caso de duda, los términos del contrato que no se hayan negociado de manera individual se interpretarán preferiblemente contra la parte que los hubiera propuesto*».

(56) ZIMMERMAN, R., *ob. cit.*, n. 31, pág. 638.

(57) «*The importance attached to special canons of construction in the ius commune is probably a direct consequence of the narrowing down of "id quod actum est" to a purely subjective criterion, for if only the intention of the parties matters, then certain guidelines and criteria are needed to determine their presumed intention where the actual will cannot in fact be established*».

Esta regla es aplicable cuando una sola de las partes es responsable de la redacción del contrato o de una de sus cláusulas, bien porque la redactó ella misma, bien porque utilizaba cláusulas redactadas de antemano. En tal caso, dicha parte debe asumir los riesgos de la eventual oscuridad o ambigüedad de la redacción elegida.

En España, Díez-PICAZO ha señalado que es «una consecuencia muy importante del principio de la buena fe en la contratación» (58), y la jurisprudencia indica que tal regla, «como aplicación concreta del principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente la oscuridad en la cláusula cuyo contenido se cuestiona ... esta regla no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato y si de los términos de los mismos cabe deducir términos suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten» (59).

Como señalan Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, «donde ha tenido mayor aplicación esta regla es en la legislación protectora de los consumidores. Y dentro de la protección de consumidores (60), hay que referirla a los contratos con condiciones generales, que no son completamente negociados por las partes del contrato; de esta manera resulta generalmente aceptado que los términos de este clausulado han de ser redactados en forma que no sea perjudicial al consumidor» (61).

En todo caso, «el ámbito en el que esta norma se aplique dependerá de las circunstancias del caso. Cuanto menos las cláusulas del contrato en cuestión hayan sido objeto de negociación entre las partes, mayor la justificación para interpretarlas en contra de la parte que las incluyó en el contrato» (62).

Por último, existe un artículo en los PECL íntimamente relacionado con éste, en cuanto que su razón de ser también es la protección de la parte más débil en el contrato. Se trata de la regla sobre la «preferencia a favor de los términos negociados», en virtud de la cual, «los términos pactados de manera individual tienen preferencia sobre los que no lo han sido» (63).

La anterior regla es plenamente coherente con el principio de la intención común de las partes, ya que si «la búsqueda de la voluntad común es la finalidad de la interpretación, resulta coherente incluir una norma que dé

(58) Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, n. 27, pág. 252.

(59) Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 624/2002 (Sala de lo Civil), de 24 de junio (RJ 2002/5263).

(60) En España se recoge no sólo en el artículo 1.288 del Código Civil, sino también en el artículo 10.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de protección de los consumidores y usuarios.

(61) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 263.

(62) BONELL, M. J., «Unidroit», *ob. cit.*, n. 8, pág. 102.

(63) Artículo 5.104 de los PECL.

preferencia a las reglas negociadas sobre las no negociadas, porque en el primer caso existe voluntad, mientras que en el segundo sólo se produce adhesión» (64).

2.2.2. La interpretación sistemática

Señala el artículo 4.4 de los Principios Unidroit que «*las cláusulas y expresiones se interpretarán en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren*», mientras que el artículo 5.102 de los PECL señala que «*los términos de un contrato deben interpretarse a la luz de dicho contrato en su conjunto*» (65).

La razón de ser de estos artículos se basa en la *presunción de que las partes en una relación contractual han tratado de expresar su voluntad de forma coherente*. Así, «el contrato debe interpretarse de modo que tenga una coherencia básica, de forma que las cláusulas no se contradigan entre sí» (66). Tal coherencia exige interpretar el contrato en su conjunto, sin aislar las cláusulas a interpretar del contexto que las enmarca, y presumiendo que la terminología utilizada será coherente.

De acuerdo con lo anterior, el criterio sistemático es «una consecuencia de la unidad lógica del contrato... No sólo entra en juego en la relación con las diversas cláusulas de un mismo contrato, sino también en la relación que varios contratos pueden tener dentro de una unidad negocial compleja cuando varios contratos se hayan celebrado para conseguir una única finalidad económica» (67).

En términos similares se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, número 964/1998 (Sala de lo Civil), de 26 de octubre (RJ 1998/8511), que señala que «el artículo 1.285 del Código Civil se puede calificar, siguiendo a la doctrina científica, como el canon hermenéutico de la totalidad del área contractual. Además es doctrina jurisprudencial consolidada que el referido precepto proclama el principio de interpretación sistemática, el cual tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye».

Respecto a la jerarquía entre los elementos del contrato, en principio no existe. Sin embargo, hay excepciones a esta regla: «Primero, las declaraciones de intención incluidas en el preámbulo del contrato pueden o no tener con-

(64) DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 265.

(65) La norma sobre la interpretación sistemática se contiene en gran número de textos. En España se recoge en el artículo 1.285 del Código Civil.

(66) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 428.

(67) DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, n. 27, pág. 253.

secuencias para la interpretación de sus disposiciones operativas. Segundo, va de suyo que en caso de conflicto, las cláusulas de carácter específico prevalecen sobre las disposiciones de carácter general. Finalmente, las partes pueden expresar ellas mismas cierta jerarquía entre las diferentes disposiciones o elementos del contrato» (68).

2.2.3. *El principio de conservación del negocio jurídico*

El principio del *favor negotii* o de la conservación del negocio jurídico, se recoge tanto en los Principios Unidroit como en los PECL. Así, el artículo 4.5 de Unidroit señala que «*las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas*». Por su parte, el artículo 5.106 señala que «*toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen*».

El principio de la conservación del negocio jurídico parte de la presunción de que el contrato se ha concluido entre personas sensatas que no han querido una declaración inútil o ineficaz.

Según Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, el principio mencionado tiene dos consecuencias: en primer lugar, «si la ambigüedad de una cláusula puede provocar o bien la validez, o bien la declaración de invalidez de un contrato, hay que interpretarla en el sentido que se favorezca la validez». Y en segundo lugar, «si la ambigüedad de una cláusula puede llevar a una interpretación absurda que, en consecuencia, provocaría su anulación, debe ser interpretada en el sentido que permita su conservación» (69).

M. J. BONELL atribuye un carácter supletorio a esta regla respecto de las demás reglas interpretativas, cuando señala que «esta regla se aplicará únicamente cuando las disposiciones de que se trate continúen siendo oscuras. En otras palabras, sólo entrará en juego este criterio de interpretación si las disposiciones en cuestión continúan sin aclararse, no obstante la aplicación de las normas básicas de interpretación establecidas en los artículos 4.1-4.3» (70).

2.2.4. *Las discrepancias lingüísticas*

Dentro de las reglas interpretativas, tanto los Principios Unidroit como los PECL hacen referencia a las discrepancias lingüísticas que pueden producirse

(68) BONELL, M. J., «Unidroit», *ob. cit.*, n. 8, pág. 101.

(69) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 268.

(70) BONELL, M. J., «Unidroit», *ob. cit.*, n. 8, pág. 101.

al redactar un contrato en diferentes lenguas. Se trata de una regla interpretativa especialmente dirigida a los contratos internacionales, en los que pueden existir diversas versiones en lenguas distintas de un mismo contrato.

El artículo 4.7 de los Principios Unidroit señala que *«en caso de discrepancias lingüísticas entre varias versiones idiomáticas de un mismo contrato, todas con la misma jerarquía, se preferirá la interpretación acorde con la versión en el idioma en el cual el contrato fue redactado originalmente»*. Respecto a los PECL, su artículo 5.107 dispone que *«en caso de discrepancia entre las versiones de un contrato redactado en dos o más lenguas, cuando ninguna de ellas revista el carácter de versión oficial, tendrá preferencia la interpretación más acorde con la versión en que se redactó originalmente el contrato»*.

A diferencia de las anteriores reglas interpretativas, la que es objeto de estudio en este punto no tiene precedentes en los Códigos europeos, quizá porque viene a dar satisfacción a un problema relativamente reciente, que ha adquirido una nueva dimensión con el aumento de la contratación internacional.

Tanto los Principios Unidroit como los PECL incluyen la referencia a que no exista una versión oficial del contrato. Así, los PECL exigen que *«ninguna de ellas revista el carácter de oficial»*, mientras que los Principios Unidroit aluden a que se trate de versiones idiomáticas *«todas con la misma jerarquía»*. Y es que *si existe una versión oficial, de superior jerarquía que las demás, habrá que atender a lo que se disponga en la misma*.

A falta de una versión oficial, debe darse preferencia a la interpretación más acorde con la versión en el idioma en el que se redactó originalmente el contrato. Por tanto, se *«propone una solución razonable al disponer que la versión original será considerada como la versión que da fe, ya que es la que mejor expresará, seguramente, la intención común de las partes»* (71).

Sin embargo, *si existen dos versiones idiomáticas igualmente originales, redactadas en dos idiomas distintos y conteniendo discrepancias, habrá que aplicar todas las reglas generales de interpretación para averiguar la voluntad de las partes*. Y si fuera imposible, la única posibilidad sería declarar la cláusula sin efecto (72).

2.3. CLÁUSULAS DE INTEGRIDAD EN LOS CONTRATOS

Una cuestión íntimamente ligada al problema de la interpretación de los contratos es la de las llamadas *«cláusulas de incorporación»* o *«cláusulas de integridad»* (merger clause), que son aquellas cláusulas contractuales en las

(71) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 431.

(72) DIEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 269.

que se indica que el contrato contiene la totalidad de lo pactado entre las partes, quedando sin efecto cualesquiera acuerdos o pactos previos.

Tales cláusulas de integridad no forman parte en sentido estricto de la interpretación, sino que se estudian al tratar de la formación de los contratos. Sin embargo, pueden tener una influencia decisiva en sede de interpretación, cuando es necesario determinar la extensión de las obligaciones de las partes.

En este sentido, el desarrollo de la labor interpretativa no es incompatible con la existencia de una cláusula de integridad que prohíba la prueba de aspectos añadidos o contrarios a un contrato escrito. Sin embargo, es evidente que si tal cláusula existe, «en esta búsqueda (de la voluntad común) los elementos externos sólo se utilizan para clarificar el significado de una cláusula, no para contradecirlo» (73).

Las cláusulas de incorporación tienen su origen en el Derecho anglosajón, hasta el punto de que «en la actualidad se está de acuerdo (en Inglaterra) en que a lo sumo hay una presunción de que los documentos escritos contienen todas las cláusulas del contrato. Se entiende, en general, que una cláusula de integridad sólo añade peso a esta presunción y no será determinante» (74).

La Convención de Viena no hace referencia de modo expreso a estas cláusulas de integridad, pero existe una norma que incide claramente en su existencia y validez. En efecto, el artículo 8.3, al tratar de la interpretación, señala que «para determinar la intención de una parte o el sentido que le habría dado una persona razonable deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes».

Al respecto, ADAME GODDARD ha señalado que la referencia a las «negociaciones» como elemento a tener en cuenta a la hora de interpretar un contrato puede plantear dificultades con las cláusulas de integridad. Y es que «si la cláusula está redactada de modo que permite entender que el contrato no se modificará por ningún acuerdo previo o posterior, pero que sí puede interpretarse con referencia a las negociaciones previas o a la condición posterior de las partes, será claramente válida. En caso contrario podría entrar en conflicto con el artículo 8.3 y ser discutida su validez» (75).

Los Principios Unidroit sí hacen referencia expresa a este tipo de cláusulas, si bien de forma un tanto escueta, en el artículo 2.17, que señala que *«todo contrato escrito que contenga una cláusula indicativa de que lo allí contenido expresa todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante la prueba de declaraciones o acuerdos anteriores. No*

(73) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 417.

(74) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 211.

(75) ADAME GODDARD, J., *ob. cit.*, n. 38, pág. 69.

obstante tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito».

Sin embargo, la regulación más completa se recoge en el artículo 2.105 de los PECL, que señala lo siguiente:

«[1] Si un contrato escrito contiene una cláusula negociada de manera individual que establece que en el texto constan todos los términos del contrato (cláusula de integridad), cualesquiera otras declaraciones, compromisos o acuerdos previos no incluidos en el escrito no forman parte del contrato. [2] Una cláusula de integridad que no se haya negociado de manera individual, únicamente permite presumir que las partes pretendían que sus declaraciones, compromisos o acuerdos anteriores no formaran parte del contrato. La presente regla no puede excluirse ni restringirse. [3] Las declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla sólo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual. [4] Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar una cláusula de integridad si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable».

Este artículo distingue según la cláusula haya sido o no individualmente negociada. En el primer caso, las declaraciones o acuerdos previos no forman parte del contrato, mientras que en el segundo caso simplemente existe una presunción en tal sentido.

Pero lo que aquí interesa realmente es que *aún en el caso de que exista una cláusula de integridad, las declaraciones o acuerdos anteriores entre las partes podrán utilizarse para interpretar el contrato*, si bien tal regla puede excluirse o restringirse mediante una cláusula individualmente negociada.

En definitiva, tal interpretación de los compromisos, declaraciones o acuerdos anteriores no es sino una «interpretación de acuerdo con los antecedentes históricos, que han sido entendidos siempre como una regla lógica» (76).

3. LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Hasta aquí se ha hecho referencia a las normas sobre la interpretación de los contratos, con las que se trata de averiguar la voluntad de las partes y el sentido que cabe atribuir a determinadas expresiones contractuales.

(76) Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *ob. cit.*, n. 5, pág. 184.

Sin embargo, es posible que un contrato tenga un contenido incompleto porque falte alguna cláusula o expresión para su buen funcionamiento. En este caso, será necesario completar el contrato mediante la integración, teniendo en cuenta que los contratos no obligan exclusivamente a lo expresamente contenido en ellos, sino que también pueden generar obligaciones que no han sido expresamente estipuladas, pero son exigibles por la conciencia social imperante.

Tanto los Principios Unidroit como los PECL se refieren a la integración de los contratos. En primer lugar, el artículo 4.8 de los Principios Unidroit señala lo siguiente:

«[1] Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias. [2] Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y finalidad del contrato; c) la buena fe y la lealtad comercial; d) el sentido común».

Por otro lado, el artículo 6.102 de los PECL señala que «junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y el objeto del contrato; c) la buena fe».

Del tenor de los anteriores artículos queda claro que los Principios Unidroit se refieren de forma expresa a la integración de los contratos, mientras que los PECL se limitan a hablar de «cláusulas implícitas», y regulan la materia, no en sede de interpretación, sino de formación del contrato, al igual que sucede con el artículo 1.258 del Código Civil español, que cumple una función similar de integración.

El término «cláusulas implícitas» procede del «common law» anglosajón, y corresponde al proceso mediante el cual los Tribunales ingleses e irlandeses llenan las lagunas del contrato. Así, OLE LANDO y HUGH BEALE señalan que «el punto de vista del artículo 6.101 coincide con el del Derecho inglés, salvo que [1] este último no suele referirse a la buena fe; y [2] los tribunales ingleses son reacios a admitir cláusulas implícitas en el contrato» (77).

En todo caso, tanto los Principios Unidroit como los PECL atribuyen un papel determinante en la labor de integración a la intención de las partes, la naturaleza y objeto del contrato y a la buena fe.

(77) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 443.

En primer lugar, respecto a la *intención de las partes*, supone una consecuencia lógica de la primacía que en la interpretación se concede a la intención común de los contratantes. En este caso será necesaria una indagación por parte del Tribunal de «lo que las partes habrían acordado de manera razonable si hubieran actuado de buena fe en caso de haber discutido la cuestión entre ellos» (78).

También habrá que tener en cuenta la *naturaleza y finalidad del contrato*, de acuerdo con la tradición propia del Derecho anglosajón, en el que se entienden las cláusulas implícitas como meros deberes que derivan *prima facie* de determinados contratos, o como aspectos legales de un determinado tipo de relaciones contractuales.

En tercer lugar, ambos textos se refieren a la *buena fe* como medio de integración de las lagunas que puedan existir en el contrato, al igual que el artículo 1.135 del Código Civil francés o el artículo 1.258 del Código Civil español, según el cual, «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

En relación con la función integradora de la buena fe, CARLOS LASARTE ha señalado que «el artículo 1.258 presupone la previa culminación de la actividad interpretativa y que, por tanto, la remisión a los criterios mencionados (la buena fe, el uso y la ley) no tiene como finalidad reinterpretar el contrato, sino incardinarlo en un ambiente normativo que excede ya a la propia disponibilidad de las partes... La función característica del artículo 1.258 no radica en redescubrir el significado del acuerdo contractual (términos/intención) dentro de los márgenes de la autonomía privada, sino en procurar que ésta no se eleve al grado de coartada que legitime el desconocimiento de las consecuencias o efectos contractuales impuestos por las más elementales reglas del tráfico jurídico. En tal sentido, el artículo 1.258 no es un precepto interpretativo» (79).

Asimismo, la buena fe del artículo 1.258 «no puede ser entendida en manera alguna desde una perspectiva subjetiva, como imposición de un deber de comportamiento honorable o adecuado a los criterios morales imperantes en la sociedad y en el tráfico jurídico, sino como un criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas, que se superpone al propio comportamiento de las partes y moraliza el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto» (80).

(78) LANDO, O., y BEALE, H., *ob. cit.*, n. 18, pág. 439.

(79) LASARTE, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1980, pág. 71.

(80) LASARTE, C., *ob. cit.*, n. 79, pág. 77.

En línea con las anteriores consideraciones, *tanto los PECL como los Principios Unidroit aluden a la buena fe no como un criterio de interpretación de la voluntad de las partes, sino como un criterio de integración del contrato* que «se superpone al propio comportamiento de las partes y moraliza el contenido o los efectos del contrato».

MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA
Abogado de IberForo

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compra-venta internacional de mercaderías*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1991.
- BONELL, M. J., Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), «*Principios sobre los contratos comerciales internacionales*», trad. española de A. M. GARRO, Unidroit, Roma, 1995.
- *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice* (<http://www.unidroit.org/english/principal/pr-exper.htm>).
- *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? Uniform Law Review*, 1996 (<http://www.cisg.law.peace.edu/cisg/biblio/bonell96.html>).
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- DÍEZ PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Introducción, Teoría del contrato, Las relaciones obligatorias*, Tecnos, Madrid, 1970.
- GARRIGUES, J., *Temas de Derecho vivo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978.
- GIRÓN TENA, J., *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual (Ensayo inter disciplinario)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985.
- LANDO, O., y 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.
- LANDO, O., *Principles of European Contract Law, The EU-Japan Legal Dialogue (contracts)*, Kyoto, Japan; November 21-22, 1996 (<http://kclcl.or.jp/japanese/sympo/EU.htm>).
- LASARTE, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1980.
- PARRA LUCÁN, M. A., *Interpretación del contrato*, en Obra colectiva coordinada por SERGIO CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

- 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.

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 19-11-2004

(*BOE* 1-1-2005)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 2

SEGREGACIÓN. EFECTUADA CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY QUE EXIGÍA LA LICENCIA PRECEPTIVA.

Constando en documento fehaciente la segregación practicada, no cabe exigir licencia para la misma, pues la norma en que se basa la calificación registral no había entrado en vigor a la fecha del otorgamiento de dicho documento, sino muy posteriormente, siendo obligación del Registrador examinar si en aquella fecha existía alguna normativa que exigiese al respecto la preceptiva licencia y su correspondiente reflejo en la nota de calificación, como garantía al interesado a la hora de su posible impugnación.

Resolución de 22-11-2004

(*BOE* 1-1-2005)

Registro de la Propiedad de Ronda

POSESIÓN. SUTRANSMISIÓN.

La posesión, con independencia de que sea un hecho o un derecho, no es inscribible con arreglo al artículo 5 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 23-11-2004

(*BOE* 1-1-2005)

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2

INMATRICULACIÓN. PUBLICIDAD REGISTRAL: SOLICITUD DE INFORMACIÓN REGISTRAL PREVIA QUE TAN SÓLO IDENTIFICABA LA FINCA POR

SU NÚMERO EN UNA VÍA PÚBLICA. DOBLE INMATRICULACIÓN. EL RECURSO GUBERNATIVO NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA DILUCIDAR SU EXISTENCIA.

Con independencia de que la solicitud de información registral debería haber sido más completa (añadiendo superficie, linderos...), la existencia de dudas fundadas por parte del Registrador, acerca de la identidad de la finca cuya inmatriculación se pretende no puede resolverse por la vía del recurso gubernativo, sino por el cauce del artículo 306 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 24-11-2004

(BOE 1-1-2005)

Registro de la Propiedad de Cebreros

USUFRUCTO. SU ADJUDICACIÓN CUANDO LO INVENTARIADO EN UNA HERENCIA ES LA NUDA PROPIEDAD DE UNA FINCA, CONSTANDO INSCRITO PREVIAMENTE EL USUFRUCTO DE LA MISMA A FAVOR DE OTRA PERSONA.

Sí es inscribible en tal supuesto la escritura, porque lo que se está adjudicando es un usufructo distinto al ya existente y que consta inscrito, a favor de un tercero, cuyo nacimiento de aquel derecho tendrá lugar cuando se extinga el actual —esto es, cuando se produzca la consolidación de este último en la nuda propiedad.

Resolución de 25-11-2004

(BOE 1-1-2005)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 6

DONACIÓN. ENTRE CÓNYUGES DE LA PROPORCIÓN QUE CORRESPONDE A UNO DE ELLOS EN UN BIEN GANANCIAL.

No es posible porque, vigente la sociedad de gananciales, no cabe la división en cuotas ideales, pues la naturaleza de dicho régimen económico durante su vigencia es el de una comunidad germánica, no siendo cada cónyuge dueño de una mitad de los bienes comunes, sino que ambos ostentan la titularidad sobre todo el patrimonio ganancial, lo que impide la enajenación de la hipotética cuota que cada uno de ellos tiene sobre cada bien que integra el patrimonio ganancial.

Resolución de 26-11-2004

(BOE 1-1-2005)

Registro de la Propiedad de Ciudadella de Menorca

RECURSO GUBERNATIVO. INFORME DEL REGISTRADOR: DEBE CIRCUNSCRIBIRSE A CUESTIONES DE PURO TRÁMITE. PARTICIÓN HEREDITARIA: CONTRACTUAL Y NO POR CONTADOR-PARTIDOR: EXIGE ACUERDO UNÁNIME DE TODOS LOS HEREDEROS. PROPIEDAD HORI-

ZONTAL: NO PUEDE CONSTITUIRLA EL CONTADOR-PARTIDOR CUANDO LOS ESTATUTOS CONTIENEN ACTOS DE RIGUROSO DOMINIO.

El contador-partidor está facultado para formalizar el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal cuando el mismo ya existe —lo que tuvo lugar desde que una de las partes de la finca pasó a ser propiedad de personas distintas—, pero no cuando los estatutos contienen disposiciones que recogen actos de riguroso dominio, cuya competencia viene entonces determinada por quienes ostentan el poder de disposición o, en su caso, quien tenga la representación legal de la herencia.

Del supuesto de hecho de la Resolución se desprende que estamos ante un verdadero contrato particional y no ante una partición unilateral efectuada por contador-partidor, por lo que siendo necesaria la unanimidad de todos los herederos y mediando oposición de algunos de ellos a la división horizontal formalizada en la escritura de herencia, no resulta la misma inscribible.

Resolución de 29-11-2004

(BOE 3-1-2005)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

DOMINIO. SENTENCIA QUE LO DECLARA PARA REANUDAR EL TRACTO SUCESIVO E INMATRICULAR FINCAS.

Declarado por sentencia el dominio de varias fincas a favor de determinada persona, por título de compra, que eran dueños de la misma por herencia de sus padres, que eran sus titulares registrales, y respecto de otra no inscrita, decretada su inmatriculación a favor de los actores, resuelve la DGRN lo siguiente:

1. No puede el Registrador exigir que se acredite el fallecimiento de uno de los titulares registrales de las fincas porque el Juez ya ha declarado probado ese hecho.
2. Dictada la sentencia en rebeldía, no es inscribible la misma mientras no se acredite que ha transcurrido el plazo legal sin haberse ejercitado la acción de rescisión o que, ejercitada en su caso, la misma no ha sido estimada.
3. Es defecto la falta de constancia en el título del domicilio de los demandantes, lo que se puede salvar por una simple instancia.
4. El artículo 91 de la anterior LAR era exigible a toda transmisión, incluida la forzosa o la declarada judicialmente. Si bien el tema radica cuando el título inscribible no es la escritura sino una sentencia declarativa del dominio, sin embargo, no entra la DGRN en el fondo del asunto, porque estima que el Registrador debería haber enfocado la nota, a este respecto, partiendo de la base de que el título material era una compraventa.
5. No existe duda sobre la identidad de la finca cuando la divergencia entre el Registro y el título se limita a uno de los números identificativos de la parcela dentro del polígono catastral, sin que se haya planteado la duda sobre los demás datos descriptivos.
6. Respecto de la inmatriculación, no es necesario aquí acreditar la previa adquisición conforme exige el artículo 298.1 del RH, porque al tratarse de una sentencia declarativa de dominio no se puede exigir el mismo tratamiento

que a los títulos públicos de adquisición inmatriculadores, y además porque la autoridad judicial ha tenido por probada la previa adquisición.

No obstante, la exigencia de que se acompañe certificación catastral descriptiva y gráfica es ineludible, pues el artículo 53.7 de la Ley 13/1996 no admite excepciones.

Resolución de 30-11-2004

(BOE 3-1-2005)

Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CAUTELAR POR DEUDAS A LA HACIENDA PÚBLICA. SU VIGENCIA Y CADUCIDAD. SU AMPLIACIÓN SOBRE FINCAS RESULTANTES DE LA AGRUPACIÓN.

Practicada tal anotación de embargo sobre una finca que luego se agrupa con otra declarándose una obra nueva sobre la finca resultante de la agrupación y presentado mandamiento decretando la ampliación del embargo respecto de dicha finca resultante, no cabe entender que aquella anotación, primeramente practicada, haya caducado porque el artículo 128 de la LGT establece dos plazos para las medidas cautelares «...uno general, consistente en que, si tales medidas no se convierten en definitivas en el marco del procedimiento de apremio, se levantarán de oficio, sin que puedan prorrogarse más allá de seis meses desde su adopción, y otras específicas de las medidas cautelares referentes a las deudas devengadas pero no liquidadas, a las que se refiere el apartado 3 del expresado artículo, y que establece el plazo de un mes. Ahora bien, estos plazos se refieren al procedimiento tributario entablado, pero no dictan ninguna norma dirigida al Registrador, ni que establezca la caducidad de la anotación cautelar, por lo cual se debe aplicar a la misma el plazo general de caducidad de las anotaciones, establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Por ello la primera anotación está vigente».

Más que ante una ampliación de embargo, nos encontramos ante una nueva descripción de los bienes a los que se extendía la anotación tras la agrupación y obra nueva declarada sobre la finca resultante.

Resolución de 1-12-2004

(BOE 3-1-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 10

TRACTO SUCESIVO.

No puede inscribirse una escritura pública de compraventa de una finca resultante de una agrupación, cuando no se han presentado previamente las agrupaciones y segregaciones previas que han dado lugar a la finca ahora vendida.

Resolución de 2-12-2004

(BOE 3-1-2005)

Registro de la Propiedad de Almuñecar

RECURSO GUBERNATIVO. EXTEMPORANEIDAD. NO LO ES EL RECURSO INTERPUESTO, PUES CON CADA CALIFICACIÓN SE ABRE UN NUEVO PLAZO PARA RECURRIR.

No cabe cancelar las cargas anteriores decretadas en un mandamiento derivado de una ejecución por créditos salariales que gozan del privilegio del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, porque en tal caso debe seguirse el pertinente juicio de tercería. Sin embargo, la DGRN sí estima que deben cancelarse las cargas posteriores, a pesar de haberse ejecutado dichos créditos por cantidades superiores a las que resultan de la anotación, debido a la acumulación en el procedimiento de otros de igual naturaleza, por entender que «el embargo no es la afección de una parte del valor en cambio del bien embargado, sino que su objeto es directamente el bien embargado y por ello es ajeno al concepto de embargo la aplicación que, en definitiva, se dé al precio del remate».

Nota: La resolución no dice que exceptúe a terceros poseedores, de ningún tipo, con lo cual se plantea la cuestión de para qué sirven las cantidades garantizadas en la anotación.

Resolución de 3-12-2004

(BOE3-1-2005)

Registro de la Propiedad de Torrevieja

AUTOCONTRATACIÓN. AUTORIZACIÓN GENÉRICA.

Cabe la autorización genérica de autocontrato, no referida al caso concreto, en la esfera de la representación orgánica (se trataba de un administrador único de dos sociedades que vendía una finca de una de ellas a la otra).

Resolución de 4-12-2004

(BOE3-1-2005)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 5

COMUNIDAD. DE BIENES. REGLAS DE FUNCIONAMIENTO. RÉGIMEN DE MAYORÍAS.

Denegándose la inscripción de una escritura por la que los copropietarios de una finca establecen unas reglas de funcionamiento de la comunidad de bienes existente entre ellos, entre cuyas reglas se establece que para actos de disposición o gravamen bastará el acuerdo «del 75 por 100 de los partícipes de la cuota», por entender el Registrador que debe aclararse si esa mayoría se predica o recae sobre la total finca —como así sostiene el notario—, o sobre cada cuota o derecho, y porque, además, dicha regla estaría limitando la facultad de disposición de cada partícipe sobre su cuota, pudiendo darse el supuesto, además, de una doble venta —partícipe individual por un lado, y mayoría por otro—, la DG estima el recurso por entender que, si una cláusula admite diversos sentidos, debe interpretarse en el más adecuado para que surta efectos, por lo que no debe interpretarse en el sentido de que produzca un efecto contrario a la ley y, en cuanto a la cuestión de la disposición,

aunque reconoce que se pueden plantear dichos problemas, considera que ello no es causa para denegar la inscripción, ya que su resolución se haría en su momento conforme a las reglas generales, respondiendo, además, la regla pactada a un interés lícito y legítimo, digno de protección.

Resolución de 9-12-2004

(BOE 13-1-2005)

Registro de la Propiedad de Cuenca

TRACTO SUCESIVO. EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA SU REANUDACIÓN. DESCRIPCIÓN DE FINCA EN EL AUTO DISTINTA DE LA REGISTRAL.

Es inscribible el testimonio del auto reanudador del expediente de dominio, si en el procedimiento se ha entendido que la finca, con su nueva descripción, es la misma que aquella que ya consta inscrita, aunque varíen sus linderos y superficie, debiendo suspenderse, en tal caso, el exceso de cabida.

Sin embargo, no cabe la cancelación de la inscripción por aparecer un titular registral que ni él ni sus causahabientes han sido parte en el procedimiento, y ello por exigencias lógicas del principio de tracto sucesivo.

Resolución de 10-12-2004

(BOE 13-1-2005)

Registro de la Propiedad de Zamora

HERENCIA. CONTADOR-PARTIDOR. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.061 DEL CÓDIGO CIVIL.

Debe el contador-partidor, sin facultades especiales, ajustarse a lo preceptuado en el artículo 1.061 del Código Civil (igualdad en los lotes), pues si dicho precepto es facultativo para las particiones efectuadas por el testador o por los herederos mayores de edad, sin embargo no lo es para aquél. Y ello no se respeta en el presente caso en que el contador-partidor adjudica todos los bienes hereditarios a dos herederos, adjudicando a los demás sólo metálico.

Resolución de 11-12-2004

(BOE 14-1-2005)

Registro de la Propiedad de Torrelavega

TRACTO SUCESIVO. PROPIEDAD HORIZONTAL. NULIDAD DE LOS ESTATUTOS DE LA COMUNIDAD: NECESIDAD DE DEMANDAR A TODOS LOS TITULARES EN EL PROCEDIMIENTO.

No cabe cancelar en el Registro los estatutos de un complejo inmobiliario constituido en régimen de propiedad horizontal sin que hayan sido parte en el procedimiento todos los titulares registrales de los departamentos privativos.

Resolución de 13-12-2004

(BOE 13-1-2005)

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1

HIPOTECA. DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA ENTRE VIVIENDA Y CUOTA INDIVISA DE LOCAL NO ANEJA.

Es necesaria tal distribución, pues la vivienda y la participación indivisa constan inscritas como fincas independientes, sin que del registro resulte la vinculación, por mucho que la misma figure en la escritura de adjudicación.

Resolución de 14-12-2004

(BOE 13-1-2005)

Registro de la Propiedad de Esplugas de Llobregat

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. DERECHO INTERTEMPORAL. ESCRITURA DE COMPRAVENTA DE UNA FINCA RÚSTICA OTORGADA DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LAR QUE NO CONTIENE LA DECLARACIÓN EXIGIDA EN EL ARTÍCULO 91.1 DE LA ANTERIOR LEY.

Aunque la normativa anterior es aplicable a los contratos vigentes, entiende el Centro Directivo que no cabe exigir dicha manifestación en las escrituras de venta de fincas rústicas otorgadas posteriormente a la entrada en vigor de la nueva LAR.

Resolución de 15-12-2004

(BOE 14-1-2005)

Registro de la Propiedad de Orgaz

PROPIEDAD HORIZONTAL. DE HECHO.

Inscritas bajo un mismo folio registral en inscripciones diferentes, distintas partes de un edificio, con sus correspondientes descripciones y titulares y pretendida la registración de una escritura de segregación y venta de algunas de dichas partes, no cabe la inscripción por encontrarnos ante una propiedad horizontal de hecho y no ante una comunidad romana o por cuotas, siendo exigible, pues, el consentimiento de los diferentes titulares para la modificación de dicha propiedad.

Resolución de 16-12-2004

(BOE 13-1-2005)

Registro de la Propiedad de Alora

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. DERECHO INTERTEMPORAL: DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE. INNECESARIEDAD DE QUE EN LA ESCRITURA DE FINCAS RÚSTICAS OTORGADAS CON POSTERIORIDAD A LA NUEVA LAR FIGURE LA DECLARACIÓN REFERIDA EN EL ARTÍCULO 91.1 DE LA ANTERIOR LEY.

Una vez ha tenido lugar la entrada en vigor de la nueva LAR, no es necesario hacer declaración alguna en la escritura de venta de fincas rústicas acerca de si las mismas se encuentran o no arrendadas o si lo han estado en los seis años anteriores, y ello, aun cuando existiere el derecho de adquisición preferente derivado de la normativa anterior a la nueva LAR.

Resolución de 17-12-2004

(BOE 14-1-2005)

Registro de la Propiedad de Calpe

RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN, ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE LOS DERECHOS DE UNO DE LOS CÓNYUGES DE NACIONALIDAD ALEMANA, CONSTANDO INSCRITA LA FINCA A NOMBRE DE SU ESPOSA.

No cabe anotar en tal caso el embargo porque el demandado no ostenta ningún derecho real actual sobre la finca, pues tal crédito de participación surge cuando se disuelve dicho régimen y, aun así, no sería anotable, porque para ello debería recaer sobre un derecho real inmobiliario y no sobre un simple crédito ordinario, como lo es el crédito de participación.

Resolución de 22-12-2004

(BOE 11-2-2005)

Registro de la Propiedad de Vinarós

HERENCIA. CONTADOR-PARTIDOR: CADUCIDAD DEL CARGO.

El contador-partidor carece de facultades para realizar la partición al haber transcurrido el plazo que para ello le hubo señalado el testador.

No entra la DG en el defecto alegado por el Registrador de que, no habiéndose podido inventariar una de las fincas legadas en el testamento a uno de los legitimarios en pago de parte de su legítima, falte el consentimiento del mismo.

Resolución de 23-12-2004

(BOE 11-2-2005)

Registro de la Propiedad de Santurtzi

EXPROPIACIÓN FORZOSA. TÍTULO PARA SU INSCRIPCIÓN.

La publicación de la expropiación forzosa en el Boletín Oficial de la Provincia no es suficiente para su inscripción, pues el título hábil lo es el propio expediente completo de expropiación.

Resolución de 27-12-2004

(BOE 11-2-2005)

Registro de la Propiedad de Palencia, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA.

Se reitera la doctrina de que es posible su anotación, siempre que se ejercite una acción civil, vinculada a la querella, tendente a provocar un cambio jurídico real inmobiliario, como ocurre en el presente caso en el que su objeto es la anulación de una venta efectuada por los querellados en virtud de un poder especial obtenido bajo coacciones y amenazas.

No es obstáculo para la práctica de la anotación el que la finca conste inscrita a nombre del querellante, pues así se trata de evitar el perjuicio potencial que podría irrogarse al querellante si se inscribe el título que dicha acción trata de destruir.

Resolución de 28-12-2004

(BOE 11-2-2005)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1

CALIFICACIÓN ÍNTEGRA O GLOBAL. RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR. DOBLE INMATRICULACIÓN: SEGREGACIÓN DE PARTE DE UNA FINCA MAYOR QUE PUEDE COINCIDIR CON OTRA YA INSCRITA.

El Registrador debe calificar los documentos presentados de manera íntegra o global, debiendo poner de manifiesto desde un principio en la nota, todos los defectos observados, de manera que si con posterioridad a la primera de las calificaciones y manteniéndose la misma situación, alega un nuevo defecto —lo que es posible en base al principio fundamental de legalidad—, corre el riesgo de la posible corrección disciplinaria y a que se ejerciten contra él acciones por los daños y perjuicios que hubiera podido causar.

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para resolver problemas de doble inmatriculación por posible coincidencia de una finca formada por segregación respecto de otra que consta ya inscrita.

Resolución de 29-12-2004

(BOE 11-2-2005)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira

RECURSO GUBERNATIVO. SU IMPROCEDENCIA CUANDO SE HA PRACTICADO YA EL ASIENTO.

Su objeto lo es la negativa, en todo o en parte, a practicar el asiento solicitado y no la calificación positiva que culmina con la práctica del asiento, y ello aunque se discrepe de la forma en que el acto o contrato ha accedido al Registro, y pese a las repercusiones que derivan del principio de legitimación, ya que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 30-12-2005

(BOE 11-2-2005)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2

INTERPRETACIÓN. DE NORMA ESTATUTARIA DE UNA ASOCIACIÓN QUE HIPOTECA UNA FINCA, EN CUANTO A LA MAYORÍA EXIGIBLE PARA ELLO.

Resultando de los estatutos de una asociación que hipoteca una finca que para enajenar o gravar bienes inmuebles o tomar dinero a préstamo es necesario que sean acordadas tales operaciones por mayoría de dos tercios en Asamblea General Extraordinaria, debe tal norma interpretarse en el sentido de que los dos tercios exigidos es el de los asistentes, y no del total de los socios, en base a una interpretación sistemática de las demás normas estatutarias.

Resolución de 2-1-2005

(BOE 11-2-2005)

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 POSTERIORMENTE Y RESPECTO DE AQUELLOS QUE TAMBIÉN PRESENTADOS LUEGO SÓLO PRETENDEN QUE SE TOMEN EN CONSIDERACIÓN EN LA CALIFICACIÓN. REPRESENTACIÓN: FORMA DE ACREDITARLA, MEDIANDO 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 situación 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 situaciones anormales de posibles títulos inscribibles.

No acreditadas por el representante 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 documento 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 apreciación de los Tribunales.

Resolución de 3-1-2005
(BOE 18-2-2005)
Registro de la Propiedad de Purchena

HERENCIA. ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO, EXISTIENDO TESTAMENTO DEL CAUSANTE. IDENTIDAD: DISCREPANCIA ENTRE EL REGISTRO Y EL TÍTULO EN ORDEN A LOS APELLIDOS DE LA ESPOSA DEL CAUSANTE. EXCESO DE CABIDA: DUDA FUNDADA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN: DOCUMENTOS APORTADOS POSTERIORMENTE A LA NOTA DE CALIFICACIÓN.

Existiendo previo testamento del causante, como así resulta de la propia certificación del RGAUV que se incorpora al acta de declaración de herederos abintestato, es improcedente admitir dicha acta como título sucesorio, dado el carácter subsidiario del llamamiento legal, salvo que se acredite inexactitud de aquella certificación o la inexactitud o insuficiencia del expresado testamento.

Es inscribible la escritura, a pesar de existir discrepancia en los apellidos de quien figura como esposa del causante en el asiento registral y la que comparece ahora en la escritura de herencia, dada la declaración de notoriedad del Notario autorizante de que se trata de la misma persona y que tal discrepancia existente es debida a un error en el título de adquisición que motivó el asiento practicado en su día.

No es inscribible el exceso de cabida declarado en la escritura respecto de la finca que en el título se describe, no porque no se halla acreditado tal exceso por alguno de los medios legalmente previstos a tal fin, como sostiene el Registrador, sino por existir duda fundada sobre la identidad de la finca, al ser notable la discrepancia que implica atribuir a la misma una cabida superior en más del triple a la inscrita sin justificar la adquisición de tal exceso por el transmitente, lo que podría hacerse por alguno de los otros medios previstos por el artículo 200 de la LH, sin perjuicio de que se practique la inscripción con la cabida inscrita.

Existe laguna legal en la regulación actual del recurso gubernativo cuando se aportan documentos con posterioridad a la nota de calificación junto con el escrito de interposición del recurso por lo que, al no haberlos podido tener en cuenta el Registrador, se plantea la cuestión de si lo procedente hubiese sido proceder a una nueva calificación con vista de los mismos.

Resolución de 4-1-2005
(BOE 18-2-2005)
Registro de la Propiedad de Baracaldo

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. NULIDAD DE CIERTA INSCRIPCIÓN. NO ES EL RECURSO GUBERNATIVO EL CAUCE ADECUADO PARA LA RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

No cabe cancelar un asiento del Registro sin que exista consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial, fuera de los casos establecidos en la ley, no siendo el recurso contra la calificación el cauce adecuado para lograr tal rectificación.

No es susceptible de inscripción un documento privado por el hecho de haber sido admitido en un procedimiento judicial, pues ello no implica la elevación a público del mismo.

Procede el recurso de queja contra la negativa del Registrador a practicar asiento de presentación o a calificar, y no el recurso contra la calificación.

Resolución de 5-1-2005

(BOE 12-2-2005)

Registro de la Propiedad de Cistierna

INMATRICULACIÓN. POR EXPEDIENTE DE DOMINIO.

No es inscribible un acto aprobatorio de expediente de dominio inmatriculador por falta de coincidencia entre la superficie de la finca acreditada en el expediente de dominio y la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada, sin perjuicio de que tal defecto subsanable puede salvarse por la vía de la declaración de los titulares catastrales, en la que manifiesten ante el catastro, la modificación de la descripción del inmueble.

Resolución de 7-1-2005

(BOE 18-2-2005)

Registro de la Propiedad de Cazorla

TRANSACCIÓN.

Conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para inscribir en el Registro los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o derechos reales impuesto sobre los mismos, se exige que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, lo que no quiere decir que puedan constar indistintamente en cualquiera de estas clases de documentos, sino en aquéllos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, conforme a los artículos 19 y 415 de la LEC, las partes pueden transigir sobre lo que sea objeto del litigio y, si alcanzan un acuerdo transaccional, puede el Juez homologarlo previa comprobación de la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes, de suerte que el acuerdo homologado tendrá todos los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de las sentencias, por lo que queda cumplida la exigencia del artículo 3 de la LH.

La teoría del título y el modo no es invocable en el supuesto de división de la cosa común (cfr. art. 1.068 del Código Civil).

Resolución de 8-1-2005

(BOE 18-2-2005)

Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO. NO SIRVE PARA INMATRICULAR: EL QUE SE UTILIZA CON LA FINALIDAD DE REANUDAR EL TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES: SE EXTIENDE A LOS EXTREMOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 100 DEL RH, ENTRE LOS QUE SE ENCUENTRA EVITAR LA INDEFENSIÓN DEL TITULAR REGISTRAL, CON INDEPENDENCIA DEL MODO EN QUE EL MISMO HAYA SIDO EMPLAZADO, QUE SÓLO COMPETE AL JUEZ.

Tramitado un expediente de dominio para la inmatriculación de una finca, el auto que lo declara justificado no puede servir para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, pues el mismo tiene reglas específicas que no resultan cumplidas con el de inmatriculación (cfr. en especial, el llamamiento que resulta necesario hacer al titular registral anterior o a sus causahabientes).

La calificación registral de los documentos judiciales se extiende a los extremos señalados en el artículo 100 del RH, entre los que se encuentra evitar la indefensión del titular registral, con independencia del modo en que el mismo haya sido emplazado, que sólo compete al Juez.

Registro Mercantil

Resolución de 14-12-2004

(BOE 12-1-2005)

Registro Mercantil de Barcelona, número XI

CALIFICACIÓN.

Para la calificación de un título, el Registrador Mercantil debe tener en cuenta los asientos vigentes al tiempo de su presentación. Sólo excepcionalmente pueden considerarse los posteriores si resultan incompatibles u opuestos para evitar asientos inútiles e ineficaces.

Reitera que el informe del Registrador debe limitarse a cuestiones de mero trámite.

La resolución no entra en el fondo de la cuestión debatida y concluye que, accediendo a la inscripción, no se impide la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del nombramiento discutido mediante la correspondiente acción de impugnación.

Resolución de 21-12-2004

(BOE 11-2-2005)

Registro Mercantil de León

OBJETO SOCIAL.

«Dirigir y gestionar su participación en otras sociedades».

«Intervención en la dirección y gestión del conjunto de actividades empresariales en las sociedades participadas».

Son manifestaciones de la facultad de gestión del propio patrimonio que es inherente a su propia titularidad. No cabe incluirlas como actividades in-

tegrantes del objeto social porque son expresiones redundantes y contrarias a la claridad con que debe quedar determinado dicho objeto.

Resolución de 7-12-2004
(BOE 13-1-2005)
Registro Mercantil Central

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

No puede admitirse una denominación que, aunque no sea idéntica a otra preexistente, utilice las mismas palabras con adición o supresión de expresiones o términos genéricos o accesorios (como Valencia).

Resolución de 18-12-2004
(BOE 11-2-2005)
Registro de Bienes Muebles de Santander

ANOTACIÓN DE EMBARGO. PRÓRROGA.

De acuerdo con los principios de prioridad y tracto sucesivo, no se puede prorrogar una anotación de embargo que no ha sido practicada.

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

NACIONALIDAD. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE DICIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

Antecedentes.—Nacionalidad cubana del marido premuerto de la actora, determinante del régimen ganancial del matrimonio en la fecha de éste. Aplicación extensiva del Código Civil y artículo IX tratado con USA de 10-12-1898(1).

Doctrina.—La aplicación de la Ley Personal de la persona física es la correspondiente a su nacionalidad, la cual habilitará su capacidad y estado civil y los derechos y deberes de familia en la sucesión por causa de muerte. Tras la resolución de un expediente registral por Auto de 13 de julio de 1970, el causante tendría esa nacionalidad española, pero nunca antes y, por tanto, en la fecha de su matrimonio en 26-11-1943, que es la relevante a los fines de la vigencia del régimen ganancial aplicable a la sazón en Cuba, proyección no cuestionada en el litigio en los términos de los artículos 1.344 y 1.345 del Código Civil.

(1) Doña Estefanía formuló demanda en la cual solicitaba que se dictara sentencia por la que, ordenando la rectificación del asiento que obra en el Registro Civil, declarase la nulidad de adjudicación de herencia y respectivo inventario. La representación procesal de los demandados (don Luis Enrique, doña Asunción y doña Elena) se opuso. El Juzgado dictó sentencia con fecha 28 de marzo de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña Estefanía, debo declarar y declaro que el causante don Luis Andrés, esposo de la actora y hermano de los demandados, era de nacionalidad cubana cuando contrajo matrimonio con la actora el 26 de noviembre de 1943, por lo que el mismo, a falta de capitulaciones matrimoniales, se contrajo bajo el régimen legal común de gananciales, según los artículos 1.315 y 1.325 del Código Civil cubano vigente en 1943, Ley personal del causante, y en consecuencia, procede anular el inventario y posterior adjudicación de herencia otorgado ante el Notario de Barcelona ... mediante escritura número 1686, de 20 de julio de 1988, efectuados conforme al régimen de separación de bienes; no se hace expresa condena en costas».

Doña Asunción interpuso recurso de apelación, la cual revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, desestimando en su integridad la demanda inicial.

Se interpuso recurso de casación por doña Estefanía. Sentencia que fue casada y anulada. Estimándose la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y dándose la razón a doña Estefanía.

COMENTARIO: NACIONALIDAD, VECINDAD CIVIL Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

Constituye el objeto del presente litigio decidir si don Luis Andrés, esposo de la actora y causante de los demandados, fallecido en 1988, poseía o no la nacionalidad española a la fecha en que contrajo matrimonio con la actora en este procedimiento, doña Estefanía, el día 27 de noviembre de 1943, pues, otorgando el causante don Luis Andrés testamento válido el 11 de julio de 1983, por el que tras legar a su viuda, la actora, determinados bienes, instituía herederos universales a sus hermanos, los demandados, y tras otorgar entre las partes escritura de inventario, aceptación y adjudicación de la herencia, se partió de la base de que el causante era de nacionalidad española, pese a haber nacido en Santiago de Cuba y, atendido su domicilio, de vecindad civil catalana, se aplicó el régimen de separación de bienes, y en base a ello los herederos se adjudicaron, tras la entrega de legados, la nuda propiedad de todos los demás bienes inventariados.

Este criterio particional, que hubiera sido distinto si se hubiera partido de la consideración de que el señor Luis Andrés era de nacionalidad cubana cuando contrajo matrimonio, por lo que el régimen aplicable era el de gananciales, vigente a la sazón en Cuba.

Por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Barcelona, en sentencia de 28-3-1996, estimó la demanda, habida cuenta la nacionalidad cubana de ese causante, mientras que la Sección Dieciséis de la Audiencia Provincial de dicha capital, en la suya de 27-4-1998, desestimó la misma, al declarar la nacionalidad española y la vecindad civil catalana del mismo, con vigencia del régimen de separación frente al de ganancialidad en su matrimonio.

Cuestiones a tener en cuenta:

- a) El marido de la actora nació en Santiago de Cuba (Cuba) el 1-3-1909, hijo de padres españoles cuando emigraron a Cuba en 1898.
 - I. Tras su nacimiento en Cuba, el citado fue inscrito en el Registro Civil Norte de Santiago de Cuba, el 24 de marzo de 1909, o sea, días después de su nacimiento en esa localidad, el repetido 1-3-1909.
 - II. Los padres del citado emigraron a Cuba en 1898 y, a resultas del artículo IX del Tratado de Paz con USA (2), de 10 de diciembre

(2) Transcripción del artículo IX: «Los subditos españoles naturales de la península residentes en el territorio cuya soberanía España renuncia o cede por el presente Tratado, podrán permanecer en dicho territorio o marcharse de él conservando, en uno u otro caso, todos sus derechos de propiedad, con inclusión del derecho de vender o disponer de tal propiedad o de sus productos; y además tendrán el derecho de ejercer su industria, comercio o profesión, sujetándose a este respecto a las leyes que les sean aplicables a los demás extranjeros. En el caso de que permanezcan en el territorio podrán conservar su nacionalidad española, haciendo ante una oficina de registro, dentro de un año después del cambio de ratificaciones de este Tratado, una declaración de su propósito de conservar dicha nacionalidad; a falta de esta declaración se considerará que han renunciado a dicha nacionalidad y adoptado la del territorio en el cual pueden residir...».

En nuestro caso, la fecha de fijación de la residencia de los padres del causante en Santiago de Cuba en 1898, y el nacimiento de sus hijos a partir de 1900, y la inscripción de los citados —entre ellos el causante— en el Registro Civil cubano, conlleva la aplicación de ese Tratado de Paz.

de 1898, perdieron su nacionalidad española al no solicitar, expresamente, su conservación.

III. Tras el fallecimiento del padre del causante —marido de la actora— en 1927 tuvo acceso al Registro Consular Español su acta de nacimiento de 1909. Si bien, no tuvo acceso al Registro Central hasta el 21 de julio de 1952, a los fines de tramitar la herencia de su fallecido padre.

b) Contrajo matrimonio con la actora en España, el día 25-11-1943, ostentando la vecindad de Cataluña en dicha fecha, sin perjuicio de expediente registral posterior resuelto por Auto de 13 de julio de 1970, rigiendo, pues, en ese matrimonio el régimen legal de gananciales, por aplicación del Código Civil vigente a la sazón.

I. Aunque, cuando contrajo matrimonio ostentaba la nacionalidad cubana, se apoya esa decisión en los artículos 1.315 y 1.325 del Código Civil, vigente entonces en Cuba, así como el 9, en la Comisión Rogatoria existente y en la certificación de inscripción de su matrimonio en que consta que era cubano, si bien, vecino de Barcelona, condición, pues, que prevalece al menos hasta la citada fecha de resolución del expediente registral en 13-7-1970 (3).

c) Falleció en 1988 y otorgó su testamento en 11-7-1983.

Como es sabido, al igual que la *nacionalidad* determina cuál es el ordenamiento aplicable a las personas, la vecindad civil es un criterio de determinación de la legislación civil (común o foral) aplicable a los ciudadanos españoles. La consideración de la vecindad civil es una consecuencia necesaria de la coexistencia de los diversos regímenes jurídico-civiles existentes en Es-

(3) Que, destaca, en especial, el expediente del Registro Civil tramitado en España y resuelto por citado Auto de 13 de julio de 1970, que no tenía carácter constitutivo de la nacionalidad española, sino, literalmente, por el que se declaraba que el causante «tenía la nacionalidad española por ser hijo de padres españoles, pues era español de nacimiento y, con tal condición, contrajo matrimonio con la actora», y que si bien ello vale como «presunción» —art. 96 LRC y 335 (valor de simple presunción es el que se atribuye a este expediente registral) a 340 de su Reglamento— esa presunción prevalece porque se ha acreditado:

— Que el citado expediente se notificó a la hoy actora, que no se opuso sino al contrario —f. 266 vto.— prestó su conformidad.

— Que existen otros hechos acreditativos de esa condición española: Vino a España con sus padres a los once años, y en Barcelona residió el resto de su vida, adquiriendo una finca en 25-2-1960, expresando su vecindad civil catalana en 27-11-1973, compró un inmueble en donde consta que su matrimonio con la actora funcionaba bajo el régimen de separación, lo que también se menciona en 9 de agosto de 1982, y que en el testamento otorgado en 11 de julio de 1983 figura que el otorgante ostentaba nacionalidad española pese a haber nacido en Cuba y goza de la vecindad catalana. Finalmente, en el F.J. 3.º se agrega que ha de descartarse el error que alega la actora al intervenir en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, pues la misma aceptó los legados a su favor, que no cabe desconocer la prevalencia de la voluntad del testador y que, por último —F.J. 4.º— no existe perjuicio en la adjudicación de bienes efectuada para la demandante, por lo que, es obvio, que ha de aceptarse el recurso de apelación y declarar la nacionalidad española del causante y su vecindad y, por ello, el juego de la separación de bienes con que se ha aplicado las operaciones hereditarias.

paña: por un lado, los comúnmente denominados Derecho Civil común, y, por otro lado, los derechos forales (4).

Deben tenerse en cuenta los artículos 11.1 CE (5) y artículos 6.2.º (6) y 9.1.º del Código Civil (7).

El difunto esposo de la actora, y causante de la herencia discutida, tenía *nacionalidad cubana* al momento de la celebración de su matrimonio en 26-11-43, si bien, ostentaba la *vecindad catalana*, y para ello basta con reiterar los hechos que se han constatado por la primera sentencia del Juzgado.

La estancia de los padres del citado en Cuba a raíz del año 1898 y tras la vigencia del citado Tratado de Paz con USA de 10-12-1898, al no acogerse a la posibilidad de conservar su nacionalidad española de origen, determinó la pérdida automática por su renuncia de la misma y la adquisición por acto voluntario no expreso de la cubana; el nacimiento posterior del causante en 1-3-1909, su inscripción en el Registro Consular de Cuba en 24-3-1909, y tras su regreso a España se mantuvo esa cualidad de cubana en la fecha relevante para el litigio, que es cuando se celebra su matrimonio en 26-11-1943.

La aplicación de la Ley Personal del causante es la correspondiente a su nacionalidad, la cual habilitará su capacidad y estado civil y los derechos y deberes de familia en la sucesión por causa de muerte; y hasta rigen tanto

(4) Regulación normativa, la de la vecindad civil, reservada a la legislación estatal.

Vid. la STC Pleno, sentencia 156/1993, de 6 de mayo de 1993, recurso 2401/1990. Ponente: Gimeno Sendra, Vicente. Número de sentencia: 156/1993. Número de recurso: 2401/1990 (La Ley Juris.: 2217-TC/1993). Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la nación frente a determinados preceptos de la Compilación de Derecho Legislativo del Gobierno balear. Inconstitucionalidad del artículo 2, párrafo primero, por ser competencia estatal la regulación del criterio determinante para la aplicación del Derecho Foral.

En el Fundamento Jurídico 3.º estableció que: «Hemos de partir de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las "normas para resolver los conflictos de leyes" (art. 149.1.8 y STC 72/1983, Fundamento Jurídico 5.), atribución competencial esta cuyos contornos o límites no es preciso definir ahora de manera acabada, porque no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. La norma fundamental —siguiendo en esto el precedente del art. 15.1 de la Constitución republicana— optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho Civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida "en todo caso" a la legislación del Estado».

(5) Artículo 11.1 CE: «La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la Ley».

(6) Artículo 6.2.º del Código Civil: «2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

(7) Artículo 9.1.º del Código Civil: «La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte».

el apartado 2.º del artículo 9 del Código Civil en cuanto al régimen de la Ley nacional (8) y, sobre todo, el apartado 3.º, respecto a su proyección de esa Ley a sus relaciones patrimoniales en el matrimonio (9).

No es posible, como entiende la Sala, asignar a la resolución de un expediente registral de fecha, Auto de 13 de julio de 1970, que ese causante tenía la nacionalidad española y no con carácter constitutivo, cuyos efectos fueran *ex nunc*, ya que esa cualidad la poseía ya por ser hijo de padres españoles, lo que, desde luego, desborda la referida normativa antes analizada, pues, *ope legis*, nació de padres que no eran ya españoles, siendo, además, inconsistente que esa atribución registral, al tener que apoyarse en su normativa específica —art. 95 de su Ley, a la sazón, y 335 y sigs. de su Reglamento— fuera significativa al subrayarse que esa declaración de nacionalidad opera como una presunción y, por lo tanto, sometida a su desvirtuación probatoria —así lo admite la propia Sala *a quo* en su F.J. 2.º— que, curiosamente, trastoca la aniquilación de su verdad formal al tener en cuenta hechos o sucesos que, en puridad, son irrelevantes, porque, por su entidad, nunca pueden alterar una atribución originaria de nacionalidad, pues —bien evidente es que hablar de adquisiciones inmobiliarias o signos de un voluntarismo del interesado— en nada empecen a aquella nacionalidad cubana del afectado y, cuando menos, cabría admitir que sería, tras ese Auto de 13 de julio de 1970, cuando tendría esa nacionalidad española, pero nunca antes y, por tanto, en la fecha de su matrimonio en 26-11-1943, que es la relevante a los fines de la vigencia del régimen ganancial aplicable a la sazón en Cuba, proyección no cuestionada en el litigio en los términos de los artículos 1.344 y 1.345 del Código Civil.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de familia

DERECHO DE USO DE VIVIENDA FAMILIAR. LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD ECONÓMICO-MATRIMONIAL (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

Antecedentes.—Tras la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia de separación, se procedió a la formación de lotes y adjudicación de cada uno a los esposos, quedando a la mujer adjudicado una parte proporcio-

(8) Artículo 9.2º del Código Civil: «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio».

(9) Artículo 9.3º del Código Civil: «Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes, bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento».

nal de la VIVIENDA FAMILIAR, de la que es *usuaria exclusiva con los hijos*, debiendo compensar económicamente por la diferencia de valor al marido. Decisión judicial de procederse a la SUBASTA JUDICIAL de la vivienda, si no se da esa compensación económica. Recurso de CASACIÓN contra esta última decisión para mantener el uso exclusivo de la vivienda, concedido judicialmente a la esposa e hijos en favor de éstos (1).

Doctrina.—El uso y disfrute exclusivo de la vivienda familiar tras la separación no se configura como un derecho real propio, pero sí como un *ius ad rem*. Derecho al que no puede impedirse su realización ejecutiva (embargo, subasta, etc.), para dar satisfacción a créditos exigibles. No obstante, la esposa usuaria podrá hacer valer las garantías que correspondan para la satisfacción de los derechos de los usuarios, concedidas por decisión judicial, de la vivienda, por el período que, en definitiva, se establezca.

COMENTARIO

I. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO

La jurisprudencia de esta Sala ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad al tratarse de bienes inmuebles, aparte del también acceso del resto de la sentencia de separación al Registro Civil, como previene el artículo 102-2.º-3 del Código Civil, lo que podrá instarse en ejecución de sentencia.

(1) El Juzgado de 1.ª Instancia declaró disuelta la sociedad de gananciales del matrimonio y procedió a su liquidación, realizando dos lotes, adjudicando al marido 7/16 partes del piso vivienda, valorado en 10.301.412 ptas., y a la mujer el mobiliario del piso-vivienda conyugal y 9/16 partes del mismo, por valor de 10.500.000 ptas., debiendo compensar la mujer al marido en la diferencia, 99.294 ptas., a fin de proceder a la igualación de lotes.

La esposa planteó Recurso de APELACIÓN. La Audiencia añade a la sentencia recurrida que, «en caso de no compensarse o abonarse entre las partes la cuantía señalada por la participación adjudicada a cada una de ellas respecto del piso-vivienda, a que se refieren las actuaciones, se deberá proceder a subastar el mismo, y su importe adjudicado entre las mismas, conforme a la participación que en dicha vivienda les corresponde».

La esposa demandada-reconviniente (y apelante principal), plantea Recurso de CASACIÓN, solicitando la anulación de dicha sentencia por entender que debe mantenerse la indivisión de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad del menor de los hijos del matrimonio, ya que el uso de la vivienda familiar se había atribuido en la sentencia de separación a la mujer e hijos matrimoniales confiados a su guarda y custodia, y al declararse la posibilidad de venta en pública subasta de la misma, si no pagaba la cantidad establecida como compensatoria a la otra parte, en el caso de adjudicarse la misma, por esa vía, a un tercero, quedaría sin efecto su derecho de uso, que se había establecido en favor del bien o personas más dignas de protección, por lo que debería salvaguardarse ese derecho, impidiendo tal venta o división.

Se le imponen las costas a la parte recurrente (art. 1.715-3 LEC).

Se desestima el recurso de casación.

II. LOS INTERESES FAMILIARES EN JUEGO; EXISTENCIA DE HIJOS MENORES, DIGNOS DE TODA PROTECCIÓN

Resulta necesario detenerse brevemente, aunque la sentencia pase de puntillas por este punto, en que la especialidad de este derecho de uso de vivienda familiar, atribuido tras la separación, reside principal y únicamente en la protección específica de los hijos menores de edad.

Protección que la jurisprudencia se ha encargado de hacer prevalecer en todo momento, donde la tutela del menor es el bien prevalente que debe garantizarse y protegerse en todo momento, independientemente del carácter de la filiación (2).

Pero es que incluso nuestra sentencia, aún teniendo en cuenta está protección, no deja de poner de manifiesto la limitación a la facultad dispositiva del cónyuge propietario, diciendo que «en todo caso, la salvedad que se impone respecto a la disposición restringida, por el cónyuge incluso titular, de la vivienda familiar, dado lo dispuesto en los artículos 96-4 del Código Civil y 1.320-1 del mismo, tendría su especial reserva en la inscripción registral, prevenida en la legislación hipotecaria (vid. RDGRN de 17-XII-87)»... (3), lo cual nos conecta con el siguiente epígrafe.

III. REALIZACIÓN EJECUTIVA DEL DERECHO DE USO DE VIVIENDA FAMILIAR

La sentencia objeto de análisis realiza una afirmación obvia: «...lo que no puede impedirse es su realización ejecutiva (embargo, subasta, etc.), para dar satisfacción a créditos exigibles» (sentencia de 22-V-95, de esta Sala) (4).

(2) Vid. la interesante STS de 11 de julio de 2002 (*La Ley Juris.*: 1212156/2002). Demanda sobre derechos concernientes a hija, menor de edad, nacida de unión de hecho, no matrimonial. Derecho al uso de la vivienda familiar por la hija mientras conviva con la madre y en tanto carezca de recursos propios e independientes. Preeminencia del principio del *bonum filii* en toda filiación, sea matrimonial o extramatrimonial. La tutela del menor afectado es el bien prevalente y que se garantiza en todo caso mediante la compulsa judicial de la observancia de sus derechos.

(3) Vid. más actual la RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*La Ley Juris.*: 1818/2000). Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. art. 90 del Código Civil) que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario dispondría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido».

(4) Sin embargo no podemos olvidar que: «No cabe la entrega de la posesión de una vivienda adjudicada en subasta judicial, pues la demandada ostenta un derecho de uso sobre la vivienda, en virtud de sentencia de separación matrimonial, inscrito en el Registro de la Propiedad. El derecho de uso es un derecho real oponible a terceros que le hace subsistir a pesar de los sucesivos cambios de titularidad del inmueble».

Audiencia Provincial de Les Ules Balears, Sección 3.^a, sentencia de 20 de mayo de 1999 (*La Ley Juris.*: 675972/1999).

Y también que: «Sea o no tal uso y disfrute un derecho real, es una limitación que produce efectos *erga omnes* y debe tener acceso al Registro, aunque la finca se adquiriese después de la separación. RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*La Ley Juris.*: 1818/2000).

Sin embargo este criterio ha sufrido una evolución a lo largo de los últimos tiempos, pues frente a una postura inicial (mantenida por la STS de 23-11-1990) donde se reconocía la posibilidad de ejercicio sin traba alguna de la acción de división, procediendo en su caso la venta de la vivienda familiar cuyo uso tenía atribuido uno de los cónyuges en sentencia de separación matrimonial, debiendo éste desalojarla cuando se producía la adjudicación, en la actualidad se sigue una línea diferente (propugnada en SSTs de 2-12-1992 y 14-7-1992, 18-10-1994, 16-12-1995 y 3-5-1999), en el sentido de que, si bien es posible el ejercicio de la acción de división, ha de ser garantizado, respetando la eficacia de la atribución judicial de la vivienda familiar declarada al amparo del artículo 96 del Código Civil (5).

IV. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS

Las afirmaciones contenidas en el apartado anterior no obstan a que la usuaria «especial» no pueda hacer valer las garantías derivadas de su derecho, como la propia sentencia objeto de comentario recoge en los siguientes términos: «La esposa puede hacer valer las garantías que correspondan para la satisfacción de los derechos de los usuarios, concedidas por decisión judicial, de la vivienda, por el periodo que, en definitiva, se establezca».

Lo que implica la necesidad de garantizar el derecho de uso, impidiendo que quienes lo tienen atribuido judicialmente puedan ser desalojados en tanto persistan las circunstancias tomadas en consideración para su atribución (6).

(5) «La jurisprudencia del Tribunal Supremo, no obstante, ha sufrido una patente evolución desde la sentencia de 23 de noviembre de 1990, que reconocía la posibilidad de ejercicio sin traba alguna de la acción de división, procediendo, en su caso, la venta de la vivienda familiar cuyo uso tenía atribuido uno de los cónyuges en sentencia de separación matrimonial, debiendo éste desalojarla cuando se producía la adjudicación hasta la posterior, mantenida en sentencias tales como las de 2 de diciembre de 1992 y 14 de julio, 18 de octubre de 1994, 16 de diciembre de 1995 y 3 de mayo de 1999, en las que matiza la postura anterior en el sentido de que, si bien es posible el ejercicio de la acción de división, ha de ser garantizando, respetando la eficacia de la atribución judicial de la vivienda familiar declarada al amparo del artículo 96 del Código Civil. Ello significa que la atribución del uso de la misma en causa matrimonial no impide el ejercicio de la acción de división de la cosa común, siempre que se garantice aquel derecho, impidiendo que las personas que ocupan la vivienda familiar por atribución judicial puedan ser desalojadas en tanto persistan las circunstancias tomadas en consideración para su atribución. Así, ya el propio artículo 96 establece la asignación del uso con carácter temporal al cónyuge no titular del inmueble, criterio que, conforme constante interpretación judicial, es perfectamente traspolable a los casos de titularidades compartidas, pues de otra forma las facultades dominicales de uno de los cónyuges, precisamente el no beneficiario por el derecho de uso quedarían largo tiempo, cuando no indefinidamente, frustradas, transgrediéndose de tal forma los derechos que en cualquier otro caso de comunidad de bienes reconocen los artículos 392 y sigs. del Código Civil, y en especial el de instar la división de la cosa común sancionado por el artículo 400 del Código Civil».

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.^a, sentencia de 28 de septiembre de 2002, recurso 768/2000 (La Ley Juris.: 1233/2003).

(6) Vid., en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.^a, sentencia de 28 de septiembre de 2002, recurso 768/2000 (La Ley Juris.: 1233/2003).

V. CONSIDERACIÓN DE ESTE DERECHO COMO UNA CARGA DE LA VIVIENDA CON LA QUE HA DE CONTAR EL NUEVO ADQUIRENTE EN CASO DE VENTA DEL INMUEBLE DIVIDIDO

Derivado de las garantías específicas atribuidas por ley a este derecho de uso, se deriva la consideración de este derecho como una carga de la vivienda con la que ha de contar el nuevo adquirente en caso de venta del inmueble dividido. Cuestión afirmada reiteradamente por la jurisprudencia, pues si bien el —generalmente esposo— cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio (7).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

COPROPIEDAD. VENTA DE COSA COMÚN POR COPARTÍCIPES EN EL DOMINIO, TITULARES REGISTRALES, SIN CONTAR CON EL OTRO CON- DUEÑO RECONOCIDO EN DOCUMENTO PRIVADO. VENTA DE COSA AJENA.—VALIDEZ DE LA MISMA Y MANTENIMIENTO EN LA ADQUI- SIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE DE BUENA FE (ART. 34 LH). (SENTEN- CIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

(7) Vid. Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, Sentencia de 27 de febrero de 2001 (La Ley Juris.: 719794/2001). «La cuestión a determinar es, entonces, qué ocurre con el derecho de uso exclusivo del inmueble que tiene uno de los cónyuges derivado de su atribución como vivienda familiar. Sobre este aspecto cabe señalar la línea jurisprudencial que, en términos generales, considera que el uso de la vivienda familiar tiene efectos *erga omnes*, siendo claramente oponible a terceros, incluidos los futuros propietarios del mismo (SSTS de 31 de diciembre de 1994, RJ 1994/10330; 25 de octubre de 1999, RJ 1999/7680; entre otras). Si bien en algunas ocasiones esta permanencia se ha fundamentado en un pretendido «derecho real familiar» derivado de la sentencia de separación o divorcio (STS 18-10-1994, RJ 7722); en la actualidad se hace referencia a la existencia de una *carga* derivada de la sentencia de separación o divorcio. Una carga con la que ha de contar el nuevo adquirente, tal y como lo ha explicitando el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10684), 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3807), 14 de julio de 1994 (RJ 1994/6439) y 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9144), con arreglo a las que, si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne, y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, la que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (STS de 27 de diciembre de 1999, RJ 1999/9493). Un derecho de uso que puede igualmente ser objeto de registro en el correspondiente Registro de la Propiedad. Por lo que este motivo de impugnación debe prosperar».

Antecedentes.—Se adquirió por escritura pública, de fecha 28 de diciembre de 1973, la finca objeto del litigio por don Eduardo Sanjurjo y don Francisco Javier Ribas, en pro-indiviso, y a razón de una tercera parte, aquél, y dos terceras partes, éste, y así se inscribió en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, el 20 de junio de 1974, los adquirentes firmaron un documento privado en el que manifestaban que la finca adquirida pertenece por terceras partes iguales en pro-indiviso a los dos adquirentes en una tercera parte cada uno, y la otra tercera parte a doña M.^a Teresa Ribas (casada en régimen de gananciales con don Alberto Casal), añadiéndose que lo allí dispuesto se hará constar en escritura pública si ella lo solicitara.

Posteriormente, en otro documento privado de fecha 4 de agosto de 1976, averdado pericialmente, don Francisco Javier Ribas hace constar que en la escritura pública de adquisición consta como propietario de las dos terceras partes de la finca, pero que en realidad les pertenece en partes iguales a él, al señor Sanjurjo y a don Alberto Casal, obligándose a formalizar cuantos documentos fueren necesarios para la constancia registral y frente a terceros de lo que allí se consignaba.

Muere don Francisco Javier Ribas y le sustituye en el pro-indiviso su mujer (casados en régimen de gananciales) doña Pilar Villarreal.

Doña Pilar Villarreal y don Eduardo Sanjurjo, por escritura pública de fecha 28 de octubre de 1994, venden la totalidad de la finca a Xuvencas e Carballos, S. L., sin que conste autorización de doña M.^a Teresa Ribas. Esta escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Ante esta compraventa, sin su consentimiento, doña M.^a Teresa y su esposo interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía en el ejercicio de la acción declarativa de dominio, solicitando que se declare a su favor el dominio de la tercera parte pro-indiviso de la finca y que se cancelen los asientos registrales que se oponen a ello. Asimismo, interponen otra demanda frente a los compradores y los anteriormente demandados, solicitando que se declare la nulidad de la compraventa realizada en escritura pública de fecha 28-X-94 y que dio lugar a la correspondiente inscripción registral.

Se acumulan las acciones, y el Juzgado de Primera Instancia desestima las dos demandas acumuladas, por entender que ejercitándose principalmente la acción declarativa de dominio, el actor no ha acreditado suficientemente por los documentos aportados el título justificativo de propiedad; pues dichos documentos privados carecen de eficacia ante terceros, y sólo la producen entre las partes, actuando sólo como prueba documental. Mientras que la transmisión en escritura pública sí es válida por ser el adquirente tercero de buena fe.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial admite parcialmente el recurso y revoca en parte la sentencia, declarando que la finca era propiedad de los actores, declarando la nulidad de la escritura pública de compraventa realizada, pero reconociendo, no obstante, la condición de tercero hipotecario al adquirente.

Se recurre la sentencia en casación por doña Pilar Villarreal y don Eduardo Sanjurjo, alegando que solamente han vendido sus partes en la finca, tal y como es permitido en los condominios (infracción del 399 del Código Civil); y asimismo recurre también el adquirente alegando su posición de tercero de buena fe, y que la compraventa de cosa ajena es válida.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Mercantil Xuvencas e Carballos y desestima el interpuesto por doña Pilar Villarreal y don Eduardo Sanjurjo, estableciendo la siguiente:

Doctrina.—Se aprecia el segundo motivo de casación interpuesto por la mercantil adquirente de la finca, ya que «califica correctamente la venta de cosa ajena como figura que aparece admitida por la doctrina y la jurisprudencia, al entender que la compraventa es sólo generadora de obligaciones, y la propiedad no se transmite por el simple contrato, sino por éste unido a la tradición, teniendo como límite la validez de esta venta, el supuesto en que medie engaño por parte del vendedor, en cuyo caso cabría anulabilidad por dolo, existiendo en otro caso la posibilidad de la correspondiente indemnización si la cosa no llega a entregarse». De lo anteriormente dicho debe deducirse que, estando la posición negocial de la sociedad compradora amparada por el artículo 34 y el 38 LH, en cuanto siendo la misma tercero hipotecario, por ser de buena fe, fiándose del Registro, como no consta que medie dolo por parte de los vendedores, debe reconocerse la adquisición dominical que corresponde a la sociedad compradora.

COMENTARIO

Se aborda en esta sentencia, una vez más, el tema de la venta de cosa ajena, que todavía sigue generando problemática y discusiones doctrinales y jurisprudenciales.

Sin embargo, en esta sentencia se declara la validez de dicha venta de cosa ajena, lo cual es digno de alabanza y mención, sobre todo teniendo en cuenta los distintos pareceres de este mismo Tribunal sobre esta materia. Sin ir más lejos, baste mencionar la reciente sentencia de 10 de junio de 2003, en la que el Tribunal Supremo aboga por la nulidad de la venta de cosa ajena, que ya fue objeto de comentario en esta misma revista (1), si bien, en ese comentario, el tema se hizo más complejo al mezclarse con un embargo trabado sobre bienes que no eran del deudor.

En resumen, compartimos y subrayamos las palabras del Alto Tribunal confirmando la validez de la venta de cosa ajena, esperando que de una vez se confirme esta tesis. Pero para ello, desde estas líneas, considero conveniente hacer unas breves consideraciones sobre la misma, y su relación con el artículo 34 LH, criticando, de esta forma, la sorprendente idea de la Audiencia Provincial que a pesar de considerar nula la doble venta, mantiene la adquisición del tercero del 34 del comprador.

La venta de cosa ajena se puede definir como la venta de una cosa a una persona por quien no es dueño de la cosa, y por tanto carece de la facultad de disposición sobre la misma. Se diferencia de la doble venta en el sentido de que ésta se produce cuando existe una doble transmisión, sin que en ningún caso la primera transmisión se haya consumado (hay título pero falta modo), por lo tanto el transmitente sigue siendo propietario, tiene poder de disposición sobre la cosa y puede, en consecuencia, transmitir eficazmente a un segundo comprador que sí que consuma la compraventa, al existir modo (toma de posesión o tradición instrumental). Mientras que en la compraventa de cosa ajena se exige una primera compraventa perfecta y consumada, pues ha existido no sólo título sino también modo, y por tanto hay transmisión del

(1) Véase, en este sentido, el comentario a la STS de 10 de junio de 2003, en *RCDI*, número 684, julio-agosto, 2004, págs. 1964-1969.

dominio, de forma que el transmitente (vendedor) ya no es propietario de la cosa, ya no tiene poder de disposición sobre la misma cuando la enajena a un segundo adquirente.

Si configuramos así la venta de cosa ajena, caben, entonces, dos posturas sobre la misma y su relación con la fe pública registral:

1. La primera tesis, y tradicional, entiende que la segunda disposición que realiza el vendedor es a *non domino*, pues la primera venta ya se consumó. Y, siguiendo el famoso aforismo *nemo dat quod non habet*, se considera que dicha venta es nula, pues el que nada tiene, nada transmite, y por tanto, sea por falta de objeto, o incluso por falta de causa, dicha venta no puede ser válida.

En consecuencia, si la segunda venta (venta de cosa ajena) es nula, el adquirente de la misma, aunque inscribiera su derecho en el Registro de la Propiedad, no puede resultar amparado en ningún caso por el artículo 32 LH, puesto que el artículo 33 LH impide la convalidación de los actos nulos, siendo excepción al primero. Tampoco podría alegarse aquí la protección del 34 LH, interpretando que estamos ante un supuesto de resolución o anulación del derecho del transmitente que «convalida» el Registro a favor del tercero del 34 LH, pues está claro que para gozar de su protección registral, ese mismo artículo exige que el tercero haya adquirido mediante negocio jurídico válido. Luego, en ningún caso, ese tercer adquirente que inscriba puede ser amparado por el Registro, y perdería en todo caso su derecho de propiedad adquirido, pues fue nula su adquisición.

Parte de la doctrina coincide con la tesis de la nulidad de la venta de cosa ajena, si bien más antigua, entre ellos, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, BORRELL (2).

Por otra parte la jurisprudencia, en un principio, se inclinó mayoritariamente por esta tesis y mantuvo la nulidad de la venta de cosa ajena, basándose unas veces en la falta de objeto (inexistencia), otras de causa, y algunas en la nulidad por error determinante, baste como ejemplo las SSTS de 11 de abril de 1911, 26 de junio de 1924, 19 de diciembre de 1946, 20 de noviembre de 1925, 27 de diciembre de 1932, 23 de junio de 1951, 12 de octubre de 1954, 7 de abril de 1971, 18 de octubre de 1982, y mucho más recientes, podemos encontrar las SSTS de 16 de mayo de 1991, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 25 de mayo de 1994, 2 de julio de 1994, 25 de julio y 26 de noviembre de 1996, 24 de julio de 1998 y sin ir más lejos, la STS que ya hemos mencionado de 10 de junio de 2003, que dice textualmente, recogiendo la doctrina jurisprudencial anterior: «si la primera compraventa resulta plenamente consumada por pago íntegro del precio y entrega de la cosa al vendedor que accede efectivamente a su posesión inmediata y disfrute, como aquí ha ocurrido... En estos supuestos no se puede hablar de doble venta y sí de venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto...».

Como se ve, esta tesis de la nulidad, si bien era mayoritaria en sus inicios, todavía hoy se mantiene de forma más aislada, conviviendo con la tesis hoy dominante que vamos a exponer a continuación y que origina un grave problema de coordinación e interpretación.

(2) Véase MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario al Código Civil español*, tomo IX, Madrid, 1908, pág. 25; Mucius SCAEVOLA, *Código Civil concordado y comentado*, tomo XXIII, Madrid, 1906, págs. 271-278: aunque este autor parece inclinarse más por la anulabilidad; BORRELL, *Derecho Civil español*, t. III, págs. 225 y sigs.

2. La segunda postura que puede mantenerse en torno a la venta de cosa ajena es que, a pesar de haberse consumado la primera compraventa, eso no hace nula la segunda, sino que ésta es válida, pues reúne todos sus requisitos esenciales (art. 1.261 del Código Civil: consentimiento, objeto y causa), y es perfecta en el plano obligacional. Es válida esa compraventa por el carácter obligacional del contrato, que únicamente produce obligaciones (para el vendedor sólo la de entregar la cosa), y además no existe en el Código Civil ningún precepto que exija que el vendedor sea propietario de la cosa vendida. Por lo tanto, entre las partes, y como contrato, en el plano estrictamente obligacional, la venta de cosa ajena es válida. Sería en el plano real donde podemos aducir su nulidad, ya que al carecer el transmitente del poder de disposición de la cosa (pues ya la enajenó), no puede producirse el efecto típico real de la compraventa que es, precisamente, la transmisión de la propiedad. Es decir, la transmisión de la propiedad a favor del segundo adquirente sería imposible (pues ya se transmitió), pero la venta en sí, como negocio, como contrato, como título de adquisición sería plenamente válida; eso sí, ineficaz en lo concerniente a la transmisión de la propiedad. Por tanto, la segunda venta sería una venta válida pero ineficaz en el plano real.

Y precisamente, es en esos supuestos de validez pero ineficacia donde el Registro juega o se manifiesta con su protección registral. En este caso, si el segundo adquirente de buena fe inscribe su derecho en el Registro, resulta protegido por el artículo 32 LH frente al que no lo hizo, pues no choca con el artículo 33 LH. Y, por supuesto, si se dieran las circunstancias del 34 LH (resolución o anulación del derecho del transmitente), podría actuar el 34 purgando de ineficacia esa adquisición válida del tercer adquirente, que sería sin duda un tercero hipotecario del 34 LH.

En este sentido se manifiesta la mayor parte de la doctrina, entre los que podemos destacar a LACRUZ BERDEJO (3), que mantiene la validez de la venta de cosa ajena por la naturaleza consensual del contrato de compraventa, generador únicamente de obligaciones, entre ellas la de entregar la cosa, pero nada se dice del dominio, ni de que el vendedor deba ser propietario de la cosa vendida. En el mismo sentido se manifiestan Díez Pícazo, Amorós Guardiola, Chico y Ortiz, Albaladejo, Lasarte, y O'Callaghan, entre otros (4).

La Jurisprudencia, aunque vacilante, como ya hemos visto en el apartado anterior, últimamente parece inclinarse más por la tesis de la validez, tesis que se defendió por primera vez en la STS de 15 de marzo de 1954, en la que el Tribunal sostuvo que las consecuencias de la falta de dominio del vendedor sobre la cosa vendida se reducen a los efectos traslativos del contrato, independientemente de las relaciones que en el orden obligacional pudieran surgir entre los contratantes, por concurrir en el contrato los requisitos necesarios

(3) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-2, ed. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 14-16.

(4) Véase Díez Pícazo, J. L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 262-263; Amorós Guardiola, M. y Chico y Ortiz, J. M., «Comentario al artículo 606», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Edersa, Madrid, pág. 361; Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo cuarto, Ed. Reus, Madrid, 1988, págs. 84-87; Albaladejo, M., *Derecho Civil*, II, vol. 2.º, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, págs. 18-19; Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo 3, ed. Trivium, Madrid, 1994, pág. 190; O'Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1991, págs. 22-23.

para su existencia. A esta sentencia han seguido muchas otras, entre las cuales cabe mencionar la de 5 de febrero de 1968; 7 de abril de 1971; 16 de mayo de 1974; 5 de mayo de 1983, 3 de junio, 13 de octubre y 31 de diciembre de 1984, 28 de noviembre de 1986, 4 de marzo de 1988, 25 de junio de 1993, 6 de junio, 12 de julio y 25 de octubre de 1996, 29 de enero de 1997, 19 de octubre de 1998, y más reciente la STS de 14 de abril de 2000, cuyas palabras resumen perfectamente esta doctrina: «La doctrina jurisprudencial más moderna viene reconociendo la validez de la venta de cosa ajena, dado el carácter puramente obligacional del contrato de compraventa —el vendedor, en efecto, no da sino que se obliga a hacerlo— sin que exista precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida».

Comparto totalmente esta segunda postura, y considero que hoy no queda duda acerca de la validez de la venta de cosa ajena. Por eso, es de agradecer la contundencia de esta sentencia, y es de esperar que no vuelvan a producirse pronunciamientos contrarios a su doctrina. Pero esta sentencia es también importante e innovadora, en el sentido de que recoge y acepta que la venta por parte de varios condóminos sin contar con otro de ellos, es venta de cosa ajena en parte, aplicando la tesis de su validez, frente a una doctrina anterior que abogaba por la nulidad de la venta de cosa común por un comunero sin consentimiento de los demás. Nulidad que deriva de la falta del poder de disposición en el mismo. Doctrina que se recogía en la STS de 30 de diciembre de 1996, que afirmaba que «...sentada la indivisión del patrimonio de la causante... y teniendo en cuenta que es principio de derecho que nadie puede dar lo que no tiene, siendo doctrina del Tribunal Supremo mantenida desde antiguo, que cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás. Por ello, faltando el consentimiento de todos los herederos de doña Josefa R. P., la compraventa efectuada por la demandada doña Elena I. R., en unión con sus hijos doña Elena y don Fernando I. R., en virtud de escritura de 3 de noviembre de 1998, aclarada por la de 28 de junio de 1990, debe reputarse nula e ineficaz respecto de la demandante y comunidad hereditaria en cuyo beneficio acciona». La misma doctrina puede encontrarse en las sentencias que esta misma cita de 4 de abril de 1905; 26 de enero de 1906; 30 de enero de 1909; 18 de noviembre de 1918; 11 de febrero de 1952 y 11 de abril de 1953.

Y, para terminar, conviene subrayar lo inadmisibile por contradictorio de la postura mantenida por la Audiencia Provincial de Lugo, pues considera nula la venta de la finca litigiosa a la mercantil adquirente, pero, sin embargo, considera que ésta es tercero hipotecario, y por tanto debe ser mantenida en su adquisición. Incurre en una grave incoherencia o contradicción, pues la Ley Hipotecaria establece en su artículo 34 de forma expresa, y se aplica al 32 LH igualmente, que para ser tercero hipotecario, y por tanto, resultar protegido por el Registro, es indispensable adquirir el derecho en cuestión mediante negocio jurídico válido. Si la compraventa por la que adquirió el comprador es nula, resulta imposible pretender la protección registral. No pueden mantenerse las dos posturas a la vez, y me parece oportuno incidir sobre el erróneo fallo de la Audiencia Provincial, que rectifica, afortunadamente, el Alto Tribunal en su sentencia.

Por último, y simplemente como un pensamiento en voz alta, me gustaría dejar planteado que, quizá, una vez aclarada y confirmada la validez de la venta de cosa ajena, y que por tanto el comprador puede hacer eficaz su

adquisición conforme al artículo 34 LH, tal vez habría que dar una nueva vuelta de tuerca, y tratar también de superar esta tesis. Se podría empezar a considerar que ese adquirente no es verdadero propietario porque el Registro purgue, «convalide» su adquisición conforme al artículo 34 LH, sino que, probablemente, lo sea conforme al artículo 32 LH. Pues, como inscribió su derecho, es verdadero propietario frente a quien no lo hizo; no por un tema de eficacia o validez, sino de enfrentamiento de dos títulos distintos: uno perfecto y consumado, no inscrito (por tanto claudicante e inoponible frente a otro inscrito), y otro inscrito y por tanto oponible y eficaz, ahora sí, *erga omnes*. No se trata tanto de un supuesto de convalidación de una venta de cosa ajena por 34 LH, sino de un supuesto de inoponibilidad y, por tanto, del 32 LH en relación con los artículos 1.473 del Código Civil y 606 del Código Civil.

Pero, probablemente, el desarrollo de esta idea exceda de este comentario, con lo que me conformo con dejar planteada la cuestión.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

POSESIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. EL HECHO DE TRANSMITIR LA POSESIÓN DE UNA FINCA QUEDA EXCLUIDO DE INSCRIPCIÓN POR LA LEY HIPOTECARIA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Antecedentes.—Se presenta a su inscripción una escritura en virtud de la cual don Juan Manuel M. D. transmitió, a cambio de una prestación dinerada, la posesión de varias fincas registrales, respecto de las cuales afirma que es titular de la posesión de manera pública, pacífica y notoria desde tiempos inmemoriales, a las entidades C. de C., S. A.; SCLM, S. A.; SCR, S. A., y C. de CLM, S. A.

El Registrador rechaza la inscripción solicitada por entender que el mero hecho de transmitir la posesión de fincas es un derecho expresamente excluido de inscripción por la Ley Hipotecaria (art. 5 LH).

Se interpone recurso gubernativo alegando que no se pretende inscribir un hecho, sino un acto jurídico: la transmisión de la posesión, contemplado por el artículo 2 LH.

La DGRN confirma la nota del Registrador, desestimando el recurso interpuesto, estableciendo la siguiente

Doctrina.—Sin necesidad de entrar en la discusión doctrinal sobre si la posesión es un hecho o un derecho, es lo cierto que la reforma hipotecaria de 1944 declaró la expulsión del Registro de tal figura, de manera que, aunque se tratara hipotéticamente de un derecho real, la clara dicción del artículo 5 de la Ley Hipotecaria supondría una excepción a los artículos 1 y 2.1.º de la misma Ley.

COMENTARIO

Se plantea el problema de si la transmisión de la posesión es inscribible o no. En definitiva, nos encontramos con el viejo tema de la posibilidad de la inscripción registral de la posesión.

La normativa actual es bien clara a este respecto. El artículo 5 LH de forma expresa afirma: «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles». Pero esto no ha sido siempre así, sino que las legislaciones anteriores contemplaban la posibilidad de la inscripción de la posesión. ¿Por qué se ha producido este cambio? ¿A qué se debe la prohibición expresa de la vigente Ley? La posesión como hecho no se inscribe, pero ¿y el derecho a poseer?

Todas estas cuestiones merecen que nos paremos a analizar las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad, para tratar de concluir si la transmisión de la posesión (en el caso que se comenta) es un mero o simple hecho, o si, por el contrario, puede calificarse de acto que transmite un derecho real y debiera por tanto inscribirse.

Como bien señala la DGRN en esta resolución, no es momento ahora de detenernos a debatir sobre la naturaleza de la posesión, sobre si se trata de un hecho o más bien de un derecho. Partamos de la postura mayoritariamente aceptada de considerar a la posesión, en sí misma considerada, como un hecho jurídico, es decir, un hecho que produce consecuencias jurídicas, y por tanto con relevancia suficiente.

Pues bien, si se trata de un hecho, y como apunta ENCARNA ROCA (1), si el Registro se destina a publicar «actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales» (art. 1 LH), parece que la exclusión de la posesión en el mismo es evidente. Exclusión que se agudiza si tenemos en cuenta el carácter provisional y cambiante de la posesión. No parece que sea el Registro de la Propiedad el «medio» idóneo para la posesión. A pesar de ello, el legislador insiste y dedica un artículo particular y especial para prohibir la inscripción de la posesión en el Registro. ¿Por qué lo hace? ¿Queda alguna duda sobre su inscribibilidad?

Retomemos los antecedentes históricos para comprender la necesidad de esta expresa exclusión.

La Ley Hipotecaria de 1861 permitió la inscripción de la posesión, si bien siempre de una manera residual o subsidiaria, en caso de no poder acreditar y presentar a inscripción el título de dominio. Es decir, por las circunstancias históricas y coyunturales, para obtener la finalidad que obsesionaba al legislador de la época, que era lograr el mayor número posible de fincas inmatriculadas, se permitió que tuvieran acceso al Registro los títulos que sin poder probar el dominio sobre la finca, al menos sí podían acreditar la posesión sobre las mismas. O sea, la posesión fue una titulación supletoria para inscribir, no la posesión, sino el dominio (2).

(1) Véase ROCA TRÍAS, E., «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 530, 1979, págs. 9 y 10.

(2) La Exposición de Motivos de esta Ley recoge perfectamente esta idea: «la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad u otros derechos reales que legítimamente les correspondan exigía procurar que a la titulación perdida o nunca formada reemplazara una titularidad nueva, lo cual si bien no podía inspirar desde luego tanta confianza ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, acreditará la posesión, y en el transcurso del tiempo y con llegar a ser más antigua que la prescripción más larga, será tan buena y tan segura como la titulación más completa».

Y asimismo recogen esta idea: CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 764; GENOVES AMOROS, C., *La posesión y el Registro de la Propiedad*, Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, 1944; CURIEL

La inscripción de la posesión se hacía mediante el expediente de información posesoria, en principio de carácter inmatriculador, y en cualquier caso esa medida tenía carácter transitorio y provisional, y sólo para adquisiciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley.

Sin embargo, las inscripciones de posesión fueron en aumento, se fue ampliando el uso de esas informaciones posesorias que se utilizaron de forma masiva, y la inscripción de la posesión pasa a ser un medio permanente. A esto contribuyó, como bien recoge CURIEL LORENTE (3), el hecho de que se ampliaron los medios para inscribir la posesión, pues también se podía inscribir mediante certificación administrativa o eclesiástica. Asimismo, el expediente posesorio perdió su carácter transitorio, y pudo utilizarse para adquisiciones posteriores a 1863. En la Ley de 1869 se regula un nuevo expediente de dominio, lo que consagró la práctica de la inscripción del expediente posesorio como inscripción de la posesión. Y la DGRN admitió en varias ocasiones la inscripción de títulos traslativos de la posesión inscrita. Posteriormente, y siguiendo al mismo autor, la Ley de reforma de 21 de abril de 1904 potenció los efectos de la inscripción de la posesión hasta hacerlos similares a los de la inscripción de dominio. Y la Ley de 1909 y su reglamento no cambiaron la situación, sino que configuraron la posesión inscrita como «un derecho potencialmente similar al dominio (art. 41 LH), pero temporalmente subordinado a él (arts. 34 y 396 LH) mientras no quedara absolutamente equiparado mediante la conversión de la inscripción de posesión en la de dominio (art. 399 LH)» (4).

Con estas perspectivas y ante este ambiente de inscripciones posesorias desnaturalizadas y excesivas, pues sobrepasaban con mucho lo que originalmente se pretendió con las mismas, el legislador, volviendo a la naturaleza de hecho de la posesión, y encuadrándolo en su verdadero marco —el Código Civil—, decidió, en la reforma de 1944, hacer una mención expresa a la prohibición de inscripción de la posesión, que de otra manera, y a no ser por los acontecimientos ya mencionados, nunca debió de ser necesaria, ya que de los artículos 1 y 2 LH se puede extraer la misma conclusión. Así surge el actual artículo 5 LH, que tiene precisamente su finalidad en aclarar y poner fin a todas las inscripciones posesorias hasta entonces permitidas.

De esta forma, hoy, con este artículo 5 LH no se permite la inscripción de la posesión ni a través de procedimientos inmatriculadores, ni tampoco a través de la inscripción de derechos reales limitados. La posesión como hecho queda fuera del Registro, en todas sus modalidades, salvo las inscripciones de carácter transitorio contempladas en la Disposición Transitoria 4.^a LH; y también se contempla la conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio, conforme al actual artículo 353 RH, si no existieren asientos contradictorios (5).

LORENTE, F., «Comentario al artículo 5 LH», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 3.º, EDESA, Madrid, 1999, pág. 330.

(3) Véase CURIEL LORENTE, F., «Comentario al artículo 5 LH», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., pág. 332.

(4) Véase, de nuevo, CURIEL LORENTE, F., «Comentario al artículo 5 LH», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., págs. 333-335.

(5) Disposición Transitoria cuarta LH 1944-46: «Surtirán todos los efectos determinados por la legislación anterior las inscripciones de posesión existentes el 1 de enero de 1945 o las que se practiquen, en virtud de informaciones iniciadas antes de dicha fecha».

Las razones para excluir a la posesión del Registro son, tal y como apuntan CURIEL LORENTE y ENCARNA ROCA: a) porque no existe una situación unitaria de posesión, sino que, según las condiciones concretas, sus efectos son distintos (*ad interdicta*, *ad usucapionem*...); b) la posesión, desligada del derecho, siempre tiene su fundamento en una situación de hecho sin conexión causal con el dueño, y por tanto contrario al tracto sucesivo; c) la situación posesoria adolece de provisionalidad; d) el Registro de la Propiedad se desenvuelve en el campo de la tutela de los derechos firmes y definitivos; e) porque el Registro publica titularidades (conforme al art. 1 LH); f) porque lo que se protege de la posesión es la relación fáctica del poseedor con la cosa poseída, y es una situación de hecho que pertenece a la vida real y no puede quedar amparada por el Registro; g) el concepto posesorio del 432 del Código Civil no puede reflejarse en el Registro, pues implica únicamente una relación del poseedor con el objeto, con independencia del título.

Aunque el artículo 5 LH rechaza de lleno la inscripción de la posesión, la Exposición de Motivos de esa misma Ley de 1944 parece que sí que admite como objeto del Registro el derecho a poseer o *ius possidendi*. En efecto, en la Exposición de Motivos se afirma que «el derecho a poseer, como parte integrante del dominio, es un derecho real que el Registro debe reflejar y proteger. El mero hecho de poseer, en cambio, si bien trasciende jurídicamente, con dificultad alcanza la integridad de un derecho real. Aunque no se admita el principio *res facti non juris*, es obligado reconocer que, por lo menos, las consecuencias dimanantes del *ius possessionis* están subordinadas a una situación de hecho que, como tal, escapa del área de protección del sistema». Por lo tanto, el artículo 5 LH prohíbe la inscripción de la posesión, la Exposición de Motivos permite o ampara el derecho a poseer y excluye de su ámbito la posesión como mero hecho. ¿Existe una contradicción entre ambos? ¿Hemos de entender que el derecho a poseer, o la posesión como derecho, sí puede inscribirse en el Registro? En ese caso, ¿la transmisión de la posesión de la resolución que estamos comentando es un «derecho a poseer» y por tanto inscribible?

La aparente contradicción entre el artículo 5 LH y la Exposición de Motivos es sólo eso, aparente. Siguiendo en este punto las ideas de ENCARNA ROCA (6), hay que decir que queda claro que el simple hecho, o la posesión como hecho (*ius possessionis*) no puede inscribirse, y en eso coinciden ambos textos. En cuanto al derecho a poseer (*ius possidendi*) hay que entender que, por supuesto, es un derecho real que accede al Registro, lo que ocurre es que

Artículo 353.3.º: «Cuando se extienda alguna inscripción relativa a las fincas o se expida una certificación a solicitud del titular de las mismas, se convertirán en inscripciones de dominio las de posesión, si no existiere asiento contradictorio», en relación con la Disposición Transitoria 5.ª del RH: «Podrán efectuarse agrupaciones de fincas inscritas en dominio y en posesión, aun cuando para las segundas no haya transcurrido el plazo de diez años requerido para la conversión en inscripciones de dominio; pero deberá instarse tal conversión así que transcurra dicho plazo».

(6) En este sentido, ROCA TRIÁS, E., «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», *ob. cit.*, págs. 10-11, afirma que: «lo cierto es que en virtud del citado artículo 5 LH, que prohíbe la inscripción de títulos referentes al mero o simple hecho de poseer, ningún Registrador inscribiría un título relativo al *ius possidendi* abstractamente considerado. Lo que ocurre es que el *ius possidendi* como tal no tiene autonomía propia, lo que quiere decir que aparecerá en el Registro como consecuencia del título de dominio o derecho real que se inscriba».

no tiene una inscripción autónoma e independiente; en ningún caso puede separarse del derecho real del cual es facultad, y será su continente (el derecho real) el que acceda al Registro, pero nunca él solo, tal y como mantiene la prohibición del artículo 5 LH. La prueba de que la posesión accede y es amparada y tenida en cuenta por el Registro la encontramos en los artículos 38 y 35 LH con sus presunciones posesorias que sólo pueden referirse al *ius possidendi*.

Por lo tanto, la posesión como hecho queda fuera del Registro, el derecho a poseer, dentro, pero nunca puede tener una inscripción propia e independiente a su favor, pues ese derecho a poseer siempre va unido al título que le sirve de causa, pues uno posee porque es propietario, usufructuario, arrendatario, etc. Igual que no puede acceder al Registro y publicarse simplemente un derecho sin su título, sin su causa, pues el objeto del Registro, o sea, lo que publica, son los derechos unidos inexorablemente a su título, con la posesión pasa lo mismo o más acentuado (7). La posesión, como derecho a poseer, no tiene autonomía propia, y siempre debe ir unido al derecho, o continente o título que le sirve de causa, y el Registro lo publicará junto con ese derecho real del que forma parte, pero en ningún caso podrá ser objeto de inscripción separada; al igual que (en otra medida) ocurre con todos los derechos publicados por el Registro de la Propiedad, que necesitan siempre ir unidos a su causa o título material para poder ser inscritos, ya que nuestro sistema es eminentemente causalista y rechaza el principio del consentimiento formal en la inscripción. Por tanto, aun considerando que la posesión sea un verdadero derecho real, por sí mismo y en soledad, no podrá ser objeto de publicidad registral.

Luego, es acertada la doctrina contenida en esta resolución que confirma la nota del Registrador al no permitir la inscripción de la posesión, pues así lo exige el artículo 5 LH, y aunque, se tratara de una transmisión del derecho a poseer (verdadero derecho real) su inscripción en solitario es inviable. Como bien afirma el Registrador en defensa de su nota, la ausencia de su título impide saber en concepto de qué (a título de qué) está poseyendo su titular (dueño, usufructuario, arrendatario), con las distintas consecuencias que uno u otro concepto aparejarían.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

(7) Confirmando esta idea de la unidad inescindible del objeto de la publicidad registral, véase AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 1 LH», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 3.º, Edersa, Madrid, 1999, págs. 171 y sigs. Este autor afirma que «el objeto de la inscripción y de la publicidad registral, que así se actúa, es el derecho inscribible. Se inscribe el derecho pero en unión con su título originador: Título antecedente y derecho resultante forman una unidad inescindible para la publicidad del Registro. En nuestro sistema los derechos inscribibles no son derechos abstractos, independizados de su título de atribución, ni totalmente tipificados por la ley en la complejidad de su contenido de facultades».

1.4. Sucesiones

TESTAMENTO: NO ATRIBUYE POR SÍ SOLO LA PROPIEDAD DE LOS BIENES DE LA HERENCIA. ADICIÓN A LA PARTICIÓN: PROCEDE RESPECTO AL DINERO EXISTENTE EN DEPÓSITOS BANCARIOS Y OMITIDO EN SU DÍA. ALIMENTOS: IMPROCEDENCIA DE REPERCUTIR EN CONTRA DE LOS DEMÁS HIJOS LAS ATENCIONES AL PADRE POR UNO DE ELLOS QUE, NECESITADO ECONÓMICAMENTE, DISFRUTÓ DE LA VIVIENDA DEL PADRE Y DE LOS SERVICIOS CORRESPONDIENTES. RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIBILIDAD DE CUESTIONES CUYO PLANTEAMIENTO SE OMITIÓ EN APELACIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia presentan demanda tres hermanos, en juicio de menor cuantía, contra su hermana y el marido de ésta, solicitando que se reparta entre los cuatro hermanos, a partes iguales, el metálico existente en las cuentas y libretas, así como cualquier otro título de depósito bancario que estuviese a nombre de los causantes, progenitores de éstos.

Desconocían los actores el importe exacto, ya que carecían de los datos y documentos bancarios del metálico yacente procedente de la partición de la herencia de la madre entre su viudo y los cuatro hijos, protocolizada el año 1992, y del padre fallecido en el año 1995.

Los demandados, por su parte, además de proponer la excepción de inadecuación del procedimiento y oponerse a la demanda alegando que la cuestión había quedado zanjada por la partición hecha de común acuerdo en el año 1990 y protocolizada en el año 92 sin que tuvieran nada que reclamarse entre sí, ya que en la misma los interesados se daban por pagados, formularon reconvenición solicitando que cada uno de los actores iniciales les pagase 1.208.338 pesetas por las atenciones dispensadas a su padre hasta el fallecimiento del mismo, así como por los gastos ocasionados por su óbito.

La sentencia dictada por el Juzgado recogió en su fallo las siguientes consideraciones:

Rechazó la excepción propuesta por los demandados-reconvinientes que consideraban inadecuado el juicio utilizado por entender que el adecuado sería el de testamentaria.

Estimó la demanda en relación con el saldo de cuatro cuentas bancarias (unos ocho millones y medio de pesetas) que no se habían incluido en el documento particional y en la cuales no habían hecho ingreso alguno los demandados.

Estimó la reconvenición en cuanto a los gastos de funeral, rechazando el resto de los gastos por no haber quedado acreditado que el padre de los litigantes necesitara la atención constante de una persona para su cuidado. Puso también de manifiesto el Juzgado que se habían retirado cantidades de las cuentas bancarias de forma periódica, presumiéndose que sería para gastos ordinarios de la casa y de manutención de los que se habrían aprovechado los demandados-reconvinientes al vivir con el padre desde el año 84 y tener desde el 82 una economía precaria.

En cuanto a las costas procesales de la demanda principal se imponen a los demandados en ésta. Respecto a la demanda reconvenzional, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, imponiendo a la parte recurrente las costas de la apelación.

La base de la desestimación de la Audiencia se encuentra, por una parte, en el hecho de que no habían acreditado ingreso alguno en las cuentas con fondos propios, por otra, que si convivían con su padre era por propia voluntad, matizando que si bien la convivencia podía generar obligaciones, también les había supuesto un ahorro, como es el pago de la vivienda y otros gastos, como los telefónicos, que se sufragaban con cargo a las citadas cuentas.

Recurrida en casación la sentencia, se denuncia en el motivo primero la inadecuación del juicio de menor cuantía argumentando que el adecuado sería el de testamentaria.

El motivo segundo combate la sentencia impugnada en base a que la partición de la herencia de la madre entre el viudo y los hijos del matrimonio había quedado zanjada al haber declarado que se daban por pagados cuantos derechos les correspondieran en la herencia por cualquier concepto, sin que tuvieran nada que reclamarse entre sí porque en la demanda no se ejercitaba la acción fundada en el artículo 1.079 del Código Civil.

Para reforzar el motivo segundo, alega la recurrente que, tanto el padre como la madre en sus respectivos testamentos, le habían adjudicado «*los inmuebles, ropas, enseres, efectos y, en general, cuanto exista dentro de la casa*», por lo que estarían comprendidas «*las libretas de las cuentas que se reclaman*». Desestima el Supremo este motivo, en primer lugar, porque no cabe alegar incongruencia de la sentencia impugnada con la interpretación de una disposición testamentaria del padre y de la madre causantes sin citar como infringida norma alguna y, en segundo lugar, porque esta supuesta incongruencia no se denunció ni en la contestación a la demanda ni en el recurso de apelación, lo que la convierte en una cuestión nueva e inadmisibile, por tanto, en casación.

Defiende el alto Tribunal la interpretación del juzgador de instancia respecto a la referida cláusula de las operaciones particionales, ya que quien recibía dinero en metálico por diferencias de adjudicación no eran los hijos sino el padre, por lo que difícilmente cabe entender que éstos hubieran renunciado al dinero ganancial y, menos aún, al que hubiera en las cuentas bancarias cuando años después murió el padre de los litigantes.

Se desestima en la casación la pretensión de los recurrentes, declarando el Supremo no haber lugar al recurso e imponiendo a la parte recurrente las costas causadas por el recurso de casación.

Doctrina.—En primer lugar abordaremos el tema planteado sobre la pertinencia del juicio declarativo (STS de 14 de julio de 1994, Sala 1.^a), ya que el propio Tribunal Supremo dice que:

«no son pocas las sentencias que han conocido de recursos de casación sobre adiciones a la partición de herencia promovidas mediante juicio declarativo no precedido del de testamentaria sin plantearse siquiera la posible inadecuación del procedimiento (por ejemplo, SSTS 11-12-02 y 20-11-03)».

En segundo lugar hemos de plantearnos si el hecho de que le hubiesen adjudicado todo cuanto se encontrara dentro de la casa debe comprender las

libretas de las cuentas que se reclaman. Como pone de relieve el Supremo, desconocen la previsión del artículo 346 del Código Civil, que exige claridad inequívoca al respecto en una disposición para que se entienda comprendido el dinero en los bienes muebles, ya que este precepto expresamente lo excluye. La STS de 29-XI-1913, al interpretar el artículo 347 del Código Civil sobre aquellas disposiciones por las que se transmite la propiedad de lo que se hallare dentro de un inmueble exceptúa el metálico, valores y créditos cuyos documentos se hallaren en la cosa transmitida.

Si pasamos a comentar el artículo 1.079 hemos de poner de manifiesto que sigue el principio del *favor partitionis*, de modo que la omisión de algún valor de la herencia no conlleve la rescisión de la partición por lesión sino que se produzca una adición del valor omitido. Esta doctrina siguen las SSTs de 22-II-1994, 17-III-1955, 13-V-1974, y es que nuestro ordenamiento es muy restrictivo en materia de nulidad de la partición y de rescisión de la misma, ya que una nueva partición produce numerosos gastos y molestias (SSTS 14-II-1985, 31-V-1980, 15-VI-1982). En definitiva, no es más que una expresión del *principio de conservación* seguido por nuestro Código Civil, evitando así, en la medida de lo posible, que las particiones se anulen o rescindan (STS 25-II-1969).

COMENTARIO

La sentencia dictada por el Juzgado rechazó la excepción propuesta por los demandados-reconvinientes que consideraban inadecuado el juicio utilizado por entender que el adecuado sería el de testamentaria, si bien éste presupone una herencia indivisa. No hay que confundir la partición de una herencia con el hecho de realizar una adición a una partición ya hecha.

En el caso que nos ocupa, ya se había llevado a cabo la partición de la herencia y la adjudicación de los bienes, tratándose de un caso claro de adición a la partición de unos valores omitidos y cuya titularidad se arrogaban los demandados.

El pago de los gastos de entierro y funeral del padre corresponde a todos los hijos por partes iguales.

Entre las alegaciones de la recurrente se encontraba el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto en el que se basaba para exigir las cantidades desembolsadas para atender las necesidades del padre, petición que no es atendida por entender que esos gastos quedan compensados con lo que se han ahorrado en gastos de vivienda y servicios inherentes a la misma, ya que la vivienda era un bien ganancial y su usufructo vitalicio se adjudicaba al viudo en pago de su haber en la sociedad conyugal y en la herencia de su esposa.

En cuanto a la supuesta adjudicación a la recurrente del dinero que había en los depósitos bancarios resulta totalmente inaceptable, como sostiene el Tribunal Supremo. Se basa la recurrente en el hecho de que las libretas de las cuentas se encontraban en la casa y se le había adjudicado a ella cuanto hubiere dentro de la misma. No cabe admitir este argumento, pues, como ya se ha puesto de manifiesto, el artículo 346 del Código Civil señala que cuando sólo se use la palabra «muebles» no se entenderá comprendido el dinero, es esta una norma de carácter interpretativo y supletoria de la voluntad (SSTS 28-VII-2001 y 16-XII-1982). Por último, es conveniente poner de manifiesto que no cabe confundir las libretas como justificantes de la existencia de unos

depósitos bancarios con los depósitos propiamente dichos, que, obviamente no estaban en la casa.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

1.5. Obligaciones y contratos

CONTRATO DE OBRA. OBLIGACIÓN DE PAGO DEL PRECIO E INDEMNIZACIÓN POR CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—La base jurídica de la presente litis se halla en un contrato de obra, relativa al aislamiento acústico e insonorización de un local, destinado a discoteca, por el que el contratista «Dick Gijón, S. L.» reclama al comitente o dueño de la obra el cumplimiento de la obligación de pago del precio.

Doctrina.—Se defiende por la Sala la desestimación de indemnización por unos perjuicios, cuya realidad se niega en la sentencia de instancia, ya que de ninguna manera puede ser considerado como vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española, y tampoco como vulneración a la motivación de la sentencia que exige el artículo 120.3, que se ha cumplido sobradamente en la razonada y correcta sentencia. Sin embargo se insiste en la cuestión de fondos la realidad del perjuicio por razón del cierre, con lo cual, no se hace otra cosa que supuesto de la cuestión; es decir, se combate el hecho que la sentencia de instancia ha declarado probado, pretendiendo así la aplicación de las normas que son favorables a sus intereses. El hacer supuesto de la cuestión no es admisible en casación, como tantas veces ha reiterado la Sala. Así lo han expresado las sentencias entre otras, de 16 de marzo de 2000, 17 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 3 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2002; esta última dispone textualmente: «con ello la parte recurrente ha incurrido en el vicio procesal denominado judicialmente supuesto de la cuestión, ya que parte de la base en la fundamentación de su único motivo de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtener previamente su modificación o integración por parte de la Sala; y esto último no ha ocurrido por estimarse que la acción hermenéutica efectuada en la sentencia recurrida es lógica y racional, no pecando de conclusiones absurdas que supongan un verdadero disparate».

COMENTARIO

En el desarrollo de la litis se expone una aparente contradicción que nada tiene que ver con la forma de la sentencia. En ésta se dice que al no cumplirse por el contratista los niveles de insonorización exigibles en el local, «se decreta su cierre», y más adelante se afirma que no se han demostrado los perjui-

cios, porque el cierre fue debido «a otra clase de obras...». No hay contradicción: se niega la realidad de unos perjuicios porque el cierre del local fue debido a una serie de obras —probadas— no sólo la insonorización; es decir, ésta no fue la causa exclusiva del cierre, y demuestra que no pueden acreditarse los perjuicios que se reclaman por el dueño de la obra.

TERCERÍA DE DOMINIO. INEXISTENCIA DE TÍTULO. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL: ES UN CONTRATO DE LEASING; NO UNA VENTA DE MUEBLES A PLAZOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Jose de Asís Garrote.

Antecedentes.—La entidad demandada en juicio de tercería de dominio, la Tesorería General de la Seguridad Social, recurre la sentencia que estima la demanda de tercería de dominio promovido por la entidad mercantil Fiat Leasing, S. A., hoy «Transolver Finance, Establecimiento Financiero de Crédito, S. A.», promovida contra la referida entidad y contra la mercantil «Transportes Frigoríficos Mendivil, S. A.», acordando en consecuencia, el alzamiento de los embargos realizados por la citada Tesorería, de los camiones marca IVECO, matrículas NA-1093-AH y NA-1570-AH, traba realizada a instancia de la primera en juicio ejecutivo, seguido para el cobro de deudas de la Seguridad Social de la indicada empresa de transportes, aduciendo la entidad tercerista que los vehículos industriales embargados los poseía la entidad de transporte ejecutada, en virtud de un contrato de arrendamiento financiero o leasing y, por tanto, en su calidad de arrendataria, siendo por consiguiente, la titular dominical la arrendadora la mercantil Fiat Leasing, S. A., hoy Transolver Finance, Establecimiento Financiero, S. A.

Doctrina.—La doctrina de la jurisprudencia sobre simulación de los contratos de arrendamientos financiero o leasing viene a ser estudiada en la presente litis que considera vulnerados los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil. Dichos preceptos se encuentran comprendidos bajo el epígrafe «de la interpretación de los contratos», que conforman el Capítulo IV del Título II del Libro IV del Código Civil, y al respecto tiene declarado la jurisprudencia de la Sala, entre otras, en la sentencia de 15 de junio de 1999, «que si bien la calificación o interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de instancia, el resultado exegético o calificativo por ellos obtenido puede ser sometido a esta revisión casacional, cuando el mismo sea totalmente ilógico, absurdo o irracional, conforme a las normas reguladoras de la hermenéutica contractual», y no habiendo el Tribunal de instancia, caído en orden a la interpretación del contrato, cabe concluir que ha quedado suficientemente determinada la naturaleza del contrato, conclusión que no puede ser desvirtuada con la alegación de que el valor de la cuota residual del bien dado en arrendamiento sea más o menos elevado. En realidad no hay infracción a la doctrina jurisprudencial que se cita, en concreto la de esta Sala de 28 de mayo de 1990, pues aunque es cierto que la misma se apreció la existencia bajo apariencia de un contrato de arrendamiento financiero o leasing, se encubría en realidad una compraventa de un bien mueble a plazo, en el que el vendedor no se había reservado el dominio hasta que concluyera el

pago del precio, obedeció a un supuesto puntual, en el que para el pago de las cuotas se habían librado letras de cambio, letras que seguidamente fueron negociadas, incluso la que cubría el precio de la opción, supuesto que no es el caso de autos en los que como se analiza en la sentencia recurrida, se cumplen todos los requisitos del contrato de leasing, tanto personales como reales y formales para calificar el contrato de arrendamiento financiero, sin que a estos efectos la nimiedad del valor de la cuota residual sea obstáculo para tal calificación, como se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia de esta Sala de la que son muestras las sentencias de 3 de noviembre de 2000, la de 12 de marzo de 2001, en cuyos pleitos, una de las partes, era la propia entidad hoy recurrente, la Tesorería General de la Seguridad Social, además de las de 29 de mayo, 4 de junio, 21 y 23 de diciembre de 2001, por sólo citar alguna de las más recientes. Además, los preceptos de la Ley de venta de bienes a plazos no pueden entenderse infringidos por la sentencia recurrida, en cuanto que el contrato no lo ha calificado como uno de los contratos regulados por esa ley especial, sino al contrario, se ha entendido acertadamente por el Tribunal, que es un contrato de arrendamiento financiero o leasing, en el que como en cualquier contrato de arrendamiento, el arrendatario no adquiere la propiedad de la cosa arrendada, sino solamente el derecho de uso y posesión de la misma, conservando el arrendador el dominio del bien, no considerando incluidos los llamados arrendamientos financieros en los supuestos de la venta de bienes muebles a plazos.

COMENTARIO

Con el contrato de arrendamiento financiero o leasing, a diferencia de lo que ocurre en la compraventa de bienes muebles a plazos, no se transfiere la propiedad de los bienes objeto del contrato, sino solamente la posesión de los mismos, conservando la propiedad la entidad arrendadora, como ocurre en cualquier clase de contrato de arrendamiento, en los que se transmite —repetimos— la posesión de la cosa arrendada a la arrendataria, conservando el dominio la sociedad arrendadora.

CONGRUENCIA. SUPUESTO DE LA CUESTIÓN: ARTÍCULO 1.100 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE OCTUBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez Pereda Rodríguez.

Base fáctica.—La entidad «MANICONSA» comunica a doña Feliciano Lucas Lucas que tiene a su disposición cédulas de habitabilidad y los boletines de instalación eléctrica de sus viviendas, instándola para que pase a recoger las llaves, liquidando la deuda pendiente, contestando el señor Espinosa de los Monteros, poniendo de manifiesto «una serie de deficiencias...», pero recogiendo como hecho probado, que «ha de concluirse que el único retraso computable, en cuanto al contrato, es la fecha fijada para la conclusión de las obras del edificio y la fecha en que la constructora hace manifestación de que «las llaves se encuentran a disposición de la compradora...».

Doctrina.—Partimos en el examen casacional por el último de los motivos expuestos que añade en su desarrollo que entre demanda y sentencia ha de

existir una íntima correspondencia objetiva y subjetiva: la congruencia. Añade asimismo el motivo que la sentencia de apelación omite en sus pronunciamientos que se declare incumplido lo pactado tanto en los contratos como en las escrituras de compraventa, en cuanto a la forma y plazo de entrega de los bienes inmuebles enajenados, al estar los mismos sin terminar y haberse sobrepasado el día final del plazo de entrega. En realidad, hechas estas exposiciones, hemos de decir que la sentencia recurrida resuelve tal cuestión, tanto en su referencia al tiempo, cuanto a la forma de entrega. Además, ambas sentencias admiten la validez de los contratos de compraventa y de las escrituras consecuencia de las mismas, sin embargo, tales preceptos no son aplicados por la sentencia *a quo*, al diferenciar entre el régimen general aplicable al contrato de compraventa de las viviendas y el régimen jurídico aplicable a las reformas de los mismos que se recogen en el propio contrato de compraventa. En realidad, los preceptos aducidos como infringidos son de tal generalidad y amplitud que pretenden un nuevo examen de todo el pleito en confrontación con los hechos declarados probados en la instancia. Así, lo pretendido por la parte recurrente es realizar una nueva y diferente valoración probatoria, sustituyendo por su subjetiva, parcial e interesada la libre realizada por el Tribunal de instancia, lo que no está permitido en sentencias de 25 de febrero, 11 y 28 de abril de 1988, 26 de marzo, 30 de mayo y 26 de diciembre de 1990 y 25 de enero de 1992. Como ya señaló la sentencia de 15 de junio de 1992, cuando se denuncia como motivo de casación la infracción de una norma genérica, no resulta hábil para este recurso porque en tal norma no se desgrana el caso concreto. También decir que el artículo 1.097 del Código Civil se estima infringido porque señala la sentencia recurrida que «las reformas quedan al margen del contrato de compraventa». Pero incurre en hacer supuesto de la cuestión, al no respetar lo probado en la instancia, ni combatido adecuadamente y por la vía precisa y es que la facultad de ejecución de las obras de reforma fue conferida por una estipulación de la escritura de compraventa a la compradora, exonerando a la vendedora de su terminación. Si más tarde la vendedora se encargó de su realización, ello se debió a un contrato de obra autónomo y no por el contrato de compraventa. De ahí que entienda que por el contrato de reformas, la vendedora quedó liberada de entregar la cosa vendida. Reconoce que desde un punto de vista formal estamos ante dos contratos distintos, pero es un único negocio. Las partes pactan que el último pago a realizar por los recurrentes se efectuará a la entrega de las llaves y expresamente se dice que las viviendas se entregarán terminadas. Entiende que al ser parte del plazo para la entrega de las obras terminadas, el plazo de las obras de terminación, las viviendas deben entregarse cumpliendo taxativamente lo pactado en todos y cada uno de los contratos, y en aplicación del artículo 1125.2 del Código Civil se entiende por cierto la entrega de las viviendas aunque se ignore cuándo. Este plazo no queda supeditado al deseo de los recurrentes, sino a la terminación total de las obras. Además, se entiende que el fallo de la Audiencia Provincial vulnera el artículo 1.100 del Código Civil por inaplicación. La propia sentencia condena a Construcciones Cuatro Caminos, S. A., al pago del interés contractual, pero lo limita a una determinada fecha en una determinada letra del fallo, indicando la obligación de la demandada de concluir las obras. Existe inaplicación del artículo 1.100 al decretar la mora de los señores Espinosa cuando no hay entrega de pisos debidamente terminados. Pero también por la desconsideración de la consignación realizada por los recurrentes

y la sentencia de apelación desconoce el último párrafo del artículo 1.100. En las obligaciones recíprocas, el cumplimiento de una de las partes automáticamente coloca en mora a la contraria. Entiende que no se ha producido el cumplimiento por Construcciones Cuatro Caminos, S. A., por lo tanto, vuelve el motivo a *realizar* supuesto de la cuestión porque pretende que la prestación de la vendedora de entrega de los pisos objeto de la escritura de compraventa se ha de acumular al contrato de terminación de las obras. Contratos distintos, uno de compraventa y otro de ejecución de obra y pactados en tiempos diferentes. Finalmente, en cuanto a la obligación supuestamente incumplida, tampoco la recurrente da el alcance proclamado en la sentencia *a quo*, sino que amplifica y modifica con lo que incurre igualmente en hacer supuesto de la cuestión.

COMENTARIO

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto a otro u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio y que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público.

COSA JUZGADA. EFECTO VINCULANTE DE LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO OPCIÓN DE COMPRA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE DICIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—Se interpone demanda por quien en el año 1964 había celebrado con los promotores demandados un contrato titulado «de promesa de opción de compra», diciendo ejercitar en su demanda una acción real de dominio sobre el piso objeto de dicho contrato, cuya declaración como compraventa perfecta asimismo se pedía en la demanda, dando por pagado el precio estipulado o, alternativamente ofreciendo su pago, al tiempo que se interesaba también, para la fase de ejecución de sentencia, la concreción de las cantidades que gravaran el piso, haciéndose cargo el actor de hasta una determinada cantidad de dinero y debiendo correr el resto a cargo del demandado, así como el otorgamiento de escritura pública de transmisión del piso a favor del actor.

Doctrina.—En la presente litis se analiza y estudia la promoción de cientos de viviendas en las que: en unos casos eran los promotores los que demandaban de desahucio por precario o de resolución por impago de rentas a quienes con ellos habían contratado y se encontraban ocupando las viviendas; en otros eran estos últimos quienes demandaban a aquéllos en concepto de compradores de las viviendas para que se les reconociera su propiedad y se les otorgara escritura pública, siendo frecuente que los promotores demandados formularan a su vez reconvenición para que los respectivos contratos se declarasen resueltos por impago del precio; en otros, las posiciones se invertían y eran los ocupantes de las viviendas quienes se oponían a las demandas

de resolución contractual y reconvenían para que se otorgara escritura pública a su favor. Pero el denominador común de todos los litigios era, de un lado, el debate sobre la calificación de los contratos celebrados entre promotores y ocupantes de las viviendas y, de otro, el confusionismo sobre la cantidad debida por éstos en concepto de precio, confusionismo propiciado por la pasividad de aquéllos al no intentar el cobro de las letras de cambio instrumentadas para el pago fraccionado del precio y al haber constituido nuevas hipotecas después de celebrados los contratos litigiosos. En realidad, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo establecida en aplicación del artículo 1.252 del Código Civil, se muestra clara la concurrencia de la excepción de cosa juzgada material, ya que de la comparación de ambos procesos resulta la triple identidad de personas, cosas y causa de pedir. Como resulta de los hechos expuestos entre el juicio de cognición y el juicio de menor cuantía, hay identidad de partes que litigan en la misma posición procesal; el objeto de ambos es el mismo, elevación a escritura pública del contrato e igualmente lo es la causa de pedir, haber abonado el precio de la compraventa con los pagos efectuados. La Sala que conoce las sentencias de las diferentes Secciones de la Audiencia que han calificado contratos similares al suscrito por las partes en litigio como contratos de compraventa, igualmente conoce las sentencias que en tal sentido ha pronunciado el Tribunal Supremo, es más, esta misma Sección en sentencias dictadas el 23 de noviembre de 1993, el 17 de diciembre de 1996, ha calificado contratos similares al que es objeto de litis como de compraventa, sin que ello suponga que esta resolución vulnere el principio de igualdad, pues en los supuestos precedentes no concurría la excepción de cosa juzgada material, excepción que no podemos obviar modificando lo ya decidido en sentencia de 25 de abril de 1989, que resultó firme, so pena de vulnerar frontalmente la tutela judicial efectiva que está también integrada por la inoponibilidad de las resoluciones firmes según doctrina del Tribunal Constitucional. Las directrices jurisprudenciales sobre la cosa juzgada las sintetiza la sentencia de 10 de junio de 2002, englobándolas así: La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal. La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión o título que sirve de base al derecho reclamado. La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción. No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando mediante el segundo pleito se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió. La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada, impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde

objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado. Y el juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo.

COMENTARIO

Proyectadas estas directrices expuestas surge la desvirtuación cuando las aplicamos en nuestro caso, pues: en primer lugar, existen diferencias en la calidad con que las mismas personas litigaron en uno y otro juicio declarativo (el demandante, como optante en el proceso anterior y como comprador en el posterior, y el demandado, como propietario concedente en aquél y como vendedor en éste); en segundo lugar, en el objeto de cada uno de los pleitos (elevación del contrato a escritura pública en uno y acción real de dominio con petición de escritura pública en el otro), y en tercer lugar en la respectiva causa de pedir (ejercicio de la opción de compra en el primer proceso y perfección de la compraventa en el segundo) quedan borradas o eliminadas de inmediato en cuanto se considera que en ambos juicios declarativos los litigantes fueron parte en su calidad de sujetos del mismo contrato y, en fin, fundaron sus respectivas peticiones en la interpretación que cada uno hacía de las cláusulas de ese mismo contrato y en su consiguiente calificación.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. COMPATIBILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN LABORAL Y LA QUE DERIVA DE LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL. FALLECIMIENTO DEL TRABAJADOR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—El día 9 de abril de 1992 se produjo un desprendimiento de tierra en la zanja que se había abierto para colocar las tuberías de la red de saneamiento en una calle de Marbella. En la zanja se hallaba, además de otras personas, don I., que falleció sepultado.

Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía por la representación de doña C. y de su hijo menor don I., contra las empresas «CONTRATAS 200, S. L.» (contratista de la obra), «INCOTESA» (empresa subcontratista), Compañía de Seguros «LLOYD ADRIÁTICO ESPAÑA, S. A.» y don C. (ingeniero y director de las obras) y J. M. (aparejador de la empresa subcontratista).

El Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Marbella, estimó la responsabilidad de los demandados, y dice literalmente la sentencia «al poderse prever por los técnicos y responsables de la obra los peligros que esta actividad entrañaba, en lo cual tuvo poca participación la conducta del trabajador

fallecido y víctima, que pudo realizar su trabajo atendiendo y confiando en las instrucciones recibidas por los técnicos y entendidos en la materia, extendiéndose por tanto también la responsabilidad a las empresas responsables de la obra, contratista y subcontratista, en cuanto que a pesar de actuar cada una de las empresas con cierta autonomía en el desempeño de sus funciones, la contratista se reservó facultades de dirección, vigilancia, o participación en los trabajos...».

Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de los demandados, excepto la compañía de seguros y la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, el 8 de abril de 1998, revocó la sentencia del Juzgado de Instancia y absolvió a los demandados por estimar la falta de jurisdicción de los Juzgados Civiles por entender que la acción corresponde a la jurisdicción de lo social.

Se interpuso recurso de casación por la representación de la demandante, quien a su vez representa a su hijo.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación en nombre y representación de doña C., articulado en dos motivos:

El primero de ellos basado: *a)* en la infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y de la Jurisprudencia aplicable; *b)* en la infracción por aplicación indebida del apartado 1.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y *c)* por infracción por inaplicación del artículo 97, número 3 de la Ley General de la Seguridad Social y jurisprudencia aplicable.

En primer lugar, la Sala reitera cuál es la posición de la misma sobre la responsabilidad civil en accidentes laborales, respecto al orden jurisdiccional al que le corresponde conocer de la acción ejercitada. A tal respecto afirma: «Se ha proclamado insistentemente la compatibilidad de los procedimientos y responsabilidades laborales y civiles, "ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a relación de trabajo", sentencia de 5 de diciembre de 1995, que reitera la de 27 de febrero de 1996 con cita de numerosas sentencias anteriores y claramente lo reafirma la de 19 de diciembre de 1996 en estos términos: "jurisprudencia reiterada y consolidada en cuanto a la competencia jurisdiccional del orden civil para resolver cuestiones como las que conforman el objeto de este proceso, que no lo impide el hecho de que entre los litigantes medie relación laboral, pues se da la compatibilidad de las indemnizaciones que puedan corresponder por accidente de trabajo y las que puedan dimanar de los actos encuadrables en culpa extracontractual, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales Civiles. Procede la dualidad de pretensiones por no ser irreconciliables, pues la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, sino que reconoce expresamente que puedan derivarse del hecho otras acciones distintas las regidas por las Leyes laborales, y así lo dicen los artículos 97.3, 7, 93.9 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974"».

Respecto de la compatibilidad de indemnizaciones, señala la Sala la sentencia de 30 de noviembre de 1998, que afirma: «la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo, tanto en el espacio de los daños materiales como en el de los morales, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al aceptar expresamente la posibilidad de que

puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción del orden civil».

Sobre la base de la doctrina anterior, se estima por la Sala el motivo primero porque considera que se ha infringido el artículo 533.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, así como la numerosísima jurisprudencia de la Sala, al entender que la jurisdicción competente es la social.

Al estimarse el motivo primero, la Sala asume la instancia y resuelve lo que corresponde, dentro de los términos en los que aparece planteado el debate.

En cuanto al fondo del asunto, acepta el razonamiento de la sentencia de Primera Instancia y recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil en general: «...cuya objetivación se acentúa cada vez más y la relativa a la responsabilidad por accidentes de trabajo, que no deben quedar sin la protección legal que les da el ordenamiento y que aplican los Tribunales. En este sentido, dice la sentencia de 18 de diciembre de 1997: "Esta Sala de casación Civil ha declarado que ante situaciones de riesgo acreditado, impone a los empresarios extremar su actividad de adoptar todas las precauciones, agotar los medios y evitar todas aquellas circunstancias a su alcance que transformen el peligro potencial en daño efectivo (sentencia 10-3-1994), por lo que procede la atenuación de la carga probatoria que obligaba a los recurrentes a demostrar satisfactoriamente el haber obrado con la máxima diligencia debida, aportando las medidas técnicas de seguridad y control que la propia instalación exigía, diligencia que se exige como específica en cuanto supera la administrativamente reglada (sentencias 23-9-1991, 24-1-1992, 11-2-1992, 25-2-1992, 22-9-1992 y 8-10-1996)". Y añade la de 15 de abril de 1999 SIC: "La doctrina de esta Sala, ante los progresos de la técnica, aumento intensivo de la inseguridad en las actividades laborales e instauración constante de riesgos para la vida humana, ha ido evolucionando hacia posiciones cuasiobjetivas para adaptar a los tiempos históricos actuales el culpabilismo que se integra en el artículo 1.902 del Código Civil, despojándolo de una concepción jurídica cerrada, sin dejar de tener en cuenta por completo el juicio de valor sobre la conducta del agente. En el supuesto que nos ocupa se hace aplicable la doctrina de la responsabilidad por riesgo, y obliga a acreditar a quien se imputa algún actuar imprudencial, el haber adoptado todas las medidas a su alcance para evitar la producción de daños que el riesgo establecido lleva en sí mismo y resultan previsibles, con las mayores posibilidades de evitarlos, si las prevenciones aseguradoras que se adopten resultan las técnicamente adecuadas por su capacidad y eficacia" (...). Lo que remacha la sentencia de 29 de enero de 2003 al decir: "el concepto moderno de la culpa no consiste solamente, según criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible, según las circunstancias del caso, puesto que, hoy por hoy, dado el dinamismo de la vida moderna, y sobre todo en el campo laboral, se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar a aquellas conductas en las que puede haber negligencia sin una conducta antijurídica"».

COMENTARIO

En el supuesto que nos ocupa, observamos distintas cuestiones que merecen comentario. En primer lugar, la excepción de falta de jurisdicción del

orden civil para conocer de los hechos. El Juzgado de Primera Instancia de Marbella desestimó las excepciones alegadas por los demandados y estimó parcialmente la pretensión de la actora y condenó a los demandados a abonar solidariamente a los actores la cantidad de 18.000.000 de pesetas. Dicha sentencia fue revocada por la Audiencia de Málaga, estimando la excepción planteada por los demandados.

El artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: *Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional*. Sobre la base de este artículo, la Sala Civil del Tribunal Supremo se ha venido declarando competente para conocer de las reclamaciones presentadas por el trabajador accidentado o sus familiares contra el empresario, en concepto de responsabilidad civil por los daños causados en la realización de su actividad laboral.

En este sentido, la sentencia de 7 de julio de 2000, señala en el fundamento primero: «...se ha reafirmado sin embargo la competencia del orden jurisdiccional civil siempre que, como en este caso, la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo sino en la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil...».

Por lo tanto habría que separar y diferenciar cuando estamos ante un incumplimiento por el empresario de las condiciones resultantes del contrato de trabajo, que se tendrían que dilucidar en la jurisdicción laboral, y la negligencia que pueda imputársele por no prever la situación de riesgo a la que están sometidos los trabajadores. Es decir, si el daño cuya indemnización reclaman los causahabientes del trabajador no deriva del incumplimiento de las normas laborales, bien lo dispuesto en el contrato de trabajo o de las normas de seguridad e higiene, sino del incumplimiento genérico de no causar daño a otro, estaríamos en presencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual derivado del artículo 1.902 del Código Civil, y por tanto es competente la jurisdicción civil. Además es preciso tener en cuenta que la demanda se interpone contra la empresa en la que trabajaba el fallecido, pero también contra la empresa contratista, contra el aparejador encargado de la seguridad, contra el ingeniero y contra la aseguradora. Frente a todos ellos al trabajador no le unía ninguna relación laboral.

En segundo lugar, se plantea la compatibilidad de la indemnización que se solicita por parte de la representación de la demandante en su propio nombre y en el de su hijo. Se ha observado que existe una consolidada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que admite la compatibilidad de las cuantías que perciben los perjudicados o, en su caso, los familiares, cuando el resultado ha sido de fallecimiento en supuestos de accidentes de trabajo. La compatibilidad se establece entre las prestaciones sociales y las indemnizaciones basadas en la responsabilidad civil del empresario por los daños y perjuicios causados (1).

(1) El artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y al que hace referencia la doctrina de la Sala en la sentencia, fue el antecedente directo del vigente artículo 127.3.

El artículo 127.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece el derecho del trabajador perjudicado a exigir la responsabilidad civil del

Como ha puesto de manifiesto la propia doctrina de la sentencia al examinar el fondo del asunto, en materia de accidentes laborales se tiende a una objetivación de la responsabilidad, de tal forma que los empresarios deben extremar precauciones para evitar «todas aquellas circunstancias a su alcance que transformen el peligro potencial en daño efectivo» y de esta manera dar cobertura a todas las situaciones posibles en las que existan riesgos ajenos a la propia actividad laboral.

Sin embargo, como afirma GÓMEZ POMAR (2), no siempre ha sido ésta la solución en España para todos los supuestos, pues como declara expresamente: «En relación al empresario responsable, por el contrario, la acción no se admitió en la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo hasta 1996 (ya lo había sido desde algún tiempo antes en la Sala 2.^a), acogiéndose ese mismo año en el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 1996 (art. 97.3)».

Es evidente que con esta doctrina el beneficiado es el trabajador, o en el supuesto concreto que nos ocupa, serían los familiares del mismo. Ello es así porque la cuantía que se establece en los casos de responsabilidad civil son superiores a las indemnizaciones que en otro caso se establecen por la Seguridad Social, produciéndose en algunos casos duplicidad de indemnizaciones y la consiguiente sobrecompensación del perjudicado (3).

En este sentido habría que plantearse si es justo que las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil en los supuestos de accidentes laborales deban extenderse para cubrir totalmente el daño causado, o en todo caso, tendrían que actuar para complementar lo no cubierto por la jurisdicción laboral en el caso de que haya reclamación también en ese ámbito (4).

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

causante del daño, incluido el empresario, aunque la prestación de la Seguridad Social hubiera sido satisfecha por la entidad que corresponda. Establece expresamente el apartado 3: *Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.*

(2) GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: "Collateral Source Rule" y afines», en *InDret* 1/2000, págs. 1-10.

(3) Así lo pone de manifiesto BECH SERRAT, JOSEPH MARÍA, «Comentario a la sentencia de 11 de marzo de 2004», en *CCJC*, núm. 66, pág. 1274. En este mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO en el comentario a la sentencia de 6 de mayo, afirma que «si las reclamaciones se hubieran planteado ante la jurisdicción laboral, el tratamiento del tema no hubiera sido tan beneficioso para la víctima». PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS de 6 de mayo de 1985», en *CCJC*, núm. 8, 1985, págs. 2609 a 2624.

(4) Un análisis sobre las distintas posibilidades, vid., GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: "Collateral Source Rule" y afines», en *InDret* 1/2000, págs. 1-10.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. RETRASO MENTAL DE RECIÉN NACIDO COMO CAUSA DEL SUFRIMIENTO PRENATAL. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR ACTOS DE SUS EMPLEADOS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: DEL CENTRO HOSPITALARIO Y DEL GINECÓLOGO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Antecedentes.—Reclamación de indemnización por los daños ocasionados a un recién nacido por atrofia cerebral global como consecuencia de un trauma perinatal.

El Juzgado de Primera Instancia, número 39 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 25 de octubre de 1995. Desestimó la demanda formulada por los progenitores don M. y doña F., en su nombre y en nombre y representación de su hijo A. D., contra la Clínica donde se produjo el alumbramiento, Institut Dexeus, S. A., y contra los médicos don I. (responsable del servicio de guardia de ginecología que asistió a la madre durante el parto), don J. A. y don C. (toco-ginecólogos que la asistieron rutinariamente durante el embarazo). Absolviéndose a los demandados de todos los pedimentos, teniendo que abonar por cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, excepto las causas de don A. y don C., que serán de cargo de los actores.

Apelada la anterior resolución por los padres del recién nacido, la Sección undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha 21 de mayo de 1998. Estimó en parte el recurso interpuesto contra la anterior resolución, con revocación de la sentencia dictada en primera instancia, estimando en parte la demanda presentada contra Institut Dexeus, S. A., y contra don I., condenando a los demandados a que solidariamente abonen a los actores en nombre propio y en el de su hijo menor A. D., la suma de setenta millones de pesetas más los intereses desde esta fecha, sin expresa condena en costas. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada. No se imponen las costas del recurso de apelación.

El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos de casación.

Doctrina.—Se interponen dos recursos de casación.

El primero que analizaremos es el interpuesto por don I., responsable del servicio de guardia de ginecología de la clínica donde se produjo el alumbramiento. Se funda en un único motivo (erróneamente) al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC de 1881, por infracción del artículo 632 de LEC, en relación con el artículo 1.242 del Código Civil, así como la reiterada jurisprudencia que lo desarrolla.

Pese a que no se ignora la doctrina jurisprudencial de la Sala acerca de la valoración de la prueba pericial, no sujeta a criterio legal revisable en casación, excepcionalmente, rompe con la valoración de la instancia, cuando con ésta «se llegue a resultados ilógicos, entendidos como las más elementales directrices de la lógica humana ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro» (sentencia del TS de 7 de junio de 1995), o bien, «cuando el proceso deductivo realizado choque de una manera evidente con el razonamiento lógico, vulnerando la sana crítica u omitiendo datos o conceptos o que figuraran en el dictamen (sentencia del TS de 30 de diciembre de 1997...).

En definitiva, estas y otras sentencias ponen de relieve que esta Sala no tolera el craso error puesto de manifiesto por una valoración arbitraria... Por

el contrario, de las pruebas practicadas, ...se llega a la conclusión de que las lesiones del niño son correlacionables con las circunstancias en las que se produjo el parto, agravadas posiblemente por haberse demorado su ingreso en el servicio de neonatología, inmediatamente después del parto.

Por tanto, en cuanto al médico responsable que estaba al frente del equipo de guardia, la sentencia razona que no puede sostenerse que hubiese valorado correctamente la situación y aplicado todos los medios que la ciencia dispone para prevenir y evitar el problema surgido. En definitiva, el motivo debe ser desestimado, y, con ello, declararse no haber lugar al recurso examinado con la imposición de las costas causadas.

El segundo recurso de casación que analizaremos es el interpuesto por el Instituto Dexeus, S. A. Se funda en dos motivos: Ambos al amparo del artículo 1692.4 de la LEC, por infracción de los preceptos relativos a la responsabilidad civil de los empleadores o dadores de trabajo y la doctrina jurisprudencial al respecto, y en concreto con lo preceptuado por el artículo 1903-4.º del Código Civil, ya por no haberse tenido en consideración la doctrina jurisprudencial relativa al contrato atípico de «clínica u hospitalización», ora, por inobservancia de los requisitos generados que determinan la recta aplicación de la normativa en él contemplada. Los dos motivos íntimamente relacionados se analizan conjuntamente.

Hábilmente, la entidad recurrente intenta establecer mediante los dos motivos un hiato en su legitimación por cuanto su actuación queda referida, según sostiene exclusivamente a la hospitalización y la conducta de los médicos intervinientes fuera de su responsabilidad porque estos contractualmente dependerían no del «Institut Dexeus», sino de la entidad «Consultorios Dexeus, S. A.». Más tal proceder no se corresponde con los hechos probados, perfectamente descritos por la sentencia recurrida que «desmonta», la argumentación al establecer que el doctor I. era quien figuraba como dependiente al frente del equipo de guardia en el «Institut Dexeus, S. A.» y denuncia la deliberada confusión frente a terceros del «juego» entre el denominado Instituto y la sociedad de «consultas», con la apariencia que creaban en cuanto a los usuarios del servicio. ...La responsabilidad del centro médico donde acaecen los hechos ha sido proclamada por la jurisprudencia que, en sentencias, entre otras, de 6 de junio de 1997, ha puesto de relieve su carácter solidario y directo derivado...» del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de conveniencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos». Igualmente, ...rechazado el motivo, debe declararse no haber lugar al recurso, con imposición de las costas causadas.

COMENTARIO

En este caso estamos ante un supuesto de responsabilidad civil por daños derivados de una deficiente actuación ginecológica, que tiene como consecuencia el nacimiento de un recién nacido con un grave retraso mental.

Conviene resumir brevemente los hechos litigiosos, antes de entrar en alguna de las cuestiones principales que esta sentencia suscita:

Doña Fátima venía siendo atendida de soltera por el ginecólogo doctor J. A. Tras contraer matrimonio y quedar embarazada acude a la consulta del

mismo en la Clínica Dexeus, asistiéndola durante el embarazo. A doña Fátima, primigesta y sin antecedentes ginecológicos de interés, le fue practicada, a instancia suya, una amniocentesis a las 16 semanas con el resultado 46 XY manteniendo un embarazo normal.

En los controles de embarazo también fue asistida por el doctor C. J. En las últimas visitas el matrimonio fue advertido de que ambos médicos (para la fecha previsible del parto: 30 de julio de 1988) comenzaban sus vacaciones estivales y que sería atendida por don Inocencio.

El día 31 de julio, doña F., al tener las primeras contracciones, acude a la Clínica Dexeus, S. A., siendo atendida por el equipo de guardia de ginecología (compuesto de comadrona, médico residente don P. y por el adjunto y responsable doctor Íñigo), dando a luz un niño con atrofia cerebral a causa de hipoxia derivada del sufrimiento fetal en el parto.

Nos centraremos, en primer lugar, en la responsabilidad médica, para ver si el servicio prestado por el médico fue defectuoso. Para ello es necesario que analicemos la actuación del ginecólogo, para saber si el retraso del recién nacido fue causado por negligencia del profesional o, por ser más concretos, por negligencia médica.

Los hechos que describe la sentencia permiten sostener que el sufrimiento fetal determinante de la anoxia que padeció el recién nacido se debe a las circunstancias en las que se produjo el parto, agravadas posiblemente por haberse demorado su ingreso en el servicio de neonatología. Se dieron durante el parto «signos claros de sufrimiento fetal: la expulsión de meconio, alteraciones en el ritmo cardíaco del feto y las alteraciones del equilibrio ácido básico constatable mediante microtomas de sangre fetal».

En el caso enjuiciado, por tanto, no se adoptaron todas las medidas posibles para diagnosticar o evaluar el sufrimiento fetal que padecía el niño evitando la lesión neurológica, consiguiendo, lo que se hubiese logrado de mantener la monitorización, realizar la prueba del Ph fetal y proceder a una inmediata extracción del bebé, al comprobar la presencia de aguas meconiales.

La asistencia prestada con ocasión del nacimiento del niño no se ajusta a la *lex artis* o, lo que es lo mismo, no se ajusta a las reglas del arte de su profesión. En este sentido, la sentencia razona «que no puede sostenerse que hubiese valorado correctamente la situación y aplicado todos los medios de que la ciencia dispone para prevenir y evitar el problema surgido».

Para comprobarlo, basta con recoger literalmente parte de los hechos: «la primera exploración le fue realizada a la madre sobre las 20 horas por el doctor P., hallando posición cefálica, dilatación 4 cm., membranas íntegras y auscultación fetal normal. El registro cardiotocográfico monitorizado fue instaurado a las 19,50 horas, interrumpiéndose a las 20,13 horas por causas desconocidas.

A las 20,30 horas vuelve a ser explorada por el doctor P., a las 20,35 horas, el doctor P. rompe artificialmente la bolsa de aguas apareciendo aguas meconiales calificadas, en la historia, como "muy teñidas". De ello se informó al doctor Íñigo. No se practicó microtoma de sangre fetal para comprobación de Ph. A las 20,50 horas se instauró el registro cardiotocográfico observándose inmediatamente una bradicardia calificada como Dip II, que se prolongó por espacio de siete minutos...

No fue practicada tampoco entonces microtoma de sangre fetal. A las 20,55 horas se inicia la anestesia epidural. A las 21,20 horas la paciente es explorada por el doctor Íñigo, presentando dilatación incompleta y posición

cefálica en plano I y II. Aparecen en el Registro Dips variables con picos inferiores a 120 pulsaciones que se mantienen hasta el expulsivo.

A las 22 horas es explorada de nuevo por el doctor Iñigo, que aprecia dilatación completa y ante la presencia de los Dips citados decide acortar el tiempo del expulsivo vaginal, momento en el que se desciende mediante VOS y Fórceps de Kyelland la cabeza del niño a III plano, extrayéndolo a las 22,15 horas, siendo portador de una vuelta tensa de cordón en el cuello.

Una vez extraído fue reanimado por el anestesista con aspiración de secreciones y aplicación de oxígeno, ya que presentaba movimientos respiratorios lentos o irregulares extremidades cianóticas e hiporreflexia.

El test de Apgar dio un resultado de 6/9 y el Ph tomado a las 22,30 horas, un resultado de 7,32. El niño pasó a la nursery hasta que once o doce horas más tarde por presentar "tremulaciones importantes e hipoglucemia..." es ingresado en neonatología del propio Instituto. El doctor J., del Servicio de Neonatología indicó: "Impresión de sufrimiento fetal leve en clínica neurológica leve con alteración metabólica".

Analizados los hechos minuciosamente, no hay duda en afirmar que entre la actuación médica y la atrofia cerebral existe una relación causal. La actuación médica produjo graves consecuencias para la salud del recién nacido, al no emplear la diligencia y pericia debidas.

Efectivamente, la madre durante el embarazo de su primogénito hizo no sólo todos los controles rutinarios, sino que para descubrir un posible defecto congénito se sometió a técnicas invasivas, ya que solicitó la prueba de la amniocentesis. Además, según relatan los hechos, no existe, tras los análisis practicados a los padres, un factor genético ni cromosoma en ellos que predisponga la patología del hijo, si no existen otros motivos explicables, tras un embarazo normal a término, y, por el contrario, se da una de las causas más frecuentes conocidas, cual es el accidente perinatal por sufrimiento fetal, fácil es colegir la relación causal entre el acto médico y el daño producido. Las lesiones neurológicas del niño son correlacionables con las circunstancias en que se produjo el parto, agravadas posiblemente por haberse demorado su ingreso en el servicio de neonatología inmediatamente después del parto.

Lo que demuestra que con toda certeza si el médico hubiese actuado de manera diferente no se hubiera producido el resultado dañoso, el error médico provocó la minusvalía del menor, al menos la agravó, no tomándose las medidas necesarias para atenerlo.

Por todo ello, concluye acertadamente el TS que: «No agotada la diligencia [sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997 (RJ 1997, 2742)] y prestación de medios exigibles [STJ de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3249)] y producido el daño, se revelan los requisitos exigidos por el del Código Civil para que surja la obligación de resarcimiento pretendida (arts. 1.101, 1.113 y 1.114 del Código Civil)».

Con esta resolución no se hace más que confirmar una abundante jurisprudencia, de la que aquí reseñamos algunas de las sentencias más significativas en las que se afirma que: «La responsabilidad médica ...como obligación derivada de acto ilícito, requiere los siguientes elementos: a) Una acción u omisión ilícita; b) La realidad y constatación de un daño causado; c) La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daños ha habido culpa; d) Un nexo causal entre el primero y el segundo requisito. Las sentencias de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3249), 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 5758), 21 de julio de 1997 (RJ 1997, 5523), 13 de diciembre

de 1997 (RJ 1997, 8816) y 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9427), se expresan en ese sentido.

Además, es doctrina reiterada y consolidada, la que establece, en cuanto a la responsabilidad médica que, «tanto si procede de contrato (contrato que, en principio, es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado, entre otras muchas, pueden verse las sentencias de 6 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8528), 8 de mayo de 1991 (RJ 1991/3618), 20 de febrero de 1992 (RJ 1992/1326), 13 de octubre de 1992 (RJ 1992/7547), 2 de febrero de 1993 (RJ 1993/793), 7 de julio de 1993 (RJ 1993/6112), 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9096), 12 de julio de 1994 (RJ 1994/6730), 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7313), 16 de febrero de 1995 (RJ 1995/844), 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6720) y 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7112)».

Sin olvidar que en sus resoluciones con insistencia afirma el TS que «el médico está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que se requieran según el estado de la ciencia médica, debiendo regirse la actuación del médico por la denominada *lex artis ad hoc*, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado del enfermo, de sus familiares o de la mínima organización sanitaria— para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida. Sentencias de 12 de julio de 1988 (RJ 1987/5488), 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/668), 29 de junio de 1990, 23 de marzo de 1993 (RJ 1993/2545), 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073), 28 de febrero de 1995 y en otras muchas posteriores.

En segundo lugar nos centraremos en la responsabilidad médica hospitalaria. Ya que en el presente caso se discute cuál es el vínculo que existe entre el centro médico y el ginecólogo de guardia, o dicho con otras palabras, tratamos de averiguar si se puede apreciar la responsabilidad del Instituto Dexeus, teniendo en cuenta que existe una relación tripartita entre el Instituto Dexeus, S. A., Consultorios Dexeus y los médicos de guardia que atendieron a doña F.

Nos interesa señalar que en el recurso que interpone el Instituto Dexeus, S. A., intenta liberarse de su responsabilidad manteniendo que su actuación queda referida exclusivamente a la hospitalización, y que la conducta de los médicos intervinientes estaba fuera de su responsabilidad porque estos contractualmente no dependían del *Institut Dexeus, S. A.*, sino de la entidad *Consultorios Dexeus, S. A.* Por tanto, pretende, mediante una confusión de personas jurídicas, liberarse de la responsabilidad cuando ellos mismos creaban una deliberada confusión frente a terceros del «juego» entre el denominado Instituto y la sociedad de «consultas», con la apariencia que creaban en los usuarios del servicio.

Textualmente, el TS señala que «como considera la sentencia de instancia, *Institut Dexeus, S. A.*, se encuentra pasivamente legitimado tanto por depender de dicha entidad el Servicio de Guardia que prestó asistencia a la señora F. en el momento del parto, como porque crea ante terceros una deliberada

confusión con la entidad *Consultorios Dexeus, S. A.*, de la que laboralmente dependen los doctores J. A., C. J. e í.

Así, el doctor J. A. en el informe obstétrico de doña F., emplea impresos con el nombre del recurrente *Institut Dexeus, S. A.*, y también la historia clínica de la señora F. se transcribe en impresos del *Institut Dexeus*, no apareciendo en ningún documento la entidad (empleadora) *Consultorios Dexeus, S. A.*

Dándose a conocer frente a terceros como *Instituí Dexeus* es legítimo que a ella se demande al corresponder tal actuación con la apariencia creada por la demandada, sin perjuicio de las relaciones internas que proceden en su caso entre ambas entidades.

Y termina afirmando que la responsabilidad del centro médico donde acacen los hechos ha sido proclamada por la jurisprudencia que en sentencias entre otras de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610) ha puesto de relieve su carácter solidario y directo derivado "...el incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos".

En nuestra opinión es evidente que existe responsabilidad del Instituto en el presente supuesto, el TS ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos parecidos, por lo que existe una reiterada jurisprudencia sobre la existencia de la responsabilidad del servicio sanitario por hecho ajeno, que surge en relación de dependencia del médico al entrar en juego los conceptos de *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*, el tipo de responsabilidad que se establece es solidario.

Así puede verse la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 8 de febrero 1989 (RJ 1989/756) y de 10 de marzo de 1989, como las más significativas, al interpretar el artículo 1903.4 del Código Civil que, por cierto, sigue lo que proclama la sentencia emblemática de 16 de abril de 1963 (RJ 1963/1970), cuando en ella se dice que la responsabilidad de la empresa es directa, «ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos».

También en este sentido pueden verse la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 2001, recurso 715/1996 (RJ 2001/3986), cuando declaraba correctamente aplicada la responsabilidad extracontractual de la clínica a cuya disciplina interna estaba sometido el especialista, en relación de dependencia funcional, lo que instaura responsabilidad sanitaria directa y solidaria por culpa *in eligendo*, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial [sentencias de 15 de marzo y 21 de septiembre (RJ 1993/6650), 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7307) y 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7465), 11 de marzo de 1995 (RJ 1995/3133), 11 de marzo de 1996 (RJ 1996/2882), y 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7112), entre otras muy numerosas].

Por otro lado conviene detenerse en el llamado por la doctrina, contrato de clínica o contrato de hospitalización que, carente de regulación legal, ha sido perfilado por la doctrina del TS en una reiterada y pacífica doctrina:

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991 como: «aquel contrato atípico y complejo que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pues

comprendiendo en todo caso (cualquiera que sea la modalidad) los servicios llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos de la incumbencia propia y exclusiva de la clínica (entre los que pueden citarse, aunque no de forma exhaustiva, la administración de los medicamentos prescritos, inyecciones, control de temperatura, guarda y seguridad del paciente), además puede abarcar o no los actos pura y estrictamente médicos según que, respectivamente, el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos (dependientes laboral o profesionalmente de la clínica), o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento».

Por último, otra cuestión sobre la que nos ha parecido interesante detenernos, es en los criterios de cuantificación del daño utilizados.

Recordemos que el daño resarcible se fija en sesenta millones de pesetas, más los intereses desde la fecha en que se dicta la sentencia, es conveniente señalar que comprende tanto la indemnización por daño moral como por daño patrimonial.

En este caso, el niño presenta atrofia cerebral global y ello conlleva un retraso psíco-motor severo que le hace incapaz para el aprendizaje y atención normales, precisando un equipo multidisciplinario de especialistas que se ocupen de su enseñanza, de la rehabilitación, de la terapia ocupacional, siendo dependiente de otra persona.

En efecto, el tener un hijo aquejado de un retraso severo produce, por un lado, el *daño moral* constituido por la aflicción, el pesar y la carga que lleva consigo la existencia de un hijo afectado por una dolencia irremediable, no sólo para él sino también para sus padres, que tienen que ver a su hijo día tras día aquejado de limitaciones irreversibles. Además también tienen el sufrimiento y la angustia que les provoca la incertidumbre de quién lo cuidara, si les sobrevive, y por otro, un *daño económico* por la necesidad de hacer gastos y desembolsos extraordinarios que la deficiencia impone y que un niño sano no requeriría. Sin olvidar que suelen ser insuficientes las prestaciones estatales y sociales y que ambos conceptos intentan ser contemplados al calcular el alcance de la indemnización.

Una vez más hemos analizado el tema de la responsabilidad médica, que tanta trascendencia tiene en la sociedad, tanta doctrina ha producido y a tanta jurisprudencia ha dado lugar y seguirá dando.

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

2. DERECHO MERCANTIL

Coordinado por MARÍA JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ

LEY DE MARCAS Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: DISTINTOS CAMPOS DE PROYECCIÓN: DELIMITACIÓN; SARTENES «TEFAL»: INEXISTENCIA DE IMITACIÓN CONFUSORIA EN EL MERCADO CON LAS SARTENES DE LA SERIE «CU I SIN E 2000, MODELO EURO GOLD»: INEXISTENCIA DE RIESGO DERIVADO DE LA CONDUCTA CON CURRENCIAL DE LA DEMANDADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 MAYO DE 2004.)

Antecedentes.—El iter procesal del litigio que analizamos nace en el Juzgado número ocho de Primera Instancia de Barcelona. La demandante, la empresa TEFAL, S. A., ejercita acciones legales por violación de su derecho exclusivo de marca, así como por actos contrarios al derecho de la libre competencia. La demandada, LUMENFLÓN, S. R. L., comercializa en el mercado una serie de sartenes presentadas al público bajo el nombre «CUISINE 2000, MODELO EURO GOLD», producto muy similar al ofertado por el demandante. Este producto es distinguido en el tráfico económico con un signo distintivo que, conforme a la argumentación de la empresa demandante, viola su derecho exclusivo de marca. Esta violación se produce, *a priori*, como consecuencia de la similitud existente entre los signos. De hecho, tal como argumenta la propia sentencia en su fundamento de derecho segundo, ambos signos distintivos constan de un diseño en forma circular y, en ambos casos, los colores utilizados son el negro y el cobre. En la zona central de ambos signos existe un círculo, negro en el caso del signo de la empresa demandante, y compuesto por otros tres círculos concéntricos, negro, cobre y negro, en el caso del signo de la empresa demandada. Con todo, no son las únicas características que fundamentan la demanda. En la marca de la empresa demandante, la parte exterior del círculo central negro contienen la denominación TEFAL, por tres veces en color cobre y, más en el interior, en caracteres menores, también por tres veces el nombre del modelo de la sartén: «RESISTAL». Asimismo, en el interior de dicha zona central negra figuran tres finas circunferencias de color cobre. De modo contrario, la sartén de la empresa demandada contiene en la zona central tres círculos concéntricos. En el círculo interior negro, una estrella de cinco puntas de color cobre en el mismo centro y, alrededor de dicha estrella, aún en el círculo interior negro, la indicación por dos veces DIN 44904. En el círculo intermedio de color cobre aparece la denominación LUMENFLÓN tres veces en color negro y, finalmente, en el círculo central exterior de color negro las indicaciones en color cobre «FONDO ESPECIAL ESMALTADO; PORCELAIN ENAMELLED; EMAIL PORCELAIN Y PORZELLAN EMAIL». En el diseño de los signos distintivos de ambas partes existe un moteado o pequeños lunares (*mouchetage*) de color cobre en el fondo negro. Finalmente, entre ambos signos, existe una diferencia más. En la zona intermedia del signo de la empresa demandante aparecen radios negros como elementos gráficos de la marca. Son catorce, de los cuales, siete, equidistantes entre sí, son de mayor longitud y parten de la zona continua al centro de color negro, desembocando en el círculo exterior negro. Los siete restantes no tienen ranura alguna en sentido concéntrico. En el

signo de la empresa demandada existen seis radios cortos negros y, entre uno y otro, se disponen, de interior a exterior de la sartén, con longitud y anchura creciente, tres ranuras negras en forma concéntrica.

Por todo ello, y del análisis que hace de esta situación la empresa demandante, la misma ejercita acciones legales por entender que el signo distintivo utilizado por la empresa competidora, no sólo viola su derecho exclusivo de marca sino que, además, incurre en un acto de competencia desleal.

Doctrina.—Es una afirmación clásica en el derecho de marcas el afirmar que el monopolio sobre los signos distintos se concede al titular para distinguir sus productos o servicios en el mercado. De esta manera, la protección a título de marca sólo se produce cuando ésta posee carácter distintivo, esto es, cuando se usa a título de marca. Esta protección, como es sabido, tiene un doble aspecto. Por un lado, posee un aspecto positivo, esto es, la concesión al titular del monopolio del uso del signo que constituye su marca. Por otro, existe también un aspecto negativo, el llamado *ius prohibendi*, esto es, el derecho a prohibir a través de las acciones legales otorgadas por la Ley de Marcas, el uso, por parte de terceros, del signo distintivo a título de marca. Con todo, el alcance de la protección articulada en estos dos aspectos será más o menos amplio en función del tipo de marcas ante el que nos encontremos. Así, el titular de una marca renombrada, es decir, aquella que posee una gran fuerza distintiva en el conjunto del mercado, poseerá una mayor protección que el titular de una marca notoria, el cual sólo disfruta de un monopolio sobre el signo distintivo dentro de un concreto sector del mercado, pudiendo, únicamente, ejercitar su *ius prohibendi* contra aquellos signos distintivos que distinguieran productos o servicios dentro de su sector de mercado. Igualmente, es una cuestión sentada, al constituir ésta una de las prohibiciones relativas del artículo 6 de la Ley de Marcas, que el monopolio se extiende más allá del uso por parte del tercero de un signo idéntico a título distintivo, siendo suficiente que el signo utilizado por el tercero sea similar al signo constitutivo de marca, y que distinga productos o servicios idénticos o semejantes. En este sentido es preciso matizar que esto ocurrirá así salvo en el supuesto de marcas renombradas, en cuyo caso el titular podrá prohibir el uso del signo por parte de un tercero en relación a cualquier tipo de producto o servicio. En definitiva, se prohíbe el uso a título de marca de signos que puedan provocar confusión en el tráfico económico. Esta confusión puede ser de dos tipos. Una confusión directa, o confusión en sentido estricto, por la cual el usuario cree erróneamente que las prestaciones provienen de la misma empresa, o la llamada confusión por asociación, o confusión en sentido amplio, esto es, la suposición por parte del consumidor de que las prestaciones si bien proceden de empresas diferentes, las mismas pertenecen a una misma estructura u organización global o común o, en cualquier caso, las mismas mantienen algún tipo de vinculación legal o económica.

No obstante, es preciso señalar que ello no implica que un tercero no pueda usar una marca ajena bajo ninguna circunstancia. Ello sería posible en dos supuestos muy diferenciados:

A) El primero sería cuando el uso de la marca ajena no implicara un uso distintivo de los mismos; el llamado uso residual o descriptivo de la marca (GIOLA, F., «L'uso descrittivo del segno tra diritto dei marchi e concorrenza sleale: Il caso BMW», en *RIV.Dir.Ind.*, núm. 4-5, 2000, págs. 172-174). Esta es

una cuestión *de suma importancia*. Debemos tener en cuenta que el monopolio del uso del signo otorgado al titular de la marca se fundamenta en el carácter distintivo del signo. Si el signo no se usa con carácter distintivo por parte de un tercero, el tercero no está usando el signo a título de marca sino a título descriptivo, actuación ésta que en nada vulnera *a priori* el derecho exclusivo del titular de la marca. La razón que fundamenta esta conducta es sencilla. Quien usa un signo con un carácter descriptivo, no puede generar confusión en el mercado al no distinguir otros productos o servicios, no afectando así a los intereses legítimos y al derecho exclusivo del titular del signo. No obstante, como veremos a continuación, la apreciación de este carácter distintivo no siempre es sencilla y plantea serias dudas y vivas polémicas en su interpretación.

B) El segundo vendría de la mano de la figura de la concesión de la licencia de uso de la marca por parte de su titular. Así, el titular del signo puede autorizar a un tercero su uso, esto es, conceder una licencia de uso del signo (hablamos de licencia, pues este acto no implica una cesión del derecho *strictu sensu*).

Con todo, y de conformidad con lo que ha venido siendo la doctrina tradicional, no todas las marcas gozan del mismo nivel de protección. El titular de una marca que no sea notoria ni renombrada tendrá el monopolio de la misma para distinguir sus productos o servicios con ella, dentro un ámbito territorial determinado, y su *ius prohibendi* se extenderá a aquellos signos que distingan productos idénticos o similares a los distinguidos por ésta. No obstante, no ocurrirá así cuando el titular de la marca sea notoria, teniendo el titular de la misma el derecho a prohibir el uso de su marca, no sólo a aquellos productos idénticos o similares, sino a todos aquellos que pertenezcan al sector del mercado en el cual la marca del titular goza de notoriedad. Este reforzamiento del derecho de exclusiva alcanza su máxima expresión cuando la marca en cuestión posee un carácter renombrado, esto es, es una marca conocida por el consumidor medio en todo el mercado y no únicamente en un sector concreto. De esta manera, el titular de una marca renombrada podría prohibir el uso de la misma, no sólo a productos que sean idénticos o similares en un sector concreto de mercado, sino a cualquier producto, sea cuales fueren sus características en cualquier sector del mismo.

Finalmente, siguiendo con este brevísimo repaso a los principios doctrinales que se ven afectados en esta sentencia, no podemos olvidar la relación entre el derecho de marcas y el derecho de la libre competencia o el derecho de la competencia desleal. Para ello, nada mejor que recordar la conocida teoría de los círculos concéntricos que ya nos enseñara en el pasado el maestro BERCOVITZ. De esta manera, es sabido que el mercado es protegido por dos círculos concéntricos. El primero de ellos viene constituido por el derecho de propiedad industrial destinado a proteger los intereses particulares de los sujetos que intervienen en el tráfico económico; en el caso concreto, los titulares de las marcas. No obstante, superado este primer círculo se halla un segundo, el protector de la libre competencia, que protege, no ya los intereses particulares, sino el buen funcionamiento del mercado y que, en el caso español, se identifica con la LDC y con la LCD (V. BERCOVITZ, A., «La competencia desleal», en *DN*, núm. 20, 1992, págs. 1-12).

COMENTARIO

La sentencia de la que hoy nos ocupamos se detiene a valorar uno de los aspectos que, sin lugar a dudas, constituye uno de los ámbitos más problemáticos en el derecho de marcas; nos referimos a la figura de la «confusión» entre signos distintivos. En este sentido, como ya se ha señalado, el objeto a dilucidar es si la empresa demandada emplea un signo distintivo que pueda generar, bien una confusión directa, bien una confusión por asociación en el usuario medio. Seguidamente, y de manera subsidiaria, si este hecho implica la realización de un acto desleal que atentara contra las normas del derecho de la competencia. Examinemos, por tanto, los dos ámbitos en los que se centra la demanda:

A) Violación del derecho de marcas: Como es sabido, el derecho de marcas exige como requisito esencial para la protección de la marca que ésta actúe con una función distintiva. Es una exigencia que, si bien no se contempla de forma expresa en la DM, sí se realiza en la LM, siendo consustancial a la propia figura, y así se desprende de la propia definición que del concepto de marca realiza el artículo 4.1 de la nueva LM: «Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de las otras» (BERCOVITZ, A., *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 59). El monopolio otorgado al titular de una marca se le concede para que distinga sus productos o servicios, esto es, para que comunique de forma diferenciada en el mercado en el que incide la marca, el origen empresarial de sus productos o servicios, finalidad ésta que debe concurrir para que dicho derecho exclusivo actúe (CIONTI, F., *La funzione del marchio*, Giuffré, Milano, 1988, pág. 7). La función distintiva es, por tanto, el fin que se persigue, la confusión se combate porque es una alteración en el fin perseguido por la norma. Por tanto, y de forma coherente, cuando los signos que constituyen la marca no son usados con un fin distintivo, esto es, no son usados a título distintivo, los mismos quedan en dicha actuación fuera de la protección del *ius prohibendi* del titular de la marca.

Esta situación, de máxima claridad a nivel doctrinal, se muestra más compleja al analizar cada caso en concreto pues, únicamente, caso a caso, será posible, en multitud de ocasiones, determinar si el signo distintivo empleado genera confusión respecto al consumidor medio. En este sentido, pocas dudas existen de que, éste es uno de los casos que nos ocupa. Así, en un detallado y correcto análisis de la presunta realidad de la «confusión» originada por la empresa demandada a través de sus signos distintivos, el Tribunal Supremo declara con acierto que dicha confusión no existe. Y no lo hace, por dos razones muy claras: A) Es evidente las diferencias que separan el dibujo de la base del producto de la demandada de la marca registrada de la actora —entre ellas, singularmente, el nombre de la empresa demandada que informa, con claridad al consumidor, del origen empresarial del producto lo que elimina la posibilidad de confusión directa—. B) Las semejanzas, referidas al aspecto figurativo de la marca, vienen determinadas por la naturaleza de los propios productos en un ámbito tan concreto y limitado, a estos efectos, como el de las sartenes. Así, de la presentación en el mercado de una marca con estas semejanzas, común y típicos de los productos que distingue, no parece que pueda llevar a apreciar en la conducta de la empresa demandante un acto

generador de una confusión por asociación. En este sentido, pocas dudas existen acerca del acierto del Tribunal Supremo.

B) A la luz de la no violación del derecho de marcas, la segunda cuestión a dilucidar es, forzosamente, si los actos de la empresa demandada constituyen y atentan contra la libre competencia. La argumentación en la que parece apoyarse la parte demandante se fundamentaría en el hecho de que, aunque el derecho exclusivo de marca no se viera vulnerado, el uso de unos signos distintivos similares constituirían una actuación contraria a la exigida transparencia en el tráfico económico, esto es, sería objeto de una conducta contraria a la LCD.

Esta idea es argumentada por la parte demandante al señalar que, en realidad, la conducta de la empresa demandada debe encuadrarse dentro del artículo 11.1, como *imitación confusoria*, considerando que la Audiencia Provincial de Barcelona realizó una interpretación errónea del alcance de dicho precepto al incluir en el mismo, únicamente, las creaciones materiales y no la imitación de los signos distintivos. No obstante, no es sólo este argumento el que ampara su pretensión sino que, junto al artículo 11.1, el artículo 11.2 también se ha visto presuntamente infringido por la demandante. Así, indica, la Audiencia Provincial de Barcelona ha apreciado erróneamente el segundo párrafo del artículo 11 LCD, pues la presentación que la empresa demandada hace de su producto en el mercado genera un riesgo de asociación en el tráfico económico.

Los dos argumentos del demandante merecen una contestación separada. En primer lugar, y en relación a la presunta *imitación confusoria*, el Tribunal Supremo, en una argumentación no demasiado elaborada, descarta con acierto esta situación. Y ello es así por varias razones. En primer lugar, por la propia literalidad del artículo 11.1, cuando señala que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales será libre, *salvo cuando estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley*. Y he aquí el *quid* de la cuestión. El derecho del titular de la marca, o más concretamente su *ius prohibendi*, no se extiende en este caso a los signos distintivos del competidor. No es, como argumenta la parte que no se haya incluido los signos distintivos dentro del precepto, sino que el ámbito de protección que estos otorgan no opera en el caso concreto. Por tanto, parece claro que no nos encontramos aquí ante un supuesto de vulneración de un derecho de exclusiva.

En segundo lugar, cabe señalar, una vez más, que el riesgo de asociación no se presenta en el caso que examinamos. Y no lo hace, a mi juicio, porque muy difícilmente el usuario medio va a establecer una vinculación empresarial del producto del demandado con el demandante. En este sentido, y de modo más objetivo, el Tribunal Supremo confirma la explicación dada por la sentencia apelada, al señalar que dicho riesgo de asociación no se da por varios motivos: «Dicha asociación [...] queda excluida en el caso de autos, decididamente, por la indicación, en el propio cartón protector de la sartén A): 1. En grandes letras blancas sobre fondo rojo, del nombre de la serie de la demandada Cuisine 2000. 2. La indicación en letras blancas más pequeñas, sobre fondo dorado, del nombre del modelo Euro Gold, y 3. La indicación del nombre del fabricante en la base del utensilio. Ello impide cualquier asociación con la sartén de la actora B): 1. Cuyo cartón indica en grandes letras rojas sobre fondo blanco la marca Tefal. 2. El nombre de la serie Resistal, y 3. En caracteres más pequeños, de color blanco sobre fondo gris, el nombre del modelo Seduction y en la base de la sartén la marca Tefal. Por lo expuesto, no se aprecia imitación

confusoria. Por la misma razón, de la clara diferenciación de la marca denominativa de las litigantes y de los nombre de sus series y modelos, tampoco se aprecia aprovechamiento indebido de la reputación ajena, entendida ésta como buena fama de la demandante».

En definitiva, una interesante sentencia que confirma una correcta línea jurisprudencia del Tribunal Supremo y que, sin lugar a dudas, recoge una de las tantas ejemplares sentencias en materia de marcas dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ

SEGURO SOBRE ROBO DE CAJAS FUERTES INSTALADAS EN BANCO. ROBO DEL TOTAL CONTENIDO DE LA CAJA, SIN PODERSE PROBAR TOTALMENTE LOS OBJETOS DEPOSITADOS Y SU VALOR. PÓLIZA A PRIMER RIESGO: EXCLUSIÓN DE LA PÓLIZA ESTIMATIVA. EXCLUSIÓN DEL DEPÓSITO DE DINERO EN METÁLICO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, DE 29 DE OCTUBRE DE 2004.)

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Ante el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Valencia, don Juan Pedro promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad aseguradora, «Aurora Polar de Seguros y Reaseguros, S. A.», sobre reclamación de cantidad, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Se condene a la demandada al pago de la suma de ocho millones de pesetas, más intereses del 20 por 100 desde la fecha del siniestro y a las costas del presente proceso».

Admitida a trámite la demanda y comparecida la demandada, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se desestime íntegramente la demanda y absolviendo a la demandada de las pretensiones de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora».

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 16 de octubre de 1996, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador, señor Ricardo Martín Pérez, en nombre y representación de don Juan Pedro contra la entidad Aurora Polar representada por la Procuradora, señora M.ª Luisa Izquierdo Tortosa, debo condenar y condeno a la entidad demandada a que haga pago a la actora de la cantidad de ocho millones de pesetas más los intereses legales y costas del presente procedimiento».

Segundo.—Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia en fecha 16 de mayo de 1998, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLAMOS: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad aseguradora Aurora Polar, S. A., contra la sentencia de fecha 16-10-96, recaída en los autos número 706/95 del Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de Valencia, la

que revocamos en parte, y en su lugar, estimando en parte la demanda, condenamos a los demandados a que paguen al actor la suma de 5.200.000 pesetas, cantidad que devengará los intereses fijados en el artículo 921 LEC desde el día 16-10-96».

Tercero.—Por el Procurador de los Tribunales, don Francisco Abajo Abril, en nombre y representación de don Juan Pedro, se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos, todos ellos basados en el artículo 1692.4.º LEC: Primero. Por considerar infringidos los artículos 1.288, 1.289 y 1.285 del Código Civil. Segundo. Por infracción del artículo 10-1, apartado c), número 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Protección de Consumidores y Usuarios («La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario»). Tercero. Por considerar infringido el artículo 3, apartado 1.º *in fine* de la Ley de Contrato de Seguro, y el artículo 10-1, apartado número 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Protección de Consumidores y Usuarios (...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—A) 1. El planteamiento de la cuestión debatida por las partes en el proceso, y que se trae al presente Recurso, se hace en el F.J. 2.º de la sentencia de la Audiencia, aquí recurrida, de la siguiente forma: La presente reclamación tiene su origen en la contratación de una caja fuerte por el actor (don Juan Pedro) en la sede del BANCO DE COMERCIO (Sucursal de la calle Juan José Dómine, núm. 18, de esta ciudad —Valencia—), y su adhesión simultánea a la Póliza número 000, suscrita entre diversas entidades bancarias y la Aseguradora, «AURORA POLAR, S. A.» (de Seguros y Reaseguros). Entre los días 14 y 17 de enero de 1994, se produjo un robo en la entidad bancaria, en el que se abrieron múltiples cajas de seguridad y se llevaron el contenido de las mismas, entre ellas, la alquilada por el actor. Desde el primer momento se pusieron de manifiesto las controversias existentes entre las partes sobre el trámite a seguir ante la producción del siniestro, para acreditar la preexistencia de los objetos sustraídos, manifestando el demandante la imposibilidad de acreditar la titularidad de los diversos objetos depositados, haciendo especial hincapié la parte demandada en que el actor había denunciado la sustracción de dinero, lo cual estaba excluido de la garantía de la póliza, y no indicaba, del total reclamado que ascendía a 16.000.000 de pesetas, qué suma correspondía a dinero en efectivo. La parte demandante reclama en su demanda la totalidad del capital básico asegurado, indicando que se trata de un seguro «a primer riesgo», y por tanto, la aseguradora deberá abonar el importe total asegurado, argumento rechazado por la parte demandada, por entender que se está confundiendo la modalidad de seguro «a primer riesgo», con la del seguro con riesgo estimado.

2. La parte actora presentó demanda de juicio declarativo de menor cuantía frente a la Aseguradora, en reclamación de 8.000.000 de pesetas, en que estimaba el valor de lo robado, más los intereses del 20 por 100 anual desde la fecha del siniestro, y pidiendo la condena en costas para la otra parte. El Juzgado de 1.ª Instancia, basándose en el principio de verdad sobre el valor de lo robado, depositado en la caja fuerte y en la dificultad de la prueba del mismo por el arrendatario de ella como depositante de los valores, estima la demanda, y condena a la Aseguradora.

3. La Audiencia, resolviendo el Recurso de APELACIÓN planteado contra la anterior sentencia por la Aseguradora demandada, acoge éste en parte, exige la prueba de la preexistencia de los objetos y la de su valor, por entender que el contrato era de «Póliza estimada», y considera que la prueba debe valorarse con flexibilidad y en línea de racionalidad, y excluye el dinero en metálico, por no incluirse en la póliza, y en cuanto a la preexistencia de las joyas que se entendían sustraídas, y su valor, los deduce de la prueba testifical aportada, a falta de presentación de las facturas de compra (declaraciones del director de la Sucursal bancaria, así como de amigos del matrimonio, y testimonio, asimismo, de la vendedora de la joyería con informe escrito de ésta), dejándolo en 5.200.000 pesetas, no impone el recargo de intereses pedidos del 20 por 100 anual conforme a la Ley del Contrato de Seguro, por los ofrecimientos constantes de la Aseguradora al pago y a llegar a un acuerdo sobre la reparación, y no hace imposición de costas en ninguna de las instancias, condenando en definitiva a la Aseguradora a pagar a la actora la cantidad indicada y los intereses legales de la misma desde la fecha de la sentencia.

B) La parte actora interpone Recurso de CASACIÓN ante esta Sala contra la aludida sentencia, basando el mismo en tres motivos, traídos todos a la casación por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 LEC (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que sean aplicables para resolver los puntos objeto del debate), motivos que articula así: 1.º, por infracción de los artículos 1.288, 1.289 y 1.285 del Código Civil, 3 de la LCS 50/1980, de 8 de octubre, y 10-2, párrafo 2.º de la Ley 26/84, de 19 de julio, General de Protección de Consumidores y Usuarios, y de la jurisprudencia, que se refería a los mismos, debiendo estarse, según el recurrente, a las cláusulas claras del contrato celebrado, y cargando la prueba sobre la Aseguradora, por los términos que no sean claros del mismo, dado que fue la que los redactó e impuso, debiendo establecerse la concepción del contrato como de Póliza estimativa o a Primer Riesgo; 2.º, infracción del artículo 10-1, apartado c), número 8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Protección de Consumidores y Usuarios, pues, en base al mismo, no se podía cargar la prueba de la preexistencia de los objetos en perjuicio del asegurado; y 3.º, infracción del artículo 3-1 final de la LCS, pues las cláusulas limitativas de derechos deben destacarse de modo especial y ser específicamente aceptadas por escrito por el asegurado; y por último, infracción también del artículo 10-1.c), número 3 de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, 16/1984, de 19 de julio, y ello por la exclusión de las pérdidas de monedas, dinero o billetes de curso legal en la cláusula especial 6 de la Póliza, no aceptada expresamente por el consumidor.

Segundo.—Los motivos del Recurso, planteados bajo la óptica de las Leyes de Protección de Consumidores y Usuarios (y de la de Condiciones Generales de la Contratación, en su caso, esta última en cuanto actualizadora de aquélla), y puestas en relación con la de Contrato de Seguro y con los preceptos del Código Civil que regulan la interpretación de los contratos, en lo que afecta a la obligación de la corrección judicial de las cláusulas que puedan ser abusivas en los contratos de adhesión, como el que es objeto de este proceso, pretenden «dar la vuelta» a la interpretación dada en la sentencia del Tribunal de instancia, sustentando en la falta de claridad de alguna de ellas o en la no aprobación expresa del asegurado a las limitativas de derechos (sistema interpretativo contrario al ordinario y que el recurrente dice que no se ha aplicado por el Tribunal en este caso), que se confirme la sentencia de primera instan-

cia que le concedió el resarcimiento por pérdida total de los objetos depositados en la cantidad de 8.000.000 de pesetas establecida en la póliza, frente a la minoración realizada por la Audiencia, que lo limitó a 5.200.000 pesetas (no controvertida ya por la Aseguradora, por lo que de ella hay que partir en todo caso). En concreto, el Recurso se refiere a esa nueva valoración probatoria de las cláusulas especiales 2.^a y 6.^a de la póliza, que se enuncian así: Cláusula especial 2.^a: «Este seguro se estipula en concepto de "primer riesgo", y en su virtud, la entidad aseguradora sólo responde, en caso de siniestro, hasta el límite de la suma asegurada por Caja, estipulado en el contrato de Cajas de Alquiler, aún cuando en el momento del siniestro hubiera bienes por valor superior». Y en la 6.^a se concreta: «La presente póliza no garantiza las pérdidas o daños causados a monedas, dinero y billetes de curso legal».

Tercero.—El primer aspecto del debate (y del Recurso) que debe tratarse, es el relativo a la interpretación del contrato ex artículo 3 LCS (Ley 50/1980, de 8 de octubre) —«las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa»—, apoyado en el recurso en los artículos 1.285, 1.288 y 1.289 del Código Civil —reglas generales sobre la interpretación de los contratos, con especial referencia a las cláusulas oscuras de los mismos y al sentido que resulte del conjunto de todas—, y se complementa con el 10-2-2.^o LPCU (Ley 26/1984, de 19 de julio, en cuanto que la misma refuerza lo dispuesto en el art. 1.288 del Código Civil, antes reseñado, en el sentido de que las cláusulas oscuras no favorecerán, interpretándose en su contra, a aquél que las hubiere redactado), y ello con referencia, en el presente caso, a la cláusula especial 2.^a de la póliza, ya que la misma se inserta en un contrato múltiple de adhesión, propuesto a la firma (y aceptado en el presente caso), por la Aseguradora de diferentes Entidades de Crédito y de sus clientes, en relación al contenido de las llamadas Cajas Fuertes (o de Seguridad): la referida cláusula, que antes se ha recogido, y a la que se refiere el motivo 1.^o del Recurso, parte de entender que el contrato de seguro firmado lo es «a primer riesgo», y que, en base a ello, la Aseguradora sólo responde, en caso de siniestro, hasta el límite de la suma asegurada por Caja, aunque en el momento del siniestro hubiera bienes por valor superior. En la aplicación de dicha cláusula, y ateniéndonos a la modalidad del seguro acordado, «a primer riesgo», el mismo se caracteriza, según la sentencia de esta Sala, entre otras, de 22 de julio de 1991, citada en la recurrida por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados en un solo seguro, en el que se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor más elevado», con lo que tiene razón la sentencia del Juzgado, y no la de la Audiencia, al conceder la cantidad máxima asegurada, sin precisarse de exigir la valoración del contenido, de imposible o muy difícil prueba; por lo que debe de acogerse este motivo, casando la Resolución recurrida, y confirmando la del Juzgado, y sin que proceda ya el examen de los demás motivos.

Cuarto.—La cláusula 6.^a, que se tiene como limitativa del objeto asegurado en la Póliza, es traída a debate en el motivo 3.^o del Recurso, que se funda jurídicamente en los artículos 3-1 *in fine* de la LCS (que obliga a destacar en forma especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, debiendo éstos aceptarlas específicamente por escrito). y 10-1-c-3.^o de la LPCU, y (aunque ello ya sólo sea discutible a mayor abundamiento, dado lo razonado antes) en cuanto en el presente caso tal cláusula no está destacada especialmente, ni existe su aceptación concreta firmada por el asegurado, es por lo que el recurrente pretende su nulidad, y que se tenga por no puesta, con

lo cual, sobre la existencia de dinero en depósito, volveríamos al supuesto anterior, es decir, al de pretender tener por válida la simple declaración de su existencia y de su cuantía por el asegurado. Esta cláusula, en principio prohibitiva, no tiene un carácter limitativo del objeto asegurado por expresa voluntad de las partes, en un contrato usual, pues la práctica y el uso o costumbre (corrección de las «ambigüedades», si éstas existieran, que no lo están, del art. 1.287 del Código Civil) hacen tener por no depositable el dinero en estas cajas (para ello, y por su carácter eminentemente fungible, basta para su depósito con la existencia de cuentas corrientes o de ahorro con la entidad de que se trate), con lo que no se trata de una propia limitación o exclusión que deba ser autorizada, sino de una cláusula usual, que delimita el verdadero contenido del objeto del contrato, y por ello debería ser rechazado este motivo, pero sin que ello pueda ya afectar a la admisión en sí del Recurso, como se ha dicho antes.

Se estima el Recurso de CASACIÓN.

COMENTARIO

1. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA Y LA REDACCIÓN DEL CLAUSULADO

La sentencia que procedemos a comentar presenta fundamentalmente dos problemas de relativa envergadura que, por otra parte, son demasiado frecuentes en la práctica aseguraticia. De un lado, el delicado problema probatorio en los supuestos de siniestro de bienes fungibles, realmente de bienes tan ultrafungibles como es el dinero en metálico y ante el cual las aseguradoras son reticentes a cubrirlo como riesgo asegurado. La propia Ley del Contrato de Seguro en su artículo 51 se refiere precisamente a la posibilidad de excluir la cobertura del dinero salvo pacto en contrario. Una cobertura que las aseguradoras rechazarán no tanto en base a cláusulas limitativas cuanto a cláusulas delimitadoras por exclusión en las que de un modo objetivo se incluyen o, en su caso, se excluyen determinados bienes, en este caso el dinero en metálico, pero que en modo alguno hemos de entender como limitativas, dado que no se limita un derecho que todavía no ha nacido, sino que se delimita la concreta cobertura que está dispuesta a asumir la aseguradora. No se limita sino que se delimita, y la delimitación implica un *prius* lógico y necesario que se anticipa a la fase de limitación. Y de otro lado se presenta el problema o la cuestión de la redacción de las cláusulas contractuales del seguro sobre todo cuando éstas se redactan de un modo oscuro, deliberadamente oscuro, excesivamente ambiguo y, en definitiva, poco claro. A su vez se juega con la confusión que genera una terminología demasiado técnica y precisa, necesaria, eso sí, en la jerga aseguradora, pero lo suficientemente desconocida y distante para un asegurado o consumidor de grado o cultura media y con pocos y parcos conocimientos aseguraticios.

Respecto al primer punto, la prueba del siniestro, es éste quizá uno de los problemas más delicados pero también peliagudos que presenta el seguro de robo. La prueba del hecho o siniestro no es a menudo precisamente sencilla, como lo constituye el inequívoco hecho de que la mayoría de las sentencias del Supremo, relativas al seguro de robo, se centran en tan delicada y controvertida cuestión. Como es obvio, en algunos supuestos esa prueba que incumbe al asegurado es más difícil que en otros. No es lo mismo que el robo o la «sustra-

ción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas», como reza el dictado del artículo 50 de la LCS, que no es coincidente con la tipificación penal del robo de nuestro código, se produzca con ocasión de un atraco, en el que la declaración de la víctima o el testimonio de testigos facilita y canaliza la prueba y en suma la indemnización, o con fuerza en las cosas en las que las roturas violentas o forzadas son prueba suficiente para que el asegurador admita sin más la existencia del robo. Ahora bien, las tornas cambian en aquellos supuestos en los que la prueba debe de ir vinculada con la demostración de la preexistencia de los objetos asegurados, lo cual no siempre es fácil, y máxime cuando no se incluyó en el condicionado particular de la póliza, como acertadamente refleja el artículo 8.4 de la LCS al exigir e imponer entre el elenco de menciones mínimas de la póliza la declaración del objeto asegurado (1). Juega a favor del asegurado, de cara a la prueba de la preexistencia de los objetos asegurados, el dictado del artículo 38.2 de la LCS, que establece la presunción, simple presunción eso sí, que *el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces*. Sin duda semejante aserto constituye una auténtica tabla de salvación para muchos asegurados que no tienen medios ni probabilidad alguna de demostrar la preexistencia de esos bienes que han perecido o han sido robados o sustraídos con el siniestro. Ahora bien, tampoco supone una liberación sin más, ya que entre otros extremos habrá de probarse que efectivamente se produjo el robo, o en supuestos de ser el asegurado un empresario debería al menos cotejarse con albaranes de entrega, facturas oficiales y oficiosas, la propia contabilidad del empresario, etc. No ha de perderse de vista la buena fe y recíproca confianza y lealtad entre los contratantes, lo cual no exime para que al menos haya indicios claros de que se ha producido la sustracción ilegítima de las cosas o bienes asegurados. No es menos cierto que nuestra jurisprudencia ha oscilado y basculado, y todavía lo sigue haciendo, entre la excesiva rigidez y la relativa flexibilidad o atemperización en la exigencia de probar la preexistencia del bien asegurado. Hay una copiosísima jurisprudencia entre un extremo y el otro.

2. LOS SEGUROS AL PRIMER RIESGO

Los seguros al primer riesgo o incluso a primer fuego se han desarrollado significativamente en las pólizas flotantes, en los seguros de incendio y en los seguros de robo. El seguro a primer riesgo es una modalidad contractual que de entrada excluye, por regla general, la aplicación de la regla proporcional. En ellos el asegurador se compromete a abonar o indemnizar el total del daño, eso sí, hasta el límite de la suma asegurada cuando se produce el si-

(1) Se preguntaba GARRIGUES, «La prueba de la preexistencia en el seguro contra incendios», en *RDM*, 1947, núm. 9, 447, «en el seguro contra el robo es esencial que tengan que desaparecer las cosas robadas, porque si hubieran desaparecido antes no habría robo. Ahora bien, ¿cómo probar la existencia de estas cosas en el momento del siniestro?» No le faltaba razón al profesor GARRIGUES cuando se interpelaba por esta prueba, y llevémoslo ahora al supuesto de hecho de la sentencia, cómo va a probar el asegurado que en la caja fuerte tenía depositado X suma de dinero en metálico o X joyas. No nos sirve el argumento de que para depositar dinero ya existen otros tipos de contratos bancarios o depósitos abiertos o cerrados, ¿acaso no se puede guardar dinero en efectivo en una caja fuerte aunque sea alquilada por un banco, dónde si no?

niestro. Son seguros que se han desarrollado teniendo en cuenta una pluralidad de intereses asegurados cubiertos por un mismo contrato de seguro. Este extremo resulta sobre todo más palpable en un seguro de incendio al primer riesgo o a primer fuego, en el que un asegurado está asegurando diversos inmuebles radicados en distintos lugares y por tanto sometidos también a riesgos diversos. En este caso el riesgo de incendio o de robo que amenaza a un inmueble es totalmente diverso, distinto y distante del de los demás. Como la suma asegurada ha sido calculada teniendo en cuenta el valor del interés del inmueble más elevado, interés asegurado, la indemnización del asegurador ha de cubrir el importe total de los daños verificados con el siniestro, dado que entre otros extremos ese importe no supera normalmente la suma asegurada. La prima se calcula, en suma, con el valor del conjunto de intereses asegurados, es decir, con el valor total de los bienes u objetos asegurados, no con relación a una única suma asegurada, con independencia de que en la praxis aseguradora se puedan pactar ciertas franquicias. Debe tenerse en cuenta además en estos seguros la movilidad de la cosa asegurada, sobre todo en los seguros de robo. La no aplicación de la regla proporcional se explica entre otros extremos por la dificultad que acarrearía determinar el valor concreto de los objetos asegurados.

Es más, la pluralidad y amplitud de bienes que se aseguran o pueden asegurarse, pensemos en todos los bienes que podemos introducir o depositar en una caja de seguridad, así como también la variedad de los riesgos a que se pueden ver sometidos estos bienes aconsejan el cálculo de una prima media en base a la declaración efectuada *ex ante* por el tomador del seguro-asegurado (2). Se pacta y cuantifica de antemano el *máximo* de suma asegurada que se cubre, de modo que el exceso de depósito de bienes por encima de ese umbral no será objeto de indemnización. Significativa es la tan conocida y no menos citada sentencia de 22 de julio de 1991 (RJ 1991, 5411) cuando excluye la aplicación de la regla proporcional en el supuesto de un contrato suscrito en la modalidad de seguro a primer riesgo, «modalidad caracterizada por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados por un solo seguro en el que se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor del interés más elevado; en el presente caso, dado que la pluralidad de intereses asegurados venían constituidos por las mercancías depositadas en cada una de las agencias que la aseguradora tenía en diversas localidades, teniendo en cuenta la modalidad de seguro de que se trataba, que el valor del interés asegurado no viene dado por la suma del valor de las mercancías depositadas en todas y cada una de las agencias de la asegurada, sino por el valor de las depositadas en cada agencia y a tal valor habrá de acudir para ver si ha producido o no una situación de infraseguro...»

Las entidades de crédito al cubrir el riesgo de robo en su servicio de cajas de seguridad a través de un seguro a primer riesgo cuyo coste repercute en el servicio que presta a los terceros, lo hace hasta un tope máximo a partir del cual no abona indemnización alguna. Sólo así maximiza sus recursos y evita posibles actuaciones fraudulentas, sobre todo ante los supuestos de depósito de bienes tan fungibles como es el dinero y del que difícilmente se puede probar su existencia con anterioridad al siniestro. El asegurado, si sufre un

(2) En parecidos términos, SÁNCHEZ CALERO, *Ley de contrato de seguro* (SÁNCHEZ CALERO, Dir.), Pamplona, 1999, págs. 436 y 437.

robo de bienes por un valor que no alcanzan el tope máximo de la suma asegurada será resarcido en su totalidad, pero si el valor de los bienes depositados exceden esa suma únicamente se verán indemnizados hasta ese límite, por lo que no serán resarcidos en su integridad y por consiguiente asumirán una parte del riesgo y de la pérdida que ni la aseguradora ni la entidad de crédito están dispuestos a cubrir.

3. LOS PROBLEMAS EN LA REDACCIÓN DEL CONDICIONADO

El seguro no puede subsistir si las partes, especialmente, la débil, no sabe y no comprende a qué se compromete y obliga y a qué no se obliga. No resultaría equitativo ni equilibrado. Ha de saberse y comprenderse en todo momento claramente *a qué se comprometen y a qué no se comprometen* las partes, en especial el solicitante tomador cuando se adhiera al contrato. Y esto sólo se cumple hablando claro, y haciéndolo en tiempo oportuno. Y es que la exigencia de claridad o redacción clara se inspira en el principio de autorresponsabilidad del declarante y en el de protección de la confianza del aceptante adherente, ambos derivados del principio de la buena fe objetiva, entendida ésta como la conducta ajustada a los postulados éticos, honorables y de probidad en el tráfico jurídico y económico. La finalidad es clara, que el asegurado conozca, con una simple y detenida lectura del contrato, el conjunto de sus derechos y obligaciones, sin que sea precisa la ayuda de terceros y máxime de expertos, que se desprenderán si la póliza es lo suficientemente transparente (3). El requisito de la legibilidad y comprensibilidad es un requisito de incorporación de las condiciones generales al contrato con idéntico valor e idéntica importancia. Si malamente se puede leer, malamente se puede comprender y, si no se comprende, es porque la ambigüedad, la farragosidad y el tecnicismo han ahogado cualquier atisbo de legibilidad. Desde el punto de vista de la función de publicidad resulta indubitado que si las cláusulas no son legibles o comprensibles se imposibilita al tomador o al solicitante reaccionar correcta y diligentemente al incumplimiento del asegurador o incluso ante su propio incumplimiento. Las cláusulas difícilmente comprensibles acaban induciendo al error y a la confusión del adherente sobre la situación legal que le ampara, al estar mal informados y permite, al mismo tiempo, que el predisponente goce de un amplio margen de discrecionalidad en su comportamiento, dada la parquedad y la inactividad de unos adherentes mal o poco informados en sus derechos. En la presente sentencia, la ambigüedad llega al máximo cuando aparentemente no queda claro si estamos ante un seguro a primer riesgo o un seguro de póliza estimada. Y esa ambigüedad la crea conscientemente el asegurador, que es quien impone y redacta el alcance

(3) Como bien se ha dicho una descripción minuciosa de las condiciones de garantía, o a la inversa, de los casos de exclusión directa o indirecta de la garantía, contribuye a la claridad del contrato de seguro. Vid. MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, París, 1996, pág. 85, quien asevera como esta exigencia debe ser «rappelée aux assureurs qui tendent de plus en plus a limiter le nombre des sinistres garantis en vue d'un équilibre technique de l'assurance. Les juges eux-mêmes encouragent cette démarche». No cabe duda que un juez anularía una exclusión de cobertura del riesgo imprecisa y defectuosa en la descripción de los elementos propios, como pueden ser los dispositivos antirrobo evocados vagamente en la propia póliza.

del condicionado. Y máxime cuando lo que se asegura son bienes tan fungibles como el dinero. El concepto de transparencia, del que la claridad, concreción y sencillez, no son sino manifestaciones en cuanto requisitos de su formulación, presupone una situación contractual en la que existe una *asimetría informativa* entre las partes, típico por lo demás de todos los contratos de adhesión (4). Una de las funciones de la transparencia, como no podía ser de otro modo, consiste en dotar al cliente de la información necesaria y suficiente en la fase precontractual para que pueda tomar una decisión fundada y racional, ya sea para que opte entre contratar o desistir a tal contratación, ya sea para que una vez que sí se ha decidido contratar pueda seleccionar y discriminar racionalmente entre las distintas ofertas del mercado (5). Si el asegurado o depositario supiese de antemano el tope máximo de cobertura del seguro de robo o incluso estuviese clara la exclusión de cobertura de dinero en metálico, obraría en consecuencia y asumiría un riesgo que la aseguradora nunca cubrirá. No en vano la discusión o debate doctrinal sobre el alcance de la obligación de transparencia ha girado en torno a su relación con el control de equilibrio sustancial (6). No cabe duda que cuanto mayor y más asequible sea la información disponible para el solicitante del seguro, menores serán los costes de transacción del contrato y por tanto, más eficiente será la asignación de recursos tutelando en todo momento la libertad de decisión negocial del futuro tomador. Como bien se ha dicho, lo que garantiza la libre decisión de los consumidores no es la negociación, sino la *selección entre opciones alternativas y transparentes* (7). La transparencia, de este modo, se encuentra vinculada estrechamente a la información. La transparencia en la redacción

(4) Vid., en este sentido, ampliamente PRÖLSS/MARTIN, «Versicherungsvertragsgesetz», 26.^a ed., München, 1998, pág. 24, RdNr. 80 y sigs., y su estudio sobre la *Transparenzgebot* y los conceptos abstractos —*hoch abstrakter Begriffe*.

(5) En parecidos términos, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 192.

(6) Véanse al respecto las agudas observaciones de PERTÍNEZ VILCHEZ, «El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predisuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5), de 10 de mayo de 2001]», en AC, 2002, núm. 45, págs. 1351-1363, pág. 1356, las diferentes posibilidades interpretativas son la de considerar que la obligación de transparencia es un deber puramente formal de hacer cognoscibles las cláusulas para el adherente mediante una redacción clara y comprensible, sin que exista ninguna relación entre la cuestión de la transparencia y el control de la abusividad de la cláusula, o la de entender que entre la transparencia y la cuestión de la abusividad existe de manera más o menos intensa algún nexo, de modo que la falta de transparencia en la redacción de una cláusula pueda ser instrumental a un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes que comporte una declaración de abusividad. Vid. también RIZZO, *Trasparenzae contratti del consumatore*, Napoli, 1997, pág. 60.

(7) Vid. nuevamente ALFARO, *Las condiciones generales*, cit., pág. 67, quien al criticar la irrelevancia de la existencia de negociación como premisa necesaria para que exista consentimiento libre, alude a la teoría del bazar o del zoco, hace referencia a los términos ingleses *bargaining* y *shopping*, pues no es el *bargaining* sino el *shopping* el que garantiza la libertad de los clientes. Vid. RAKOFF, «Contracts of adhesion: an essay in reconstruction», 96 *Harvard L. Rev.* (1983), págs. 1174-1284. La falta o la imposibilidad de elegir conscientemente de entre las diferentes ofertas del mercado puede acabar provocando un perjuicio atinente al mercado —*marktbezogene Unangemessenheit*—, vid. KÖNDGEN, «Grund und Grenzen des Transparenzgebot im AGB-Recht», *NJW*, 1989, pág. 950.

de las cláusulas cumple de este modo un cometido de información *precontractual* en el que no se debe olvidar que ha desaparecido toda negociación, por lo que la exteriorización documental o telemática de las cláusulas se convierte, al lado de la publicidad, en la fuente básica de información del contenido del contrato a disposición del asegurado.

Qué se dijo, cómo se dijo, qué se debió decir y cómo se debió decir, son las premisas de una tarea interpretadora que indefectiblemente tendrá que llevar a cabo un juez, en la mayoría de los supuestos. Ha de señalarse que no es una cuestión pacífica en la doctrina la solución al problema de la existencia de una cláusula no clara e imprecisa, pues habrá de determinarse si se la califica como nula o simplemente se emprende un proceso de interpretación. Es más, se parte del axioma que la nulidad siempre favorecerá más al asegurado que la mera interpretación de la estipulación controvertida, ya que se estará eliminando el límite que establecía dicha cláusula. Han de redactarse, en suma, de forma que no se albergue la menor duda para el asegurado como para el lector de las mismas, fijando y reglamentando el contenido contractual. Quedan desterradas todas aquellas cláusulas sorprendentes, sorpresivas o insólitas que en modo alguno ningún tomador del seguro medio podría mínimamente esperar en el contrato (8).

Y las consecuencias no son precisamente fáciles, pues la solución viene por determinar si deberá ser calificada tal cláusula o cláusulas como nula o nulas o simplemente se deberá entrar en una labor interpretativa para verificar cuál es el auténtico alcance de la misma. Ahora bien, algo sí que debe quedar claro dentro de tanta claridad predicada, a saber, que la ausencia o falta de claridad y concreción tan pródiga en los contratos de seguro no debe favorecer al contratante que causó la oscuridad, la ambigüedad, por lo que ha de pechar sólo él con sus consecuencias, pues pocos escrúpulos le causa hacer pasar y aceptar al asegurado con semejantes cláusulas. Y la mejor manera de proteger al asegurado no es que el juez interprete esta oscuridad, sino considerar nula e ineficaz la cláusula, que no el contrato de seguro. La nulidad le protege mejor que la interpretación, ya que en cierta medida se estará eliminando y atacando de raíz el límite o restricción que establecía dicha cláusula (9). La consecuencia es clara, precisamente allí donde apremia una mínima claridad y precisión, su carencia o su conculcación debe llevar aparejada la nulidad de las cláusulas imprecisas y no claras.

La duda pero también el límite es si nos decantamos por la nulidad o bien por una interpretación *contra stipulationem*, como la solución y la sanción más equitativa para la inobservancia del requisito legal, pues sólo existen esas dos posibles vías de reacción (10). Por consiguiente, el criterio delimitador en una

(8) Un enorme elenco casuístico de cláusulas sorpresivas en las más variopintas modalidades de seguro en PRÁVE, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, München, 1998, págs. 83 a 90, donde hace un repaso de las distintas cláusulas sorprendentes que han sido encontradas por los tribunales, desde seguros de viajes de enfermos, animales, de crédito, pasando por los de responsabilidad civil, de gafas, de incendios, etc., así en un seguro de incendios es sorprendente aquella cláusula que señala que no es oportuno el parte o denuncia en el plazo oportuno si tuvo lugar *vorher der Versicherungsfall*.

(9) Vid. además LARRA YÁ RUIZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados*, Elcano, 2001, pág. 209.

(10) En parecidos términos, aunque si bien no se decanta ni por uno ni por otro, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1993, pág. 351, man-

u otra dirección es o parece ser que es la mayor o menor incomprensibilidad, de modo que las cláusulas que sean ambiguas o dudosas simplemente, se someterán a la aplicación de la regla *contra proferentem*, y si están redactadas de un modo realmente incomprensible, siendo de especial gravedad la situación que origina la estipulación se opta por la no incorporación de la cláusula al contrato (11). Tampoco es que la LCGC ayude mucho a dilucidar la cuestión, pues la misma dicotomía se suscita en su articulado sin arrojar un ápice de luz; en efecto, el artículo 6.2 de la LCGC señala que una cláusula oscura debe ser interpretada a favor del adherente y sin embargo el artículo 7.b) del mismo cuerpo legal la declara nula (12). Lo mismo sucede con la antinomia que existe entre los artículos 10.1.a) y 10.2.II en relación con el 10.4 de la LGDCU (13). Por otra parte, tampoco la ingente casuística jurisprudencial a lo largo de estos años de aplicación de la Ley de Contrato de Seguro ha sido muy pródiga en aclarar cómo debe ser la claridad, valga la redundancia, y precisión de las estipulaciones. Es más, ni siquiera se hace referencia a que una cláusula no precisa y no clara, y por tanto contraria a la propia imperatividad que marca la LCS, deberá ser calificada como nula y tenida por no puesta. Todo lo contrario, los tribunales se han lanzado a una carrera y labor interpretativa de las cláusulas carentes de claridad, basándose sobre todo en los preceptos que el Código Civil reserva para la interpretación de los contratos.

En los hechos de esta sentencia queda probado el intento de generar confusión por parte de la aseguradora a la hora de catalogar si la cobertura del seguro se hace a través de un seguro a primer riesgo o a través de una póliza estimada, en la que las partes se ponen de acuerdo y pactan el contenido exacto de la suma asegurada que coincide con el interés. La confusión se lleva al extremo de no aclarar debidamente qué sucede con la cobertura del dinero en metálico. Es cierto que en la práctica de los seguros de robo a la hora de proceder a la delimitación cuantitativa del riesgo suele excluirse del

teniendo ambas soluciones, siendo la sanción de la aplicación de la interpretación cuando la cláusula sea oscura, y la de nulidad cuando sea incomprensible.

(11) Ésta también es la solución que propone DÍAZ ALABART, «Comentario al artículo 6 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (BERCOVITZ, Coord.), Pamplona, 1999, págs. 193-232, pág. 198.

(12) Sobre esta evidente contradicción entre ambas normas, véase el análisis que hace GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al artículo 7 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (BERCOVITZ, Coord.), págs. 250 a 255, para esta autora la solución acorde sería referir la sanción de no incorporación a todos los supuestos en que la oscuridad, en sus distintas manifestaciones, ha provocado una falta de conocimiento-consentimiento, o impide conocer el alcance de los derechos y obligaciones, mientras que la regla de la interpretación se aplicará a supuestos en los que la oscuridad sólo provoca dudas.

(13) A favor de esta antinomia, así como la solución de que para lo más grave, la incomprensibilidad, la no inclusión y consiguiente ineficacia, y para los supuestos de simple ambigüedad la aplicación de la regla *contra proferentem*, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pág. 286; contra y negando toda antinomia, COCA PAYE-RAS, «Comentario al artículo 10.2 —antiguo— de la LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (BERCOVITZ/SALAS, Coords.), Madrid, 1999, págs. 311-329, pág. 326, dado que mientras que el control de inclusión controla la forma o formulación, la interpretación atañe al contenido que ha logrado superar el filtro de la formulación.

riesgo, exclusión convencional aunque aparecen hechas las exclusiones en el condicionado general más que en el particular, por lo que de acuerdo o pacto no hay nada sino imposición, o lo tomas o lo dejas, de la cobertura de determinados bienes, significativamente escrituras, manuscritos, planos, joyas, alhajas y pedrerías, cuadros, obras de arte, mercancías o productos que no fueren propiedad del asegurado, los títulos valores, el metálico y los billetes de banco. Así las cosas es evidente que salvo pacto en contrario, quedan fuera de la cobertura no sólo las cosas de especial valor o, si se prefiere, de gran fungibilidad, sino también aquellos bienes que el asegurado posea a título diverso del de propiedad. No se limita y por tanto no hay que cumplir con los específicos requisitos de incorporación que para las cláusulas limitativas se exige en el artículo 3 de la LCS.

4. LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO

En todo tipo o ramo de seguro, ya de cosas o daños, ya de personas, y entiéndase bien, tanto en los seguros voluntarios o convencionales como en los seguros obligatorios, se procede a delimitar el concreto riesgo que es objeto de cobertura. Con carácter general pueden definirse las cláusulas delimitadoras como aquéllas que sirven para definir y concretar el objeto del contrato del seguro de que se trate, de manera que todo acontecimiento o evento acaecido fuera de aquella delimitación, o que constituya una circunstancia de exclusión de cobertura, no tendrá la consideración de siniestro cubierto por la póliza. Como bien se ha señalado *auch deklaratorische Klauseln unterliegen dem Transparenzgebot*(14). Como ya sabemos, el riesgo es un elemento esencial para la validez del contrato de seguro, ya que éste es nulo si en el momento de la conclusión del contrato no existe. El riesgo constituye elemento esencial para la validez del contrato de seguro, toda vez que integra su causa, puesto que la finalidad económica e incluso social que buscan las partes es precisamente la cobertura de un riesgo asegurado. Dada esta relevancia del riesgo para el contrato de seguro ha de comprenderse, en suma, lo esencial que resulta su individualización en relación con cada modalidad de seguro. Una individualización que se ha de llevar a cabo mediante la determinación de la naturaleza del evento o acontecimiento cuyas características son objeto de cobertura, sus causas y las circunstancias locales y temporales de su realización, así como el interés o intereses sobre los que el mismo ha de verificarse llegado el caso (15).

(14) Más lejos llega PRÁVE, «Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz», cit., pág. 122, RdNr., 354, cuando asevera que estas cláusulas pueden resistir libremente a un control de contenido regular, «Derartige Klauseln dürften freilich reglemässig der Inhaltskontrolle standhalten», y continúa: «Keine deklaratorischen Klauseln stellen hingegen grundsätzlich AVB-Bedingungen dar, die auf gesetzlichen geregelte Gestaltungsbefugnisse zurückgehen, wie namentlich die gesetzlichen Prämien- und AVB-Anpassungsvorschriften in der Personenversicherung oder die mit par. 6 VVG übereinstimmenden Klauseln über Leistungsfreiheit im Falle von Obliegenheitsverletzungen».

(15) Un amplio análisis sobre la distinción entre riesgo y evento incierto en NICOLÁS, «Contribution a l'étude du risque dans le contrat d'assurance», en *RGDA*, 1998, núm. 4, págs. 637 y sigs., pág. 640.

De este modo se explica que la perfecta delimitación del riesgo influye no sólo en el momento de la conclusión del contrato, sino también durante la vida de la relación jurídica que surge del contrato, es decir, durante su ejecución. Si el asegurado sabe que no se cubrirá el riesgo de robo de dinero en metálico simplemente o bien no lo depositará acudiendo a otros contratos bancarios o bien asumirá las consecuencias de semejante riesgo que no podrá trasladar a la aseguradora. La delimitación del riesgo es una operación lógica y secuencial, esencial en todo contrato de seguro. *Delimitar primero* y luego si acaso, *limitar*. Esa es la secuencia y esa ha de ser la lógica. Todo lo demás es tergiversar y desconocer la racionalidad del clausulado del contrato de seguro. Si la aseguradora no asume la cobertura del riesgo de robo de dinero en metálico y asume cuantitativamente el riesgo hasta una suma asegurada establecida en un *máximo*, simplemente está seleccionando el riesgo, pero no limitando ningún derecho del asegurado. Dos son, en definitiva, los elementos que delimitan el contenido de la obligación asumida por el asegurador, a saber, de un lado la propia descripción legal del riesgo y, por tanto definición de la cobertura natural a la que está llamada un seguro, y de otro lado, la disciplina convencional que se establezca sobre el particular dentro de los límites establecidos a la autonomía negocial. Las cláusulas delimitadoras del riesgo no constituyen, en puridad, cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, por lo que integran el contenido del contrato sin necesidad de la observancia de los especiales requisitos de incorporación que exigen éstas. Ni han de resaltarse ni han de estar aceptadas específica y particularizadamente por el tomador del seguro, si bien lo recomendable es evitar su dispersión más o menos diluida e incluso disimulada a lo largo del clausulado. Lo suyo es su agrupación bajo un rótulo o encabezamiento propio y cerrado, si bien la realidad nos enseña que la práctica va por otros derroteros (16). Ahora bien, ello no debe ser óbice para que la delimitación del riesgo, en aras de ser una genuina delimitación, deba ser concreta y claramente determinada, siendo desarrollada en lo sucesivo a través de las cláusulas generales, particulares y especiales. Esto significa que la delimitación puede situarse perfectamente o, si se prefiere, es tolerable que se residencie en cualquiera de esas cláusulas, siendo lo suyo que existan incluso a través de los distintos apartados que contenga la póliza o el condicionado, pues allí donde se hable de la duración material del contrato habrá una delimitación temporal, en el apartado de franquicia habrá igualmente delimitaciones, en las descripciones del riesgo, en las garantías y sumas aseguradas también se delimitará el riesgo. Una cosa es lo deseable y otro lo real, lo acostumbrado.

La LCS en más de una ocasión parte de una definición general del riesgo en el concreto contrato de seguro que regula, por lo que será necesario, por tanto, que en el caso concreto se individualice el supuesto, el hecho, el evento que puede generar en su caso el derecho a la eventual indemnización. A la descripción genérica que hace la LCS debe acompañarse su individualización —determinación del riesgo concreto— en cada caso particular, exigiendo concreción de los hechos tanto en sentido positivo como en sentido negativo, esto es, por inclusión como por exclusión. Baste una mera lectura de la descripción del riesgo de robo que se hace en los artículos 50 a 53 de la LCS al regular el seguro de robo. Por esta razón, la regulación que sobre el particular

(16) Véase la interesante aportación que hace LARRAYA RUIZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados*, cit., pág. 147.

se contenga en el propio contrato, es decir, en la propia póliza o a través de su condicionado, posee un carácter esencial y prioritario, por cuanto que se revela imprescindible en aras a la determinación del concreto ámbito de cobertura del aseguramiento. Al lado de esta definición del riesgo se acompaña una delimitación adicional de la obligación asumida por la aseguradora en sus aspectos tanto cuantitativos como cualitativos e incluso temporales y espaciales. Por lo que se concreta si el seguro cubre o no sólo aspectos materiales y no personales, si hay un límite máximo de indemnización o no, si ésta se materializa por siniestro, por persona perjudicada o por cualquier otra manera, etc. Individualizado el riesgo, ello no significa que pueda ser asegurado «*en todo caso y para siempre, o sea, de todos modos, en cualquier lugar o tiempo en que se verifique*» (17).

En definitiva, la delimitación del riesgo asegurado requiere una tarea previa de disección e individualización del mismo, a través de la naturaleza del evento y el interés sobre el cual recae desde una vertiente de delimitación causal, espacial y temporal. Sólo así se puede establecer el alcance de la obligación del asegurador de proporcionar cobertura al asegurado describiendo, por ejemplo, en los seguros de responsabilidad civil, el hecho causante de la deuda resarcitoria imputable civilmente a este último.

Como ya hemos señalado, la delimitación de los riesgos asegurados es fruto de la disciplina legal, con una definición más o menos acabada y que desde luego sitúa el parámetro de cobertura natural, pero en no menor medida también es fruto de la disciplina convencional, por lo que habrá que tener en cuenta que el asegurador únicamente se obliga a cubrir el riesgo sobrevenido dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a través del clausulado.

La delimitación del riesgo implica de un lado y desde una vertiente positiva, la selección genérica de una determinada tipología de riesgos dentro de lo que sería el riesgo en términos absolutos (robo, incendio, créditos, responsabilidad civil, accidentes, vida, defensa jurídica, caución, asistencia en viaje, dependencia de mayores, etc.), pero de otro lado implica también una delimitación por exclusión de determinados supuestos que se encuentran *a priori* y genéricamente, dentro del riesgo cubierto por la delimitación positiva. De este modo se individualiza y relativiza aún más la delimitación. El fruto o resultado de estas dos operaciones es el riesgo estrictamente cubierto por el contrato de seguro, que es el derecho único y primero que tiene el asegurado no limitado ni excluido por ninguna cláusula contractual (18). Conviene por tanto no confundir entre lo que es una correcta y *justa* delimitación convencional del riesgo asegurado —con una mayor o menor imposición de la aseguradora—, con lo que es la inclusión en el contrato de seguro de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

(17) Vid. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1956, pág. 145.

(18) En este sentido, vid. GEMENO MARÍN, «El concepto de invalidez permanente y su baremo en el seguro de accidentes “común”», en *RDSP*, 2003, núm. 4, págs. 7 y sigs., pág. 24.

5. LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Acierta la sentencia cuando no califica como limitativas las cláusulas especiales primera y sexta que excluyen la cobertura del dinero en metálico. Como ya hemos señalado, son exclusiones convencionales del riesgo, unas exclusiones impuestas por la aseguradora y que la Ley del seguro le permite. Las cláusulas limitativas, tal y como se desprende del artículo 3 de la LCS, pueden comprenderse o hallarse tanto entre las llamadas condiciones generales como entre las particulares; no en vano, la alusión que se hace a las mismas en dicho artículo no hace distinción alguna a si se predica sólo de unas o de otras, situándose inmediatamente después de aseverar que las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa (19). Además, la Ley del Contrato de Seguro, aunque debería haberlo hecho, no dice y, menos define, qué debe entenderse por cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, cuestión que ha dilucidado la doctrina y la jurisprudencia ante tan paradójico y en ocasiones conflictivo vacío legal. Esta situación conduce a que, en la práctica, cada cláusula que llega a los Tribunales alegándose que es limitativa de derechos, ha de ser desmenuzada y calificada o no como tal por el juez, por lo que, en definitiva, su calificación queda al arbitrio de jueces y tribunales, lo que hace que los pronunciamientos en demasiadas ocasiones sean tan dispares como contradictorios.

En la valoración de la redacción de algunas cláusulas no se albergará duda alguna, mas en otras los jueces se encontrarán con cláusulas de diferente índole y calado respecto de las cuales se verán obligados a dirimir si realmente esa cláusula limita o no los derechos del asegurado o, por el contrario, estamos ante una cláusula lesiva o simplemente cláusula que, si bien no limita, tampoco lesiona los derechos del asegurado por mucho que éste se haya empeñado en argüir su lesividad en aras de que no sea de aplicación en su particular contrato de seguro. Quizá lo más negativo de toda esta situación, a veces incluso paradójica, sea la inexistencia de un criterio uniforme carente de homogeneidad y cierto rigor que impide la subsunción clara de estas cláusulas en una categoría u otra (20).

Pueden por tanto, limitarse, reducirse, recortarse o restringirse los derechos del asegurado tanto por las cláusulas que integran las condiciones generales como por las que integran las particulares. Las cláusulas limitativas o restrictivas de los derechos del asegurado se oponen al asegurado e incluso al tercero perjudicado, que no es parte del contrato a lo largo de toda la relación negocial, pudiendo además cobrar mayor protagonismo cuando se produce el siniestro. Ciertamente el verdadero valor y alcance de una cláusula de la

(19) Como señala LARRAYA Rurz, *Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado*, cit., pág. 179, las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, para el que suscribe, serán aquellas cláusulas contractuales insertas en el contrato de seguro, en cualquier emplazamiento de él (condiciones particulares, generales o especiales) y fuera de las que configuran la delimitación del riesgo asegurado, por medio de las cuales el asegurador no hará frente a una serie de obligaciones que como consecuencia del contrato de seguro, de la naturaleza del mismo y de la delimitación del riesgo realizada en las primeras hojas del contrato (condiciones particulares) deberían haber corrido de su cargo de no existir aquéllas.

(20) En parecidos términos, LACASA GARCÍA, *Las exclusiones personales de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil*, cit., pág. 3.

índole que sea se exterioriza una vez que el siniestro se verifica. De otra parte, habrá que tener en cuenta que la propia distinción entre cláusulas delimitadoras y limitativas se basa en el uso de criterios de clasificación heterogéneos, ya que las primeras se refieren al riesgo cubierto por el contrato de seguro, mientras que las segundas afectan a los derechos del asegurado (21).

La sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 2003 (RJ 2004, 295) la define como «*cualquier cláusula que limite, reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otro de los riesgos, si se produce el siniestro, debe ser considerada como limitativa, por lo que debe ser destacada y específicamente aceptada por escrito*». No obstante es necesario matizar que una cláusula que de por sí excluye un riesgo en principio, pertenece al ámbito de la delimitación del riesgo, delimitación en sentido negativo, por lo que dicha cláusula, al excluir un riesgo, no limita sino que delimita, delimita aquello que efectivamente está dispuesto a asegurar y cubrir la entidad aseguradora.

Una vez que se ha delimitado el riesgo o el *estado de riesgo* —y no olvidemos que la *posibilidad se traduce en un estado de riesgo*, y éste, a su vez, en una mayor o menor verosimilitud de que se produzca el siniestro, en una mayor o menor peligrosidad, intensidad del riesgo— (22) a través de las cláusulas delimitadoras, toda restricción o cercenamiento a los derechos del tomador adherente del contrato de seguro se llevará a cabo mediante estas estipulaciones limitativas, siempre y cuando lo consienta y por tanto lo conozca y firme el asegurado a través de las específicas exigencias de validez que la Ley exige para las mismas (art. 3 de la LCS), pues de lo contrario, tal restricción, si se hiciere contra una norma imperativa, sería nula y abusiva (23). Y es que en definitiva, una cláusula limitativa no puede entenderse sin saber y sin reconocer lo que es una cláusula delimitadora, aun sin querer, ambas van de la mano y una trae la causa de la otra. Téngase en cuenta, además, que, multitud de pólizas o de condicionados generales no indican ante qué tipo de cláusulas nos encontramos, por lo que en muchas ocasiones habrá de inferirse o inducirse más que deducirse del texto transcrito. Es cierto que diferenciar entre uno u otro tipo de cláusulas no es una tarea sencilla en ocasiones, incluso en más de las deseables (24). A ello unamos la reiterada e inveterada práctica aseguradora de incluir en los contratos una doble lista que se suelen insertar en la póliza o en el folleto de condiciones, bien de modo intercalado bien correlacionado en apartados o epígrafes distintos, de riesgos cubiertos y

(21) Vid., en este sentido, TAPIA HERMIDA, «La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas», en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, abril, 2001, págs. 184-195, pág. 184.

(22) Sobre este particular, GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 13.

(23) Para LARRAYA RUIZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado*, cit., pág. 181, toda estipulación por la que el predisponente restrinja o reduzca derechos previamente reconocidos en las condiciones particulares, dentro del apartado de la delimitación del riesgo, será calificada como cláusula limitativa. Como bien señala BIRDS/HIRD, *Bird's Modern Insurance Law*, London, 2001, pág. 147, algunas veces un término en la póliza que a primera vista parece una *warranty*, puede ser construido como una *warranty* como una condición, pero sí como una cláusula descriptiva de o delimitadora del riesgo.

(24) Sobre la diferencia entre cláusulas delimitadoras y limitativas, vid. entre otras, las sentencias del TS de 18 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6940), 9 de febrero de 1994 (RJ 1994, 840), 16 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7827) y 9 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8535), entre otras.

riesgos excluidos pero también de limitaciones, lo cual aparentemente lleva a pensar que la misma es cerrada, cuando la realidad enseña que demasiadas exclusiones de un riesgo que *a priori* creíamos que incluye la cobertura del seguro es excluido por la redacción dada en otras cláusulas dispersas a lo largo del condicionado (25). Lo cual, aparte de ser cláusulas contradictorias, poco claras e incluso incomprensibles, hace que tengamos que acudir a una necesaria interpretación por parte del juez.

No es pequeña la contradicción que existe a la hora de establecer el sentido y alcance atribuibles a las cláusulas delimitadoras del riesgo, especialmente cuando algunos han postulado si las mismas merecen la calificación de cláusulas limitativas de derechos del asegurado, debiendo cumplir con los estrictos requisitos de eficacia que para las mismas se establecen en el artículo 3 de la LCS. Y es que ha sido frecuente hasta el momento, igualar o asimilar unas cláusulas a las otras sobre todo en lo atinente a los requisitos y controles tanto de incorporación o inclusión como los de contenido, de modo que tanto unas como las otras deben someterse y pasar por los mismos requisitos de eficacia establecidos en el mencionado artículo. Se trata de una controvertida y todavía no cerrada cuestión que, aun cuando concierne propiamente a la disciplina general del contrato de seguro, adquiere en el ámbito de la responsabilidad civil una extraordinaria importancia en la que no es lo mismo partir de una u otra conceptualización, sobre todo cuando las aseguradoras delimitan limitando y limitan delimitando, es decir, exigen idénticos criterios para unas y otras cláusulas, así como los asegurados tratan de prevalerse de estas exigencias para exigir las coberturas que las aseguradoras niega, así sirva de ejemplo aquellas pólizas en las que se precisa que carecen del carácter de víctimas ciertas personas, normalmente, socios, empleados, familiares del asegurado, etc. ¿Estas cláusulas han de ser limitativas y por tanto han de firmar, reconocer y consentir los asegurados, o son realmente cláusulas que delimitan el riesgo por exclusión? Las consecuencias como nos podemos imaginar son radicalmente opuestas.

ABEL B. VEIGA COPO

(25) Hay autores que afirman que «es esencial enfatizar en el hecho de que los elementos esenciales del contrato de seguro, esto es, la prima y la delimitación del riesgo, no pueden en modo alguno tener la consideración de condiciones generales del contrato. En tal sentido, aunque las cláusulas de delimitación del riesgo aparezcan en la póliza como condiciones generales, en puridad no lo son», vid. GALÁN CORTÉS, «Ámbito de cobertura temporal de los seguros de responsabilidad civil por actos médicos», en *Revista Jurídica La Ley*, 1996, I, págs. 1714-1718, pág. 1717.

3. URBANISMO

Coordinado por el DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

EL DERECHO DEL CEDENTE DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA: VISIÓN ACTUALIZADA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE MAYO DE 1996. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE MAYO DE 1996, EN VIRTUD DE RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO CONTRA LA NEGATIVA A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE SEGREGACIÓN Y PERMUTA.)

I. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN (1)

Vistos los artículos 392, 609, 1.095, 1.289, 1.462, 1.538 del Código Civil; 1, 2, 8, 9, 20, 38, 40, 220 de la Ley Hipotecaria; 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 16.2.º del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

a) El recurrente celebró contrato de permuta en escritura pública autorizada el 27 de noviembre de 1991, en la que, entre otras estipulaciones, se pactó lo siguiente: 1. La recurrente «permuta determinada parcela con la entidad promotora «A»», ... por las cinco fincas que a continuación se mencionarán, que estarán integradas en el edificio que sobre la parcela permutada construirá dicha entidad, cuyas fincas responden a las siguientes descripciones: ...4. Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora «A», ajustándose a (determinado proyecto) se propone construir el edificio en que estarán integradas las cuatro fincas antes descritas; 5. La entidad promotora «A», se obliga a entregar a la recurrente las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses a contar desde hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación...; 6. El permutante, promotora «A», se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas que en esta escritura adquiere la recurrente...; 7. Las fincas se permutan libres de cargas y arrendamientos...

b) El mismo día y ante el mismo Notario (número inmediato posterior), la entidad promotora «A» otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente (número del piso o local en el edificio, cuota, linderos, etc.) con las que esa entidad permutó con la recurrente.

c) Estas dos escrituras se presentan en el Registro de la Propiedad el día 29 de noviembre de 1991, practicándose una primera inscripción de dominio de la parcela segregada a favor de la promotora «A», el día 2 de diciembre de

(1) Sólo se transcriben los Fundamentos de Derecho de la Resolución, ya que los hechos aparecen suficientemente consignados en el primero de ellos.

1991, y con la misma fecha una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construido, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora «A».

d) Presentada nuevamente la escritura de permuta antes referida, el día 23 de marzo de 1993, con el objeto de que se inscriba a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, el Registrador suspende la inscripción mientras no se aporte el acta notarial de entrega a que se aludía en la cláusula 5.^a de dicha escritura.

2. Si se tiene en cuenta que aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1.538, 609 y 1.095 del Código Civil), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1462.2 del Código Civil (cfr. art. 1.541 del Código Civil), la cuestión debatida consistirá en decidir si en el concreto negocio realizado puede estimarse que en favor de la recurrente se ha operado ya, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto de los cinco pisos o locales que ella adquiriría, o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior: el del acta notarial de entrega.

Prescindiendo por ahora de las especiales características de los bienes que una de las partes —el constructor— da en permuta, de los términos del negocio celebrado no resulta concluyente la exclusión respecto de ellos, del efecto traditorio inherente a la escritura pública. Ciertamente, la cláusula 5.^a en cuanto alude a una obligación de entrega que se cumplirá mediante el otorgamiento de acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación, parece confirmar esa exclusión; ahora bien, si se tiene en cuenta que la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega; y que en la escritura calificada se reitera (en las cláusulas 5.^a y 6.^a) la expresión: «las cinco fincas que en esta escritura adquiere la recurrente», difícilmente podría negarse en el caso debatido el efecto traditorio inherente al otorgamiento de la escritura pública respecto de esas cinco fincas que adquiere la recurrente, si las mismas estuviesen totalmente construidas en el momento del otorgamiento de aquélla, ese deber de entrega que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial, mas deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor, que como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo 2.º del art. 1.462 del Código Civil) del efecto traditorio inherente a la escritura pública; ello vendría avalado además por el criterio de reciprocidad que ha de inspirar la interpretación de los contratos onerosos (cfr. art. 1.289 del Código Civil), por cuanto es indudable el efecto traditorio sobre el solar permutado por la recurrente.

3. Corresponde analizar ahora si por las especiales características del derecho adquirido por una de las partes permutantes puede alterarse las anteriores conclusiones sobre la efectividad del juego traditorio respecto de tales derechos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el piso o local

de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. art. 392.II del Código Civil) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 del Código Civil).

4. Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir ha de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que, si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción —cfr. art. 8.4.º de la Ley Hipotecaria—), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar; antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9.3.º de la Ley Hipotecaria); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8.4, párrafo 2.º *in fine* de la Ley Hipotecaria); la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquélla y del edificio resultante (cfr. arts. 392.II del Código Civil, 2 de la Ley Hipotecaria, 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 8.4.º de la Ley Hipotecaria y 16.2º del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1982 y 18 de abril de 1988. Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo.

7. La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido no puede aparecer obstaculizada por el hecho de que la contraprestación por la adquisición de esos cinco pisos sea la cesión del propio solar sobre el que ha de realizarse la edificación en el que aquéllos se integran; aun cuando en tal hipótesis pudiera resultar más adecuado, la celebración de un negocio atípico, *do ut des*, por el que el dueño de la parcela que retiene sobre ella el derecho sobre cinco pisos o locales a cuya construcción se compromete la otra parte

contratante, y da a ésta derechos (comunidad) sobre la parcela que le permitieran hacerse dueño exclusivo de los restantes pisos del edificio que se compromete a construir, nada obsta a la validez del negocio, tal como ha sido configurado, esto es, como un negocio de permuta (si bien con ciertas particularidades que lo singularizan), por el que una de las partes cede íntegramente el suelo a la otra y ésta, a cambio, asume la obligación de realizar determinadas edificaciones y transfiere inmediatamente a aquélla el derecho a cinco pisos o locales del edificio convenido; las respectivas prestaciones son posibles, lícitas y perfectamente determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso obstaculice la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública.

8. Queda, por último, la cuestión de si inscritos a favor del constructor todos los pisos y locales del edificio construido, puede practicarse una segunda inscripción de los cinco pisos y locales objeto de la permuta, a favor del cedente, en virtud de ese mismo título. Puede pensarse que los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. arts. 1, 20, 38, 40 y 220 de la Ley Hipotecaria), impiden esta segunda inscripción, toda vez que a favor del permutante promotor se inscribió en pleno dominio la totalidad del solar (sin que en el folio respectivo constara como carga, gravamen o coparticipación en esa titularidad dominical, los derechos que adquiriría o retenía la recurrente) lo cual, a su vez, determinó que por él sólo se declarara e inscribiera el régimen de propiedad horizontal, y a su favor se extendieran los primeros asientos de cada uno de los pisos resultantes. Ahora bien, tales obstáculos son sólo aparentes, pues la inscripción parcial de un negocio en modo alguno puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico-reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento. En definitiva, lo que se pretende es inscribir esos cinco pisos a favor de otra persona, en virtud de una transmisión otorgada por el propio constructor y titular registral actual, con la única particularidad de que dicho negocio traslativo es anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el recurso en los términos de los anteriores considerandos, revocando el auto y la nota.

II. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Resolución expuesta versa sobre el contrato de cesión de suelo por obra, también denominado comúnmente contrato de aportación, de cesión de suelo por vuelo o de solar a cambio de obra futura, que puede definirse, en términos generales, como aquél en cuya virtud uno de los contratantes transmite o se obliga a transmitir la propiedad de un solar al otro, que a su vez asume la obligación de entregar al primero uno o varios pisos o locales del edificio que va a construir en dicho solar.

Se trata de un contrato muy frecuente dentro de los procesos de desarrollo urbanístico cuya escasa regulación general ha generado importantes problemas a la hora de su desenvolvimiento práctico; entre ellos destaca el que

constituye el objeto directo del recurso sometido aquí al criterio de la Dirección General: el carácter real o personal del derecho que adquiere el cedente del solar sobre los pisos o locales que le van a ser entregados en contraprestación. La elección entre una u otra fórmula puede resultar determinante de la celebración o no del contrato (2).

La cesión de suelo por vuelo es una operación jurídica compleja que no contempla directamente nuestro derecho positivo más allá de las normas puramente registrales recientemente introducidas en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario y de algunas disposiciones particulares, como la Ley catalana 23/2001, de Cesión de Finca o de Edificabilidad a Cambio de Construcción futura.

De ahí que, en general, suele considerarse como un contrato atípico cuya construcción doctrinal y jurisprudencial ha dado lugar a múltiples elucubraciones en orden a su naturaleza jurídica.

En realidad, no se trata de un contrato único, sino que ese concepto amplio contiene una heterogénea serie de figuras conducentes a un similar resultado práctico, pudiendo por lo tanto revestir una pluralidad de formas contractuales distintas, entre las que cabe citar su acercamiento a la permuta, al derecho de vuelo, al de superficie, configurarse como venta con opción de compra de pisos a construir, como contrato de obra o incluso revestirlo bajo fórmulas societarias o comunitarias, entre otras posibilidades. Así lo entiende unánimemente la doctrina (3) y se refleja constantemente en la Jurisprudencia (4).

En todo caso, cualquiera que fuere la configuración que se le dé, la utilidad práctica de este negocio jurídico es evidente: a quien cede el suelo le permite ejercitar su derecho a edificar (lo que puede incluso constituir un deber derivado del planeamiento urbanístico), para lo cual en la generalidad de los casos no tendrá capacidad técnica ni económica, y obtener finalmente un determinado número de pisos o locales en el edificio a construir. Y al mismo tiempo facilita al cesionario-constructor la adquisición de terrenos sin necesidad de realizar desembolso inicial alguno y así obtener los medios de financiación necesarios para efectuar la construcción.

No obstante, la conveniencia general de que el contenido de todo negocio jurídico se redacte en términos que refleje la verdadera voluntad negocial y la finalidad perseguida por las partes se acentúa en un caso como el presente, dada la variedad de las formas que el contrato de aportación puede revestir y los peligros que puede entrañar su celebración, especialmente para el ceden-

(2) Sirva de ilustración un ejemplo extremo pero con el que nos hemos encontrado alguna vez en la práctica: el titular del suelo se negaba a despojarse de su dominio si no tenía la certeza de que iba a recibir su vivienda dentro del mismo entorno, en el que había vivido inveteradamente su familia, sin que fuera suficiente la constitución de hipoteca o de condición resolutoria, en tanto que el único posible adquirente de la finca necesitaba su dominio a fin de obtener las mayorías exigidas para promover la iniciativa del sistema de compensación.

(3) MARÍA EUGENIA SERRANO, *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, 1997. ALBERT RUDA FERNÁNDEZ, *El contrato de cesión de suelo por obra*, Tirant lo Blanc, 2002. MARÍA DEL CARMEN PLANA ARNALDOS, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, Marcial Pons, 2002.

(4) Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1983, 31 de octubre de 1986, 11 de mayo de 1990, 30 de septiembre de 1993, 19 de noviembre de 1994 y 13 de diciembre de 1999.

te del suelo. A nadie se le escapa que, al desprenderse inicialmente de la propiedad del solar, queda expuesto a la posibilidad de ver frustradas sus expectativas a causa de la eventual pérdida por el cesionario-constructor motivada por un embargo promovido por los acreedores de éste o por la ejecución de la hipoteca constituida por el mismo para la financiación de la obra, o incluso por el abuso de derecho que dicho cesionario pudiera cometer enajenando el suelo a terceros o imponiendo sobre él cargas o gravámenes que puedan perjudicar su derecho sobre los pisos que haya de recibir.

Estos inconvenientes se harán patentes en los supuestos en que su derecho sobre los pisos o locales futuros se haya construido con carácter meramente obligacional: en tal caso, únicamente tendrá un derecho de crédito dirigido a obtener el cumplimiento por el constructor de los compromisos asumidos en virtud del contrato, que se traducen en la obligación de realizar la edificación y la de entregar los elementos inmobiliarios prometidos. Como contraprestación meramente obligacional, su constancia registral se limitará a su reseña en el cuerpo del asiento, pero sin que pueda oponerse a terceros, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Hipotecaria en sus artículos 10 y 11.

Ciertamente, el último de los preceptos citados establece excepcionalmente su oponibilidad en la medida en que se haya garantizado el crédito con hipoteca o con condición resolutorias. Pero con ello se produce una merma sustancial de la finalidad práctica del contrato, ya que la adopción de estas cautelas repelerá con facilidad a quienes sean llamados a aportar la financiación precisa para la edificación, frustrando de este modo las previsiones del constructor y, en definitiva, el fin y razón de ser del contrato.

Con el fin de superar estos serios inconvenientes, la Resolución comentada hace alarde de un espíritu emprendedor al permitir expresamente que se dote carácter real a los derechos del cedente sobre los pisos futuros y su inscripción registral, siendo esta construcción seguida por otras Resoluciones posteriores, como la de 5 de enero de 1999.

No obstante, la solución adoptada por el Centro Directivo ha sido recibida de forma desigual por la doctrina, ya que, junto a los aplausos que le han brindado numerosos autores, no faltan voces opuestas, como la de CHICO (5), cuya crítica feroz se resume en las siguientes reflexiones: «Es evidente que la teoría del título y el modo exige el consentimiento y la entrega de la cosa que, en nuestro derecho, se facilita por el otorgamiento de escritura pública; sólo tiene como excepción que de la misma escritura "no resultare o se dedujere lo contrario". La pregunta es inevitable: si la cosa futura no puede ser entregada por no existir, es difícil que la escritura pública supla la entrega». Para concluir, expresa su pesar diciendo que, «creo que los ciento treinta y cinco o más años que avalan la creación y aplicación de la legislación hipotecaria merecen otro trato más respetuoso».

Por su parte, GARCÍA GARCÍA (6), tras elogiar las conclusiones a las que llega la Resolución desde la óptica jurídico-real, hace una interesante y serena matización: «creo que las declaraciones de la misma (Resolución), que en un plano conceptual o de libro son inobjectables, no se acomodan al caso concreto, en que, quíerose o no, la situación real y el negocio jurídico pactado no

(5) JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, en su comentario a la propia Resolución en *RCDI*, núm. 638, pág. 177.

(6) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, comentando la misma Resolución en *RCDI*, núm. 640, pág. 1137.

revelan claramente una voluntad traditoria de la propiedad del piso futuro, sino más bien todo lo contrario. En definitiva, creemos que, evidentemente, el piso futuro puede ser configurado como finca registral ya en presente. Pero la titularidad dominical de ese piso futuro (inscribible a nombre del dueño del terreno o de los asignatarios de los pisos futuros) dependerá de los pactos negociales de cada caso concreto, no cabiendo que la Dirección General de los Registros y del Notariado supla la voluntad dudosa y discutible de las partes con declaraciones doctrinales uniformes sobre la naturaleza conceptual del piso futuro». Compartimos íntegramente estos asertos para su aplicación con carácter general.

En todo caso, con posterioridad a 1996 se sucedieron varios acontecimientos que inducen a cuestionar la vigencia actual del criterio innovador de que hizo gala la Dirección General en la reiterada Resolución, y que vamos a repasar a continuación.

2. LA REDACCIÓN POR EL REAL DECRETO 1867/1998 DEL ARTÍCULO 13 DEL RH

Plenamente consciente de la problemática expuesta, hace su aparición en escena el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario. Uno de sus objetivos, según su propia exposición de motivos, era regular «figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria, o que estén necesitadas de nueva regulación por el carácter obsoleto de los preceptos referentes a las mismas o por las dificultades que se advertían en su aplicación práctica».

Entre estas figuras incluye el Real Decreto lo que denomina «cesión de suelo por obra futura» y destina a su regulación el artículo 13 del Reglamento Hipotecario que, ahondando en la brecha abierta por la Resolución de 16 de mayo de 1996, contempla de manera clara la posibilidad de los contratantes de conferir carácter real al derecho del cedente del suelo sobre los pisos o locales estipulados.

El contenido del nuevo precepto era el siguiente:

«Artículo 13. En las cesiones de suelo por obra futura, en las que se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, al practicarse la inscripción se hará constar la especial comunidad constituida entre cedente y cesionario, siempre que se fije un plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de diez años.

Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá, por sí solo, otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.

Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento del cedente, los elementos independientes que constituyen la contraprestación.

El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.

No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria».

Con ello, se recogen por vez primera en un texto positivo las reglas para la inscripción de este contrato, decantándose por la posibilidad de construir con carácter real el derecho del cedente del suelo sobre los pisos que se le asignan, al igual que hiciera la Resolución que contemplamos. Por ello, pueden hacerse extensivas al precepto reglamentario las mismas críticas o halagos que suscitó la citada Resolución, antes aludidos.

Es tan evidente el paralelismo existente entre ese artículo y la Resolución, que incluso ambos utilizan la expresión «comunidad especial» para referirse a la situación existente antes de la conclusión de las obras y de la inscripción de la propiedad horizontal. Para esa misma fase, comentando el nuevo artículo, GARCÍA GARCÍA (7), con su habitual elocuencia, señala: «dicha comunidad no es en proindiviso sobre el solar, pues éste se cede en su totalidad al cesionario, pero sí es una comunidad especial, teniendo en cuenta que se integran en ella no sólo el solar transmitido, sino los futuros pisos con sus respectivas cuotas», y respecto de la titularidad que pueda tener el cedente dice que «más bien parece presuponer un *ius ad rem*; podría discutirse si no hubiera sido más adecuada para la publicidad registral de ese *ius ad rem* una anotación preventiva, pero lo cierto es que el precepto ya vigente ha optado por la fórmula del asiento de inscripción».

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2001

Tras la modificación del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto de 1998, se interpusieron diversos recursos contencioso-administrativos que desembocaron en otras tantas sentencias del Tribunal Supremo en las que se anulaba gran parte de los nuevos preceptos reglamentarios (8). La última de ellas es la sentencia de 31 de enero de 2001, que, entre otros artículos de nueva redacción, decretó la nulidad de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento.

Son dos los reproches que la sentencia hace al contenido de dichos párrafos. El primero, que compartimos plenamente, consiste en que en ellos «se crean una serie de derechos y obligaciones que exceden del modesto cometido de un Reglamento e invaden la regulación sustantiva de los derechos civiles reservada a una ley formal».

(7) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo V, Urbanismo y Registro de la Propiedad, Civitas, 1999, pág. 464.

(8) Son las sentencias de 24 de febrero, 22 de mayo y 12 de diciembre de 2000 y la de 31 de enero de 2001.

Más discutible nos parece la afirmación de que «los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario desnaturalizan el sistema de adquirir la propiedad en nuestro sistema jurídico, que requiere la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa, que, en el supuesto contemplado por esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir». Abundando en esta idea, añade más adelante que «ni el significado de la *traditio ficta*, recogido en los artículos 1.462 y 1.463 del Código Civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato, salvan a estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto».

En relación con esta afirmación, no podemos olvidar, en primer lugar, que no es cierto que la adquisición de cosas futuras (con abstracción de la entrega) no venga avalada por una norma con rango de Ley formal. El artículo 8 de la Ley Hipotecaria permite que se abra un folio independiente a cada uno de los pisos de un edificio desde la inscripción de la división horizontal (apartado 5.º) y que ésta se practique desde que la construcción del edificio esté «por lo menos comenzada» (apartado 4.º), por lo que puede que alguno de los apartamentos no tenga existencia material en ese momento. De ahí resulta la posibilidad de inscribir la compra de un piso futuro, lo que contradice frontalmente las afirmaciones que constituyen la base del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo. Podría decirse en contra que en este caso ya existe «jurídicamente» el piso; mas cabe que se presenten en el Registro simultáneamente el contrato y la división horizontal, como ocurre en la Resolución comentada, por lo que ésta no merecería censura alguna en tal sentido, al respetar escrupulosamente la legislación hipotecaria. En cualquier caso, la discusión sobre si puede hablarse o no de propiedad sobre ese piso o apartamento futuro pero ya inscrito resulta inútil, si se repara en que ya es indudablemente objeto de derechos, como lo atestigua la posibilidad de constituir hipoteca sobre el mismo prevista por el artículo 107 de la misma Ley. El problema se centra, por tanto, en la hipótesis de que al presentar la escritura del contrato no figuren reflejadas en el Registro la obra nueva y la división horizontal. Veámoslo primero desde la perspectiva general de la *traditio* en la compraventa para después enfocar el contrato especial que contemplamos.

Que la «espiritualidad» de la tradición o entrega en nuestro Derecho es una realidad, lo corroboran los dos artículos del Código Civil citados por la sentencia. El 1.462 permite que, abstracción hecha de la entrega efectiva, se entienda transmitida la propiedad cuando la venta se haga en escritura pública. En el contrato que contemplamos, sólo la interpretación jurisprudencial de esa norma impide su aplicación también a las cosas futuras, cuya inclusión como objeto del contrato permite expresamente el artículo 1.271. En tal dirección, el Tribunal Supremo (9) ha declarado, respecto de este contrato, que el otorgamiento de la escritura no implica la *traditio ficta* del párrafo 2.º del artículo 1.462 cuando se trata de cosas futuras, dado que el supuesto tradente no puede entregarlas en ese momento. Si la inaplicación del citado artículo se

(9) Sentencia de 9 de octubre de 1997.

debe a que no es posible la entrega, ¿por qué no cabría aplicar la regla del artículo 1.463 cuando permite entender hecha la entrega «por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta»? Aquí la espiritualización de la *traditio* es máxima: ya no se hace abstracción de si se ha hecho o no materialmente aunque se presuma, como en el caso anterior, sino que se sabe que no se ha efectuado materialmente y aun así se entiende transmitido el dominio (10).

En nuestra opinión, la interpretación jurisprudencial de los artículos 1.462 y 1.463 en su aplicación al contrato de cesión a cambio de obra futura está hecha a la medida de una actitud excesivamente reverencial a la teoría del título y el modo, frente a la tesis que sostiene la Dirección General, más flexible, dinámica y adaptada a las necesidades del tráfico jurídico actual, sobre todo teniendo en cuenta que este contrato no estaba presumiblemente en la mente del legislador en el momento de la codificación.

El Tribunal Supremo extrapola en esta sentencia al contrato de cesión de suelo por obra el criterio tradicional mantenido en sede del contrato de compraventa, consistente en que la venta de cosa futura sólo produce efectos obligacionales. Este razonamiento no se discute aquí. Lo que no nos parece razonable es sacar esa teoría de los cauces dentro de los que ha surgido (la compraventa) para aplicarlo a un contrato con caracteres muy especiales. Esta aplicación extensiva resulta, en efecto, forzada, si se considera que en el contrato que nos ocupa, configurado por las partes con carácter jurídico-real, la adquisición de dominio, o cuando menos de un derecho real, sobre los pisos a construir se erige nada menos que en causa del contrato, al tratarse de un negocio complejo cuyos elementos integrantes forman una delicada construcción que se desmorona si le falta alguno de esos elementos esenciales. Por tanto, de estimarse que no puede hablarse de titularidad jurídico-real sobre los pisos, el contrato devendría vacío de causa, con lo que, no cabría hablar de efectos obligacionales, sino que el contrato no produciría efecto alguno, de acuerdo con el artículo 1.275 del Código. Por eso nos parece inadecuada la solución del Registrador cuya calificación originó el recurso contemplado en la Resolución, que practicó a nombre de la promotora la inscripción independiente de TODOS los pisos, incluidos los asignados al cedente del suelo, fragmentando y desvirtuando así el negocio jurídico celebrado.

4. EL CONTEXTO NORMATIVO ACTUAL DEL CONTRATO

Como se ha visto, del artículo 13 del Reglamento Hipotecario únicamente los dos últimos párrafos se salvaron del vendaval originado por las citadas sentencias del Tribunal Supremo. Con ello, sólo queda en pie la escueta referencia a una de las dos posibles configuraciones del contrato de cesión apuntadas: la meramente obligacional. Pero desaparece del Reglamento la otra posibilidad que contemplaba inicialmente el citado artículo.

Ante ello cabe preguntarse acerca de la incidencia de esas sentencias sobre los criterios plasmados por la Dirección General en la Resolución objeto de

(10) Y no creemos que por la frase «no puede trasladarse» deba entenderse la imposibilidad absoluta, sino que bastaría una mera dificultad o incomodidad actual que aconsejen aplazar la entrega material.

estas líneas, es decir, si la anulación de los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario debe interpretarse como exclusión de la construcción con carácter jurídico-real del derecho del cedente del suelo sobre los pisos o si, por el contrario, podría sostenerse en la actualidad una argumentación similar o análoga a la utilizada en dicha Resolución.

Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (11), la declaración de nulidad supone la eliminación de esas seudonormas que son los Reglamentos ilegales, que enturbian la composición del ordenamiento y que obstaculizan o impiden la aplicación de las normas de valor superior que son las Leyes formales infringidas por aquéllos.

En el caso que contemplamos, tras la sentencia de 31 de enero de 2001 han desaparecido del ordenamiento jurídico los tres primeros párrafos del artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Sólo resta la escueta referencia de los dos últimos a la configuración de «la contraprestación a la cesión» como «meramente obligacional», que queda vacía de novedad al reiterar lo dispuesto con carácter general en los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, puede decirse que la regulación del contrato se mantiene hoy inalterada en los mismos términos que al tiempo de dictarse la Resolución, anterior a la reforma de 1998.

Si nos resignáramos a aceptar como incontestable la argumentación del Tribunal Supremo en torno al derecho del cedente, veríamos cómo se derrumbaba la construcción elaborada por la reiterada Resolución de la Dirección General, al descansar justamente sobre el cimiento contrario.

Ello no obstante, no es imposible encontrar las fuerzas necesarias para sortear los envites que tratan de impedir el acceso al Registro del derecho del cedente sobre el piso futuro y conseguir justificar así la oponibilidad *erga omnes* del mismo, todo ello sin vulnerar los límites marcados por la Ley. Creemos, no obstante, que no deberíamos vernos obligados a hacer este esfuerzo por buscar vías oblicuas para llegar adonde nos llevaría el camino más recto, en los términos ya expuestos.

Así, aun rechazando la opinión que hemos sostenido al comentar la sentencia en cuanto a la inscripción de los pisos futuros a favor del cedente del solar, todavía nos queda una vía de escape frente a las acometidas de la misma: atribuir al mismo cedente otra titularidad jurídico-real distinta del dominio pleno pero que, debidamente inscrita, pueda hacerse valer frente a terceras personas, como el acreedor hipotecario, los acreedores del cesionario-constructor, o quien de éste pueda traer directamente un derecho sobre los pisos.

En primer término, para salvar los aludidos obstáculos puede constituirse en el propio contrato una comunidad de bienes para la promoción inmobiliaria, que tradicionalmente se conoce como comunidad valenciana. Se trata de la figura contemplada por la Dirección General en sus Resoluciones de 18 de abril de 1988 y de 17 de julio de 1998, entre otras, y ha sido igualmente admitida por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 5 de junio de 1989.

La solución consistiría en la transmisión al promotor-constructor, no de todo el solar, sino sólo de una cuota indivisa sobre el mismo, configurando en el propio contrato las normas por las que haya de regirse la comunidad, al

(11) *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, 2002, pág. 229.

amparo del artículo 392.2.º del Código Civil. Entre tales normas se haría referencia al edificio que se va a construir y a la asignación de los pisos concretos a cada uno de los contratantes. En este sentido, la Resolución de 1988 citada concluye que «nada se opone, aun antes de iniciarse la construcción, a la inscripción de los acuerdos, tan convenientes para asegurar, frente a terceros, el interés de cada uno de los comuneros, en el concreto local o vivienda futura a él asignado (...). La inscripción se practicará entonces en el folio de la finca común, en cuanto acuerdo modificativo del régimen de la comunidad (cfr. art. 2, núm. 2 de la Ley Hipotecaria)», y añade que «desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda o local, procede la inscripción y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que "sobre la finca" tienen los titulares registrales, como para hipótesis análogas prevé la misma Ley», citando en esa dirección los artículos 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal («pacto en contrario»), 8.4.º de la Ley Hipotecaria y 16.2.º de su Reglamento.

En segundo lugar, también cabría configurar el derecho del cedente sobre los pisos futuros bajo la forma de un derecho real limitado como, por ejemplo, el derecho de superficie (si es que se admite el constituido al margen de la regulada en la legislación sobre el suelo) o incluso el derecho de sobre y subedificación (12). También puede invocarse el sistema del *numerus apertus* limitado existente en nuestro Derecho en materia de derechos reales: si no podemos operar con el dominio de los pisos futuros, nada impide reconocer al cedente del suelo un derecho real de manera que ambas partes compartan facultades de esta naturaleza sobre el solar. De igual modo que en el usufructo su titular tiene facultades originariamente correspondientes al dueño, como son las de usar y hacer suyos los frutos futuros (accesión «discreta»), en este caso el cedente se reservaría otra de las facultades dominicales tradicionales, como es la de hacer suyo todo lo que la cosa reciba por accesión «industrial». De este modo, su titularidad jurídico-real recae inicialmente sobre una cosa presente, como es el suelo y, realizada o iniciada la construcción del edificio, pasaría a sustituirse por el dominio de los pisos convenidos, al igual que ocurre con los citados derechos de superficie y sobreedificación.

Por último, y para el caso de que las anteriores soluciones no resultaran satisfactorias, todavía nos quedaría un último aliento para lograr el resultado perseguido realizando operaciones complejas: si el piso puede abrir folio independiente desde la inscripción de la división horizontal (art. 8.5.º LH), si ésta se puede practicar desde que la construcción esté comenzada (art. 8.4.º LH) y si el comienzo de las obras se produce desde el momento de la aprobación del pertinente proyecto de obras (según han concluido la Dirección General y el I Simposio Internacional de Propiedad Horizontal), cabe esperar a obtener la licencia correspondiente para presentar en el Registro el título o títulos que consignent el contrato, la declaración de obra nueva y la división horizontal, para que puedan inscribirse los pisos a favor de los contratantes en la medida pactada para cada uno. Ninguna de las objeciones vistas atrás podría alegarse ya.

(12) MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ, «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 RH: los derechos de sobre y subedificación», en *RCDI*, 665, págs. 1021 y sigs.

5. CONCLUSIONES

Con independencia de las particularidades del concreto contenido negocial querido por las partes en el supuesto de hecho de la Resolución, creemos que el resultado económico que se pretende con el contrato de cesión de suelo por obra, haciendo oponible a través de la inscripción el derecho del cedente del suelo sobre los pisos futuros puede obtenerse de muy diversas formas, y ello aunque aceptásemos la rígida interpretación del régimen de la entrega en nuestro Derecho que hace el Tribunal Supremo en sede de compraventa y su aplicación sin más a una operación compleja sustancialmente diferente, compuesta por una serie de elementos, esenciales e interdependientes.

En primer lugar, si la presentación del título en el Registro es simultánea o posterior a la declaración de obra nueva y división horizontal, la propia Ley Hipotecaria (art. 8, apartados 4.º y 5.º) nos permite la inscripción de los pisos o locales correspondientes a favor del cedente del suelo. No será muy difícil que se produzca este supuesto fáctico, sobre todo teniendo en cuenta la concepción actualmente imperante en orden al momento en que haya de entenderse «comenzada» la edificación, como ya se ha apuntado.

En segundo término, fuera de esa hipótesis, es decir, en un momento anterior a la constatación de la propiedad horizontal, también el ordenamiento nos ofrece la posibilidad de inscribir la citada titularidad del cedente como una cuota de presente en una comunidad ordinaria sobre el solar con el promotor-constructor, regulando estatutariamente la forma de extinción de la misma mediante la adjudicación concreta de elementos privativos de la propiedad horizontal. También una norma con rango legal lo permite: el artículo 392.2.º del Código Civil.

Como tercer recurso, todavía podríamos acudir al sistema del *numerus apertus* limitado en materia de derechos reales para reconocer al cedente un derecho de esta naturaleza sobre el suelo, consistente en la reserva del derecho o facultad de hacer suya parte de la edificación que sobre él se construya en el futuro.

En consecuencia, parece que ninguna de estas construcciones queda a tiro de las objeciones jurisprudenciales que hemos visto y que todas ellas están libres de cualquier sospecha frente a una posible acusación de fraude de ley, porque no persiguen «un resultado práctico prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él», al estar bajo el amparo de disposiciones con rango de Ley. Ello nos lleva al siguiente interrogante: si las normas legales permiten que se pueda llegar al resultado práctico pretendido a través de distintos medios indirectos, ¿no existe la posibilidad, aunque sea remota, de que la rígida posición seguida por el Tribunal Supremo en cuanto a la proscripción del camino recto sea revisada?

En tanto esa posibilidad se abre camino, nos queda la esperanza de que la tendencia reguladora tímidamente iniciada por el Reglamento Hipotecario sea seguida por el poder legislativo insertando esas mismas reglas en la Ley que aquél desarrolla y zanjando así la discusión de una vez por todas.

EUGENÍO-PACELLI LANZAS MARTÍN

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución 28-12-2004. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 10/2004, de 23-12-2004, por el que se amplía el plazo de adaptación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo.

— Resolución 28-12-2004. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 11/2004, de 23-12-2004, por el que se modifica, en materia de pensiones públicas, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 2393/2004. 30-12-2004. Aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

— Orden 140/2005. 2-2-2005. Desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la Disposición Transitoria 3.^a del Real Decreto 2393/2004, de 30-12-2004, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2005, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución 14-12-2004. Convoca oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 54/2005. 21-1-2005. Modifica el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28-12-2003, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9-6-1995, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador.

— Real Decreto 161/2005. 11-2-2005. Modifica el Real Decreto 1326/1987, de 11-9-1987, por el que se establece el procedimiento de aplicación de las directivas de la CE sobre intercambio de información tributaria.

— Orden 63/2005. 19-1-2005. Modifica el apartado decimotercero de la Orden 9-12-1999, en relación con la documentación justificativa a los efectos de la práctica de retenciones, para los supuestos de pagos efectuados por entidades de gestión colectiva de derechos de la propiedad intelectual residentes en España a otras entidades de gestión colectiva de derechos extranjeras, en virtud de contratos de representación con las mismas.

— Orden 207/2005. 2-2-2005. Aprueba el modelo 104, de solicitud de devolución o de borrador de declaración, y el modelo 105, de comunicación de datos adicionales, por el IRPF, ejercicio 2004, que podrán utilizar los contribuyentes no obligados a declarar por dicho impuesto que soliciten la correspondiente devolución, así como los contribuyentes obligados a declarar que soliciten la remisión del borrador de declaración, y se determinan el lugar, plazo y forma de presentación de los mismos, así como las condiciones para su presentación por medios telemáticos o telefónicos.

— Orden 408/2005. 18-2-2005. Modifica la Orden 2324/2003, de 31-7-2003, por la que se establecen normas detalladas para la aplicación de las disposiciones referentes a asistencia mutua en materia de recaudación.

— Resolución 18-1-2005. Regula el registro y gestión de apoderamientos y el registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de incapacitados, para la realización de trámites y actuaciones en materia tributaria por Internet.

— Resolución 3-2-2005. Aprueba el modelo de acta con acuerdo de la Inspección de Hacienda del Estado.

— Corrección de errores. Real Decreto 54/2005. 21-1-2005. Modifica el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28-12-1993, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9-6-1995, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador.

— Corrección de errores. Orden 3433/2004. 19-10-2005. Aprueba el modelo 191 de declaración informativa anual de personas autorizadas en cuentas bancarias y por la que se aprueban las condiciones generales y el procedimiento para su presentación en soporte directamente legible por ordenador y por vía telemática por teleproceso.

— Corrección de errores. Orden 3895/2004. 23-11-2004. Aprueba el modelo 198 de declaración anual de operaciones con activos financieros y otros valores mobiliarios, así como los diseños físicos y lógicos para la sustitución de sus hojas interiores por soporte directamente legible por ordenador y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática a través de internet y por teleproceso y se modifican las Órdenes de aprobación de los modelos de declaración 193, 296 y 347.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 17-2-2005. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 117/2005. 4-2-2005. Regula el Consejo Estatal de las Personas Mayores.

— Orden 77/2005. 18-1-2005. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 2/2004, de 27-12-2004, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

— Resolución 8-2-2005. Establece el procedimiento para la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura regulado en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30-12-2004.

— Corrección de errores. Real Decreto 2350/2004. 23-12-2004. Sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2005.

— Corrección de errores. Resolución 10-11-2004. Aprueba los modelos de actas y propuestas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social practicadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Convenio entre el Reino de España y la República de Estonia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Tallinn el 3-9-2003.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 120/2005. 4-2-2005. Modifica el Real Decreto 1552/2004, de 25-6-2004, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Acuerdo 16-12-2004. Modifica parcialmente el de 19-12-2002, por el que se regula el régimen de retribuciones del personal al servicio del Tribunal Constitucional.

— Recurso de inconstitucionalidad número 5.012-2001, en relación a diversos preceptos de la Ley 10/2001, de 5-7-2001, que aprueba el Plan Hidrológico Nacional.

— Recurso de inconstitucionalidad número 5.054-2000, en relación al artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23-6-2000, de medidas urgentes de liberalización del Sector Inmobiliario y Transportes.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 558/2004. 14-23-2004. Declara el Paisaje Protegido de Río Tinto.

— Decreto 35/2005. 15-2-2005. Constituye y regula el Registro de Pares de Hecho 379.

— Decreto Legislativo 2/2004. 30-12-2004. Aprueba el TR de la Ley del Servicio Aragonés de Salud.

— Orden 30-12-2004. Aprueba los modelos 660 y 650 de declaración-liquidación del IS y D.

— Corrección de errores de la Ley 18/2003, de 29-12-2003, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

— Corrección de errores. Decreto 372/2004. 1-6-2004. Establece y publica los plazos de resolución y notificación, así como los efectos de la falta de resolución expresa de los procedimientos administrativos en el ámbito de la Consejería.

ASTURIAS

— Ley 3/2004. 23-11-2004. Montes y ordenación forestal.

- Decreto 6/2005. 19-1-2005. Regula las hojas de reclamaciones a disposición de los consumidores y usuarios.
- Decreto 9/2005. 27-1-2005. Actualiza los precios máximos de venta de las viviendas protegidas concertadas.
- Resolución 13-12-2004. Aprueba el modelo de solicitud para acceso a las viviendas promovidas por el Principado de Asturias.
- Corrección de errores. Ley 3/2004. 23-11-2004. Montes y Ordenación Forestal.

BALEARES

- Decreto 3/2005. 14-1-2005. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2005 a efectos de plazos administrativos.

CANARIAS

- Decreto 182/2004. 21-12-2004. Aprueba el Reglamento de la Ley de Pesca de Canarias.
- Decreto 183/2004. 21-12-2004. Aprueba el Reglamento de gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias.
- Decreto 4/2005. 25-1-2005. Modifica los Decretos 70/2002, de 20-5-2002, y 75/2002 y 76/2002, de 3-6-2002, por los que se regulan diversas medidas en materia de vivienda.
- Orden 27-12-2004. Establece el procedimiento a seguir en la contabilización de los ingresos verificados por los Registradores de la Propiedad como titulares de las OO.LL. de Distrito Hipotecario.
- Orden 30-12-2004. Modifica la Orden 4-10-2004, que determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2005.
- Resolución 14-1-2005. Actualiza el límite previsto en el artículo 10.1.28.º de la Ley 20/1991, de 7-6-1991, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

CANTABRIA

- Ley 7/2004. 27-12-2004. Medidas Administrativas y Fiscales.
- Decreto 143/2004. 22-12-2004. Modifica el Decreto 106/1997, de 29-9-1997, por el que se regula el Servicio de Atención Domiciliaria concertado entre la Consejería de Sanidad, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de

Cantabria y la Administración Local y se deroga el Decreto 53/2002, de 16-5-2002, por el que se regulan las ayudas económicas para el alquiler de vivienda habitual.

— Corrección de errores. Decreto 139/2004. 15-12-2004. Crea y regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto Legislativo 1/2004. 28-12-2004. Aprueba el TR de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

— Orden 22-12-2004. Fija el calendario de días inhábiles del año 2005 a efectos de cómputos de plazos.

— Orden 13-1-2005. Adapta competencias de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, a la estructura de la Administración Tributaria Regional y se designa la Caja General de Depósitos a los efectos previstos en el artículo 135.3 de dicha Ley.

— Orden 17-1-2005. Normas de ejecución de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2005.

— Orden 19-1-2005. Aprueba los precios medios en el mercado para bienes rústicos y dicta normas sobre el procedimiento de comprobación de valores en el ámbito del IS y D y ITP y AJD.

— Corrección de errores. Decreto 242/2004. 27-7-2004. Aprueba el reglamento de suelo rústico de la Ley 2/1998, de 4-6-1998, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística.

CASTILLA-LEÓN

— Decreto 125/2004. 30-12-2004. Aprueba el Reglamento del Registro de Cooperativas de Castilla y León.

— Decreto 9/2005. 20-1-2005. Regula en la Comunidad de Castilla y León el reconocimiento de la condición de familia numerosa, así como la expedición, renovación, modificación o pérdida del título.

— Orden 1999/2004. 30-12-2004. Modifica la Orden HAC/1551/2003, de 27-11-2003, por la que se establece el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones-liquidaciones y el pago telemático de impuestos gestionados por la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 2000/2004. 30-12-2004. Establece las condiciones generales y el procedimiento para la presentación y pago telemáticos de autoliquidaciones de impuestos gestionados por la Comunidad de Castilla y León mediante la colaboración de Administraciones Públicas.

— Orden 2001/2004. 30-12-2004. Regula aspectos concretos de la recaudación de determinadas tasas mediante su ingreso en las entidades colaboradoras autorizadas a través de procedimientos telemáticos.

— Orden 44/2005. 11-1-2005. Aprueba los modelos 600, 610, 620 y 630 de Declaración-Liquidación del ITP y AJD; los modelos 660 y 661 de declaración; y 650, 651 y 655 de declaración-liquidación del IS y Decreto, y los modelos 043, 044 y 045 de declaración-liquidación de la Tasa Fiscal sobre el Juego.

— Resolución 31-1-2005. Concreta el contenido mínimo que deben recoger el libro registro de socios y el libro registro de aportaciones al capital social para proceder a su legalización por el Registro de Cooperativas de Castilla y León.

EXTREMADURA

— Ley 10/2004. 30-12-2004. Regulación y Bases de la Agencia Extremeña de la Vivienda, el Urbanismo y el Territorio.

— Decreto 5/2005. 8-1-2005. Modifica la denominación y distribuye las competencias de las Consejerías que conforman la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

— Ley 1/2005. 4-1-2005. Centro de Estudios Judiciales y Seguridad Pública de Galicia.

— Corrección de errores. Decreto 257/2004, de 29-10-2004, sobre régimen jurídico de las viviendas de promoción pública, locales de negocio y suelo de promoción pública.

LA RIOJA

— Decreto 3/2005. 28-1-2005. Adapta el Decreto 24/2001, de 20-4-2001, por el que se regulan las prestaciones de inserción social, a las previsiones de la Ley 7/2003, de 26-3-2003, de Inserción Sociolaboral.

MADRID

— Decreto 11/2005. 27-1-2005. Aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 12/2005. 27-1-2005. Regula las ayudas económicas a la vivienda en la Comunidad de Madrid (Plan de Vivienda 2005-2008).

MURCIA

— Decreto 20/2005. 28-1-2005. Establece la Estructura Orgánica de la Consejería de Agricultura y Agua.

— Decreto 21/2005. 28-1-2005. Estructura Orgánica de la Secretaría General de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

— Orden 9-12-2004. Aprueba los precios medios en el mercado de determinados inmuebles urbanos y rústicos radicados en la Región de Murcia para el 2005.

NAVARRA

— Decreto Foral 5/2005. 17-1-2005. Modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Orden Foral 429/2004. 23-12-2004. Modifica las Órdenes Forales 9/2000, de 20-1-2000, por la que se aprueba el modelo 198; 259/1999, de 29-12-1999, por la que se aprueba el modelo 193; 26/2000, de 15-2-2000, por la que se aprueba el modelo 296, y 48/2001, de 26-2-2001, por la que se aprueba el modelo F-50.

— Orden Foral 5/2005. 11-1-2005. Aprueba los precios medios de venta de vehículos usados, aplicables en la gestión del IS y D, y el ITP y AJD y el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden Foral 6/2005, de 17-1-2005, desarrolla para el año 2005 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

PAÍS VASCO

— Ley 1/2005. 4-2-2005. Para la prevención y corrección de la contaminación del suelo.

— Decreto 10/2005. 18-1-2005. Segunda modificación del Decreto sobre régimen de VPO y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.

— Orden 18-1-2005. Sobre organización y funcionamiento del Registro de Cajas de Ahorro de Euskadi y del Registro de Altos Cargos.

— Orden 18-1-2005. Procede a la actualización de la declaración de datos para la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita contenida en el Anexo I del Decreto 210/1996, de 30-7-1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

— Orden 1-2-2005. Procede al nombramiento de Notarios en resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Resolución 9-2-2005. Dicta instrucciones para la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, y del Real Decreto 2393/2004, de 30-12-2004, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en el sistema educativo.

II. Información de actividades

Andalucía

Los días 2 y 3 de diciembre de 2004 se celebró la JORNADA: *EXTRANJERÍA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD*, organizada por el Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

Ponencias:

- «Situación actual de los extranjeros en España», por doña ANA CABALLUD HERNANDO, Subdirectora General de Nacionalidad y Estado Civil.
- «Los extranjeros y el Registro de la Propiedad», por don GONZALO AGUILERA ANEGÓN, Registrador de la Propiedad y Mercantil, y don ANTONIO JOSÉ RAMOS BLANES, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Título ejecutivo europeo», por la Ilma. Señora doña PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Directora General de los Registros y del Notariado.

El día 20 de diciembre de 2004 se celebró una MESA REDONDA: *LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE SU LÍMITE Y CADUCIDAD*, por MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA, en la sede del Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

Aragón

El día 21 de enero de 2005 se celebró la festividad de SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT, Patrono de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Del 24 de enero al 4 de febrero de 2005, el Instituto Agronómico Mediterráneo de Zaragoza impartió el CURSO AVANZADO SOBRE ECONOMÍA AMBIENTAL Y DE LOS RECURSOS NATURALES.

Los días 1 al 24 de febrero de 2005, en el Centro Cultural de Huesca y organizado por Ibercaja, se impartió el curso *EL DERECHO EN LA VIDA COTIDIANA* en el que se abordaron temas habituales como la compra de vivienda, contratos de alquiler, etc.

Del 3 al 18 de febrero de 2005 se celebraron las JORNADAS SOBRE *EL NUEVO DERECHO CONCURSAL*, organizadas por la Universidad de Zaragoza y el Gobierno de Aragón.

ACTO DE APERTURA

Presidió el Excmo. Señor don FELIPE PÉTRIZ, Rector Magnífico de la Universidad de Zaragoza.

PONENCIAS

- «El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores», por el Profesor Doctor ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED; Vocal de la Comisión General de Codificación; Abogado.
- «El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia», por el Profesor Doctor LUIS SUÁREZ LLANOS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela.
- «La declaración de concurso», por el Profesor Doctor JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Granada; Abogado.
- «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso», por el Profesor Doctor ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid; Abogado.
- «Las medidas cautelares. Aseguramiento del crédito, del patrimonio y actividad del deudor y de la responsabilidad de los administradores», por el Profesor Doctor MANUEL ORTELLS RAMOS, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia.
- «El juez del concurso: competencias y funciones», por el Profesor Doctor JUAN FRANCISCO HERRERO PÉREZAGUA, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

- «La administración concursal: composición, funciones, retribución y responsabilidad», por don JAVIER HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, Abogado.
- «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular, los supuestos de deudores personas jurídicas», por el Profesor Doctor ALBERTO DÍAZ MORENO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla.
- «Acumulación en el concurso. Acciones declarativas y ejecutivas», por el Profesor Doctor JOSÉ MARÍA RIFA SOLER, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pública de Navarra; Abogado.
- «Hipoteca y concurso», por la Profesora Doctora MERCEDES ZUBIRI DE SALINAS, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza.
- «Aspectos laborales del concurso», por el Profesor Doctor JUAN RIVERO LAMAS y Profesor Doctor JUAN GARCÍA BLASCO, Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza.
- «La reintegración de la masa activa del concurso», por el Profesor Doctor JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza.
- «El informe de la administración concursal (I): Estructura del informe y determinación de la masa activa», por el Profesor Doctor ANDRÉS RECALDE CASTELLS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad «Jaime I» de Castellón.
- «El informe de la administración concursal (II): Determinación de la masa pasiva (composición, reconocimiento y clasificación de los créditos) y régimen de publicidad e impugnación del informe», por el Profesor Doctor ANXO TATO PLAZA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo.
- «Los créditos subordinados», por el Profesor Doctor ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE, Catedrático E.U. de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca.
- «Los créditos públicos», por don HIPÓLITO GÓMEZ DE LAS ROCES, Abogado del Estado.

MESA REDONDA

- «Auditoría e información contable en el concurso», por un miembro del Colegio Oficial de Economistas de Aragón; un miembro del Colegio Oficial de Titulados Mercantiles y Empresariales de Zaragoza; un miembro del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas en Aragón.

Moderador: Profesor Doctor ÁNGEL BONET NAVARRO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

- «El convenio: propuesta, adopción y ejecución», por el Profesor Doctor EDUARDO GALÁN CORONA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca; Abogado.
- «La liquidación concursal», por el Profesor Doctor EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad San Pablo-CEU.

MESA REDONDA

- «Responsabilidad de los administradores sociales y declaración de concurso de la sociedad administrada», por don ANTONIO PASTOR OLIVER, Magistrado. Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza; don JAVIER SANCHO-ARROYO, Abogado; don ÁNGEL RAMOS MONTESA, Abogado.

Moderador: Profesor Doctor JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

- «El estatuto de los administradores de una Sociedad durante el concurso», por el Doctor IGNACIO QUINTANA CARLO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza.
- «La calificación del concurso y responsabilidades derivadas», por el Profesor Doctor ANTONIO FONT RIBAS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona.
- «Banca y Concurso», por don FRANCISCO J. SERRANO GIL DE ALBORNOZ, Abogado del Estado en excedencia; Servicio Jurídico de IBERCAJA.
- «El Derecho Concursal Transitorio», por el Profesor Doctor ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid; Vocal de la Comisión General de Codificación; Abogado.
- «Valoración general de la reforma concursal. El nuevo Derecho de la insolvencia», por el Profesor Doctor FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid; Vocal de la Comisión General de Codificación; Abogado.

CLAUSURA

- Excmo. Señor don EDUARDO BANDRÉS, Consejero de Economía; Diputación General de Aragón.
- Excmo. Señor don FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El día 17 de febrero de 2005 tuvo lugar la MESA REDONDA: *CONSTITUCIÓN EUROPEA Y JUSTICIA*, organizada por las Cortes de Aragón y en la que participaron FERNANDO SALINAS MOLINA, Vicepresidente del CGPJ; JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Magistrado del TS, y CARLOS CARNICER DIEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

Los días 22 y 23 de febrero de 2005 tuvieron lugar las PRIMERAS JORNADAS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL PERITO EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.

El día 24 de febrero de 2005, dentro del Ciclo de Conferencias «La empresa del mañana», organizadas por la Fundación Ecología y Desarrollo y patrocinadas por el Gobierno de Aragón, tuvo lugar la CONFERENCIA: *EL PAPEL DE LA EMPRESA EN LA SOCIEDAD*, contó como ponentes con JOHN KAY, Economista y escritor, y con VICENTE SALAS FUMAS, Catedrático de Organización de Empresas en la Universidad de Zaragoza.

El día 25 de febrero se celebró el SEMINARIO: *LAS REFORMAS DE LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS. LA REFORMA DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS*, impartido por el Excmo. Señor don MANUEL ALBA NAVARRO, Secretario General del Congreso de los Diputados, y organizado por la fundación Manuel Giménez Abad.

Cantabria

Información de Actividades C.E. de Cantabria:

- Realización de prácticas de Derecho Registral por los alumnos de 4.º Curso, distribuidos por grupos, en los locales de los distintos Registros de la provincia.
- Reuniones preparatorias de la Escuela de Práctica Jurídica de Cantabria, a celebrar en fechas próximas.
- Academia de preparación de oposiciones, continúa la academia a la que se han incorporado nuevos opositores.
- Reuniones con Magistrados en materia de comunicaciones y sus efectos en los procedimientos de ejecución.
- Contestación de distintas consultas por parte de la Comisión Autonómica para unificar criterios dentro de su ámbito.
- Jornadas de Derecho Registral en virtud de los acuerdos con el Consejo General del Poder Judicial y su Escuela de Formación.
- Informe del Decreto, en preparación, del Gobierno de Cantabria en materia de arrendamientos protegidos y fomento de los mismos.
- Asistencia a la Facultad de Derecho para impartir teoría y práctica de Derecho Inmobiliario.

Madrid

Información de Actividades C.E. de Madrid:

SESIONES DE SEMINARIOS

Celebradas cinco reuniones. Envío de casos prácticos a todos los titulares actuales de los Registros de la Comunidad de Madrid y a una veintena de Registradores Jubilados. Elaboración y remisión de conclusiones.

Comida (en el restaurante «De María») y posterior visita guiada a la exposición «LOS GUERREROS DE XI'AN» en la Fundación Canal de Isabel II, a la que acudieron dieciséis compañeros (algunos acompañados de sus cónyuges).

CURSOS Y CONFERENCIAS

- Celebración de un curso sobre uso de la Intranet colegial de la base de datos LA LEY y del FLEI.
- Celebración de un curso para dar a conocer el procedimiento de los envíos al Catastro mediante la firma electrónica del Registrador. También se trataron otros aspectos, tales como la comprobación de certificaciones catastrales y la consulta de datos. Al mismo asistieron tanto Registradores como empleados.
- Curso de Derecho Registral de postgrado impartido dentro del Curso Superior de Estudios Jurídicos de la Fundación Notarial para la Formación Jurídica.

COLABORACIÓN CON UNIVERSIDADES, CONVENIOS, ENSEÑANZAS IMPARTIDAS

- Colaboración con la Oficina de Control de Subastas Judiciales. Envío de más de 150 notas simples.
- Acuerdo con el Centro Universitario Villanueva (dependiente de la Universidad Complutense de Madrid) para enseñar el funcionamiento del Registro a alumnos universitarios.

INFORMES Y DICTÁMENES

- Envío trimestral, al Colegio de Registradores, del seguimiento del presupuesto, memoria de actividades, facturas, ... del Decanato Autonómico.

FORMACIÓN DEL PERSONAL: CURSOS, PRUEBAS DE PROMOCIÓN

- Celebración del Primer Ciclo del Curso de Formación Permanente de Personal de los Registros de la Propiedad de la Comunidad de Madrid, con la finalidad de preparar los exámenes de Personal Auxiliar de 1.^a celebrados en noviembre de 2004. Asistieron 75 empleados, de los cuales aprobaron el examen 48.
- Organización de las pruebas de aptitud del Personal de los Registros de la Comunidad de Madrid (celebradas los días 16, 17 y 18 de noviembre de 2004): recepción de las listas de examinandos, formación del Tribunal evaluador, remisión de notas, revisiones de exámenes... El número de examinandos fue de casi 260.

ACADEMIA DE OPOSITORES

- La Academia de Preparación de Registros de Madrid está formada por casi 300 opositores y 30 Registradores-Preparadores.
- Se vienen realizando las habituales labores organizativas y administrativas; labores documentales (revisión del Boletín del Colegio de Registradores, Revista «Lunes 4,30», BOE...); atención de consultas sobre normativa, legislación, jurisprudencia y doctrina; consultas a las bases de datos jurídicas (Colex-Data y Aranzadi); elaboración y actualización de temas; colaboración con otras Academias de Preparación de Registros y Centros de Estudios Registrales.

PUBLICACIONES

- Se ha publicado el tercer número de la revista del Seminario de Madrid, correspondiente a las sesiones celebradas durante el segundo trimestre del año 2004. Se recogen los casos prácticos planteados y resueltos, e incluye diversas comunicaciones, circulares, artículos... de interés. Se han distribuido, aproximadamente, 380 ejemplares.

Murcia

En el salón de actos del Decanato Autonómico de la Región de Murcia, a cargo de los doctores de Derecho Civil, doña ESTHER MUÑIZ ESPADA y don SERGIO NASARRE AZNAR, tuvo lugar una conferencia sobre el tema de la Euro-

hipoteca, el día 27 de enero, celebrándose a continuación un prolongado e intenso coloquio sobre este proyecto doctrinal.

Concluyeron las Jornadas Internacionales sobre el Registro como garantía de la eficacia de las resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea, que contaron con la participación de Registradores de la Propiedad y Jueces de Alemania, Dinamarca, Escocia, Inglaterra, Portugal, Polonia y España. Dichas Jornadas se desarrollaron en Murcia (marzo de 2004), Madrid (junio de 2004) y quedaron clausuradas con las sesiones de trabajo llevadas a cabo en Murcia el pasado mes de octubre.

De las distintas conclusiones obtenidas podemos destacar que, a pesar de que no exista homogeneidad en cuanto al procedimiento y efectos de las medidas cautelares para asegurar las sentencias o decisiones judiciales que afecten a bienes inmuebles o en las medidas de aseguramiento y ejecución relativas a deudas pecuniarias, sí puede afirmarse que todos los países participantes conocen y aplican medidas de finalidad equivalente. También se puso de manifiesto que existe, en materia de crisis matrimoniales, una preocupación común de las distintas legislaciones para proteger el derecho de uso u ocupación de la vivienda familiar. Por último, durante el primer seminario, celebrado en Murcia, se trató el tema de la información prestada por el Registro a Jueces y Tribunales en el marco de la cooperación, en el que la puesta en común en esta materia permitió la elaboración de un bosquejo de norma reguladora de la misma, inspirada en la simplicidad y en el principio de control registral de la información, destacándose también las enormes posibilidades de la firma electrónica en esta materia.

País Vasco

Cursos-conferencias del Decanato del País Vasco año 2004:

- Boletín Legislativo Electrónico de los Registradores del País Vasco realizado mensualmente por el Registrador de la Propiedad de Bilbao, número 2, don ALFONSO RENTERÍA.
- Cursos impartidos por don LEOPOLDO SÁNCHEZ GIL, en la Universidad de Deusto sobre materia hipotecaria. Imparte una asignatura optativa en tercer curso de Derecho denominada «Derecho de la propiedad inmobiliaria», en que se aborda de manera fundamental el Derecho Registral.
- Cursos impartidos por don JULIO GARCÍA ROSADO, en la Universidad de Deusto sobre materia hipotecaria. Imparte una asignatura optativa en tercer curso de Derecho denominada «Derecho de la propiedad inmobiliaria», en que se aborda de manera fundamental el Derecho Registral.

- Cursos y clases en la Escuela de Práctica Jurídica impartidos por don JAVIER REGÚLEZ sobre Derecho de Sucesiones y Derecho Registral.
- Curso impartido en la Universidad de Deusto en la Facultad de Derecho por don CARLOS CELESTINO LALANDA, Registrador Mercantil del País Vasco.
- Curso impartido en el Registro Mercantil a personal del Gobierno Vasco por don JAVIER AZNAR, Registrador Mercantil del País Vasco en el mes de noviembre (17-11-04).
- Comisión tecnológica. Ha participado en ella el Registrador de la Propiedad de Bilbao, número 7, don CARLOS BALLUGERA GÓMEZ.
- Curso de Agora al personal del Registro impartido por JOSÉ LUIS LAINEZ y por DAVID CORREDOR, celebrado los días 20 al 24 de septiembre de 2004.
- Ley Hipotecaria en euskera: se ha dirigido a este colegio el notario de Bilbao don ANDRÉS URRUTIA BADIOLA, y miembro de la Euskaltzaindia (Academia de la Lengua Vasca), con la intención de presentar en el ejercicio de 2004 su traducción de la Ley Hipotecaria al euskera.
- Seminarios celebrados en Vitoria, San Sebastián y Bilbao sobre prevención de blanqueo de dinero en el País Vasco realizado por la empresa Infor&man, celebrados en abril de 2004.
- Seminarios de Derecho Registral celebrados mensualmente. Dirigidos por don CARLOS BALLUGERA GÓMEZ, Registrador de la Propiedad de Bilbao número 7.
- Curso de Agora a los Registradores y al personal del Registro impartido por don ÓSCAR GERMÁN VÁZQUEZ ASENJO y por don JAVIER QUIRÓS MOGIEL, celebrado el día 29-4-2004.
- Curso impartido en el IVAP sobre el patrimonio de las entidades locales, por don GERMÁN BARBIER, Registrador de la Propiedad de Guernica, celebrado en abril de 2004.
- Visita y conferencia impartida por don JULIO GARCÍA ROSADO a las alumnas de Secretariado de Deusto.

Valencia

Información de Actividades C.E. de Valencia:

PRIMER TRIMESTRE

Sesiones de seminarios:

- Celebración semanal del Seminario de los lunes al que asisten Registradores de la Comunidad y donde se debaten cuestiones teóricas y prácticas que surgen en el desempeño de la función registral.

Cursos y conferencias:

- 14-01-2004. II Jornada de Derecho Civil Valenciano. Inauguró y clausuró el Ilmo. Señor don FERNANDO DE ROSA TORNER (Secretario Autonómico de Justicia). Intervinieron como conferenciantes: ENRIQUE SOLA PALERM, VICENTE SIMÓ SANTONJA, VICENTE GARRIDO MAYOL y VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD.
- 17/18-02-2004. Reinicio de las sesiones del curso organizado por BANCAJA destinado a los servicios jurídicos de la entidad y a los directores de oficina de toda España. Intervinieron: EMILIA ADÁN GARCÍA, INMACULADA GOSÁLVEZ SIMBOR, CRISTINA MARTÍNEZ RUIZ y FERNANDO ORTEGA GIRONES.
- 19-01-2004. III Jornada sobre Abogacía y Registro, celebrada en el Colegio de Abogados de Valencia bajo el título: «El nuevo procedimiento registral» y en la que participaron ADRIÁN JAREÑO GONZÁLEZ y JOSÉ RAMÓN FRAGUAS SOLÉ.
- VII Edición del Curso de Hipotecas y Ejecución Hipotecaria organizado conjuntamente con la Universidad de Valencia y en el que intervinieron, impartiendo las clases, Registradores de la Propiedad, Notarios, Catedráticos y Profesores Titulares de la Universidad de Valencia y del CEU.

CÁTEDRA BIENVENIDO OLIVER

Seminarios:

- 22-03-2004. Jornada sobre Oficinas Liquidadoras y Aplicación de la Ley General Tributaria. Intervinieron: JUAN MARTÍN QUERALT (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario), y CARLOS COLOMER FERRÁNDIZ (Inspector de Hacienda y miembro del TEAR en la Comunidad Valenciana). Contó con una amplia participación de Registradores de la Propiedad y de oficiales de Registros adscritos a la Oficina Liquidadora y funcionarios de los servicios centrales y territoriales de la Consellería de Economía y Hacienda.
- 20-02-2004. Jornada sobre Comercio y Firma Electrónica, organizada conjuntamente con la Universidad Cardenal Herrera CEU y en la que participaron Profesores de la Universidad de Valencia (LORENZO PRATS ALBENTOSA y MARIO CLEMENTE MEORO), un Registrador de la Propiedad (MANUEL ORTIZ REINA) y el Presidente de la Sección de Derecho Informático del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (EDUARDO CHAVELI DONET) y un informático del Colegio (SALVADOR ANTÓN). Alumnos matriculados: 30. La Universidad reconoció el curso como un crédito de libre configuración.

- 26-03-2004. Jornada sobre empresa familiar. Se ha iniciado junto con la Universidad Cardenal Herrera CEU, se ha dividido en dos días, el 26 de marzo y el día 2 de abril. Intervinientes, entre otros, don SERGIO SÁNCHEZ, Abogado; LAURA CANO, Registradora de la Propiedad y Mercantil; don JOSÉ LUIS EMBID, Catedrático de Derecho Mercantil; CARLOS CARROMOLINO, Profesor de Derecho Civil; VÍCTOR GARRIDO DE PALMA, Notario. Alumnos matriculados: 16. Se concedió, por la Universidad, el reconocimiento del curso como un crédito de libre configuración.

Cursos:

- Se ha finalizado, en el mes de febrero, el Curso de Derecho Inmobiliario Registral celebrado en la Universidad de Valencia. El desarrollo del Curso ha sido muy positivo en su seguimiento y aprovechamiento por los estudiantes. Se ha incrementado la práctica.
- También en el mes de febrero se ha finalizado el Curso de Derechos que acceden al Registro de la Propiedad. Alumnos matriculados: 98. El excesivo número de alumnos impide la realización de unas prácticas más aprovechables en la formación del estudiante, de todas formas el número de alumnos matriculados ha aumentado en los sucesivos años, lo que puede considerarse como positivo, incluso en muchos casos el alumno de este año lo era de años anteriores en otras materias impartidas por la Cátedra Bienvenido Oliver en la Universidad de Valencia.
- 19-02-2004. Se ha iniciado en la Universidad de Valencia el Curso relativo al Procedimiento Registral, que se está desarrollando con normalidad en el presente trimestre.
- 20-02-2004. Se inició en la Universidad Cardenal Herrera CEU, el curso de la asignatura de Derecho Inmobiliario Registral en los planes antiguo y nuevo que están vigentes en dicha Universidad.
- Asimismo en la Cátedra Bienvenido Oliver de la Universidad Jaume I de Castellón, han iniciado en este trimestre las clases de Derecho Inmobiliario Registral.
- La Cátedra Bienvenido Oliver de la Universidad de Alicante ha iniciado por primera vez el prácticum relativo a temas que afectan al Registro de la Propiedad.

Informes y dictámenes:

El Centro de Estudios ha emitido informes relativos a varias Leyes Autonómicas, a solicitud del Conseller de Territorio y Vivienda.

SEGUNDO TRIMESTRE

Sesiones de seminarios:

- Celebración semanal del Seminario de los lunes al que asisten Registradores de la Comunidad y donde se debaten cuestiones teóricas y prácticas que surgen en el desempeño de la función registral.
- 28-06-2004. Seminario sobre la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas a cargo de CARLOS OLAVARRIETA JURADO.

CÁTEDRA BIENVENIDO OLIVER

Seminarios:

- 2-04-2004. Aspectos jurídicos de la empresa familiar, celebrado en la Universidad Cardenal Herrera-CEU. Se trataron distintos aspectos: formales, fiscales, de dirección, sucesión y aplicación de la nueva Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa. Participaron una Registradora, un Notario, un Catedrático y Profesores de Derecho Civil y Financiero.
- 26-04-2004. Jornada sobre la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, celebrada en el Salón de Actos del Decanato Autonómico. Participaron Profesores de Derecho Civil, un Catedrático, una Registradora y un Fiscal.
- 31-05-2004. Jornada sobre la Nueva Ley Concursal, en la que intervinieron un Profesor de Derecho Mercantil, un Registrador de la Propiedad y un Juez de 1.ª Instancia.

Cursos:

- Curso de Hipotecas. Ha finalizado en el mes de junio.
- Curso de Procedimiento Registral en la Universitat de Valencia. Ha finalizado en el mes de junio.
- Curso de Derecho Inmobiliario Registral en la Universidad Cardenal Herrera CEU.
- Curso de Derecho Inmobiliario Registral en la Universidad de Alicante.

Informes y dictámenes:

- El Centro de Estudios ha emitido un informe relativo a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística, a solicitud del Conseller de Territorio y Vivienda.

TERCER TRIMESTRE

Sesiones de seminarios:

- Celebración semanal del Seminario de los lunes al que asisten Registradores de la Comunidad y donde se debaten cuestiones teóricas y prácticas que surgen en el desempeño de la función registral.

CUARTO TRIMESTRE

Sesiones de seminarios:

- Celebración semanal del Seminario de los lunes al que asisten Registradores de la Comunidad y donde se debaten cuestiones teóricas y prácticas que surgen en el desempeño de la función registral.
- 4-11-2004. Reunión con los Recaudadores de la TSS. Actuó como ponente don ARTURO MARTÍNEZ, Recaudador de la Tesorería.

CÁTEDRA BIENVENIDO OLIVER

Se iniciaron en el mes de septiembre las clases de las siguientes asignaturas de libre configuración:

- Derecho Inmobiliario Registral. Créditos: 4,5. Horas lectivas: 45. Alumnos matriculados: 54.
- Derechos que acceden al Registro de la Propiedad. Créditos: 2. Horas lectivas: 20. Alumnos matriculados: 62.

Se ha observado que entre los alumnos matriculados ha aumentado considerablemente el porcentaje de aquéllos que pertenecen a carreras distintas a la de Derecho.

- Seminario 2.^a edición: FAMILIA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
- Mesa redonda sobre «Las modificaciones en el Derecho de Familia».
- Intervinientes: Doctor don ENRIQUE ANURBIA APARICI, doctor don REMIGIO BENEYTO BERENGUER y la Doctora doña MAGDA TORRERO MUÑOZ, Profesores de la Cardenal Herrera CEU San Pablo.
- Conferencia sobre «Cuestiones de actualidad sobre la reproducción asistida», que fue impartida por el Doctor don JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universitat de Valencia.

- Conferencia sobre «Convenio regulador y Registro de la Propiedad», que fue impartida por el Doctor don JUAN MANUEL LLOPIS GINER, Registrador de la Propiedad.
- Conferencia sobre «Violencia de género y privación de la patria potestad», que fue impartida por la Doctora doña CAROLINA CASTILLO MARTÍNEZ, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Valencia.
- Conferencia sobre «Mediación familiar», que fue impartida por el Doctor don JAVIER ESCRIVÁ IVARS, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universitat de Valencia.

El encargado de la Cátedra Bienvenido Oliver, JUAN MANUEL LLOPIS, formó parte del Tribunal encargado de evaluar el DEA de los siguientes estudiantes con sus respectivos trabajos de investigación:

- Señor don ALEJANDRO JOSÉ LÓPEZ OLIVA: «La empresa familiar: el marco autonómico del impuesto sobre sucesiones y donaciones».
- Señor don LUIS LLÓRENTE CABRELLES: «La patria potestad y sus vicisitudes a la luz de la Constitución».
- Señor don SALVADOR SALCEDO BENAVENTE: «La familia en el derecho tributario español: especial referencia al impuesto sobre sucesiones y donaciones».
- Señor don JOSÉ MANUEL PAGAN AGULLÓ: «Tributación del acceso a la vivienda. Análisis de la normativa autonómica».

El encargado de la Cátedra en Alicante, GERMÁN RODRÍGUEZ, ha estado preparando la programación del curso próximo, consistente en el práctico de dos créditos y una serie de conferencias a impartir en la Universidad, lo que se desarrollará en el año 2005.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La asunción de deuda*, J. M. Bosch editor, Sevilla, 2003, 118 págs.

Su autor, JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, es un reconocido experto y prolífico profesor que cuenta con más de diez monografías publicadas en los últimos años (vid., entre otras, *Colisión entre los derechos de adquisición preferente*, Barcelona, 1978; *La renuncia a los derechos*, Barcelona, 1986; *Exteriorización de actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990; *La retención de cosa ajena*, Barcelona, 1990; *La obligación natural*, Barcelona, 1990; *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos*, Barcelona, 1992; *El poder irrevocable*, Barcelona, 1999; *La prohibición de contratos sucesorios*, Barcelona, 2002; *La reserva de dominio o la acción publiciana*, Barcelona, 2001; *La doble venta: una situación de pendencia*; *La mejora*, Barcelona, 2003). En esta ocasión ha elegido el estudio de la sustitución modificativa de deudores operada mediante asunción de deuda, así como de los mecanismos hábiles para constituir dicha asunción.

Como es sabido, este fenómeno de los cambios de deudor, las vías a través de las cuales la mencionada sustitución se opera, y los efectos derivados de estas prácticas no son, precisamente, cuestiones ni sencillas ni pacíficas entre la doctrina y la jurisprudencia españolas. En definitiva, la modificación y extinción de las relaciones obligatorias —esquema donde sistemáticamente se ubica el tema de la monografía—, coincide con otras líneas de investigación del autor en la dificultad intrínseca que arroja su estudio y análisis.

En este último aspecto conviene tener presente que CANO MARTÍNEZ DE VELASCO no suele integrarse entre las tesis doctrinales más comunes o al uso, antes al contrario. Buena prueba de la anterior afirmación es el entendimiento de la asunción de deudas como negocio unilateral del tercero. No es la primera vez que en su extensa producción bibliográfica son abordados los negocios y declaraciones de carácter unilateral como la renuncia y el apoderamiento. Específicamente, en esta última publicación adscribe el objeto de estudio a la categoría de los negocios jurídicos conexos. Sentada esta tesis, en justa consecuencia, el autor sostiene que la causa del negocio es variable y capaz de absorber cualquier tipo de elemento causal de la obligación modificada. Por lo que al clásico requisito del consentimiento del acreedor se refiere, éste se convierte en una autorización para liberar al deudor. Por ello, en su opinión, el objeto del negocio jurídico de la asunción es doble, el propio deudor cedido y la deuda.

Cabe que el negocio jurídico de la asunción tenga lugar en virtud de la iniciativa espontánea del tercero ajeno; bien que se lleve a cabo a consecuencia de la propuesta unilateral recepticia del deudor, o que ésta se produzca a iniciativa del acreedor. Pese a ello, el negocio resultante siempre será un negocio unilateral del tercero porque él sustituye al sujeto pasivo de la rela-

ción que modifica. Idea básica, igualmente, ya que el efecto de la asunción no es otro que la modificación, dada la aplicación del que denomina principio de la máxima eficacia o mínimo cambio de la relación jurídica.

Los anteriores postulados básicos que presiden la monografía de CANO MARTÍNEZ DE VELASCO responden, a su vez, a la estructura de la monografía. Ésta se compone de siete capítulos o grandes epígrafes, dedicado el primero de ellos a la aclaración de la *Terminología. Admisión de la Figura. Naturaleza jurídica. Concepto*. Este es el lugar escogido para el planteamiento de los fundamentos técnicos del fenómeno analizado; en este punto el autor no descuida los aspectos y precedentes históricos jurídicos de la figura en el Derecho romano, así como la referencia a los dos sistemas codificados actuales, encarnados por el *Code* napoleónico y el B.G.B. Por cuanto atañe a su naturaleza afirma que, siendo como es el acogimiento como propia de una deuda ajena, concurren tres tipos posibles representados en las fases sucesivas de su perfeccionamiento. Así, la asunción interna se produce sólo entre los sujetos pasivos; fase seguida por la notificación al acreedor, implicando la acumulación solidaria entre el deudor primitivo y el asumente; por fin, la liberación del deudor, circunstancia esencial para que se verifique la sustitución de sujetos, se origina previo consentimiento del acreedor.

Argumentos aquellos que ratifican la visión de la asunción como negocio unilateral del asumente, toda vez que la adhesión del acreedor al negocio de asunción no constituye un consentimiento contractual a dicha asunción.

El segundo capítulo se ocupa del estudio de los *Elementos de la asunción*, es decir, del elemento personal, objetivo y formal. El aspecto personal está formado por el acreedor y por quien asume la deuda ajena o asumente. Cada uno de ellos desenvuelve un papel específico y determinado; así el asumente, en consonancia con anteriores afirmaciones, es quien celebra el negocio. Por su parte, el acreedor consiente el negocio en cuestión, si bien no es él quien lo celebra, sino el asumente, como se acaba de decir. Por lo que a los elementos objetivos se refiere, el primero de ellos se refiere al elemento subjetivo conformado por el propio deudor primitivo que, ante su falta de relevancia jurídica, no es sino el primero de estos componentes. A éste, se añade la propia asunción, la causa y el plazo. También incorpora como componente la condición y otros accesorios de la deuda, particularmente, los privilegios del crédito.

Por cuanto a los *Tipos y estadios del proceso de asunción de deuda* afecta, el autor se ocupa de la asunción de pago, de responsabilidad, la asunción interna y externa. No olvida la asunción acumulativa y la liberatoria, concluyendo este capítulo con el análisis de la asunción de un patrimonio entero. Este capítulo está seguido por el cuarto que lleva por título *Figuras afines a la asunción de deuda*. Precisamente cuestión básica para la delimitación de la figura objeto de estudio es la diferenciación de otras instituciones con las que comparte algunos aspectos. Para ello se trae causa de la novación por subrogación de la deuda, la sucesión singular en la deuda, la estipulación en favor de tercero, la fianza y el pago por tercero. Una vez contrastadas las concomitancias que con las anteriores figuras pueda ofrecer la asunción, el autor enumera cuáles son los medios, caminos o métodos capaces de concretarla. En este punto, vías susceptibles de lograr su efecto serán, no sólo las clásicas previstas en el Código Civil en sede de novación como la *delegatio* y la *expromissio*, sino también la asunción por un tercero, la cesión de contrato y la cesión de un patrimonio íntegro.

El capítulo quinto se centra en los *Efectos de la asunción*, distinguiendo nítidamente entre los que se produzcan, fruto de la relación interna, o aquélla aún no notificada al acreedor, de los que conlleve la asunción externa. Esta última implica que el sujeto activo conoce la declaración unilateral del asumente de sustituir al primitivo deudor. Una vez concluidos estos aspectos, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO se ocupa de *La asunción de la deuda hipotecaria*, objeto del siguiente punto, o capítulo sexto, dedicado, como no podía ser de otra manera, al particular supuesto prevenido en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria y a las particularidades de la transmisión de la finca sobre la que pese este derecho real de garantía.

Finalmente, antes de cerrar la monografía con un capítulo dedicado a las Conclusiones generales, el capítulo séptimo desarrolla un aspecto apuntado en las figuras afines como es el de *Los medios de constituir la asunción*, deteniéndose, en particular, en las dos vías expresamente previstas en sede de novación en los artículos 1.205 y 1.206 del Código Civil español: la expromisión y la delegación. La primera ellas defiende el autor que pueda ser gratuita u onerosa. En el primer caso, se tratará de un negocio revocable para el expromitente, en tanto el acreedor no acepte en calidad de beneficiario; su efecto es el de la acumulación solidaria. Para que implique también la liberación del primitivo deudor requerirá del acto añadido del acreedor. Destaca, en cuanto a las acciones que competen al nuevo deudor, la de la repercusión contra el antiguo deudor del importe de lo ejecutado, excepción hecha de los supuestos en que la expromisión tenga *causa donadi*.

La obra además ofrece unas *Conclusiones generales* en las que el autor recapitula las que han ido completando cada uno de los capítulos tratados, reiterando, en definitiva, las tesis sobre su naturaleza como negocio jurídico unilateral del asumente. Descarta, en suma, tanto las tradicionales teorías sobre la oferta del contrato —abogadas en su momento por COVIELLO, LIPMANN, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU— como la de la disposición del derecho ajeno, formulada en su momento por WINDSCHEID. No es una oferta porque no existe contrato, sino negocio jurídico unilateral de asunción; tampoco con la asunción se dispone de derecho ajeno, toda vez que la liberación del deudor requiere, necesariamente, del consentimiento del acreedor. Por último, la *Bibliografía* recoge las principales aportaciones de la dogmática, tanto española como alemana, francesa e italiana especialmente.

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora asociada de Derecho Civil UNED
Secretaria de IDADFE

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Compendio de Derecho Civil, Trabajo Social y Relaciones Laborales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, 442 págs.

En los últimos tiempos, el número de nuevas licenciaturas y diplomaturas no ha hecho sino incrementarse. Así ha ocurrido con los nuevos planes de Relaciones Laborales y Trabajo Social, diplomaturas ambas que si bien tienen una notable presencia de disciplinas de contenido jurídico, no es ése el perfil específico de sus estudiantes. Sin duda, este fenómeno ha exigido un notable esfuerzo de adaptación y reelaboración de los más clásicos manuales destinados a la formación de juristas. Por ello, es una excelente noticia editorial la

publicación de este *Compendio* dirigido, específicamente, al alumnado de estos estudios universitarios.

La amplia trayectoria manualística del Profesor CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil, Presidente de la Sección Española de la Comisión Internacional del Estado Civil y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, integra en su obra, entre otros títulos, los siete volúmenes de los *Principios de Derecho Civil*, que recogen la totalidad de esta materia. Obra ésta completamente actualizada, pese a la manifiesta dificultad que en los últimos años ha implicado esta tarea revisora ante el efecto que, en palabras de mi apreciado maestro, ha producido sobre el Código Civil, «el frenesí legislativo durante el segundo semestre de 2003, aprobando durante los meses de noviembre y diciembre treinta y una leyes que de una u otra manera afectan al Derecho Privado». Por otra parte, también es autor de una de las primeras exposiciones institucionales del Derecho del consumo en España, el *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, así como el *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*.

La obra que comentamos, al igual que la colección de los *Principios de Derecho Civil*, está redactada atendiendo a criterios didácticos y pedagógicos, con la intención de facilitar el estudio del Derecho Civil. En todo caso, estas dos características no han privado al *Compendio* del rigor y profundidad de anteriores Manuales del reconocido Profesor LASARTE ÁLVAREZ; antes bien, continúan con la altísima utilidad didáctica y riqueza de contenido que hacen comprensible y amena tanto su lectura como su estudio. Sin embargo, la claridad en su exposición, al igual que la casuística que añade mi distinguido maestro, como hilo conductor con el fin de facilitar la comprensión de la teoría expuesta, hacen del manual un medio más que eficaz para adentrarse y entender de un modo ágil y sin demasiadas complicaciones esta materia iusprivatística.

La obra, al estar pensada y enfocada principalmente para los estudiantes de las diplomaturas de Trabajo Social y Relaciones Laborales, al igual que otras titulaciones similares, no comprende todo el Derecho Civil, sino, por el contrario, esencialmente aquellos aspectos de esta materia que son interesantes para su formación académica. Por este motivo, el *Compendio de Derecho Civil (Trabajo Social y Relaciones Laborales)* al ser más específico que cualquier otro manual, hará que para este alumnado concreto su contenido sea imprescindible para abordar sus estudios en esta materia.

La obra se divide en treinta capítulos, respondiendo su contenido a los fundamentos del Derecho de la persona, obligaciones y contratos, familia y sucesiones, atendiendo, en definitiva, a buena parte de los contenidos fundamentales del Derecho Civil. Concretamente, de los treinta capítulos integrantes del *Compendio*, los diez primeros recogen las instituciones básicas del Derecho de la persona. Estos diez primeros capítulos llevan por título los siguientes: «Derecho de la persona: la persona»; «Los derechos de la personalidad»; «La capacidad de obrar: la edad y el sexo»; «La capacidad de obrar: la incapacitación»; «La ausencia y la declaración de fallecimiento»; «La nacionalidad»; «La vecindad civil y el domicilio»; «El Registro Civil»; «Las personas jurídicas: asociaciones y fundaciones», «La representación».

El segundo bloque temático está dedicado a la exposición de la teoría o doctrina general del contrato y de las obligaciones de él dimanantes, así como a la responsabilidad civil o extracontractual. Frente a otros Manuales de mi maestro, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, ha antepuesto el estudio del contrato al

de la teoría general de las obligaciones. De modo que la intitulación de los once siguientes capítulos responde al análisis de: «El contrato en general»; «Las figuras contractuales típicas: los contratos de finalidad traslativa»; «Otras figuras contractuales típicas»; «Los elementos del contrato»; «La formación del contrato»; «La interpretación e integración del contrato»; «La ineficacia del contrato»; «La responsabilidad civil extracontractual»; «La obligación y su cumplimiento»; «Incumplimiento, extinción y modificación de las obligaciones»; «Las garantías y la protección del crédito».

Por lo que al Derecho de familia y sucesiones se refiere, se afrontan de forma compendiada los aspectos más fundamentales de la familia, el matrimonio y otro tipo de uniones distintas a esta noción, así como el parentesco y las relaciones paterno-filiales. Son nueve capítulos los dedicados a esta materia. Así el capítulo 22, el primero de éstos, tiene por objeto el estudio de «El derecho de familia». El siguiente se ocupa de «El matrimonio y otros modelos familiares». El capítulo 24 analiza los aspectos más característicos de «Los regímenes económico-matrimoniales». El 25 sobre «Las relaciones parentales y paterno-filiales», el siguiente se centra en «La adopción». «La patria potestad» es el título del capítulo 27, ocupándose el 28 del problemático asunto de «Los alimentos entre parientes». En cuanto a «Las instituciones tutelares», es el capítulo que pone fin a la parte dedicada a la familia y, en especial, a las relaciones paterno-filiales. Por último, el capítulo 30 sobre «La herencia», pone fin a este *Compendio de Derecho Civil (Trabajo Social y Relaciones Laborales)*.

Esta obra será un medio útil para el conocimiento fácil y eficaz del Derecho Civil, sobre todo si tenemos en cuenta la tendencia modificadora de los planes de estudio universitarios, que acortan temporalmente las asignaturas, siendo en algunas titulaciones la materia de Derecho Civil únicamente una asignatura cuatrimestral. De ahí la condensación de esta obra, para que al menos en un cuatrimestre los destinatarios tengan una buena visión de los aspectos regulados e incluidos en esta amplia y diversa materia.

De este modo, el reto de mi maestro fue doble. De un lado, la selección del contenido más apropiado, dentro de la amplitud de temas del Derecho Civil, para los estudiantes de Trabajo Social y Relaciones Laborales, y de otro lado, la confección y redacción de un manual de Derecho enfocado a personas, en principio, ajenas a la metodología, estudio y terminología jurídica. Con todo ello, el resultado es este manual que de forma clara, concisa y cercana hará que una materia como ésta sea entendida y aprendida por cualquier destinatario con simples ganas de aprender algo sobre el Derecho Civil.

ARACELI DONADO VARA
Becaria de Investigación FPU del MEC
Departamento de Derecho Civil UNED

PUIG FERRIOL, LLUIS (Coordinador), *Fonaments de Pret Privat Andorra*, Tomo I, Editorial Prensa Andorrana, S. A., 729 págs.

El Derecho Civil de Andorra está basado principalmente en la costumbre y en la aplicación del Derecho Romano Común y Canónico recibido a finales del siglo XIII. No obstante, la influencia de la doctrina catalana ha sido también decisiva en la formación de los jueces andorranos, pues la doctrina de los

doctores tiene la consideración de Derecho supletorio. Menos importancia en el sistema de fuentes ha tenido la ley, debido a que el proceso codificador que vivieron otros países en el siglo XIX no tuvo lugar en Andorra.

Sin embargo, esto está dejando de ser así paulatinamente, debido al gran desarrollo económico y social que está viviendo este pequeño país independiente que tiene la configuración pública de co-principado (obispo de Urgell y Presidente de la República francesa), tal como sanciona la actual Constitución andorrana aprobada el 14 de marzo de 1993.

Cada vez son más numerosas las disposiciones generales aprobadas por el Consell General, en materias necesitadas de regulación específica, como ocurre en materia de adquisición y pérdida de nacionalidad, sociedades mercantiles, adopción, Registro Civil, Notariado, expropiación, ordenación del territorio, etc.

La obra *Fonaments de Pret Privat Andorra* constituye un magnífico esfuerzo de sistematizar y recoger unitariamente el Derecho Privado andorrano, tanto civil como mercantil (este último con menor sustantividad propia). Está coordinada por LLUIS PUIG FERRIOL, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, de donde proceden los demás profesores titulares y catedráticos que participan en el libro.

Edita conjuntamente la Fundación Julia Reig y Prensa Andorrana, S. A., y figura como fecha de la primera edición del Tomo I la de marzo de 2005. En dicho primer tomo se analizan los derechos de la persona y de la familia, con capítulos específicos dedicados a la persona física, los derechos de la personalidad, las condiciones de la persona, instituciones y medidas de protección de la personas, patria potestad, nacionalidad, familia, matrimonio y situaciones de crisis matrimonial, filiación, adopción, el Registro Civil, efectos del matrimonio, capítulos matrimoniales, régimen de separación de bienes (que es el régimen supletorio en defecto de capítulos), derechos viduales, persona jurídica, con estudio pormenorizado de las asociaciones y fundaciones y de las compañías mercantiles.

En definitiva, constituye un placer la lectura de estos Fundamentos de Derecho Civil de Andorra, que permiten tener un conocimiento pleno del Derecho actual vigente allí, al mismo tiempo que se refrescan instituciones de honda raigambre catalana. En él se recogen numerosas citas jurisprudenciales andorranas, así como una bibliografía muy completa de cada una de las materias estudiadas.

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Consejero-Secretario de la Revista
Crítica de Derecho Inmobiliario

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 215 (Enero-Febrero 2005)

«Una reflexión desde el Derecho Urbanístico sobre las modernas sociedades pluriculturales y pluriconfesionales», por JULI PONCE SOLÉ, pág. 11.

SUMARIO: I. LA FUNCIÓN DEL DERECHO URBANÍSTICO EN NUESTRA SOCIEDAD: DESARROLLO SOSTENIBLE Y DERECHOS CONSTITUCIONALES.—II. RELIGIÓN Y DERECHO URBANÍSTICO EN EL DERECHO COMPARADO.—III. DERECHO URBANÍSTICO, LIBERTAD RELIGIOSA Y ORDEN PÚBLICO EN ESPAÑA: 1. ALGUNOS DATOS HISTÓRICOS RELEVANTES. LA SITUACIÓN ACTUAL Y EL CRECIENTE FENÓMENO NIMBY. 2. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y ESPAÑOL. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD RELIGIOSA. 3. LIBERTAD RELIGIOSA Y COHESIÓN SOCIAL. 4. LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN CON EL HECHO RELIGIOSO Y EL URBANISMO. 5. ORDENACIÓN URBANÍSTICA, LIBERTAD RELIGIOSA Y ORDEN PÚBLICO: **5.1. *El planeamiento urbanístico y la libertad religiosa.*** **5.2. *Aplicación singular de la normativa urbanística y de otras regulaciones existentes. La cuestión de las licencias urbanísticas y de las licencias de apertura.***—IV. **REFLEXIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS. ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN VIGOR Y PROPOSICIONES DE *LEGE FERENDA*:** 1. LA PECULIARIDAD DE LOS EQUIPAMIENTOS RELIGIOSOS. LA CONVENIENCIA DE UNA REGULACIÓN LEGAL ESPECÍFICA. LOS ESTÁNDARES URBANÍSTICOS Y EL PAPEL DE LAS ORDENANZAS LOCALES. 2. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, JUSTICIA TERRITORIAL Y RELIGIÓN. LA NECESIDAD DE UN CAMBIO DE PERSPECTIVA EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES TERRITORIALES CON IMPACTO RELIGIOSO. 3. PROTECCIÓN DE LA EFECTIVA LIBERTAD RELIGIOSA Y GESTIÓN URBANÍSTICA: TÉCNICAS JURÍDICAS DISPONIBLES PARA FACILITAR EL EMPLAZAMIENTO DE NUEVOS CENTROS RELIGIOSOS. 4. EL IMPORTANTE PAPEL JUDICIAL EN LA DEFENSA DE LA JUSTA DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA QUE HAGA POSIBLE LA LIBERTAD RELIGIOSA.—IV. **A MODO DE CONCLUSIÓN. DERECHO URBANÍSTICO, IGUALDAD Y SEGREGACIÓN URBANA:** 1. IGUALDAD Y DERECHO URBANÍSTICO. 2. ¿SON POSIBLES Y/O NECESARIAS ACCIONES POSITIVAS EN ESTE ÁMBITO? 3. ALGUNAS CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA A LO LARGO DEL ESTUDIO.

«El sistema de compensación en la Ley del Suelo de Madrid», por ÁNGEL ORTEGA GARCÍA y JUAN ORTEGA CIRUGEDA (continuación), pág. 69 (sin sumario).

«Instrumentos jurídicos para el control del crecimiento urbano en el Derecho francés», por GÉRARD MARCOU, pág. 115 (sin sumario).

«La acción concertada en materia de medio ambiente. Los convenios medio-ambientales: su régimen jurídico y la responsabilidad por su incumplimiento», por ANTONIO GÁLVEZ CRIADO, pág. 137.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. VENTAJAS Y PELIGROS DE LA ACCIÓN CONCERTADA EN ESTA SEDE: 1. VENTAJAS. 2. PELIGROS.—III. EXPOSICIÓN DE UN CASO CONCRETO: LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN EN EL MARCO DEL PROYECTO LIFE-NATURALEZA LIFE02NAT/E/8609 «RECUPERACIÓN DE LAS POBLACIONES DE LINCE IBÉRICO EN ANDALUCÍA».—IV. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CASO CONCRETO: 1. NORMATIVA APLICABLE. 2. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN. 3. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA **LCAP** A ESTOS CONVENIOS. EN PARTICULAR, LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y LIBRE CONCURRENCIA. 4. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL: LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: A) «*Daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio*» (por «*funcionamiento normal de los servicios públicos*»). B) «*Daños producto de accidentes*» (por «*funcionamiento anormal de los servicios públicos*»). C) *Daños contractuales* (por «*funcionamiento anormal de los servicios públicos*»).—5. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO A CARGO DE LOS PARTICULARES: LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Número 216 (Marzo 2005)

«Aspectos legales del proyecto en el proceso de edificación», por RIÁNSARES LÓPEZ MUÑOZ, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL PROYECTO.—III. EL CONTENIDO DEL PROYECTO.—IV. LAS MODIFICACIONES DEL PROYECTO.—V. EL VISADO COLEGIAL DE LOS PROYECTOS.—VI. EXIGENCIA DEL PROYECTO EN EL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LICENCIAS URBANÍSTICAS.—VII. SIGNIFICADO DEL PROYECTO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.—VIII. CONCLUSIONES.

«Política territorial, ordenación del espacio y actividad urbanística», por MARÍA ROSARIO ALONSO IBÁÑEZ, pág. 59.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2004, DE 22 DE ABRIL.—2. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL USO EXTEMPORÁNEO DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA CONTENIDA EN LA LEY 3/2002, DE 19 DE ABRIL, DE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANÍSTICA.—3. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA CONTENIDA EN LA LEY 6/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PRESUPUESTARIAS, ADMINISTRATIVAS Y FISCALES.—4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2004, DE 22 DE ABRIL.—5. CUESTIONES PARTICULARES DE TÉCNICA LEGISLATIVA.—6. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA REALIDAD QUE LA NORMATIVA UR-

BANÍSTICA Y TERRITORIAL DISCIPLINA.—7. LAS ORIENTACIONES BÁSICAS EN QUE SE APOYA EL SISTEMA NORMATIVO.

«La ordenación del territorio en la legislación de la Comunidad Foral de Navarra», por FRANCISCO JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA, pág. 105.

SUMARIO: I. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.—II. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA: 1. LA LEY FORAL 12/1986, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO (LFOT). 2. LA LEY FORAL 10/1994, DE 4 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO.—III. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA LEGISLACIÓN FORAL VIGENTE: 1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA VIGENTE LEY FORAL DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO (2002). 2. CONCEPTO, NATURALEZA Y OBJETIVOS DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 4. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.—IV. LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: 1. ELENCO, CLASES Y JERARQUÍA. 2. LA ESTRATEGIA TERRITORIAL DE NAVARRA. 3. Los PLANES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 4. Los PLANES DIRECTORES DE ACCIÓN TERRITORIAL. 5. Los PLANES Y PROYECTOS SECTORIALES DE INCIDENCIA SUPRAMUNICIPAL.

«Problemática jurídica de las áreas de transformación y de los suelos contaminados liberados por las mismas», por FERNANDO GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, pág. 151.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FINALIDAD PERSEGUIDA POR LAS ÁREAS DE TRANSFORMACIÓN Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.—III. REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS ÁREAS DE TRANSFORMACIÓN: A) ÁMBITO Y CARACTERÍSTICAS. B) PROCEDIMIENTO DE TRANSFORMACIÓN. C) CONDICIONES DE LA NUEVA ORDENACIÓN.—IV. **PROBLEMÁTICA JURÍDICA ACTUAL EN TORNO A LAS ÁREAS DE TRANSFORMACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 5/1999, DE 8 DE ABRIL, DE URBANISMO DE CASTILLA Y LEÓN.**—V. **REGULACIÓN Y TRATAMIENTO DE LOS SUELOS CONTAMINADOS LIBERADOS POR LAS ÁREAS DE TRANSFORMACIÓN COMO REFLEJO DE LA NECESARIA Y DEBIDA INTERACCIÓN QUE DEBE PRESIDIR LAS RELACIONES URBANISMO-MEDIO AMBIENTE:** A) NORMATIVA APLICABLE A LOS SUELOS CONTAMINADOS QUE DEJAN LAS INDUSTRIAS UBICADAS EN LAS ÁREAS DE TRANSFORMACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE «SUELO CONTAMINADO». B) OBLIGACIONES DEBIDAS CON RESPECTO A DICHOS SUELOS. C) SUJETO RESPONSABLE DE SU DESCONTAMINACIÓN Y EN SU CASO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON COMPETENCIA SUSTANTIVA PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO. D) ACTIVIDADES POTENCIALMENTE CONTAMINANTES DE LOS SUELOS Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VI. **CONCLUSIONES.**

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 254 (Octubre-Diciembre 2004)

«Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico», por GUILLERMO ALCOVER GARAU, pág. 1341.

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN DEL EJERCICIO DEL VOTO DEL ACCIONISTA MEDIANTE CORRESPONDENCIA ELECTRÓNICA.—II. EL EJERCICIO DEL VOTO DEL ACCIONISTA MEDIANTE CORRESPONDENCIA ELECTRÓNICA COMO MEDIO DE INCENTIVAR LAS JUNTAS GENERALES DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS.—III. LA FIRMA ELECTRÓNICA.—IV. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 105.4 y 5, y 106.2 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: A) POLÍTICA JURÍDICA Y TÉCNICA LEGISLATIVA. B) Los FINES DE POLÍTICA JURÍDICA PERSEGUIDOS. C) LA PLASMACIÓN DE LOS FINES DE POLÍTICA JURÍDICA. D) LAS DEFICIENCIAS DE TÉCNICA JURÍDICA.

«Los derechos especiales distintos de las acciones. Su tratamiento en la fusión de sociedades», por VANESSA MARTÍ MOYA, pág. 1373.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. REFERENCIAS NORMATIVAS A LOS DERECHOS ESPECIALES EN LA LSA.—II. ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO: A) DERECHO ALEMÁN. B) DERECHO FRANCÉS. C) DERECHO ITALIANO.—III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. CARACTERÍSTICAS, NATURALEZA JURÍDICA Y TIPOLOGÍA DE LOS DERECHOS ESPECIALES.—IV. RASGOS COMUNES DE LOS DERECHOS ESPECIALES DISTINTOS DE LAS ACCIONES.—V. TIPOLOGÍA DE DERECHOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 248 LSA: A) VENTAJAS DE FUNDADORES Y PROMOTORES. B) BONOS DE DISFRUTE. C) OBLIGACIONES Y OBLIGACIONES CONVERTIBLES). D) STOCK OPTIONS O DERECHOS SOBRE ACCIONES.—VI. TRATAMIENTO DE LA ALTERACIÓN DE LA EQUIVALENCIA DE LOS DERECHOS ESPECIALES EN LA NUEVA SOCIEDAD O SOCIEDAD ABSORBENTE: A) SIGNIFICADO DE LA EQUIVALENCIA ENTRE DERECHOS DEL ARTÍCULO 248 LSA. B) APROBACIÓN DE LA ALTERACIÓN DE EQUIVALENCIA. C) ALCANCE DE LA MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS. D) INCOMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 248 LSA CON LA PROTECCIÓN DE OBLIGACIONISTAS Y ACREEDORES PREVISTA EN EL ARTÍCULO 243 LSA.—VII. AUTONOMÍA DEL ARTÍCULO 248 LSA, RESPECTO DEL ARTÍCULO 229 LSA EN SEDE DE TRANSFORMACIÓN.—VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

«El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal», por RAFAEL GUASCH MARTORELL, pág. 1417.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LA CONSIDERACIÓN LEGAL DE PERSONA ESPECIALMENTE RELACIONADA CON EL DEUDOR.—3. EL TRATAMIENTO CONCURSAL ESPECÍFICO DE LOS CRÉDITOS TITULARIDAD DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR CONCURSAL ACREEDOR. 3.3. LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA. 3.4. LA EXTIN-

CIÓN DE LAS GARANTÍAS. 3.5. LA PROHIBICIÓN DE PRESENTAR PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.—4. CONCLUSIONES FINALES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS Número 126 (Octubre-Diciembre 2004)

«El plan Ibarretxe y su grave déficit democrático de partida», por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 9.

SUMARIO: 1. UNA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LA BASE SOCIAL DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1.1. LA CONSTRUCCIÓN DEMOCRÁTICA DEL PUEBLO Y DE LA NACIÓN ESPAÑOLES EN LA CONSTITUCIÓN. 1.2. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA CREACIÓN DE LOS PUEBLOS DE ESPAÑA, DE LAS NACIONALIDADES Y DE LAS REGIONES. 1.3. EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS PUEBLOS, NACIONALIDADES Y REGIONES. 1.4. LOS PUEBLOS DE ESPAÑA EN LA CONSTITUCIÓN Y su CREACIÓN.—2. EL PUEBLO VASCO EN LA PROPUESTA DE ESTATUTO POLÍTICO DE LA COMUNIDAD DE EUSKADI: 2.1. EL PUNTO DE PARTÍA DEL NACIONALISMO vasco: UN CONCEPTO ANTIDEMOCRÁTICO DE PUEBLO. 2.2. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE ESTA CONCEPCIÓN: 2.2.1. *El concepto apriorístico o antidemocrático de pueblo: la inclusión de pueblos en contra de su voluntad.* 2.2.2. *La tendencia a la exclusión de ciudadanos vascos de la calidad de tales.* 2.2.3. *La pretensión de la soberanía del pueblo vasco.*

«Las Elecciones Generales de marzo de 2004: aspectos problemáticos y consecuencias», por ANTONIO J. PORRAS NADALES, pág. 29.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. UN FINAL ELECTORAL DRAMÁTICO Y LLENO DE IRREGULARIDADES.—3. UN ANÁLISIS PRECARIO DE LOS RESULTADOS.—4. LAS DERIVACIONES DE UN PROCESO POLÍTICO PROGRESIVAMENTE ENRARECIDO.—5. LAS IMPLICACIONES DE TIPO HISTÓRICO.—6. LA RECUPERACIÓN DE LA NORMALIDAD POLÍTICA Y EL IMPACTO DE LA ALTERNANCIA.—7. CONSIDERACIONES FINALES.

«Historiografía y recreación de la historia. Felipe II y el debate sobre la monarquía en la Restauración», por ROBERTO LÓPEZ-VELA, pág. 59.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—A) FELIPE II: HISTORIOGRAFÍA Y DEBATE POLÍTICO EN LA RESTAURACIÓN.—B) LA VISIÓN DE MENÉNDEZ PELAYO SOBRE FELIPE II.—C) GÓMEZ Y LA ESENCIA CONTRARREVOLUCIONARIA DEL COMPROMISO CATÓLICO.—D) LA FORMACIÓN DEL REY EN LA HERENCIA CATÓLICA.—E) LA PERSONALIDAD DE FELIPE II: UN REY DÉBIL Y ACOMPLEJADO.—F) FELIPE II Y LOS HEREJES DE ESPAÑA.—G) FELIPE II CONTRA ENEMIGOS Y HEREJES: LA GUERRA DE FLANDES.

«Negociaciones, payoffs y estabilidad de los gobiernos de coalición», por ANTONIO ROBLES EGEA, pág. 91.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN.—III. EL REPARTO DE BENEFICIOS O PAYOFFS.—IV. LA ESTABILIDAD GUBERNAMENTAL.—V. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRIMER GOBIERNO AZNAR (1996-2000).—VI. CONCLUSIONES.—VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

«El rol de las ideologías en el parlamento boliviano a comienzos del siglo XXI», por H. C. F. MANSILLA, pág. 113.

SUMARIO: 1. NUEVAS IDEOLOGÍAS Y VIEJAS CONVENCIONES.—2. LAS MODIFICACIONES PROFUNDAS DE LAS FUNCIONES PARLAMENTARIAS: UNA TENDENCIA GENERAL.—3. LAS IDEOLOGÍAS EN EL MARCO DE LOS PARTIDOS BOLIVIANOS.—4. LA DECADENCIA DEL DEBATE DOCTRINARIO CLÁSICO Y LA PERSISTENCIA DE LA CULTURA DEL AUTORITARISMO.—5. EL INDIGENISMO Y EL PARLAMENTO.—6. LOS ELEMENTOS IDEOLÓGICOS EN LOS PARTIDOS TRADICIONALES.

«Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos», por ANTONELLA ATTILI CARDAMONE, pág. 131.

SUMARIO: 1. DEMOCRACIA Y CAMBIO DE LA POLÍTICA.—2. CIUDADANÍA, SOCIEDAD CIVIL Y ESPACIOS PÚBLICOS.—3. DEFINICIÓN CONCEPTUAL Y REALIDAD POLÍTICA.—4. RETOS CONTEMPORÁNEOS DE LA SOCIEDAD CIVIL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS.—BIBLIOGRAFÍA.

«La discrecionalidad política del ECOFÍN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2004», por TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, pág. 151.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INICIO DE UN PROCEDIMIENTO POR DÉFICIT EXCESIVO CONTRA FRANCIA Y ALEMANIA.—III. LA SOLICITUD DE ANULACIÓN DE LAS DECISIONES DEL CONSEJO DE NO ADOPTAR LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 104 CE, APARTADOS 8 Y 9: 1. LA CUESTIÓN RELATIVA A LA DISCRECIONALIDAD DEL CONSEJO A LA HORA DE ADOPTAR LAS SUCEASIVAS ETAPAS QUE CONFORMAN EL PROCEDIMIENTO POR DÉFICIT EXCESIVO. 2. ALGUNAS CLAVES EN RELACIÓN A CUÁL PODRÍA SER LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN UN FUTURO.—IV. LA SOLICITUD DE ANULACIÓN DE LAS CONCLUSIONES DEL CONSEJO.—V. CONCLUSIÓN.

«Sistema político y sociedades complejas: estabilidad y cambio», por MANUEL HERRERA GÓMEZ y ANTONIO M. JAIME CASTILLO, pág. 177.

SUMARIO: 1. POLÍTICA, SOCIEDAD Y CIENCIAS SOCIALES.—2. PODER, AUTORIDAD, LEGITIMACIÓN.—3. LA POLÍTICA COMO SUBSISTEMA DE LA SOCIEDAD.—4. CULTURA Y ESTRUCTURA POLÍTICA.—5. DE-

MOCRACIA Y BUROCRACIA.—6. ÉLITES DE PODER Y ESTADO INTERVENCIÓNISTA.—7. LOS ACTORES DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA: MOVIMIENTOS Y PARTIDOS.—8. CONCLUSIONES.—9. BIBLIOGRAFÍA.

«El Derecho como instrumento de legitimación política en los albores de la Revolución liberal en España (1833-1843)», por GUILLERMO VICENTE Y GUERRERO, pág. 225 (sin sumario).

«La "democracia orgánica" y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos», por EDUARDO MELERO ALONSO, pág. 237.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELATIVA AL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS.—3. LA «DEMOCRACIA ORGÁNICA», FUNDAMENTO «IDEOLÓGICO» DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 3.1. CONCEPTO DE DEMOCRACIA ORGÁNICA-REPRESENTACIÓN ORGÁNICA EN LA DICTADURA DE FRANCO. 3.2. LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA COMO PRINCIPIO DE COMPOSICIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL RÉGIMEN. 3.3. LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA CON BASE EN LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA. 3.4. RECAPITULACIÓN SOBRE LA «REPRESENTACIÓN ORGÁNICA».—4. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: 4.1. ELEMENTOS QUE HAY QUE TENER EN CUENTA: 4.1.1. *El principio democrático*. 4.1.2. *El artículo 9.2 de la Constitución*. 4.1.3. *El derecho de asociación*. 4.1.4. *Intereses representados*. 4.2. UN PARÁMETRO DE COMPARACIÓN: EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. 4.3. CONCRECIÓN DE LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA.—5. CONCLUSIONES.

«Trayectoria política y élite parlamentaria. El caso andaluz», por BELÉN MORATA GARCÍA DE LA PUERTA y CARMEN ORTEGA VILLODRES, pág. 265.

SUMARIO:I. INTRODUCCIÓN: 1. OBJETIVOS. 2. METODOLOGÍA.—II. LA COMPOSICIÓN POLÍTICA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA 1982-1994.—III. LA MILITANCIA POLÍTICA DE LOS DIPUTADOS ANDALUCES: 1. LA AFILIACIÓN PARTIDISTA. 2. LA PERTENENCIA DE LOS DIPUTADOS A LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LOS PARTIDOS.—IV. **LA EXPERIENCIA POLÍTICA DE LOS DIPUTADOS ANDALUCES:** 1. Los PUESTOS POLÍTICOS DESEMPEÑADOS POR LOS DIPUTADOS ANDALUCES. 2. EL PROCESO DE RECLUTAMIENTO DE LOS DIPUTADOS ANDALUCES.—V. CONCLUSIONES.

«Un nuevo sistema electoral», por JORGE URDÁNOZ GANUZA, pág. 289.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y DESCRIPCIÓN.—2. LA TRÍADA CLÁSICA: GOBIERNO, REPRESENTACIÓN, LEGITIMIDAD: 2.1. GOBERNABILIDAD. 2.2. REPRESENTACIÓN. 2.3. LEGITIMIDAD. EL PRINCIPIO DEL VOTO IGUAL.—3. OTRAS CONSIDERACIONES NORMATIVAS: 3.1. INCREMENTO DE LA PARTICIPACIÓN. 3.2. AUMENTO DE LAS PREFERENCIAS A ELEGIR. 3.3. EXPRESIÓN SINCERA DE PREFERENCIAS. 3.4. INDETERMINACIÓN DEL RESULTADO. 3.5. GOBERNABILIDAD LEGÍTIMA. EL NUEVO EFECTO MATEO.—4. RECAPITULACIÓN.—**BIBLIOGRAFÍA CITADA.**

«Valores, normas y hechos en el Derecho», por FERNANDO FALCÓN Y TELLA, pág. 321 (sin sumario).

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN Número 5 (Enero 2005)

«Derecho de huelga y libertad de empresa», por IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, pág. 13.

SUMARIO: 1. PRELIMINAR: LA RELATIVA POCA PRESENCIA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DEBATE SOBRE LOS LÍMITES DEL DERECHO DE HUELGA. LOS LÍMITES DE ESTE ÚLTIMO DERECHO EN EL REAL DECRETO-LEY 17/1977.—2. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO A LIMITAR LA LIBERTAD DEL EMPRESARIO Y LOS LÍMITES DEL RDLRT AL DERECHO DE HUELGA QUE PROTEGEN LA LIBERTAD DE EMPRESA: LA TODAVÍA HOY CARDINAL STC 11/1981 Y LAS HUELGAS ABUSIVAS E ILÍCITAS, LA PRESERVACIÓN DE LA SEGURIDAD Y DE LA INTEGRIDAD DE LOS BIENES, LA NO SUSTITUCIÓN DE LOS HUELGUISTAS Y EL CIERRE PATRONAL.—3. DECISIONES AL ALCANCE DE LA EMPRESA EN MATERIA DE HUELGA A TENOR DE LA JURISPRUDENCIA: 3.1. LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR POR LA VÍA DE CONFLICTO COLECTIVO LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE ILEGALIDAD O ABUSIVIDAD DE LA HUELGA: LA STS DE 17 DE DICIEMBRE DE 1999. 3.2. LA «CALIFICACIÓN» DE LA HUELGA Y LA REALIZACIÓN DE «CONSIDERACIONES» POR EL EMPLEADOR SOBRE LA LEGALIDAD DE LA HUELGA: LA STS DE 22 DE OCTUBRE DE 2002, LA SAN DE 7 DE ENERO DE 2003 Y LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2003. 3.3. EL NO JUEGO DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA ILEGALIDAD: LA STSJ DE ANDALUCÍA (MÁLAGA), DE 19 DE MARZO DE 2003, EN LA ESTELA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (ESCASA), PERO CON EL VISTOSO AÑADIDO DE QUE EL TSJ PERMITE LA SUSTITUCIÓN DE LOS HUELGUISTAS. 3.4. LA NO SUSTITUCIÓN (INTERNA) DE LOS HUELGUISTAS POR OTROS TRABAJADORES DE LA EMPRESA Y LA «ANESTESIA» O PARALIZACIÓN DURANTE LA HUELGA DE ALGUNOS PODERES EMPRESARIALES (POR EJEMPLO, DE MOVILIDAD FUNCIONAL): LAS SSTC 123/1992, DE 28 DE SEPTIEMBRE, Y 66/2002, DE 21 DE MARZO. 3.5. EL «DESVÍO» DE PACIENTES DEL CENTRO EN EL QUE SE REALIZA LA HUELGA A OTROS CENTROS: LA STS DE 11 DE MAYO DE 2001. 3.6. LA HUELGA EN LAS TELEVISIONES Y LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS: CAPTACIÓN DE SEÑALES DE FORMA AUTOMÁTICA Y EMISIÓN DE PROGRAMACIONES PREGRABADAS: LAS SSTS (4.^a) DE 16 DE MARZO DE 1998, 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999 Y 4 DE JULIO DE 2000, Y LAS SSTS (3.^a) DE 17 DE ENERO DE 2003 Y 2 DE ABRIL DE 2004. 3.7. EL «DESVÍO» DE PEDIDOS DE CLIENTES Y DE PRODUCTOS Y LA SUBCONTRATACIÓN DE VUELOS POR LOS CENTROS Y EMPRESAS EN HUELGA: LAS SSTSJ DE NAVARRA, DE 28 DE ABRIL DE 1995, Y DE BALEARES, DE 12 DE DICIEMBRE DE 1996. 3.8. EL CIERRE PATRONAL Y EL ARTÍCULO 12.1.c) RDLRT: LA STS DE 31 DE MARZO DE 2000. 3.9. SUSPENSIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO POR FUERZA MAYOR EN CASO DE DETERMINADAS HUELGAS DE TRANSPORTES: LA STS (3.^a) DE 24 DE FEBRERO DE 1999, Y LA STS (4.^a) DE 27 DE DICIEMBRE DE 2001. 3.10. LA IMPOSIBILIDAD DE UTILIZAR EL DATO DE LA AFILIACIÓN SINDICAL, FACILITADO POR EL TRABAJADOR A LOS EFECTOS DEL DESCUENTO DE LA CUOTA SINDICAL PARA DETRAER LOS SALARIOS CORRESPONDIENTES AL PERÍODO DE HUELGA: LA STC 11/1998, DE 13 DE

ENERO. 3.11. CLÁUSULAS ANTIABSENTISMO Y PRIMAS ANTIHUELGA: LA STC 189/1993 Y LAS SSTs DE 1 DE DICIEMBRE DE 1998 Y 19 DE ABRIL DE 2004. 3.12. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS SUFRIDOS POR LA EMPRESA POR CAUSA DE HUELGA: LAS SSTs DE 14 DE FEBRERO, 30 DE JUNIO Y 6 DE JULIO DE 1990 Y 3 DE ABRIL DE 1991. Y, DESDE LA PERSPECTIVA DEL ILEGÍTIMO DAÑO AL LÍCITO EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA, EL CAMINO EMPRENDIDO POR LA STS DE 22 DE JULIO DE 1996. 3.13. DESIGNACIÓN UNILATERAL POR EL EMPRESARIO DE LOS TRABAJADORES DE LOS SERVICIOS DE SEGURIDAD Y MANTENIMIENTO EN CASO DE NEGATIVA A COLABORAR POR PARTE DEL COMITÉ DE EMPRESA: LA STS DE 28 DE MAYO DE 2003. 3.14. CAUTELAS A ADOPTAR, EN DETERMINADOS SUPUESTOS DE HUELGA, PARA QUE LA EMPRESA NO SEA DECLARADA RESPONSABLE POR ACTOS Y HECHOS DE SUS EMPLEADOS: LA STS (1.^a) DE 14 DE MARZO DE 2001.

«El Registro de la Propiedad en el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León», por BELÉN MERINO ESPINAR, pág. 55.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO APLICABLE. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.—2. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL REGLAMENTO DE URBANISMO DE CASTILLA Y LEÓN: 2.1. SISTEMÁTICA. 2.2. PRINCIPIO DE COMPETENCIA ESTATAL. 2.3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO Y GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. 2.4. PRINCIPIO DE CONCORDANCIA ENTRE REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y REALIDAD EXTRARREGISTRAL: 2.4.1. *Existencia de fincas comprendidas en la unidad que no consten previamente inscritas y la modificación de la extensión superficial de los linderos o de cualquier otra circunstancia descriptiva.* 2.4.2. *La realización de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias que sean precisas para la formación de las fincas que han de ser incluidas en la unidad de ejecución (art. 8).* 2.4.3. *Reanudación de tracto interrumpido sobre las fincas de origen (art. 9).* 2.4.4. *Doble inmatriculación. Titularidad desconocida o controvertida sobre la finca de origen o titular en ignorado paradero.* 2.5. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE PUBLICIDAD. 2.6. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.—BIBLIOGRAFÍA.—JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA LEGAL.

«Veinticinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, primera norma con este rango de la democracia española», por ANTONIO ANDRÉS LASO, pág. 85.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONTEXTO EN QUE SURGE LA LEY: 2.1. ASPECTOS NORMATIVOS. 2.2. REALIDAD SOCIAL Y PENITENCIARIA. 2.3. ESTADO DE LA DOCTRINA DOGMÁTICO-PENITENCIARIA.—3. ELABORACIÓN DE LA LEY PENITENCIARIA.—4. APLICACIÓN DE LA NORMA PENITENCIARIA: 4.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PLENA JUDICIALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN. 4.2. RECONOCIMIENTO Y RESPETO DE UN AMPLIO CONJUNTO DE DERECHOS DE LOS INTERNOS QUE CONSTITUYEN UN AUTÉNTICO STATUS JURÍDICO FRENTE A LA INTROMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. 4.3. DESARROLLO DEL MANDATO RESOCIALIZADOR CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN. 4.4. RELACIONES CON EL EXTERIOR. 4.5. RESPETO A LA DIGNIDAD DEL PRIVADO DE LIBERTAD.—5. SITUACIÓN ACTUAL.—6. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político-criminal», por MANUEL GÓMEZ TOMILLO, pág. 123.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. AGRESIONES SEXUALES: 2.1. TIPO BÁSICO. 2.2. TIPOS AGRAVADOS: EL DELITO DE VIOLACIÓN.—3. ABUSOS SEXUALES.—4. EXHIBICIONISMO.—5. DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN: 5.1. CUESTIONES GENERALES: EL CONCEPTO DE PROSTITUCIÓN. 5.2. LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD O INCAPACES. 5.3. LA PROSTITUCIÓN DE PERSONAS MAYORES DE EDAD. 5.4. LA PORNOGRAFÍA DE MENORES O INCAPACES: 5.4.1. *Utilización de menores o incapaces en espectáculos o con fines pornográficos o exhibicionistas.* 5.4.2. *Producción, intermediación, venta, exhibición y posesión de material pornográfico de menores o incapaces.* 5.4.3. *Circunstancias especiales agravantes.* 5.4.4. *La posesión de material pornográfico de menores o incapaces.* 5.4.5. *Pornografía infantil virtual.*

«El nuevo modelo de oficina judicial», por MANUEL MARTÍN MORATO, pág. 173.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN VIGENTE.—2. FINES DE LA LO 19/2003, DE REFORMA DE LA LOPJ.—3. ESTRUCTURA DE LA OFICINA JUDICIAL TRAS LA REFORMA.—4. ESTUDIO INDIVIDUALIZADO DE CADA UNO DE LOS CUERPOS INTEGRANTES DE LA OFICINA JUDICIAL: 4.1. CUERPO DE GESTIÓN PROCESAL Y ADMINISTRATIVA (ANTIGUOS OFICIALES). 4.2. CUERPO DE TRAMITACIÓN PROCESAL Y ADMINISTRATIVA (ANTIGUOS AUXILIARES). 4.3. CUERPO DE AUXILIO JUDICIAL (ANTIGUOS AGENTES JUDICIALES). 4.4. CUERPOS ESPECIALES AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 4.5. CUERPO DE SECRETARIOS JUDICIALES.

«El Derecho castellano-leonés en la peregrinación jacobea. Una reflexión histórico-jurídica», por JOSÉ RICARDO PARDO GATO, pág. 191.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DIFERENTES ENFOQUES DEL FENÓMENO JACOBEO.—3. LA PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA DEL CAMINO DE SANTIAGO.—4. SEMBLANZA JURÍDICA DE LA PRIMIGENIA ÉPOCA DEL PEREGRINAJE: 4.1. MOTIVOS DE PEREGRINACIÓN. 4.2. PROTECCIÓN DE PARTIDA Y DE REGRESO. 4.3. FUENTES NORMATIVAS. 4.4. LAS TRANSACCIONES COMERCIALES EN EL CAMINO: 4.4.1. *La equiparación de los peregrinos a los mercaderes.* 4.4.2. *Privilegios y exenciones del peregrino.* 4.4.3. *La fianza, la prenda y la partición de bienes.* 4.5. LA SEGURIDAD JURÍDICA FRENTE AL ROBO Y LA PICARESCA: 4.5.1. *El robo al peregrino.* 4.5.2. *El robo y la picaresca en la posada.* 4.6. EL FALLECIMIENTO DURANTE LA PEREGRINACIÓN: EL TESTAMENTO DEL PEREGRINO.—5. LA RUTA JACOBEO COMO CAMINO DEL DERECHO EN EUROPA: UN PROYECTO DE FUTURO.—REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 19 (Julio-Diciembre 2004)

«Los principios de prevención y de cautela en el Derecho ambiental», por PALOMA SANZ BAOS, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN: 2.1. ORIGEN. 2.2. SIGNIFICADO. 2.3. MANIFESTACIONES.—3. EL PRINCIPIO DE CAUTELA: 3.1. ORIGEN. 3.2. SIGNIFICADO. 3.3. MANIFESTACIONES.—4. CONCLUSIONES.

«La ordenación urbanística del suelo no urbanizable de protección en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid», por JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, pág. 37.

SUMARIO: I. LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA EN LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID: A) EL MARCO COMPETENCIAL. B) LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA Y EL PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE.—II. **EL CONTENIDO URBANÍSTICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.**—III. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO: A) LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL: EL SUELO NO URBANIZABLE. B) LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO EN LA LSCM: EL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN.—IV. LA DELIMITACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN.—V. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN: A) DERECHOS DEL PROPIETARIO. **B) LAS ACTUACIONES SUJETAS A CALIFICACIÓN URBANÍSTICA:** 1. *Objeto*. 2. *Competencia y procedimiento*. 3. *Efectos*. C) DEBERES DEL PROPIETARIO.—VI. LA PROTECCIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN: INFRACCIONES Y SANCIONES.

«La nulidad de la aprobación provisional del Plan General por sentencia. Alcance y consecuencias sobre la aprobación definitiva (análisis de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de febrero de 2003. El caso de Boadilla del Monte)», por EDUARDO PFLUEGER TEJERO, pág. 89.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SOBRE EL CONTENIDO Y EFECTOS DE LA PROPIA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.—3. SOBRE LA PROPIA NATURALEZA DEL ACTO DE APROBACIÓN PROVISIONAL.—4. LA ACTUACIÓN DEL ENTE AUTONÓMICO DE TUTELA.—5. EL PROBLEMA DE LA ADAPTACIÓN A LA LEY 9/2001, DE 17 DE JULIO, DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—6. CONCLUSIONES.

«Gestión pública y nuevas estrategias directivas», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 101.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.—II. EL PRINCIPIO DE EFICACIA COMO FUNDAMENTO DE LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN AD-

MINISTRATIVA. LA POTESTAD ORGANIZATIVA.—III. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA COMO SUSTRATO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. PRINCIPIO DE JERARQUÍA Y LA TEORÍA DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.—IV. EL DEBER DE OBEDIENCIA DEL FUNCIONARIO Y LA GRAVE DESCONSIDERACIÓN AL SUPERIOR COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTORIDAD. LA OBEDIENCIA DEBIDA Y LA GRAVE DESCONSIDERACIÓN A LOS SUPERIORES: 1. ASPECTO PENAL. 2. ASPECTO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINARIO DE LA DESOBEDIENCIA AL SUPERIOR. 3. ASPECTO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINARIO DE LA DESCONSIDERACIÓN CON LOS SUPERIORES: a) *Elementos del ilícito administrativo*; b) *Cualificación de la culpabilidad*; c) *Grave desconsideración y derecho a la libertad de expresión*; d) *El exceso en la crítica como cualificación del ilícito*; e) *Desconsideración a los superiores por medio del correo electrónico*.

«La eliminación de barreras arquitectónicas: el problema de la accesibilidad», por MERCEDES BLANCO TORIBIO, pág. 125.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA ACCESIBILIDAD Y DE LA ELIMINACIÓN DE LAS BARRERAS ARQUITECTÓNICAS.—III. NORMAS GENERALES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD.—IV. REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LA MATERIA.—V. PARTICULAR ESTUDIO DE LA LEY 8/1993, DE 22 DE JUNIO, DE PROMOCIÓN DE ACCESIBILIDAD Y SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

«Fiscalidad de la vivienda en el sistema impositivo estatal», por ROSA GALAPERO FLORES, pág. 145.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL SUELO Y DEL DERECHO A LA VIVIENDA.—III. SISTEMA IMPOSITIVO ESTATAL: III.1. FISCALIDAD DE LA VIVIENDA EN EL IRPF, IMPUESTO CEDIDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. *Introducción*. 2. *Transmisión de la vivienda*: 2.1. Determinación de los valores de adquisición y transmisión: 2.1.1. Determinación de los valores de adquisición y transmisión en las transmisiones a título oneroso. 2.1.2. Determinación de los valores de adquisición y transmisión en las transmisiones a título lucrativo. 2.1.3. Actualización del valor de adquisición. 3. *Exención por reinversión*: 3.1. Delimitación del concepto «vivienda habitual». 3.2. Estudio del beneficio fiscal de la exención por reinversión de las ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de vivienda habitual. 4. *Deducciones en la cuota por adquisición de vivienda. Cuentas vivienda*. 5. *Titularidad de vivienda. Imputación de rentas inmobiliarias*. III.2. OPERACIONES INMOBILIARIAS EN EL IVA. III.3. EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS Y LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA. IMPUESTO CEDIDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. III.4. RÉGIMEN ESPECIAL EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE LAS ENTIDADES DEDICADAS AL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA Número 1 (2005)

«Les relacions paterno-filials de fet», por MARGARITA GARRIGA GORINA, pág. 9.

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ I DADES ESTADÍSTIQUES: 1.1. INTRODUCCIÓ. 1.2. CARACTERÍSTIQUES DE LES FAMÍLIES RECONSTITUIDES. 1.3. DADES ESTADÍSTIQUES.—2. APUNT DEL DRET COMPARAT.—3. ESTAT DE LA QÜESTIÓ A LA LEGISLACIÓ CATALANA: 3.1. FORMALITZACIÓ DE LA RELACIÓ: a) *Adopció*; b) *Reconeixement de complaença*. 3.2. EFECTES: a) *Durant la convivència*; b) *En cas de cessament de la convivència*; c) *En cas que es produeixi alguna circumstància que afedi la titularitat o l'exercici de la potestat*.—4. PROPOSTA DE REGULACIÓ: 4.1. QÜESTIONS PRÉVIES: a) *És oportú legislar?*; b) *Quines famílies?*; c) *Legislado imperativa o dispositiva?* 4.2. LA MEVA PROPOSTA: a) *Reformar l'adopció*; b) *Permetre l'atribució de les funcions de la potestat al padrastre*; c) *Associar alguns efectes de la convivència amb el fill del cònjuge o de la parella*.

«El pago de la responsabilidad civil como requisito para la libertad condicional y para el tercer grado de tratamiento penitenciario, según la Ley Orgánica 7/2003», por JUAN CÓRDOBA RODA, pág. 41.

SUMARIO: I. EXPOSICIÓN DE LA REFORMA: 1. LA REFORMA VULNERA EL SENTIDO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.—II. LA APLICACIÓN RETROACTIVA EN PERJUICIO DEL REO, PRESCRITA POR LA LEY ORGÁNICA 7/2003: 1. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DE LA LEY ORGÁNICA 7/2003. 2. DICHA DISPOSICIÓN TRANSITORIA VULNERA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES: A) *El artículo 3.2 del Código Penal*. B) *El artículo 2 del Código Penal*: a) El alcance de la retroactividad de la Ley penal que favorezca al reo; b) La comparación entre la Ley anterior y posterior se ha de efectuar en concreto; c) Las normas no penales a las que se remiten las leyes penales en blanco o los elementos normativos del tipo; d) Las leyes penales intermedias; e) Las leyes procesales: a') Ley procesal que introduce una restricción de derechos individuales, no prevista en la legislación anterior; b') Ley procesal que resulte más favorable a la vigente al tiempo de cometerse los hechos; c') Otros supuestos. C) *El artículo 9.3 de la Constitución*. D) *Conclusión*.

«El recurso de apelación penal ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», por TERESA ARMENTA DEU, pág. 53.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DOS CUESTIONES PREVIAS: 1. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTOS. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS (BREVE REFERENCIA).—III. NORMAS INTERNACIONALES REFERIDAS A LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES CONDENATORIAS: CONTENIDO Y VINCULACIÓN. LOS DICTÁMENES DE LA ONU Y LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. NORMAS INTERNACIONALES. 2. DICTÁMENES DEL COMITÉ DE DERECHOS DE LA ONU. 3. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO. 4. LAS

DIFICULTADES DE UNA INCORPORACIÓN ACRÍTICA E INADECUADA AL SISTEMA; SUFICIENCIA DEL SISTEMA ACTUAL Y PREVISIONES DE REFORMA.—IV. **EL MARCO GENERAL INTERNO:** 1. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LOS RECURSOS. 2. EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL. 3. EL DOBLE GRADO DE CONOCIMIENTO Y LA PROGRESIVA APROXIMACIÓN ENTRE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN PENAL. 4. LA CUESTIÓN DE LA INMEDIACIÓN: SIGNIFICADO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS EXIGENCIAS DE LA TEORÍA DE LA PRUEBA: A) *La intermediación como criterio de política legislativa*. B) *La opción entre apelación plena y apelación limitada*. C) *El uso de mecanismos de reproducción: la reforma del artículo 229 LOPJ*.—V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

«La responsabilidad del vendedor y la garantía de los bienes de consumo», por JOSEP M. BALCELLS I CABANAS, pág. 85.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. VENTA ENTRE EMPRESARIOS: 2.1. REGULACIÓN (CÓDIGO DE COMERCIO). 2.2. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR: 2.2.1. *Defectos manifiestos o aparentes*. 2.2.2. *Defectos ocultos o internos*. 2.3. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE RESPONSABILIDAD: 2.3.1. *Ampliación de la responsabilidad legal*. 2.3.2. *Limitación de la responsabilidad legal*.—3. VENTA A CONSUMIDORES: 3.1. REGULACIÓN (LEY 23/2003): 3.1.1. *Concepto de «consumidor»*. 3.1.2. *Bienes de consumo o bienes muebles corporales*. 3.2. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR. 3.3. DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN CASO DE FALTA DE CONFORMIDAD. 3.4. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE RESPONSABILIDAD: 3.4.1. *Ampliación de la responsabilidad legal: la garantía comercial*. 3.4.2. *Limitación de la responsabilidad legal*. 3.5. MEDIDAS A ADOPTAR PARA LIMITAR Y VERIFICAR LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR: 3.5.1. *Acciones preventivas*. 3.5.2. *Test de viabilidad/legitimidad de la reclamación*. 3.5.3. *Criterios aplicables frente al abuso de los remedios*.—4. LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE Y DE LOS DEMÁS PARTICIPANTES EN LA CADENA COMERCIAL.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

«Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva Ley», por ELÍAS CAMPO VILLEGAS.

SUMARIO: I. CONFLICTOS, NOTARIADO Y ARBITRAJE.—II. ASPECTOS DE FORMA EN EL CONVENIO ARBITRAL: A) LA CUESTIÓN DE LA FORMA ORAL. B) PROBLEMAS DE EFICACIA.—III. EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO: A) EL CONSENTIMIENTO EN EL CONVENIO ARBITRAL. B) LA SUCESIÓN EN LA RELACIÓN JURÍDICA PRINCIPAL. C) LA SUCESIÓN EN LA CUALIDAD DE SOCIO O COMUNERO DE PROPIEDAD HORIZONTAL. D) LA SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO URBANO. E) LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL: a) *Los administradores de la sociedad*; b) *El contrato a favor de tercero*; c) *El problema de la fianza*; d) *El arbitraje ante la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil*; e) *La extensión del convenio arbitral por relationem*.—IV. ASPECTOS OBJETIVOS DEL CONVENIO ARBITRAL: A) LA CONCRECIÓN DE LOS TEMAS SOMETIDOS A ARBITRAJE. B) LA DISPONIBILIDAD DE LOS TEMAS ARBITRALES: a) *Previo*; b) *Sobre el concepto de lo disponible*.—V. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN EL LAUDO: A) LA FORMULACIÓN EN LA NUEVA LEY. B) EL VALOR DE LA FORMA NOTARIAL. C) NATURALEZA Y FORMA DE LA PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL. D) LA FUNCIÓN

ASESORA DEL NOTARIO EN LA PROTOCOLIZACIÓN DEL LAUDO. E) EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL DEL LAUDO. F) LA NOTIFICACIÓN DEL LAUDO.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (Enero-Junio 2004)

«La progresiva europeización del derecho contractual», por JÜRGEN BASEDOW, pág. 15.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿EN QUÉ MEDIDA ES NACIONAL EL DERECHO PRIVADO?—III. CONVENIOS INTERNACIONALES.—IV. LAS BASES LEGALES DEL DERECHO PRIVADO EN LA COMUNIDAD EUROPEA.—V. LOGROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO.—VI. LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS.—VII. LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.—VIII. PRINCIPIOS GENERALES.—IX. PERSPECTIVA: ¿UN CÓDIGO CIVIL EUROPEO?

«Globalización de la seguridad y realismo preventivo: Los Estados Unidos y el actual sistema internacional», por GUSTAVO PALOMARES LERMA, pág. 33.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA GLOBALIZACIÓN Y SUS FASES.—III. ESTADOS UNIDOS Y LA SEGURIDAD GLOBALIZADA.—IV. SUPERIORIDAD MILITAR Y NUEVO IMPERIALISMO.—V. UNILATERALISMO Y SISTEMA INTERNACIONAL.—VI. EL RESTO DE LOS ACTORES.—VII. REALISMO PREVENTIVO Y LA NUEVA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD.—VIII. REALISMO PREVENTIVO Y EL NEWCONS.—IX. CONCLUSIONES.

«Guerra y agua en Palestina: el debate sobre la seguridad medioambiental y la violencia», por FERRÁN IZQUIERDO BRICHS, pág. 63.

SUMARIO: I. MEDIO AMBIENTE Y CONFLICTIVIDAD.—II. CONFLICTO MEDIOAMBIENTAL Y VIOLENCIA.—III. SEGURIDAD Y CARESTÍA DE RECURSOS HÍDRICOS EN LAS CUENCAS DE PALESTINA: 1. SEGURIDAD Y CONFLICTO POR EL AGUA. 2. BIENESTAR Y CONFLICTO POR EL AGUA.—IV. **LA CARESTÍA DE AGUA EN LA SOCIEDAD PALESTINA.**—V. **UNA CONCLUSIÓN Y DOS ESCENARIOS DE FUTURO:** 1. PRIMER ESCENARIO: LA PAZ IMPUESTA. 2. SEGUNDO ESCENARIO: LA PAZ NEGOCIADA.

«Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia», por MARÍA DOLORES BOLLO AROCENA, pág. 91.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL OBJETO DE LAS CONTROVERSIAS: 1. UNA CUESTIÓN PREVIA: ¿EXISTÍA REALMENTE CONTROVERSA QUE RESOLVER EN EL

CASO REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO c. BÉLGICA? 2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LAS CONTROVERSIAS.—III. LA COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNOS: 1. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL: A) *Las distintas formulaciones convencionales del principio de justicia universal*. B) *Las condiciones para el ejercicio del principio de justicia universal: las cuestiones controvertidas*: a) Principio de justicia universal *in absentia*; b) Naturaleza subsidiaria del principio de justicia universal. C) *La discutida naturaleza consuetudinaria del principio de justicia universal*. 2. EL PRINCIPIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL DE LOS ÓRGANOS CENTRALES DEL ESTADO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES A LA LUZ DE LOS CASOS REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO c. BÉLGICA Y REPÚBLICA DEL CONGO c. FRANCIA: A) *Los perfiles del principio de inmunidad de jurisdicción penal del Ministro de Asuntos Exteriores*: a) Ministro de Asuntos Exteriores en ejercicio: i) Enjuiciamiento por los tribunales internos: ii) Enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional; b) Antiguo Ministro de Asuntos Exteriores. B) *La hipotética inmunidad del Ministro de Interior*.—IV. CONCLUSIÓN.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 104 (Mayo-Agosto 2004)

«Consecuencias prácticas de las diferencias entre el recurso de casación civil y el recurso ante la Sala de Casación en materia agraria», por CARLOS ADOLFO PICADO VARGAS, pág. 11.

«Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la Seguridad Social», por BERNARDO VAN DER LAAT ECHEVERRÍA, pág. 25.

«Algunas lucubraciones sobre escisión de sociedades», por GASTÓN CERTAD MAROTO, pág. 61.

«La libertad de cátedra», por CELÍN ARCE GÓMEZ, pág. 71.

«La generación eléctrica privada en Costa Rica», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 91.

«Análisis de políticas de persecución criminal en delitos sexuales y en aquellos en los que media la violencia doméstica», por LAURA NAVARRO BARAHONA, pág. 131.

«Hacienda pública y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo», por RONALD HIDALGO CUADRA, pág. 145.

«El pago», por JORGE JIMÉNEZ, pág. 183.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO
Número 2 (2003)

- «Análisis de los derechos constitucionales de los estudiantes del Sistema de Educación Pública de Puerto Rico», por ÁMBAR M. RAMOS ORTIZ, pág. 181.
- «El *mobbing*, violencia psicológica en las organizaciones», por FERNANDO LÓPEZ-LAPUENTE, pág. 203.
- «Hacia un modelo de firma electrónica europeo: Un antes (Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre) y un después (Proyecto de Ley)», por AGUSTÍN VIGURI PEREA, pág. 217.
- «Puede traerme problemas mi presencia en el Internet? (Jurisdicción *in personam* en el espacio cibernético)», por SONIA SAMARA SIERRA SEPÚLVEDA, pág. 245.
- «Lifetime Tenure vs. Mandatory Retirement: An Empirical Analysis», por FRANK E. GUERRA PUJOL, pág. 273.
- «Jueces del Supremo: ¿Muy viejos para qué?», por MICHELLE ANNET RAMOS JIMÉNEZ y WALESKA DEL VALLE RIVERA, pág. 285.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS
DEL URUGUAY
Tomo 89 (Enero-Diciembre 2003)

- «De la eficacia del documento notarial», por RAÚL ANIDO BONILLA, pág. 37.
- «Sociedad conyugal: bienes propios y gananciales. Subrogación de propios», por ENRIQUE AREZO PÍRIZ, pág. 241.
- «Responsabilidad civil, informática y telecomunicaciones. Dos temas de actualidad en Uruguay: (I) El decreto sobre firma digital de septiembre de 2003, y (II) Responsabilidad en las redes interconectadas de telecomunicaciones», por GERARDO CAFFERA, pág. 253.
- «Certificados de depósito bancario en la Ley 17.523. Marco normativo y utilización como medio de pago», por GABRIEL CURI, pág. 271.
- «Proyecto de Ley sobre fideicomiso», por ALICIA GONZÁLEZ BILCHE y JORGE MÁCHADO GIACHERO, pág. 281.
- «Actuación en Uruguay de sociedades comerciales constituidas en el extranjero», por DANIEL HARGAIN, pág. 295.

Tomo 90 (Enero-Junio 2004)

- «La calificación notarial registral como instrumento de la seguridad jurídica», por ALVARO GARBARINO, pág. 15.
- «Asambleas y elecciones en las cooperativas de vivienda», por HÉCTOR MEDERO PINTO, pág. 29.
- «Distintos casos de representación del socio», por ANA MARÍA CASTRO, pág. 36.
- «Capital social, fondos, mayor valor», por MARÍA DEL CARMEN PEREIRA, pág. 41.
- «Embargo y prenda de partes sociales», por ENRIQUE MALEL, pág. 47.
- «Algunas consideraciones sobre derecho de reintegro y cesión de participación social», por JORGE MACHADO GIACHERO, pág. 50.
- «Participación social en las cooperativas de vivienda», por MAGALÍ MAMAD, pág. 59.
- «Los impuestos y su exoneración. Algunos beneficios que gozan las cooperativas», por ANA LAURA MÉNDEZ VARDACOSTA, pág. 61.
- «Las sucesiones ante notario en Centroamérica», por NERY ROBERTO MUÑOZ, pág. 65.

Tomo 90 (Extraordinario) (Diciembre 2004)

- «Eugenio Cafaro. Un hacedor silencioso», por ARTURO CAUMONT, pág. 17.
- «Metodología del examen de la eficacia negocial», por EUGENIO B. CAFARO y SANTIAGO CARNELLI, pág. 19.
- «Eficacia negocial y poder de disposición», por EUGENIO B. CAFARO y SANTIAGO CARNELLI, pág. 29.
- «La regulación del conflicto y la prevención del litigio desde el ámbito negocial», por ENRIQUE MALEL, pág. 39.
- «Hipoteca cambiaria. Hipoteca en garantía de línea de crédito. Hipoteca abierta», por ROQUE MOLLA, pág. 45.
- «Responsabilidad civil del notario. El llamado seguro de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título», por JULIA SIRI GARCÍA, pág. 57.
- «Notariado y nuevas tecnologías», por JUAN ALFONSO BOLAS, pág. 115.
- «Los principios generales de deontología notarial y su presencia en los notariados europeos», por JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, pág. 129.

«El registro en la era de la informática. Modernización registral comparada», por EUGENIO ALBERTO GAETE GONZÁLEZ, pág. 151.

REVUE DE DROIT UNIFORME Número 4 (2004)

ALI/UNIDROIT PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE
PRINCIPES ALI / UNIDROIT DE PROCEDURE CIVILE TRANSNATIONALE

«Principes ALI/UNIDROIT de procedure civile transnationale», pág. 759.

«Keynote by the Chairman of the Joint ALI/UNIDROIT Study Group», por RONALD T. NHLAPO, pág. 811.

«The Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and their Application to New South Wales», por CLIFFORD R. EINSTEIN y ALEXANDER PHIPPS, pág. 815.

«The ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?», por H. PATRICK GLENN, pág. 829.

«Scope of Application of the ALI/UNIDROIT Principles Transnational Civil Procedure», por KONSTANTINOS D. KERAMEUS, pág. 847.

«Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and Brazilian Civil Procedure Compared: a First Assessment», por CASSIO SCARPINELLA BUENO, pág. 859.

«The Synthesis of Common and Civil Law Standard of Proof Formulae in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure», por MORITZ BRINKMANN, pág. 875.

«Internationalization of Civil Procedure - Beyond the IBA Rules of Evidence», por PIERRE A. KARRER, pág. 893.

